



* 5 3 0 9 5 3 6 8 7 5 *

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

CESIONES LICITAS E ILICITAS

DE

TRABAJADORES

Juan José Martínez Murillo

Septiembre de 1995

INDICE

	Pág
INTRODUCCION	1
DELIMITACION DE LOS TIPOS LEGALES	
I. EL ANTES DE LA REFORMA LABORAL DE 1994; evolución histórica del tratamiento normativo de la contrata y de la cesión ilícita	15
1. Artículo 1597 C.C.	16
2. Reglamento sobre accidentes de trabajo . . .	19
3. El Código de 1926, y las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944	22
4. Decreto-ley 1952.	23
5. Ley de la Seguridad Social 1966	34
6. Decreto 3677/70	37
7. Art.19 Ley de Relaciones Laborales.	45
8. El Estatuto de los Trabajadores	47
II. EL REGIMEN LEGAL VIGENTE	59
1. Art.43 TRET: Cesión de trabajadores	62
2. Delimitación de la cesión ilícita: elementos implícitos.	69
2.1 Finalidad de la cesión ilícita	73
2.2 La búsqueda del cedente ficticio	79

	Pág
2.3 Obtención de lucro por parte del cedente.	92
2.4 Intencionalidad	94
2.5 Reinterpretación del art.43 TRET	97
3. La relación cesión ilícita-contrata	101
3.1 La inadecuación del concepto civil de contrata	106
3.2 Profundización en el concepto de empresario laboral.	120
3.3 La dualidad empresarial en las contratas	125
3.4 El principal como empresario del trabajador del contratista: evidencias	133
A. Signos relativos a la ubicación del art. 42 TRET	133
B. Notas sobre el "empresario principal"	136
B.1 ¿Quién no es empresario principal?	136
B.2 La Administración como empresario principal	138
C. Notas sobre la responsabilidad solidaria	141
C.1 El significado de las responsabilidades solidarias de la sección .	144
C.2 Responsabilidad solidaria del art.42 TRET: su comparación con los precedentes normativos	147
C.3 La responsabilidad solidaria en los grupos de empresas	149
3.5 Reinterpretación del art.42 TRET: la contrata	161
A. Contrata y subcontrata de obras y servicios	161

	Pág
B. Obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal	165
C. Lo que no es cesión	177
4. La relación cesión ilícita-cesión lícita a través de ETT	177
4.1 El nuevo concepto de empresario laboral	182
4.2 La dualidad en la cesión a través de ETT	191
A. Cesión a través de ETT como sistema de colocación de trabajadores	193
B. La ampliación del art. 1.2 TRET	197
5. Cesión ilícita y grupo de empresas	198

EFFECTOS JURIDICOS

III EFECTOS JURIDICOS DE LA CESION ILICITA DE TRABAJADORES	207
1. Nulidad del contrato cedente-trabajador, y nacimiento del contrato trabajador-cesionario	212
1.1 Análisis en contraste con la realidad que se regula	213
1.2 Análisis jurídico	219
1.3 La nulidad del contrato cedente-trabajador en la jurisprudencia	232
1.4 Conclusiones	238
2. Responsabilidad solidaria por obligaciones cuya fuente es la cesión ilícita	247
3. Responsabilidad solidaria por obligaciones cuya fuente es anterior a la cesión ilícita	271
4. Responsabilidad administrativa	275
5. Responsabilidad penal	281
6. Derecho de opción	290

	Pág
6.1 Condición para el ejercicio del derecho de opción: mientras subsista la cesión . . .	295
6.2 Contenido de la relación laboral por la que opta el trabajador	304
IV EFECTOS JURIDICOS DE LAS CESIONES LICITAS . . .	312
Iv.1 EFECTOS JURIDICOS DE LAS CONTRATAS	326
1. Obligaciones de naturaleza solidaria: salariales y referidas a la Seguridad Social	326
1.1 Elementos comunes	331
A. Responsabilidad solidaria	331
B. Durante el período de vigencia de la contrata	343
C. Límites de la responsabilidad del principal	351
1.2 Características propias de las obligaciones salariales	357
1.2.1 Derecho español	357
A. Concepto de salario	357
B. Percepciones no salariales	359
C. Períodos de descanso computables como de trabajo	373
1.2.2 Influencia del Derecho de la Comunidad Europea	378
1.3 Características propias de las obligaciones referidas a la Seguridad Social	393
1.4 El inciso inicial del art.42.2.TRET	412
2. Obligaciones con respecto a la Seguridad Social de naturaleza subsidiaria	415
2.1 El deber de comprobación de pago de cuotas del art.42.1 TRET	415

	Pág
2.2 Las responsabilidades subsidiarias contenidas en el RDleg 1/1994	433
2.3 El inciso inicial del art.42.2 TRET	440
3. Responsabilidad en materia de seguridad e higiene en el trabajo	442
IV.2 EFECTOS JURIDICOS DE LA CESION A TRAVES DE ETT	462
1. Poder de dirección y control	462
2. Poder disciplinario	475
3. Responsabilidad subsidiaria con respecto a las obligaciones salariales y de Seguriad Social	483
3.1 Mutación de la responsabilidad subsidiaria en solidaria	489
3.2 Durante la vigencia del contrato de puesta a disposición	502
3.3 Ambito material de la responsabilidad subsidiaria	506
4. Responsabilidad en materia de seguridad e higiene	512
CONCLUSIONES.	521

INTRODUCCION

Si hay alguna circunstancia que pueda considerarse paradigma de la evolución que en las últimas décadas vienen experimentando los ordenamientos laborales esas es, sin duda alguna, la flexibilización de la regulación normativa de las relaciones de trabajo. La flexibilización es, por una parte y fundamentalmente, la respuesta utilizada para combatir el estado crítico en el que el sistema económico mundial se vio sumido durante la década de los 70 con el brote de las dos "crisis del petróleo" de 1973 y 1979; estado crítico de naturaleza estructural cuyos perniciosos efectos aún hoy arrastramos. Una legislación laboral más flexible y una protección social menos generosa se atisbaron como los elementos para hacer frente a un desempleo persistente¹, dejaron su impronta en los derechos de trabajo, y su protagonismo es tal que todavía siguen guiando las más recientes reformas laborales, de entre las cuales la nuestra de 1994 es un claro ejemplo².

Pero la flexibilización es al mismo tiempo una

¹ "La flexibilización del mercado de trabajo", (compilación de SARFATI y KOBRIN). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1992, p.9 y ss..

² Sobre el principio de flexibilidad en esta reforma ver MATIA PRIM: "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral". AAVV, (Coord. VALDES DAL RE), "La reforma del mercado laboral". Valladolid, 1994, p.15 y ss..

respuesta al vertiginoso desarrollo de las tecnologías, que ha provocado una transformación radical en los sistemas productivos y que, en consecuencia, ha traído cambios en la organización, el ritmo, los métodos de trabajo y los perfiles de especialización³.

Como manifestación de flexibilidad donde se encuentran patentes los dos efectos beneficiosos señalados: lucha contra el desempleo y ajuste de los sistemas de producción, cabe citar, en lugar destacado, el fenómeno de la descentralización productiva, entendido como forma de organización de los procesos de producción en los que una empresa decide confiar la elaboración de bienes o la prestación de servicios a empresas o personas con las que no le une un contrato de trabajo, en lugar de llevarlos a cabo con su propia organización y personal⁴. Se permite con ello la adaptación de las empresas a la especialización y métodos de trabajo que las nuevas tecnologías vienen exigiendo, y al mismo tiempo se incentiva la inversión de las empresas al quedar aligeradas de los costes y riesgos que supone la contratación directa del personal; costes y riesgos que se desplazan y dispersan ahora sobre el número variable de empresas auxiliares en las que se externaliza la actividad productiva.

No cabe duda, y así lo ha entendido la doctrina, que aunque el fenómeno de la descentralización puede articularse a través de muy diversos mecanismos, la figura de la subcontratación es la expresión más evidente y más extendida del mismo⁵. La subcontratación es figura comercial admitida desde antiguo en nuestro ordenamiento, no en vano la recoge ya, con talante liberal, el Código Civil de 1889. El tratamiento normativo que le han deparado las leyes

³ "La flexibilidad del mercado de trabajo" Op.cit.p.17.

⁴ Informe de la OCDE: "La flexibilidad del mercado de trabajo. Nuevas tendencias en la empresa". OCDE, "Políticas de mercado en los noventa". Madrid, 1991.

⁵ CRUZ VILLALON: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrataciones y subcontratas". Relaciones laborales, 1992, T.I, p.116.

laborales españolas a lo largo de este siglo nos permite comprobar que, curiosamente, antes de seralzada a figura jurídica con dotes "curativas" sobre las crisis, ha tenido que sufrir un trato de difidencia por los supuestos efectos negativos que se le achacaban. Empleando términos acuñados por la doctrina, antes de redescubrirse su dimensión "fisiológica", se temió y se atajó su vertiente "patológica"⁶, y esta última ha dejado una marca tan profunda que aún hoy hay doctrina que insiste en que el tratamiento normativo de la contrata se hace desde su concepción como fenómeno patológico⁷.

La subcontratación evolucionará desde la situación en que el contratista, probablemente ayudado por algún auxiliar, lleva a cabo la obra directamente; pasando por aquella en la que el contratista lleva a un grupo de trabajadores a los que dirige; hasta la situación en la que el contratista se convierte en persona jurídica con medios materiales y fuerza de trabajo de cierta entidad y especializados. Es en este estadio postrero en el que se empieza a constatar el que el contratista incumple con cierta frecuencia sus obligaciones laborales con respecto al trabajador asignado a la contrata, especialmente las salariales; en ocasiones no se trata ya de simples incumplimientos esporádicos sino de auténtica insolvencia del contratista; y con el tiempo se desviará hacia la aparición de empresas no ya insolventes sino inexistentes como tales empresas, que envían a los trabajadores que contratan a la realización de obras con el único objeto de beneficiarse del precio económico de la contrata y desaparecer dejando desamparados a aquellos, muchas veces con la connivencia de la persona física o jurídica para quien la obra se realiza.

He aquí la patología de la que hablábamos: la

⁶ Sobre esta terminología ver MONEREO PEREZ: "Grupos de empresa y subcontratación". AAVV, (Coord. BAYCOS y COLLADO) "Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo". Madrid, 1994, p.244-245 y la doctrina que allí cita.

⁷ Ver infra IV.1; 1.1; A.

existencia de una figura, la contrata, de carácter lícito, permite la aparición de figuras fraudulentas que se refugian tras ella y sobreviven gracias a su apariencia similar. En su estado más primitivo estamos ante la problemática diferenciación entre lo que es auténtica contrata de actividad y lo que es un tipo de pseudocontrata caracterizada porque el contratista no realiza otra actividad que no sea la del puro prestamismo o suministro de trabajadores, y en la mayoría de las ocasiones, al menos en un pasado no muy lejano, no cumple con ninguna de las notas que definen al empresario laboral, y ni siquiera con los mínimos requisitos para ser considerado como empresario en sentido mercantil. Este tipo de pseudocontrata servirá de base donde se cimiente el concepto técnico-jurídico de cesión de mano de obra que nuestro ordenamiento maneja, y que por fraudulento será tildado de ilícito.

Nos encontramos así con dos figuras que van a ser centrales en nuestro estudio: contratas y cesión ilícita de mano de obra. De su tratamiento normativo y doctrinal parece deducirse que estamos ante figuras que aparentemente guardan gran similitud, puesto que ambas responden a un esquema triangular: cedente-trabajador-usuario, y son susceptibles de producir confusión, pero que en realidad son completamente distintas. No hay más que fijarse en su ubicación en el actual Estatuto de los Trabajadores, ubicación ya tradicional en los artículos 42 y 43 respectivamente, y dentro de una misma sección: su regulación es por tanto paralela y hasta cierto punto próxima, pero no es unitaria, manteniéndose en preceptos distintos. De igual forma, entre la doctrina no contamos, al menos que nos sea conocido, ningún tratamiento unitario de ambas, a lo sumo un tratamiento conjunto⁸. En nuestra opinión la relación entre las dos figuras trasciende a la simple similitud en su apariencia externa. En

⁸ Nos referimos a la obra de GARCIA MURCIA: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores". Revista de Política Social nº 130, 1981; y el artículo de RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "Cesión de trabajadores y contrata de mano de obra (I)". Relaciones Laborales. T.I, 1986, p.33 y ss. que tal vez sea el que más se aproxime a ese trato unitario.

principio no debe olvidarse que la cesión ilícita existe porque se arroja en la contrata; encuentra en ésta la causa, la excusa que da razón a su propia existencia; estamos casi ante una relación de tipo parasitario: el comensal no puede vivir sin el hospedante.

Pero además, la identidad externa de relación triangular viene acompañada de una identidad en la estructura interna: estamos en ambas figuras ante situaciones en las que el beneficiario de la prestación del trabajador no es aquél que, cara al exterior, se presenta como el verdadero empresario⁹, sino un tercero. Esta característica es de una importancia enorme, si tenemos en cuenta que es de esencia en una relación bilateral el que el empresario adquiere la titularidad originaria sobre los frutos del trabajo que presta el trabajador¹⁰, hasta el punto de que estamos ante lo que, desde la perspectiva del empresario, se considera la causa misma del contrato de trabajo que le une al trabajador: la obtención "ad initio" de esos frutos. No puede por tanto hablarse superficialmente de cierta similitud entre contrata y cesión ilícita de mano de obra, cuando entre ambas se da una identidad sobre una característica trascendental que incide y altera las bases de la dogmática jurídico-laboral. No puede hablarse de una diferencia cualitativa entre ellas, sino que la diferencia habrá de ser cuantitativa o de grado: en ambas figuras aquél que se presenta como verdadero empresario no es el que ejerce todas las prerrogativas que caracterizan al empresario en una relación bilateral, no es por de pronto el beneficiario de la prestación del trabajador, y en consecuencia oculta al tercero que detenta esas prerrogativas empresariales sin figurar como verdadero empresario del trabajador en cuestión. En ambas figuras por lo tanto se produce la interposición del primero entre

⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación protectora del trabajo en contratas". Revista de Política Social nº 39, 1972, p.5-6.

¹⁰ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE: "Derecho del Trabajo". Madrid, 1993, 13ª Ed. Revisada, p.54-55.

trabajador y ese tercero con prerrogativas empresariales¹¹; interposición que será total o parcial, apareciendo así la graduación que, desde nuestro punto de vista, es la que delimitará los ámbitos de una y otra. Es inevitable en consecuencia que el tratamiento normativo de ambas se haga de forma unitaria, pues en buena lógica las reglas de base que las gobiernan debieran de ser las mismas. Este es el primer punto o propuesta de nuestra tesis.

En nuestra opinión ese tratamiento unitario es el que se observa en estadios tempranos de la evolución normativa, concretamente el Real Decreto-Ley de 1952 es ejemplo claro de tal unidad. Esta afirmación es no obstante rechazada por la mayor parte de la doctrina, que ven en el Decreto-Ley la primera norma dedicada en exclusiva a lo que hoy se entiende por cesión ilícita y por tanto ajena al tema de las contrataciones¹². Nuestra postura sigue derroteros distintos: en aquella norma se utilizaba terminología que hacía alusión a la cesión temporal de mano de obra, terminología que estaba totalmente exenta de connotaciones técnico-jurídicas puesto que la cesión temporal de mano de obra ni estaba definida en el ordenamiento ni se definía en el propio Real Decreto-Ley. Ante esta tesitura el significado que debiera de darse a la terminología utilizada es la acepción vulgar de cesión, donde alguien que detenta algo lo cede o presta a otro para que éste lo utilice y se beneficie con ello y posteriormente lo devuelva a su dueño.

Llevada esta acepción al plano laboral, alguien, el cedente, con una relación laboral con un trabajador, lo presta a un tercero, el cesionario, para que éste se beneficie de la prestación de ese trabajador sin adquirir ningún vínculo contractual laboral con el mismo, que sigue perteneciendo a la plantilla del cedente. Vista en este sentido, la terminología del

¹¹ SPANO: "Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro". Milan, 1965, p.118 y 139.

¹² Ver esta doctrina en infra I; 4.

Real Decreto-Ley 1952 estaba haciendo alusión tanto a situaciones de contrataciones como a lo que es hoy la cesión ilícita de trabajadores, pues ambas encajan en la definición vulgar de cesión que acabamos de dar. Pero amén de este razonamiento, la misma conclusión se obtiene si partimos de la realidad social que el legislador intentaba atajar: existe una figura negocial permitida, la contrata, que se desvirtúa en la praxis dando lugar a situaciones donde el contratista es incumplidor, o es insolvente, o finalmente inexistente; situaciones todas ellas perjudiciales para los intereses del trabajador. Desde nuestro punto de vista el legislador lo que hace es regular globalmente el fenómeno de la cesión en defensa del trabajador; pero no de la cesión en un sentido jurídico actual, como cesión ilícita, sino de la cesión en su sentido más amplio.

Es mucho más tarde, en 1966, con la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social, cuando nuestro ordenamiento distingue entre las dos figuras: contrata por un lado y cesión temporal de mano de obra por otro, correspondiéndose esta segunda desde entonces y hasta la última reforma del 94 con la cesión ilícita. Es decir, desde 1966 el término jurídico de cesión va a ser reservado para la conducta prohibida, mientras que la contrata queda ajena al mismo; lo cual es una evolución terminológica que no compartimos. Pero todavía más importante es el hecho de que la distinción que opera la Ley de Seguridad Social se queda en el plano puramente terminológico, sin ir acompañada de una diferenciación conceptual. La expresión "cesión temporal de mano de obra" que aparece por primera vez como tal en el ordenamiento, no queda colmada con definición alguna. Su delimitación tendrá que hacerse por contraposición a la contrata, sin que ésta tenga tampoco una definición en el plano laboral, por lo que se habrá de recurrir a la noción civilista de la misma.

Es aquí donde se inician, desde nuestro punto de vista, todas las dificultades jurídicas que siempre han caracterizado la conceptualización de la cesión ilícita de mano de obra. La doctrina nunca ha dudado de que lo

que nuestro ordenamiento ha venido denominando cesión ilícita es una situación en la que el cedente, aquél que formalmente ostenta el vínculo laboral con el trabajador cedido, no es su auténtico empresario, sino un mero interpositor entre el trabajador y el verdadero empresario; de ahí que cesión ilícita se convierta doctrinalmente en sinónimo de interposición¹³; aunque ya hemos manifestado nuestra opinión de que la contrata también puede catalogarse de interposición, siquiera parcial. La nota discordante surge cuando, una vez asentada esta premisa, se procede a delimitar de forma más precisa la cesión ilícita; es entonces cuando la falta de tipificación concreta de la figura lleva, como hemos señalado, a configurarla como algo contrapuesto a la contrata, dando lugar a equiparar al cedente no-auténtico empresario de la cesión ilícita con el no-contratista. Los negativos resultados de este proceder saltan a la vista: si recurrimos a una concepción rígida civilista del contratista, obtenemos un incremento desmesurado del número de cedentes ilícitos, hasta el punto de que prácticamente no habría contratas y toda cesión sería ilícita, lo que nos conduce fuera de la realidad. Ante esta contrariedad, doctrina y jurisprudencia lo que hacen es, sin la homogeneidad que requiere la seguridad jurídica, concentrarse en ciertos elementos característicos de la contrata para separar lo lícito de lo ilícito, provocando el que en ocasiones el cedente ilícito y el cedente no-verdadero empresario

¹³ Vd en este sentido MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación en el contrato de trabajo". Revista de Política Social nº 91, 1971, p.17 y ss. quien, sobre el art.1.1 Decreto 3677/70 que regulaba la cesión ilícita, entiende que lo que prohibía era la interposición especulativa (p.22 y ss.), para más adelante decirnos que "la persona interpuesta ... figura como titular del contrato, aunque se trate de una titularidad aparente o ficticia"; "... la titularidad ficticia de posiciones jurídicas ... constituye el rasgo definitorio de la interposición" (p.32). También RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "Cesión de trabajadores (interposición) y subcontrata de mano de obra y servicios". Revista de Política Social nº 96, 1974, p.304 y ss. para quien la cesión ilícita "... no es sino un instrumento para establecer un diafragma entre el empresario principal, auténtico empleador, y trabajador" (p.304), y sobre el art.1 del citado Decreto 3677/70 nos indica: "Lo decisivo es que a través de una combinación comercial del tipo que sea ... se obtenga la utilización directa de trabajadores sin devenirse empleador de los mismos" (p.307).

tengan poco o nada que ver¹⁴.

En esta línea, se tiende a equiparar el ilícito con la situación en la que el cedente no existe verdaderamente como empresario mercantil¹⁵, puesto que una de las características del contratista es precisamente contar con los medios materiales y personales para el desarrollo de una actividad. Se tiende asimismo a equiparar el ilícito a aquella situación en la que el cedente no tiene actividad propia y específica, sino que simplemente se dedica de manera profesional al suministro de mano de obra¹⁶; tendencia esta vez provocada porque el contratista se caracteriza también por tener una actividad propia distinta a la del mero suministro de trabajadores. Se tiende en fin, y quizás esta sea la inclinación más frecuente, a equiparar ilícito con la situación en la que el cedente presta un servicio a través del suministro de sus trabajadores, y no a través de una organización de medios propios, aunque lo haga ocasional y no profesionalmente¹⁷; puesto que es característica del contratista el llevar a cabo la obra o servicio con su propia "empresa". Aproximación ésta propiciada además por la ley italiana 1369 de 1960, que al distinguir entre "interposición de mano de obra" y "contrata" lo hace definiendo la primera en el sentido de la última tendencia apuntada. Estamos ante lo que se conoce como "contrata de mano de obra" o "pseudo-contrata".

Hemos partido sin embargo de la premisa, aceptada por la doctrina, de que la cesión ilícita es aquella en la que el cedente no es el verdadero empresario del trabajador cedido, ¿por qué entonces no la delimitamos

¹⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "Cesión de trabajadores (interposición) ..." Op.cit.p.304 y ss. hace una crítica a alguna de estas aproximaciones en la distinción entre cesión ilícita y contrata.

¹⁵ Ver toda la jurisprudencia en este sentido en infra II;2.2.

¹⁶ Ver jurisprudencia en infra II; 2.2.

¹⁷ MARTIN VALVERDE: "Interposición ..." Op.cit.p.32 y 53-54; RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "Cesión de trabajadores (interposición) ..." Op.cit.p.304.

directamente utilizando el concepto laboral de empresario, en vez de recurrir a la delimitación indirecta a través del concepto civil de contratista?. Es indudable que en ocasiones el resultado de la aplicación de la segunda vía no diferirá en absoluto del de la primera, habida cuenta de que ciertas características que definen al contratista civil delimitan también al empresario laboral. Pero la segunda vía dará lugar en la mayoría de los casos a resultados imprecisos. Incluso si adoptamos la línea doctrinal según la cual el ilícito es llevar a cabo puntualmente un mero suministro de trabajadores sin aportar organización de medios propios -línea que en pura teoría debiera siempre conllevar la afirmación de que el cedente no es el verdadero empresario del trabajador cedido, ya que no lo tiene bajo su complejo de organización y dirección, característica fundamental del empresario laboral¹⁸- el resultado en la praxis no es ni mucho menos tan claro y contundente: imaginemos por ejemplo empresas de seguridad, o de limpieza, o de mensajería, que son empresas que prestan un servicio en el que la aportación de medios propios es casi testimonial, reduciéndose por tanto a la aportación de medios humanos; la aplicación de aquella línea doctrinal abocaría a la calificación de estas situaciones como cesiones ilícitas, y sin embargo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se ubica a estas empresas dentro del ilícito. La aproximación a través del concepto de empresario laboral sí daría una respuesta adecuada a estas situaciones lícitas, puesto que lo que entonces se haría sería determinar cuál de los dos empresarios en presencia ejerce un mayor y más importante número de prerrogativas empresariales, y puede en consecuencia considerarse como su verdadero empresario, de tal forma que si esa fuera la empresa cesionaria estaríamos ante una cesión ilícita. En suma, en nuestra opinión la distinción ente cesión ilícita y contrata debe girar en torno al concepto de empresario laboral, de tal forma que cesión ilícita es

¹⁸ Estamos refiriéndonos al concepto clásico de empresario laboral, con exclusión de la ampliación del mismo operada por la reforma del 94.

toda cesión en la que el cedente no es empresario laboral del trabajador cedido, y contrata es toda cesión en la que el cedente sí lo es (al menos hasta la reforma del 94), con independencia de cómo la doctrina civil defina la contrata. Siendo este el segundo punto o propuesta de nuestra tesis.

La reforma del mercado de trabajo que tuvo lugar a mediados del año 94, vino a corroborar el que la aproximación al fenómeno de la cesión de trabajadores que proponemos es la correcta. En lugar destacado dentro de la reforma, se sitúa la legalización de las cesiones de mano de obra llevadas a cabo por Empresas de Trabajo Temporal (ETT) debidamente autorizadas. Se trata de dar respuesta al desarrollo incipiente en la esfera socioeconómica de esas empresas dedicadas a contratar y formar trabajadores para ponerlos a disposición de otras empresas, cubriendo de esta forma sus necesidades coyunturales de mano de obra; desarrollo que se incardina en la evolución de la descentralización productiva como instrumento en la lucha contra el desempleo. El auge de este tipo de empresas en nuestro país desde finales de la década de los 80, provoca la respuesta normativa de su legalización, bajo un estrecho control, eso sí, en paralelo al cambio de perspectiva que se opera respecto a la subcontratación, cuya faceta "fisiológica" comienza a eclipsar a la "patológica". La legalización de la cesión de mano de obra a través de ETT autorizada al efecto es, al mismo tiempo, evolución normativa que acomoda nuestro ordenamiento laboral a la línea casi unívoca que sobre la materia impera en el entorno de la Comunidad Europea¹⁹.

Pues bien, la legalización de estas cesiones vino acompañada de una ampliación del concepto de empresario

¹⁹ Sobre el tratamiento normativo de las ETT en los países de la Comunidad Europea y en el Derecho Comunitario vd RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal". Madrid, 1992, p.43 y ss.; también MARTIN SERRANO: "Tratamiento normativo de las empresas de trabajo temporal en el ámbito europeo". AAVV. "Las empresas de trabajo temporal". Valladolid, 1993, p.29 y ss..

laboral, para acoger en su seno a las ETT debidamente autorizadas -"empresas de trabajo temporal legalmente constituidas" dice literalmente el art.1.2 del Estatuto de los Trabajadores-. Que la cesión lícita debe ser llevada a cabo por un cedente que es el verdadero empresario del trabajador, está fuera de toda duda y no supone novedad alguna. La ampliación no obstante nos indica que con anterioridad, cuando las cesiones realizadas por esas ETT estaban prohibidas, las ETT no se consideraban verdadero empresario del trabajador cedido; y si no lo hacían estas ETT es seguro que el resto de cedentes que cedían ilícitamente tampoco; con lo que se confirma que con anterioridad a la reforma toda cesión ilícita era aquella llevada a cabo por cedente que no es el verdadero empresario del trabajador cedido. Pero más importante aún, es que tras la ampliación del art.1.2 estatutario podemos decir que las cesiones antes prohibidas y ahora legalizadas son sólo aquellas llevadas a cabo por ETT debidamente autorizada: esto es, por cedente que se considera laboralmente empresario del trabajador tras la citada ampliación. Es decir el total fenómeno de la cesión ilícita gira en torno al concepto de empresario laboral; no hay cesión ilícita en la que el cedente es verdadero empresario del trabajador cedido pero cae dentro de la prohibición por circunstancias distintas. El mero suministro de mano de obra, que hasta la reforma podría utilizarse como parámetro delimitador entre lo lícito y lo ilícito, obviamente ya no puede serlo.

La determinación del empresario en las relaciones laborales triangulares no es en modo alguno empresa fácil. Repárese en que en una contrata el contratista obtiene "ad initio" los frutos del trabajador cedido, e incluso en ocasiones puede ejercer cierto poder de dirección; en una cesión a través de ETT por su parte, la empresa usuaria también es dueña de esos frutos desde un inicio y además ejerce, por ley, el total poder de dirección sobre el trabajador cedido cuando está dentro de su ámbito. Se trata de prerrogativas eminentemente empresariales que no van a ser ostentadas por el que se considera verdadero empresario del

trabajador cedido; las cesiones lícitas son, como se dijo líneas arriba, interposiciones parciales. Queda claro que el concepto de empresario laboral en una relación bilateral y el verdadero empresario en una triangular no pueden ser coincidentes. Se ha de buscar aquellas características empresariales que se consideran esenciales para tener derecho a llevar el rótulo de verdadero empresario. En lo que a las contrataciones se refiere, la jurisprudencia trabajará en esa dirección; en cuanto a las cesiones a través de ETT, habrá de estarse a la ley que las regula.

En nuestra opinión, debiera hablarse de una zona nuclear y una zona periférica dentro de la posición jurídica empresarial en las relaciones triangulares. La zona nuclear estaría conformada por aquellos derechos y obligaciones empresariales que en todo momento debe ostentar el cedente para que pueda ser considerado verdadero empresario, y en consecuencia para que la cesión sea lícita. La zona periférica por su parte la compondrían esos otros derechos y obligaciones que pueden transferirse al cesionario sin que por ello el cedente deje de ser verdadero empresario. Este es el tercer punto o propuesta de nuestra tesis.

Con la reforma del 94, al poner junto a la contrata un nuevo tipo de cesión lícita, se tuvo la ocasión de regular unitariamente el fenómeno de la cesión de trabajadores -nuestra primera propuesta, si se recuerda- marcando con claridad la zona nuclear y diferenciando las cesiones lícitas de acuerdo con los derechos y obligaciones empresariales que, ocupando la zona periférica, son efectivamente trasladados al cesionario en la práctica. No fue así, de tal forma que en la actualidad tenemos que sobrellevar el hecho de que el eje sobre el que gira la división cesión lícita-cesión ilícita; esto es, el concepto de verdadero empresario, queda colmado de distintos contenidos; o en otras palabras, que las zonas nucleares sean distintas según el tipo de cesión ante el que nos encontremos.

Una vez llegado a la estructura zonal indicada, la cuestión que surge es clara: ¿los derechos y obligaciones de la zona periférica salen de la esfera contractual para revertir al cesionario, de tal forma que dejan de tener el calificativo de empresariales; o por el contrario es el empresario quien entra en la esfera contractual para ocupar parcialmente la posición jurídica empresarial, de tal forma que los derechos y obligaciones que detenta siguen considerándose empresariales?. La primera alternativa nos conduciría a tesis relacionistas, la segunda a la dualidad empresarial, que es por la que nos inclinamos y representa la cuarta y última propuesta de nuestra tesis. La cuestión no es baladí, ni permanece en el plano de la pura teoría jurídica; muy al contrario, sus efectos sobre la praxis son de enorme importancia y sobre ella nos volcaremos en la segunda parte de nuestro trabajo con la precaución del que sabe que se encuentra ante una proposición innovadora posible blanco de críticas. La primera parte, como en seguida se verá, está consagrada a la delimitación de los tipos legales de las cesiones lícitas e ilícitas.

DELIMITACION DE LOS TIPOS LEGALES

I EL ANTES DE LA REFORMA LABORAL DE 1994; Evolución histórica del tratamiento normativo de la contrata y de la cesión ilícita.

Esta primera etapa de nuestra andadura cubre la evolución histórica de esas dos figuras que ocuparán gran parte de nuestro estudio: contrata y cesión ilícita de mano de obra. Etapa obligada no ya por exigencias de método, sino, y sobre todo, por su absoluta necesidad si queremos introducirnos sin temor a perdernos en el complejo fenómeno de la cesión de trabajadores tal y como está articulado en la actualidad.

Puesto que propugnamos el carácter global de este fenómeno, haremos un estudio integrado de ambas figuras; con ello nos mantenemos fieles a la idea que defendemos, aunque, en nuestra opinión, tampoco hay otro camino posible para determinar con exactitud el contenido con que el legislador quiso llenar las mismas.

Lejos de agotar el análisis de los distintos textos legales que conforman los hitos de este recorrido histórico hasta la reforma del mercado de trabajo del 94; nos limitaremos más modestamente, a subrayar y puntualizar aquellos rasgos que más adelante nos pueden ser de utilidad cuando abordemos de lleno los preceptos que en nuestro actual ordenamiento jurídico gobiernan la materia. En especial, nos centraremos en dos puntos: en primer lugar cuando estudiemos los textos legales dedicados a la contrata, intentaremos escudriñar la finalidad y el fundamento legitimador de la responsabilidad que dichos textos han ido imponiendo

sobre el cesionario o empresario principal de cara al trabajador que presta el servicio. La intención que nos mueve es determinar si puede vislumbrarse en esa finalidad y legitimidad la consideración del principal como empresario del trabajador asignado a la contrata; esto es, determinar si en la evolución histórica de la contrata existen signos que nos conduzcan hasta la tesis de la dualidad empresarial que proponemos. En segundo lugar, cuando comiencen a surgir los textos en los que también se hace alusión a la cesión ilícita, intentaremos analizar cómo el legislador aborda la relación contrata-cesión ilícita, su diferenciación y los problemas que de esa relación surgen.

1. Artículo 1597 C.C.

El artículo 1597 del Código Civil de 1889 constituye la primera disposición de nuestro Derecho moderno donde, si bien de forma breve y muy puntual, se regula la relación laboral subyacente en un supuesto de contrata de obras²⁰. En él se establece que: "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación". Se otorga una acción directa²¹ a los trabajadores del contratista ("los que

²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación protectora del trabajo en contratas" Revista de Política Social nº 93 1972, p.9 nos señala que no se trata sin embargo de una disposición enteramente nueva en nuestro país; y nos remite al Libro del Consulado del Mar en lo tocante a la construcción de barcos.

²¹ Sobre el concepto de acción directa, así como el origen, naturaleza y funcionamiento de la específica contenida en el art.1597 C.C. Vd RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación ..." Op.cit.p.8 y ss.

ponen su trabajo")²² frente al dueño de la obra²³ y sobre la parte del precio de la obra que todavía estuviere impagada, evitando el que el trabajador tenga que seguir el más tortuoso camino que otorga la acción subrogatoria o indirecta del art.1111 C.C.; esto es, subrogarse en todos los derechos y acciones de su deudor, contratista, solamente una vez se hayan perseguido los bienes que estuvieran en su posesión sin que los mismos hayan sido suficientes para cubrir la totalidad del crédito del trabajador. Se trata de una acción de garantía que en ningún momento impone carga o responsabilidad adicional alguna sobre el dueño de la obra: "Este solo debe una cantidad del precio de la obra y puede liberarse de esa deuda, pagando, sea al genuino acreedor, sea, en caso de ejecución de la acción directa, a los propios trabajadores del contratista"²⁴; ejecución que requiere la puesta en mora de este último²⁵, pero que no necesita, al contrario que la acción subrogatoria, el que el contratista haya llegado a la situación de insolvencia²⁶.

²² Aunque del literal del precepto parece deducirse que el titular de esta acción directa es aquél que pone conjuntamente su trabajo y materiales, nuestros Tribunales han reconocido la titularidad tanto a aquellos que sólo suministran materiales como a aquellos que sólo ponen su trabajo (Vd entre otras SSTs 29 Jun 36 (1491), 7 Feb 68 (826)).

²³ El legitimado pasivamente por el ejercicio de la acción o dueño de la obra, puede ejercer o no como empresario mercantil. En casos de subcontratas, el contratista puede ser considerado por los trabajadores del subcontratista como dueño de la obra a los efectos de la aplicación del art.1597 C.C. (Vd "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" Tomo XX Vol. 2 AAVV (dirigido por ALBALADEJO). Revista de Derecho Privado, Madrid 1986, p.456).

²⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER Op.cit.p.11.

²⁵ DE ANGEL YAGUEZ: "Los créditos derivados del contrato de obra". Madrid 1969, p.50-51, para quien la reclamación extrajudicial del crédito del trabajador sería suficiente para que el contratista quede constituido en mora.

²⁶ "Comentarios al Código Civil" Op.cit.p.453.

El dato que nos interesa destacar, es que a la fecha de entrada en vigor del Código, el legislador constata la existencia de un tipo negocial concreto: la contrata, y ante ella adopta un talante liberal²⁷: la admite y regula. Aunque la acción es de garantía, no se impone sobre el comitente ninguna genuina responsabilidad frente al trabajador, y en absoluto se puede hablar de un vínculo laboral del tipo que sea entre el dueño de la obra y el trabajador del contratista; la redacción en negativo del precepto es elocuente, enfatizando la inexistencia de tal vínculo directo. El elemento legitimador de esta garantía se fundamenta en la máxima romanista consistente en que el deudor de mi deudor mío es, con la particularidad de que el legislador considera que la protección de los intereses del trabajador reclama la imposición de una acción directa en lugar de la normal acción subrogatoria.

La doctrina iuslaboralista entiende que este art.1597 C.C. no está derogado en la actualidad por el art.42 TRET (Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁸, al tener un ámbito de aplicación más amplio²⁹. De esta forma se señala que sigue siendo de aplicación en los siguientes supuestos: a) en las contratas que no corresponden a la propia actividad de la empresa principal, afirmación con la que no estamos de acuerdo, pues a pesar del literal del art.42 somos de la opinión de que este precepto cubre todo tipo de contratas; b) en las contratas encargadas sin conexión con una actividad empresarial; y c) en las contratas que se refieran a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia con respecto a su vivienda. Estos dos últimos tipos de contratas quedan

²⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "Cesión de trabajadores y contrata de mano de obra" Op.cit.p.34.

²⁸ Aprobada por RDleg 1/1995 de 24 Mar (BOE 29 Mar 95).

²⁹ GARCIA MURCIA: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores" Revista de Política Social nº 130 1981 p.15. MARTIN VALVERDE: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios" en Borrajo Dacruz (coord.): "Comentarios a las leyes laborales", 2ª ed., Madrid, 1988 T.VIII p.219.

expresamente exentas por el art.42 TRET de la responsabilidad solidaria que por los actos del contratista tal precepto impone sobre el empresario principal. A estos tres supuestos habría que añadir un cuarto: cuando la deuda que se reclama al contratista no es salarial ni se refiere a la Seguridad Social, partidas éstas que delimitan el ámbito material de la citada responsabilidad solidaria contenida en el art.42 TRET.

2. Reglamento sobre accidentes de trabajo de 1900.

El Reglamento sobre accidentes de trabajo de 28 Jul. 1900³⁰, que desarrolla la Ley sobre la misma materia, de 30 Ene. 1900³¹, imputaba la responsabilidad por accidente de trabajo al contratista, estableciendo la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra cuando aquél no estaba asegurado³² y resultaba insolvente. Cuadro que ha sido perpetuado por las normas posteriores sobre accidentes de trabajo.

El paso hacia adelante con respecto al precepto del Código Civil citado es notable, por cuanto ahora sí se imponía una carga adicional sobre el dueño de la obra que respondía subsidiariamente por la totalidad de la obligación, sin que ni la existencia misma de su responsabilidad ni el alcance de la misma se hicieran depender de su deuda pendiente con el contratista.

La doctrina no ha dudado en mantener que esta nueva responsabilidad impuesta sobre el dueño de la obra tenía una clara finalidad de protección del trabajador

³⁰ Alcubilla. Diccionario de la administración española, Anuario 1900. p.452.

³¹ Ibidem p.23

³² RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER : "La regulación ..." Op.cit.p.20.

accidentado³³. Pero ¿por qué razón el legislador consideraba legítimo situar al empresario principal en tal posición de garante?.

La Ley de Accidentes de Trabajo, en su artículo primero, consideraba patrono al "particular o Compañía propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste", y en su artículo segundo se hacía responsable a tal patrono de los accidentes de "sus operarios" con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que realizasen. No parecía haber dificultad en entender que en un supuesto de contrata era el dueño de la obra y no el contratista el que debía de considerarse como patrono a los efectos de la responsabilidad por accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores del último en la obra del primero, con lo que de forma revolucionaria y para ese ámbito concreto se estaba creando una vinculación laboral directa entre el dueño de la obra y los trabajadores del contratista, máxime cuando éstos últimos quedaban expresamente calificados por el artículo 2 de la Ley como operarios del dueño de la obra.

El Reglamento del mismo año vino a desmentir el cuadro expuesto. En su artículo 1, a la ya indicada definición de patrono, vino a añadir la importante matización de que en casos de contratas de obra o industria el patrono era únicamente el contratista, sujetando al dueño de la obra a la citada responsabilidad subsidiaria.

La legitimación pues no radicaba en la existencia de un vínculo laboral directo entre dueño de la obra y trabajador asignado a la misma. Tampoco en un mero criterio subjetivo de culpa³⁴, pues la doctrina ha afirmado de forma rotunda el fundamento estrictamente

³³ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación..." Op. cit. p. 12; GARCIA MURCIA: "El trabajo en contratas...." Op. cit. p. 19; MARTIN VALVERDE: "Responsabilidad..." Op. cit. p. 219.

³⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación..." Op. cit. p.18 señala alguna sentencia (STS 12 Ago 58) que como caso aislado defiende este criterio.

objetivo de la responsabilidad subsidiaria que al dueño de la obra alcanza en caso de accidente de trabajo³⁵. El elemento legitimador podría encontrarse en el hecho de que el dueño de la obra se beneficiaba de la prestación del trabajador, y en el principio jurídico de que "sentit commodum sentire debet incommodum": el que se lucra con los beneficios debe estar a los perjuicios³⁶, lo cual podría a su vez abrir la puerta a la tesis que apunta al carácter indirecto de patrono del dueño de la obra como legitimación de la responsabilidad subsidiaria, ya que aquél se reviste de una de las características del empresario: el ser beneficiario del servicio del trabajador³⁷.

Hay doctrina que ha opinado el que la probable finalidad originaria del precepto era la de "evitar que los empresarios incumplieran sus obligaciones en materia de accidentes de trabajo, y mas concretamente la de su aseguramiento, mediante la interposición de testaferros bajo la capa de contratistas o subcontratistas que a la postre resultaban insolventes"³⁸, lo que supondría el que el legislador comenzaba ya a mirar con recelo el mundo de las contratas, considerándolo un marco donde con frecuencia las empresas contratistas estaban incursas en situaciones de incumplimiento ; muchas de ellas con escaso potencial económico; e incluso algunas actuando realmente como testaferros. De ser así estaríamos ante una medida preventiva que se crea como respuesta a esa naciente preocupación del legislador: se fuerza al dueño de la obra a que se cerciore en su propio interés

³⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER Op. cit. p.17.

³⁶ Algunas sentencias así lo dejaron entrever: SSTs 30 Mar 29, 19 Jun 55, 25 Feb 61, todas ellas mencionadas por RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER Op. cit. p.18-19.

³⁷ A la que hay que añadir una segunda característica empresarial: controlar el medio donde el trabajo se presta.

³⁸ ALONSO OLEA: "Instituciones de Seguridad Social" Madrid 1967 2ª Ed, p.93.

de que el contratista tiene concertado el aseguramiento; y se hace por su especial posición en relación con este último, materializada en el vínculo mercantil de contrata, que puede prestarse a usos fraudulentos. Desde este punto de vista podría hablarse de una legitimación que se acercaba a la idea de la culpa extracontractual "in eligendo"³⁹, con aproximación, incluso diríamos asimilación, a la responsabilidad objetiva.

3. El Código de 1926, y las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944.

Las normativas compiladoras del Derecho laboral que surgen durante la primera mitad del presente siglo, Código de Trabajo de 1926⁴⁰, Ley de Contrato de Trabajo de 1931⁴¹ y Ley de Contrato de Trabajo de 1944⁴², parecen corroborar que lo que verdaderamente mueve al legislador es la preocupación por el número de fraudes a que la figura da lugar. En todos ellos se inserta algún precepto de protección de los trabajadores del contratista, que pone de manifiesto las cautelas con las que el legislador trata la figura de las contratas, y su temor a que se produzcan situaciones donde queden dañados los intereses de aquellos trabajadores. En especial el legislador imponía a los contratistas de

³⁹ De culpa "in eligendo" hablan las SSTs 12 Abr 58 (1171), 5 Dic 58 (3640), y 16 Feb 61 (1601) citadas por GARCIA NINET: "Las responsabilidades de principales y contratistas en materia de seguridad Social". Revista de Seguridad Social, 1979, nº1, p.143.

⁴⁰ Real Decreto Ley de 32 Ago 26 aprobando el Código de trabajo. Enciclopedia Jurídica Española 1926. p.333.

⁴¹ Ley 21 Mar 31 (Gaceta 22 Nov 31).

⁴² Decreto 26 Ene 44. Texto refundido de la Ley reguladora del Contrato de Trabajo (BOE 24 Feb 44).

obras públicas⁴³ la obligación de realizar un contrato con los obreros que fueran a ocuparse en la obra (art.25.1 Código de trabajo 1926; art.67 Ley de contrato de Trabajo 1931 que le obligaba a realizar un contrato colectivo con tales trabajadores; y art.23 Ley Contrato de Trabajo 1944), y establecía el contenido mínimo que debía hacerse constar en el mismo. Es evidente que en la subyacente situación económica-laboral de la época era práctica frecuente la asignación de trabajadores a obras y servicios públicos sin dotarles de un contrato laboral escrito , o sometiéndoles a alguno de contenido ambiguo o precario.

4. Decreto-Ley 1952.

Es en el Decreto-Ley de 15 Feb 1952⁴⁴ donde por primera vez se intenta regular de una manera global el fenómeno de la cesión de trabajadores. A pesar de lo que la doctrina más autorizada ha venido opinando, desde nuestro punto de vista este Decreto-Ley no se restringe a lo que hasta ahora se conoce por cesión ilícita, es decir a situaciones comprendidas hasta la reforma de 1994 dentro del art.43 E.T. y ahora en el art.43 TRET; sino a toda cesión, y por tanto también a la tradicional contrata, con lo que habremos de considerar al mismo, como tronco común de ambas figuras⁴⁵;

⁴³ La regulación que estos Códigos hacían sobre esta materia se restringía a las concesiones de obras públicas otorgadas por el Estado, la Provincia o el Municipio.

⁴⁴ BOE 1 Mar 1952 (340).

⁴⁵ Tajantemente en contra de esta opinión estaba ALONSO GARCIA: "Contrato de trabajo, subcontratación y cesión de trabajadores". Cuadernos de política Social 1960 p.51-52, para el cual "los supuestos que este Decreto-Ley incluye en su regulación para nada se refieren al subcontratista de obras". Por otro lado, ni en GARCIA MURCIA: "El trabajo en contratas..." Op.cit, ni en MARTIN VALVERDE; "Responsabilidad empresarial..." Op.cit. se cita al Decreto-Ley entre los antecedentes históricos del art.42 TRET (dedicado a la contrata). Más aún, MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación en el contrato de trabajo", Revista de Política Social nº 91. p.44 hace una dura crítica de la norma, diciendo que de acuerdo con la misma el cedente sigue siendo empresario de sus

representando además el primer ancestro de los preceptos que posteriormente se dedicarán a regular la cesión ilícita.

La postura de aquella doctrina evidentemente no es gratuita; fundamentándose principalmente en la Exposición de Motivos del Decreto-Ley, donde el legislador muestra su preocupación por "...un sistema o procedimiento de contratación de mano de obra que, si se extendiera, con no ser atajado y reprimido con todo el rigor de la ley, podría dejar prácticamente sin efectos los beneficios de amparo, tutela y protección que el Estado persigue afanosamente en favor de los trabajadores", y en el que se acaba concluyendo que si "...se propagase dicho sistema, se llegaría a autorizar... el funcionamiento de auténticas oficinas clandestinas de colocación, en las que... volvería de nuevo a considerarse el trabajo como una pura mercancía...". Es evidente que la preocupación del legislador se dirige hacia aquellos cedentes de mano de obra que no son más que empresas ficticias que se dedican a contratar y ceder trabajadores sin cumplir con ellos las más mínimas obligaciones laborales, o como reza la propia Exposición de Motivos: "... sin respeto a los más esenciales principios de la dignidad humana, con manifiesto olvido de todas las

trabajadores, solución que, se dice, "no es técnicamente correcta", pues el "verdadero empresario durante el período de cesión temporal es el cesionario". Sin ninguna duda este autor considera que el contenido del Decreto-Ley iba dirigido a las situaciones que tradicionalmente se conocían como interposiciones y no a las situaciones de contrata, y por eso vierte su crítica sobre la norma diciendo que "el Decreto 15-Feb-52 lleva, probablemente sin saberlo, a una legalización de la interposición en el contrato en los casos de cesiones temporales de trabajadores". Punto de vista compartido por la doctrina posterior: GARCIA MURCIA "Cesión de trabajadores" en BORRAJO DACRUZ (coord) "Comentarios a las leyes laborales" Madrid 1988 p.287; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal". Madrid 1992 p.316-317. Más recientemente también RODRIGUEZ RAMOS: "La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994" Madrid 1995 p.59 y ss entiende que el Decreto-ley 52 se circunscribe a lo que ha venido tradicionalmente considerándose como cesión ilícita, con exclusión por tanto de las contratas.

disposiciones que amparan y regulan las relaciones laborales".

Pero si todo esto es cierto, no hay que olvidar tampoco que tales cesiones, colocadas en el marco de la realidad cotidiana, no surgen de la nada, sino que son desviaciones malignas de una situación admitida y considerada como positiva en el mundo económico-social: la figura negocial de la contrata. Los Códigos de trabajo de la primera mitad de siglo nos confirman la existencia de tales desviaciones, atajando, aunque sólo en el campo de las contratas públicas, algunas de ellas.

Si la contrata no estuviera admitida no habría amparo posible para las cesiones perturbadoras que tanto preocupan al legislador, y en consecuencia estas intolerables cesiones no existirían. Quisiéramos subrayar esta idea, pues es punto de partida en la tesis que desarrollamos: las cesiones que, antes y ahora, se consideran ilícitas, tienen su origen en la figura de la contrata. La doctrina al tratar estos temas tiene la tendencia a considerar que cesiones ilícitas y contratas son figuras que simplemente guardan similitudes importantes entre sí; desde nuestro punto de vista hay mucho más que eso: estamos en presencia de expresiones de un mismo fenómeno, el de las relaciones triangulares de cesión de trabajadores en las que el trabajador está vinculado contractualmente al cedente, y su prestación laboral beneficia al cesionario. La contrata no es más que otro tipo de cesión, caracterizada por su licitud.

Pues bien, a pesar de lo exployado en la Exposición de Motivos, mantenemos que el Decreto-Ley parte de la realidad descrita, y que con una visión global, sin hacer distinciones entre tipos de cesión, se apresta a corregir todos los efectos negativos que el fenómeno puede originar⁴⁶. Así, en la propia Exposición de

⁴⁶ En este sentido Vd PEREZ-ESPINOSA: "Consideraciones y propuestas para la regulación de las empresas de trabajo temporal en España" en AAVV: "Las Empresas de Trabajo Temporal" Valladolid 1993 p.59 y ss cuando

Motivos, se lee: "Por virtud del aludido sistema, una empresa cede todo o parte de su personal a otros empresarios, sin que, en muchas ocasiones, se cumplan por el cedente las obligaciones legalmente impuestas, tanto en el orden estrictamente laboral como en el de la previsión social, en pro de los trabajadores que, más tarde, suelen verse burlados en sus derechos, ante la insolvencia de aquella empresa". El legislador parte de una empresa cedente que cumple religiosamente con todas sus obligaciones laborales, aunque ello sea un supuesto que no ocurre "en muchas ocasiones", y a partir de ahí camina a lo largo del sendero patológico de las cesiones, marcando los distintos hitos que en el mismo aparecen: cedente que incumple; cedente insolvente; y finalmente, como se señaló antes, cedente testaferro que funciona como auténtica oficina de colocación⁴⁷, cuya represión se convierte en el fin último de la norma. De la propia Exposición de Motivos pues, puede inferirse ese carácter global al que nos referimos.

En nuestra opinión el Decreto-Ley responde a una realidad en la que: por una parte existen subcontratas de actividad en las que de forma frecuente se dejan

nos aclara que "...el Decreto-Ley no se dirige a encuadrar o tipificar las actividades de mano de obra que se colocan al margen de la ley, sino que responde a la necesidad de corregir los incumplimientos advertidos con anterioridad..."

⁴⁷ Aunque la Exposición de Motivos hace referencia a cedentes que funcionan como auténticas oficinas de colocación, ello no quiere decir que el Decreto-Ley se refiera a auténticos mediadores que en ningún momento se vinculan contractualmente con el trabajador cedido. De su articulado se infiere que el cedente objeto de la norma tiene una relación laboral con dicho trabajador y por tanto cuando la Exposición de Motivos habla de oficinas clandestinas de colocación se refiere a testaferros que aunque se vinculan con el trabajador, tal vinculación es tan inoperante que puede decirse que funcionan como si de oficinas de colocación se trataran, aunque no sean tales. Hay que estar en cualquier caso con DE LA VILLA: "Las Empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos" Revista de Trabajo nº 74, 1984, p.10, cuando dice que de la Exposición de Motivos se deduce la confusión existente en la mente del Gobierno entre mediación e interposición.

insatisfechos los derechos de los trabajadores; éste es el sistema al que hace mención la Exposición de Motivos, y en el que una empresa cede todo o parte de su personal a otros empresarios. Por otra parte, y como desviación de lo anterior, existen puras subcontratas de suministro de mano de obra, donde la cedente no reúne los requisitos mínimos para ser catalogada como empresa, dedicándose al puro trasiego de mano de obra sin realizar otro tipo de actividad; produciendo como ineludible consecuencia el fraude sistemático de los derechos de los trabajadores cedidos. Desde nuestro punto de vista los arts.1 y 2 del Decreto-Ley acomodan respectivamente los dos tipos de subcontratas señalados.

Su artículo 1 se refiere de manera general a "las Empresas.... que cedieren temporalmente todo o parte de su personal a otros empresarios tanto si lo efectúan mediante el percibo de una compensación económica o aún cuando fuese a título gratuito de servicios benévolos o de buena vecindad...", sin hacer ninguna otra matización⁴⁸. Hay que tener en cuenta que el concepto de "ceder temporalmente" no está predeterminado por la legislación española anterior al Decreto-Ley. Hasta entonces no se había regulado en absoluto la cesión de trabajadores, y en consecuencia no puede admitirse de entrada que tal concepto tenga un contenido técnico-jurídico y venga equiparado a lo que normas posteriores han acrisolado como cesión ilícita. Si el concepto de "ceder" tiene únicamente una acepción vulgar, esta podría ser la de que los trabajadores salen del complejo organizativo del cedente para entrar en el del cesionario, en cuyo caso la contrata quedaría fuera de

⁴⁸ Alguna sentencia corrobora esta amplitud: así por ejemplo STS 20 Abr 81 (1761) citada por IGLESIAS CABERO: "Cesión de trabajadores: supuestos y efectos", en CEOE "La empresa de trabajo temporal, subcontratas de obras y servicios y cesión de trabajadores". En aquella sentencia se decía sobre el Decreto-Ley 1952: "...que, con toda amplitud, sin distinguir entre las negociaciones mencionadas aparte lícita o ilícitamente practicadas, para todo supuesto, el Decreto-Ley exige que la empresa que tal destino confiere a los obreros contratados, estará obligada a".

la norma, pero tal contenido parece demasiado complejo, lo que chocaría con el carácter no técnico del término "ceder". En nuestra opinión, la referencia a una "cesión temporal" lo único que implica es que el beneficio de la prestación laboral se obtiene por persona distinta del empresario, mientras que el vínculo contractual se mantiene con éste; situación que ocurre claramente también en las contratas.

El precepto impone sobre las señaladas empresas cedentes, la obligación de "cumplir rigurosamente con respecto a sus trabajadores, todas las obligaciones legalmente impuestas en el orden laboral, y en la esfera de la previsión social", lo que no es más que la perpetuación del lenguaje cautelar con el que el legislador se había dirigido en años anteriores a las cesiones a través de contratas. Se dice además que dichas "empresas" deberán abonar a sus trabajadores "las retribuciones marcadas en los Reglamentos de Trabajo aplicables según las actividades a que se dedican y la función efectivamente desempeñada en cada instante", en términos muy similares a los que utilizara el art.24 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 al referirse a las condiciones de los contratos de trabajadores asignados a contratas de obras y servicios públicos, lo que sigue corroborando nuestra tesis de que el Decreto-Ley está pensando en el fenómeno global de cesión que surge de la figura de las contratas. Finalmente, el mismo art.1 hacía responsable solidario de las obligaciones sociales exigibles, a los empresarios que utilizaran el personal cedido (la empresa usuaria o cesionaria), en aquellos supuestos en que la empresa cedente incumpliera sus mencionados deberes.

Nos parece que el art.1 del Decreto se refiere, principalmente, a cesión llevada a cabo por empresas legalmente constituidas y con organización y patrimonio propio, y no a simples empresas ficticias que sólo existen en su formalismo, a las que se dedica el art.2 del Decreto-Ley. Decimos esto porque: el citado artículo 1 habla de "empresas" y no de "empresas aparentes"; las mismas pueden incluso ceder personal de

manera benévola, lo que no tendría sentido de ser simplemente ficticias; y a tales empresas se les exige el cumplir con ciertas obligaciones, lo que parece presuponer que pueden cumplir con ellas. De referirse únicamente a empresas ficticias solo tendría sentido la referencia a la responsabilidad solidaria entre empresarios, a la que obviamente siempre se llegaría. Además, al analizar el art.2 se observa que el mismo se dirige a las cesiones efectuadas por empresas ficticias, inexistentes, y lo hace articulándolas como figura específica dentro del mucho más amplio marco del art.1. Esa especificidad se deduce al decirnos el art.2 que "si de los hechos cometidos [el supuesto del art.1] se desprendiera la existencia de maquinaciones o confabulaciones dolosas", entonces, además del efecto de la responsabilidad solidaria, general para toda cesión, se impondrían sanciones de carácter social e incluso sanciones penales. Estamos pues ante un tipo cualificado en relación al tipo global del precepto anterior. El que el art.2 lo que hace es centrarse en las cesiones realizadas por empresas ficticias es claro también, puesto que prohíbe todas aquellas cesiones con incumplimiento por parte del cedente de sus obligaciones laborales de manera intencionada; es decir, asumiendo de entrada que se va a incumplir y defraudar con ello los derechos del trabajador; ya se encuentre la intención sólo en la mente del cedente ("maquinaciones"), ya en la de ambos empresarios ("confabulaciones"), lo que ocurrirá fundamentalmente cuando el cedente sea meramente ficticio pues es claro entonces que si cede trabajadores que siguen a él vinculados, lo hace ineludiblemente con la intención de defraudar⁴⁹. Si el art.2 lo que hace es prohibir un

⁴⁹ Es cierto que empresas reales pueden también incumplir de manera intencional sus obligaciones laborales en un caso concreto de cesión. No negamos que tal supuesto quedaba incluido en el ámbito del art.2. Sin embargo el que el legislador estaba pensando en empresas ficticias cuando redactó tal precepto viene confirmado por el hecho de que la Ley 44/71 de 15 Nov (BOE 16 Nov 71) derogó expresamente el art.2 del Decreto-Ley 1952 (Vd Disposición derogatoria 2), sustituyéndolo por el art.499.bis.2 Código Penal (todavía vigente) de acuerdo con el cual se penaliza la cesión de mano de obra hecha de forma maliciosa en la que se suprime o restringe la

tipo muy específico de cesiones: las conectadas con empresa cedente ficticia; el art.1 por deducción tiene que referirse al grupo genérico formado fundamentalmente por cesiones llevadas a cabo por empresas reales, entendiendo la cesión en el sentido vulgar señalado, y no en el técnico-jurídico actual. Mantener que el Decreto-Ley sólo regula situaciones de interposición ajenas a la contrata, es mantener que su art.1 se refiere a situaciones de empresas reales que en un momento dado y sin intención incurren en la figura de la interposición, lo que significaría defender que tal precepto, que se articula como la auténtica alma de la norma, se redactó pensando en supuestos del todo infrecuentes en la praxis, puesto que la mayoría de las interposiciones se canalizaban como interposiciones dolosas, en especial a través de empresa ficticia. Si el Decreto-Ley hubiera querido regular únicamente el fenómeno de la interposición, su artículo 2 hubiera ocupado el lugar central en la norma.

Por todo lo expuesto, no estamos de acuerdo con la doctrina que afirma que el Decreto-Ley lo que hace es legalizar las interposiciones⁵⁰, entendiendo por tales las cesiones que hasta hace poco quedaban incursas en el art.43 E.T. y ahora lo hacen en el art.43 TRET, por contraposición a las contrata reguladas en el art.42 TRET. La norma lo que hacía era rodear de garantías en pro del trabajador toda cesión en general, ya fuera la

estabilidad en el empleo del trabajador y demás condiciones de trabajo reconocidas por disposiciones legales. Para que se produzcan ambos perjuicios conjuntamente sólo se nos ocurre el que la empresa cedente sea ficticia. Si la empresa cedente fuera real aunque se suprima o restrinja las condiciones de trabajo, no se afectará la estabilidad en el empleo. De aquí que pueda inferirse el que el sustituido art.2 del Decreto-Ley 1952 se refería asimismo a aquellas cesiones llevadas a cabo por empresa ficticia. (Ver un desarrollo más amplio de este particular en infra III; 5).

⁵⁰ Ver esa doctrina en infra I; 4.

tradicional contrata⁵¹, ya se tratara de cesión a través de un cedente distinto al clásico contratista; todo ello bajo el prisma de la permisividad, al tiempo que reprimía las cesiones en las que el cedente era ficticio⁵².

51

Esto resuelve parcialmente la relación entre el art.3 L.C.T. 1944 y el Decreto-Ley que preocupara a MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación..." Op.cit.p.44-45. Este autor, como se ha dicho, entendía que el Decreto-Ley se refería únicamente a la figura de la interposición; como en el mismo el cedente seguía siendo considerado empresario del trabajador cedido, ello parecía chocar contra el artículo 3 L.C.T. según el cual "el contrato se supone siempre existente entre todo aquél que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta...", lo que, aplicado a un supuesto de interposición, daría lugar a la consideración del cesionario como empresario del trabajador cedido (el cesionario "utiliza los servicios del trabajador", lo que se antepone al hecho de "dar trabajo" que viene cumplido por el cedente; vd a este respecto MARTIN VALVERDE Op.cit.p.41). Por todo ello este autor concluía que la solución del Decreto-Ley no era técnicamente correcta. Sin embargo tal solución no es tan incorrecta si se entiende que el Decreto-Ley observa todo tipo de cesión y no sólo la interposición.

RODRIGUEZ RAMOS: "La cesión ilegal..." Op.cit.p61, que también entiende que el Decreto-Ley se circunscribía a la figura de la interposición, trata de reconciliarlo con el articulado de la LCT, indicando, en interesante observación, que el Decreto-ley no era más que la expresión de la doctrina procesal del empresario aparente, permitiendo al trabajador el reclamar judicialmente frente al que aparecía como su empresario, el cedente, aunque no lo fuera realmente. Como crítica a esta idea hay que hacer constar que, si lo que verdaderamente regulaba la norma era la figura de la interposición, y teniendo en cuenta que en tiempos del Decreto-ley la misma venía prácticamente monopolizada por un cedente que no existía como empresa mercantil, poca o ninguna protección podía brindar esta supuesta manifestación legal de la doctrina del empresario aparente; aparte de que difícilmente tal cedente ficticio podía dar la apariencia de empresario.

52

En línea similar Vd PEREZ-ESPINOSA: "Consideraciones y propuestas..." Op.cit.p.61 hablando del Decreto-Ley 1952 nos señala: "Esta opción legislativa puede dar lugar a interpretaciones superficiales en el sentido de que las actividades de cesión de mano de obra no estaban prohibidas en la norma... sin embargo... debe entenderse que la norma sólo admite cesiones temporales de mano de obra entre empresas legalmente constituidas y con actividad propia y diferenciada".

En resumen: el Decreto-Ley no es más que la consecuencia de una praxis en la que la figura de las contratatas, ya mirada con recelo por el legislador, se utiliza para defraudar los intereses de los trabajadores produciendo un lucro con ello. En esa realidad, la contrata, punto de partida, se desborda y da lugar a otros tipos de cesión aparentemente similares. El Decreto-Ley los recoge todos, contratatas y no contratatas, y los regula.

Llegado este punto, es interesante la comparación entre la responsabilidad subsidiaria de la Ley de Accidentes de trabajo, que en tiempos del Decreto-Ley venía recogida en el artículo 2 del Texto refundido de 4 Jul 32, y la responsabilidad solidaria del Decreto-Ley 52. Este no deroga a aquella, de hecho la responsabilidad subsidiaria vuelve a reiterarse en el Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo de 1956. En nuestra opinión dicha responsabilidad subsidiaria subsiste tras el Decreto-Ley, bien como *lex specialis*, bien remitida a aquellas situaciones donde el dueño de la obra no es empresario, puesto que las mismas no quedaban amparadas por el Decreto-Ley⁵³.

⁵³ También es interesante la comparación entre la responsabilidad solidaria del Decreto-Ley y las subsidiarias contenidas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Secretaría del Movimiento de 29 Mar 56, y en la Ordenanza de Trabajo de la construcción, vidrio y cerámica de 29 Ago 70. En éstas, las empresas de la construcción y obras públicas y las empresas de la construcción, vidrio y cerámica respectivamente respondían subsidiariamente de las obligaciones laborales contraídas por los subcontratistas con los que contratasen. En ambos casos se trataba de una responsabilidad en supuestos de contratatas. En principio esto parece chocar contra la responsabilidad solidaria del Decreto-Ley si, como sostenemos, éste regula también las contratatas. Sin embargo pensamos que podemos estar aquí ante dos supuestos de *lex specialis* donde la responsabilidad del principal se suaviza para quedarse en subsidiaria, probablemente por tratarse de sectores donde se funciona normalmente a través de contratatas, y al considerarse de importancia para la economía el legislador intenta potenciarlos reduciendo la responsabilidad del principal. Esto queda confirmado por el hecho de que ambas normas continuaron en vigor (VER) tras la publicación del Decreto 3677/70 en el que, de forma indubitada, se establece la responsabilidad solidaria en casos de contratatas.

El hecho de que en casos de accidentes de trabajo se impusiera una responsabilidad subsidiaria que nace cuando el cedente resulta insolvente, mientras que en el Decreto-Ley la responsabilidad es solidaria, surge desde el mismo momento en que el cedente incumple, y se extiende a todas las obligaciones de índole laboral y de la Seguridad Social, es significativo del incremento del recelo del legislador hacia el fenómeno de la cesión.

La responsabilidad solidaria del Decreto-Ley no trae su causa de que se considere también al cesionario como empresario del trabajador del cedente, puesto que, como se desprende del literal de la norma, el cedente sigue siendo considerado como el empresario del trabajador cedido⁵⁴, y sólo en determinadas circunstancias surge la responsabilidad de aquél. La razón de la misma, una vez vista la Exposición de Motivos, es, obviamente, la catalogación del fenómeno de la cesión de trabajadores en su globalidad como algo patológico; estamos ante una responsabilidad con finalidad garantista. Pero la legitimación para imponerla sobre el cesionario no puede fundarse ya, como ocurría en la Ley de Accidentes de trabajo, ni en la idea de que la protección del trabajador frente al fraude exige el que se coaccione al cesionario a cerciorarse de que contrata con un cedente solvente y cumplidor, ni en la culpa extracontractual "in eligendo", puesto que el Decreto-Ley 52 no es ajeno a situaciones en las que el cedente es perfectamente solvente y cumplidor con anterioridad a la cesión de su personal: en estas situaciones si durante la cesión se producía un incumplimiento se disparaba el mecanismo de la responsabilidad solidaria sobre el cesionario. El único elemento legitimador que queda pues es el relativo al hecho de que es el cesionario el que se beneficia del rendimiento de trabajo del trabajador cedido. ¿Puede decirse que el Decreto-Ley 52 vislumbra una relación laboral indirecta entre cesionario y trabajador cedido?. Una respuesta afirmativa a este interrogante podría explicar el por

⁵⁴ MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación..."
Op.cit.p.44.

qué el Decreto-Ley deja fuera de su ámbito aquellas cesiones temporales en las que el beneficiario de la prestación del trabajador es un propietario de la obra o servicio que no es empresario mercantil. Es posible que el legislador del 52 entendiera que no puede surgir una relación laboral indirecta entre un trabajador y una persona física o jurídica que no lleva a cabo ninguna actividad productiva.

5. Ley de la Seguridad Social de 1966.

Con posterioridad, en 1966, se publicó la Ley de Seguridad Social(LSS), recogida luego en el Texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1974⁵⁵ (LGSS) y en la actualidad en el Real Decreto legislativo 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En aquella Ley de 1966, como dato más sobresaliente, se hace por primera vez una regulación de contratas y cesión de trabajadores separando ambos conceptos.

El artículo 97 LSS⁵⁶ establece la responsabilidad del cesionario en cuanto al pago de prestaciones de la Seguridad Social , ocupándose en su apartado 1 de la figura de la contrata y reservando su apartado 2 a la cesión temporal de mano de obra; y estableciendo distinto régimen en uno y otro caso (responsabilidad subsidiaria y solidaria del cesionario respectivamente). El art.68.1 hace lo propio en relación con el pago de cuotas a la Seguridad Social, remitiéndose a lo dispuesto en los números 1 y 2 del art.97⁵⁷.

El primer dato a observar es que ninguno de los

⁵⁵ Aprobado por Decreto 2065/74 de 30 de May.

⁵⁶ Reproducido de forma prácticamente literal en el actual art.127 RD Leg 1/1994.

⁵⁷ Reproducido asimismo en el actual art.104.1 RDLeg 1/1994 pero haciendo las remisiones en este caso a los apartados 1 y 2 del art.127.

conceptos se encuentra definido en la Ley. En lo relativo a las contrataciones no sorprende esta falta pues era ya práctica antigua del legislador laboral el hacer mención a esta figura sin dotarle de un concepto definido, por lo que implícitamente invitaba a buscar el mismo en el seno del ordenamiento civil. En lo que respecta a la cesión temporal la situación es novedosa: hace entrada en nuestro Derecho una nueva terminología: "cesión temporal de mano de obra" sin que venga acompañada de concepto alguno y sin que pueda colmarse esta falta con el caudal de esferas no laborales del ordenamiento. Tan sólo se vislumbra un punto de apoyo, el Decreto-Ley 52.

Al estudiar conjuntamente el art.97.2 LSS y el citado Decreto-Ley, es muy lógico pensar que se están refiriendo al mismo supuesto de hecho⁵⁸. El art.97.2 LSS concierne a la "cesión temporal de mano de obra", término que evoca la redacción del art.1 de aquella más lejana norma, referida a: "Las Empresas... que cedieren temporalmente todo o parte de su personal...". A lo que hay que añadir que el precepto de la LSS hace referencia a la cesión temporal "aunque sea a título amistoso o no lucrativo", a imagen de lo dispuesto en el Decreto-Ley, el cual se refería a la cesión "aún cuando fuese a título gratuito de servicios benévolos o de buena vecindad". Suponiendo que esta correlación entre las dos normas fuera correcta, cosa que no compartimos, seguiríamos teniendo un término jurídico, el de cesión de trabajadores, sin un contenido perfectamente definido, puesto que tampoco el Decreto-Ley otorgaba definición alguna.

Desde nuestro punto de vista el legislador del 66 al redactar la Ley de Seguridad Social no tenía como punto de referencia el Decreto-Ley 1952, sino más bien la Ley

⁵⁸ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión de trabajadores..." Op.cit.p.319.

italiana 1369 de 23 Oct.1960⁵⁹, en la que ya se había diferenciado nítidamente entre "intermediación e interposición en las prestaciones de trabajo" por un lado, y "contratas de obras y servicios" por otro, y en la que la primera de las figuras quedaba definida con claridad por oposición a la auténtica contrata⁶⁰, quedando representada por la llamada "contrata de mano de obra" en la que el contratista no presta una auténtica actividad económica organizada sino que simplemente se dedica a suministrar mano de obra al comitente⁶¹. Esta distinción es la que sigue el legislador español del 66, identificando en un paso marginal y equivocado en nuestra opinión, la primera de las figuras de la legislación italiana con la cesión regulada por el legislador de 1952; de ahí que, utilizando la redacción del Decreto-Ley, la denomine "cesión temporal de mano de obra" en lugar de "intermediación" o "interposición". Identificación a la que sin duda contribuyó el que la doctrina más autorizada de la época había entendido que el Decreto-Ley del 52 se refería a un supuesto de cesión temporal de personal, al que definía de forma muy similar a las figuras de interposición e intermediación de la ley

⁵⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "Cesión de trabajadores y contrata de mano de obra". Relaciones Laborales nº5 1986 p.38 señala que la legislación española de los años 60 se hizo eco de la legislación italiana. Para un análisis de esta última Vd RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión..." Op.cit.p.289 y ss.

⁶⁰ En su art.1 se prohíbe "... encargar en contrata o subcontrata, o en cualquier otra forma... la ejecución de meras prestaciones de trabajo mediante el empleo de mano de obra contratada y retribuida por el contratista o por el intermediario,...", matizándose que "se considerará contrata de meras prestaciones de trabajo cualquier forma de contrata o subcontrata, incluso para la ejecución de obras y servicios, en la que el contratista emplee capitales, máquinas y utillaje suministrado por el principal...". La contrata por su parte viene claramente definida por el Codice civile 1942 como "contrato por el cual una parte se compromete, con organización de los medios necesarios y con gestión a su propio riesgo, a efectuar una obra o un servicio a cambio de una cantidad de dinero".

⁶¹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión ..." Op.cit.p.301.

italiana⁶².

Toda esta estructuración va a traer consecuencias de enorme importancia. Por un lado la terminología utilizada va a conducir a la doctrina a considerar a la contrata como algo ajeno al fenómeno de la cesión; por otro el concepto de cesión temporal de trabajadores se introducirá en nuestro ordenamiento sin un contenido concreto y su delimitación deberá hacerse por vía de exclusión con respecto a la contrata, tomando en un inicio como modelo el concepto de "interposición" del ordenamiento italiano.

La cesión temporal de la que habla el legislador del 66 parece pues referirse a la actividad de suministro de mano de obra; que en la realidad de aquel tiempo solía materializarse a través de cedentes que no existían como auténticas empresas y se dedicaban profesionalmente al prestamismo de mano de obra. Lo que era tan sólo una especie de cesión en el 52, pasa a ser a partir del 66 y en terminología jurídica, la cesión en sentido genérico.

6. Decreto 3677/70.

Las dos figuras vuelven a aparecer en el Decreto 3677/70 de 17 Oct. 70, norma que desarrolla el Decreto-Ley 1952⁶³, y donde el tratamiento patológico del fenómeno de la cesión llega a su culmen.

Dos disposiciones del Decreto merecen nuestra atención: los artículos 1 y 4. En el artículo 1, el Decreto 3677/70, distinguirá claramente entre dos grupos de conductas perfectamente diferenciadas: 1) Contratar o

⁶² Vd ALONSO GARCIA: "Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra" Op.cit.

⁶³ El art.4 del Decreto-Ley 1952 facultaba a los Ministerios de Justicia y Trabajo a dictar disposiciones complementarias para el desarrollo y ejecución del mismo. El segundo de los Ministerios hizo uso de tal potestad a través del Decreto 3677/70, como se puede leer en su preámbulo.

reclutar trabajadores y proporcionarlos, prestarlos o cederlos temporalmente a otra empresa; y 2) Utilizar, por parte del cesionario, tales trabajadores sin incorporarlos a su plantilla. En el primer grupo, la doctrina especializada ha destacado la existencia de dos actuaciones distintas⁶⁴. Por un lado, lo que se ha denominado interposición, representada por contratar, y prestar o ceder; y por otro, la mediación, consistente en reclutar y proporcionar; se trata ésta última de una las "situaciones no contempladas por el Decreto-Ley" a las que el preámbulo del Decreto 3677/70 se refiere⁶⁵, y que sí quedan reguladas en éste. Sobre dichas conductas se impone, aparte de las multas establecidas en el art. 3 del Decreto, las correspondientes sanciones de orden penal. Es decir se trata de conductas prohibidas, si bien la prohibición no es expresa.

En el art.4 por su parte, se hará una mención a la contrata de obras o trabajos correspondientes a la propia actividad del principal. Se admite, si bien imponiendo sobre la Empresa principal una responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por el contratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata⁶⁶.

⁶⁴ Ver por todos y muy especialmente MARTIN VALVERDE: "Interposición..." Op.cit. donde lleva a cabo un análisis exhaustivo del Decreto.

⁶⁵ Muy probablemente al referirse a esas "situaciones no contempladas" por el Decreto-Ley 1952 el legislador tiene también en mente a las contrata reguladas en el art.4 del Decreto, que en seguida veremos. En nuestra opinión tal situación sí quedaba incursa en el Decreto-Ley 1952, pero parece claro que desde la LSS 1966 el legislador entiende que no es así.

⁶⁶ La STS 23 Nov 77 (4642) declarará la nulidad de pleno derecho de este artículo 4 del Decreto por su contradicción con la responsabilidad subsidiaria de la legislación de la Seguridad Social de 1966 (recogida en Texto Refundido de 1974), debiendo prevalecer esta última norma legislativa sobre aquella de rango reglamentario. El problema no obstante estaba ya solventado en ese momento puesto que el legislador había convertido aquél precepto del Decreto 3677/70 en norma de rango legal con su

Nos centraremos en primer lugar en el art.1. Dejando a un lado la mediación, trataremos la conducta de contratar y ceder por parte del cedente completada con la subsiguiente del cesionario de no incorporar al trabajador a su plantilla.

Estamos ante una norma que se dice desarrolla el Decreto-Ley 1952, en cuyo preámbulo el mismo legislador muestra su intención de "acomodar las prescripciones de aquél [el Decreto-Ley] a las actuales circunstancias". Este desarrollo, no obstante, se hace a través del prisma de la LSS 1966⁶⁷, siguiendo la línea evolutiva por ésta marcada, y entendiendo que el Decreto-Ley del 52 no se refería a la contrata⁶⁸. De esta forma, la

inclusión, como veremos, en el art.19 de la Ley de Relaciones Laborales (LRL).

⁶⁷ No hay que olvidar que de acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto 3677/70 este tiene en cuenta "los criterios informadores de la Ley de Seguridad Social en materia de responsabilidad...". Por lo que esta última ley no le es ajena al Decreto.

⁶⁸ Desde este prisma el calificar al Decreto 3677/70 como desarrollo normativo del Decreto-Ley del 52 es una expresión que no se ajusta a la realidad, puesto que lo que antes se admitía ahora se prohíbe (Vd en este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión..." Op.cit.p.322-323 para el cual el Decreto 3677/70 "... a pesar de que formalmente era una norma de desarrollo del Decreto-Ley de 1952, en realidad supuso un auténtico giro en la regulación de la cesión de trabajadores".).

Partiendo del ámbito que nosotros atribuimos al Decreto-Ley de 1952 sí podría hablarse de auténtico desarrollo: las contratas se admiten con cautelas (art.4 Decreto 3677/70) como antes se admitían con cautelas todo tipo de cesiones en su sentido más amplio (art.1 Decreto-Ley 52); y existen ciertas cesiones que se prohíben (art.1 Decreto 3677/70), de la misma forma que ocurría antes (art.2 Decreto-Ley 52). Alguna sentencia siguió esta línea: la STS 23 Nov. 77 (4642) rechazaba precisamente la alegación de que el Decreto diciéndose dictado en desarrollo del Decreto-Ley 52 en realidad lo quebrantaba; y la rechazaba en base a que las cesiones prohibidas por el art.1 del Decreto 3677/70 no son las mismas cesiones a las que se refiere el art.1 del Decreto-Ley 1952 ya que éstas quedan contempladas por el art.4 del Decreto 3677/70; esto es, el Tribunal Supremo venía a decir que el Decreto-Ley 1952 regula todo tipo de cesión en su sentido más amplio, incluyendo a las contratas. Si bien este razonamiento coincide con el nuestro, no creemos que

prohibición de contratar y ceder temporalmente contenida en el art.1 se identificará pues con el termino de "cesión temporal de trabajadores" de la LSS 1966, y por ende con el de "interposición de mano de obra" de la ley italiana de 1960; es decir, con un concepto de cesión en el que se excluye a la contrata. Pero si esta es la solución que se deduce de un estudio histórico, no lo es, o al menos no se obtiene tan claramente, cuando nos limitamos a analizar la redacción del precepto: el tipo al que hace alusión el Decreto 3677/70: contratar y ceder temporalmente a otro empresario, objetivamente considerado, da perfecta cabida a las contrata, máxime cuando el término "cesión temporal" sigue sin quedar colmado en nuestro ordenamiento de una conceptualización jurídica concreta. Por todo ello hay que presumir un elemento implícito en el tipo de tal forma que la conducta prohibida se lea como: contratar y ceder temporalmente siempre que no se esté ante una contrata.

Nuestra doctrina más insigne, abanderada por MARTIN VALVERDE, siguió la norma de la línea italiana, indicando que el art.1 del Decreto prohibía la especulación mediante el suministro de mano de obra; esto es, la contrata de mano de obra; no sólo aquella que se realizaba profesionalmente sino también la que se llevaba a cabo de manera ocasional, se hacía una sola vez, o se refería a un solo trabajador⁶⁹; y recogiendo la redacción italiana, colocó al precepto el rotulo de "interposición"⁷⁰, como algo contrapuesto a

tal fuera la idea del legislador del 70 al redactar el Decreto 3677/70: hemos admitido ya que en la mente del legislador del 70 la amplitud del Decreto-Ley del 52 es mucho más restringida que la que nosotros le damos, por lo que sí puede decirse que en la actitud del legislador del 70 no hay una voluntad de desarrollar el Decreto-Ley 1952 sino de dar un cambio de rumbo a la materia que regula.:

⁶⁹ MARTIN VALVERDE: "Interposición..." Op.cit.p.29-30.

⁷⁰ MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación..." Op.cit.p.17 y ss; RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "la regulación protectora..." Op.cit.p.5 y ss; y del mismo autor: "Cesión de trabajadores (interposición) y subcontrata de obras o servicios". Revista Política Social nº 96, 1974, p.304 y ss.

las contrataciones de obras o trabajos; y así lo avaló también la jurisprudencia⁷¹.

Aquél autor, profundizando en el análisis de la interposición la define como "una combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra u otras, y frente a terceros, una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre al titular verdadero de la misma"⁷², lo que llevado al campo laboral significa que en la interposición el interpositor es titular aparente o fingido de una relación laboral en la que la persona oculta es el verdadero empresario. MARTIN VALVERDE contrapone la interposición a la contrata⁷³, de tal forma que todo lo que no sea contrata será interposición, y todo el que no sea contratista o actúe como contratista en un momento determinado será persona interpuesta o estará actuando en ese determinado momento como persona interpuesta entre el verdadero empresario y el trabajador, y en consecuencia no será el verdadero empresario. La doctrina, por tanto, hace girar la distinción entre interposición y contrata en torno a la cuestión de quién ocupa la posición jurídica

⁷¹ La STS 27 Sep 77 (art.4283) nos dice que la finalidad del Decreto es "...combatir el fraude en las indebidas cesiones de personal realizadas con la finalidad de burlar los legítimos derechos de los trabajadores, sin que dicho texto legal pretenda ir contra los también legítimos derechos de las empresas de acudir a la contratación con otra empresa auxiliar de alguna obra o servicio determinado".

⁷² MARTIN VALVERDE Op.cit.p.33 citando doctrina civilista: FERRARA: "la simulación de los negocios jurídicos" Revista de Derecho Privado, 2ª Ed. Madrid 1931; CARBONNIER: "Droit Civil" II PUF París, 1967.

⁷³ Op.cit.p.32; también, y con absoluta rotundidad, RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación..." Op.cit.p.25, quien refiriéndose a los artículos 1 y 4 del Decreto 3677/70 (esto es: interposición y contrata) nos dice: "...los supuestos contenidos en uno y otro artículo son sustancialmente incompatibles y se excluyen entre sí: si hay interposición no hay contrata y viceversa".

de empleador⁷⁴. El cuadro que se obtiene es el siguiente: la dicotomía cesión ilícita-contrata o contrata de mano de obra-contrata de actividad, es equivalente a la dicotomía: situación en la que el cedente no es el verdadero empresario del trabajador cedido-situación en la que el cedente sí lo es. La aproximación es correcta, pero al actuar así se está proporcionando el camino hacia la equivalencia entre el contratista en su sentido civil y el verdadero empresario en su sentido laboral; y las dificultades surgirán cuando se pretenda llegar al segundo a través del primero, puesto que el punto de partida normativo es que el cedente inmerso en una cesión ilícita es el no-contratista; y en consecuencia la madeja jurídica comenzará a desenredarse a partir del concepto de contratista.

La distinción interposición (cesión ilícita)-contrata no encuentra problema cuando en la realidad subyacente que se pretende regular existe una distinción correlativa clara entre contratas de actividad donde el contratista ejerce, sin lugar a dudas, de auténtico empresario aunque pueda en ocasiones incumplir sus obligaciones laborales, y contratas de mano de obra, donde el cedente adopta una burda apariencia de empresa sin serlo en ningún momento, o en último caso, de serlo realmente, se desvincula total y absolutamente de su trabajador al suministrarlo, sin ejercer de empresario laboral del mismo. En tales casos aquél que civilmente se considere contratista coincidirá con el que laboralmente se considere empresario. El problema surge porque en esa realidad subyacente que se pretende regular, la indicada diferenciación no es tan nítida y de hecho la contrata puede presentarse de muy diversas formas en las cuales el grado en el que el contratista ejerce de auténtico empresario no es de ningún modo el mismo. El problema se agravará cuando la realidad subyacente se haga todavía mucho más compleja con el

⁷⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER Op.cit.p.26-27. Ya con anterioridad ALONSO GARCIA: "Contrato de trabajo, subcontratación ..." Op.cit. había establecido idéntica diferencia entre cesión temporal de mano de obra y contrata.

desarrollo del fenómeno de la descentralización productiva. Cuando los modos y formas de cesión se multipliquen dando lugar a un espectro de muy diferentes tonalidades, la determinación del interpositor a través del concepto civilista del contratista comenzará a diferir de la determinación del interpositor a través del concepto laboral de empresario. Contratista y empresario laboral coinciden a grosso modo, pero comienzan a distanciarse en un análisis de detalle.

En cuanto al art.4 del Decreto, ya hemos indicado que admite las contrataciones pero sometiéndolas a fuertes restricciones. No hay que olvidar que, como se desprende de la Exposición de Motivos, el Decreto trataba no solo de sancionar sino también de prevenir actividades fraudulentas; y en esa labor preventiva ya era tradición histórica el mantener la contrata bajo ciertas cautelas. El problema se planteaba con respecto al tipo de contrataciones a las que el precepto se refiere: se trata de aquellas de obras o trabajos correspondientes a la propia actividad del principal; delimitación ésta que se introduce por primera vez, pues no existía en ninguno de los precedentes de este artículo. Surge pues el interrogante de en qué lugar quedaban emplazadas y qué tratamiento recibían esas contrataciones de obras o trabajos no correspondientes a la propia actividad del principal.

Desde nuestro punto de vista quedarían en principio sometidas al Decreto-Ley 1952⁷⁵, bajo un régimen ligeramente más benigno: responsabilidad solidaria del principal que surge cuando el contratista incumple sus obligaciones, lo cual parece hacer necesario la reclamación previa al contratista, judicial o extrajudicial, frente a la responsabilidad solidaria

⁷⁵

Decimos en principio porque más adelante defenderemos que el art.42 TRET heredero de este art.4 cubre, aún a pesar de su literal, también las contrataciones de obras o servicios no correspondientes a la actividad propia del principal. No obstante ahora estamos analizando un momento histórico en el que el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores todavía no ha entrado en vigor.

que impone el art.4 del Decreto 3677/70 por todas las "obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social" y en consecuencia no supeditadas a incumplimiento previo del contratista⁷⁶. El problema se plantea porque el legislador parece entender y la doctrina mayoritaria sin duda entiende que el Decreto-Ley 1952 no se aplicaba a las contratistas: ¿Qué ocurre entonces con las no correspondientes a la propia actividad del principal?. El hecho de que las contratistas correspondientes a la propia actividad del principal puedan estar más cercanas al ilícito del art.1 del Decreto 3677/70, porque debido a tal correspondencia podría haberse realizado la actividad con su propia organización sin tener que recurrir a un contratista⁷⁷, no es suficiente para justificar el contraste entre imponer una responsabilidad solidaria al principal y no imponer absolutamente nada⁷⁸.

En otro orden de cosas hay que señalar que este artículo 4 del Decreto 3677/70 es fiel reflejo del tratamiento patológico de las contratistas, imponiendo como cautela la responsabilidad solidaria del principal. La empresa comitente debía, de acuerdo con el precepto, exigir el que el contratista se hallase en posesión del carnet de Empresa con Responsabilidad y al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Ello podría conducir a pensar que la responsabilidad que se hace recaer sobre el principal viene legitimada por una especie de culpa extracontractual al contratar con empresas sin el citado carnet o sin estar al corriente en las indicadas

⁷⁶ Las obligaciones de pago de cuota y prestaciones de Seguridad Social quedarían, en supuestos de contratistas no correspondientes a la propia actividad del principal, sometidas a los preceptos de la LSS 1966 bajo un régimen claramente más benigno.

⁷⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "la regulación..." Op.cit.p.36.

⁷⁸ Quedarían únicamente sujetas a los preceptos de la LSS 1966 (arts 97.1 y 68.1).

cuotas. Hay que rechazar sin embargo esta postura, y ello porque la Empresa comitente respondía solidariamente durante la vigencia de la contrata "en todo caso" (así se expresa el precepto), esto es con independencia de que se llevase a cabo o no las indicadas comprobaciones, y con independencia asimismo del resultado de las mismas. Tampoco cabe argüir una responsabilidad extracontractual por culpa "in eligendo" rayana en la responsabilidad objetiva. Toda responsabilidad extracontractual presupone la existencia de un daño, y el art.4 hacía responder al empresario principal desde el nacimiento de la obligación y no desde que se producía su incumplimiento; esto es, se respondía aún sin la existencia de un daño. Por tanto, la legitimación que subyacía en la responsabilidad del art.4 del Decreto debe ser el hecho de que el principal se beneficiaba de las prestaciones de los trabajadores asignados a la contrata. De nuevo la posibilidad de que se estuviera suponiendo una relación laboral indirecta entre cesionario y trabajador cedido se cierne sobre la norma.

7. Art.19 Ley de Relaciones Laborales.

El artículo 19 de la Ley 16/76 de 8 Abr, de Relaciones Laborales, sucesor del anterior Decreto no cambia apenas su redacción y sigue por tanto la misma línea de pensamiento ya expuesta, es decir: prohibición de la interposición (apartado 1) y admisión con cautelas de las contratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del principal (apartado 2). En consecuencia recoge asimismo las mismas rémoras.

Es de señalar sin embargo un dato de gran interés: la Ley de Relaciones Laborales, que sustituye al Decreto 3677/70, deja en vigor al menos parcialmente el Decreto-Ley 1952. En su Disposición Final 2ª encargaba al Gobierno la aprobación de un texto refundido que comprendiera las normas con rango de Ley sobre relaciones laborales. A tales efectos, cuando menos, se debían de refundir "los preceptos subsistentes" de

ciertas disposiciones laborales entre las que se citaba al Decreto-Ley 1952. ¿Qué precepto de esta norma podía subsistir en 1976?. Hay que excluir a su artículo 2 que había sido expresamente derogado por Ley 44/71; y hay que excluir asimismo a los artículos 3, 4 y 5 por tratarse de preceptos puramente programáticos (disposición derogatoria, facultad de desarrollo del Decreto-Ley y entrada en vigor del mismo respectivamente). Sólo nos queda pues su artículo primero. ¿Pero cómo puede tener este precepto todavía virtualismo a la hora de entrada en vigor de la Ley de Relaciones Laborales?. Ya hemos indicado que desde la LSS 1966 el legislador parece entender que el Decreto-Ley 1952 quedaba relegado a las cesiones temporales de mano de obra, entendidas como algo distinto de las contrataciones. Si en tal norma dichas cesiones, salvo las maliciosas, se permitían y en el art.19 LRL las mismas situaciones se prohíben⁷⁹, ¿cómo es que el art.1 de aquella norma puede quedar en vigor?. Es tentador especular con la posibilidad de que el legislador del 76 entiende que el Decreto-Ley 1952 se refería a toda cesión, incluyendo también las contrataciones, y que en 1966 se produjo una desviación equivocada de esta idea. De

79

Según MARTIN VALVERDE: "Cesión..." Op.cit.p.280-281 el Decreto 3677/70 es recogido posteriormente con algunas variaciones "de menor cuantía" en el art.19.1 LRL, y aquél "establecía, de entrada, una prohibición expresa del reclutamiento y contratación de trabajadores para proporcionarlos...". De acuerdo con GARCIA MURCIA: "Cesión..." Op.cit.p.290 "el artículo 19 de la LRL utilizaba una fórmula similar a la del mencionado Decreto para erradicación de la cesión de trabajadores...". Según RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión..." Op.cit.p.325-326 el art.19 LRL partía de la misma definición de cesión de trabajadores establecida en el Decreto "para prohibir esta conducta con carácter general". Es claro pues que para la doctrina el art.19 LRL prohibía las cesiones temporales de trabajadores. Hemos hecho esta reseña doctrinal porque el art.19 no contiene una prohibición expresa de la conducta de cesión; y, además, a diferencia del Decreto 3677/70 tampoco establece sanción o multa alguna para los sujetos incurso en tal conducta, por lo que podía ponerse en duda si en verdad tal precepto contiene una prohibición implícita de la cesión temporal de mano de obra. En nuestra opinión la postura doctrinal reseñada es perfectamente correcta, porque aún cuando el precepto no imponga una sanción directa sí la prevenía, remitiendo su desarrollo a una norma reglamentaria futura que nunca vió la luz.

ser esto así, la explicación del mantenimiento en vigor del arte.1 del Decreto-Ley 1952 bajo la LRL podría justificarse por su aplicación a las contrata de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del principal.

8. El Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/80 de 10 Mar) recoge las figuras de la contrata y de la cesión de trabajadores en dos artículos distintos: 42 y 43 respectivamente, en líneas aparentemente similares a la de sus predecesores.

El arte.43.1, bajo el título de "cesión de trabajadores" establecía: "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 trabaja". El arte.42 por su parte, adopta una actitud permisiva hacia "los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos ...", pero , al igual que sus antecedentes históricos, sometiéndolos a ciertas cargas: fundamentalmente a la responsabilidad solidaria por las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista con sus trabajadores y con las referidas a la Seguridad Social, durante el período de vigencia de la contrata.

Se observa, ya desde la intitulación del arte.43 E.T. y por su contraposición al arte.42, que en la "mens legislatoris" la contrata es una figura ajena, aunque cercana, al fenómeno de la cesión de trabajadores, apuntalándose de esta manera la línea que en nuestra opinión quedó abierta con la LSS 1966 y frente a la que nos situamos.

Se ha indicado líneas arriba que la configuración de

las dos figuras que tratamos sigue aparentemente a sus antecesores históricos. El arte.42 apenas varía su ámbito con respecto al arte.19.2 LRL, si no es por la referencia, que puede resultar de interes, a "los empresarios que contraten..." frente a la anterior que se hacía a "las empresas que contraten...". Vamos a dejar en todo caso descansar por un momento este precepto del Estatuto pues todavía sigue en vigor y se tratará mas adelante cuando analicemos la situación normativa vigente. Vamos aquí a detenernos en ese arte.43, en la actualidad derogado por Ley 10/1994 y sustituido por el actual 43 TRET, cuya aparente similitud con sus antecedentes históricos no se corresponde totalmente con la realidad.

Se advierte fundamentalmente que la disyuntiva "contratar o reclutar" se ha sustituido por la conjuntiva "reclutamiento y contratación", lo que llevó a la doctrina más especializada a considerar que estábamos ante dos acciones que junto a la prestación o cesión componían tres fases de un mismo proceso⁸⁰. Donde en el Decreto 3677/70 y en al arte.19 LRL había dos conductas diferenciadas (reclutar / contratar), ahora sólo hay una. En relación con lo anterior se observa así mismo que el vocablo "proporcionar" ha desaparecido, mientras que los términos "ceder" y "prestar" permanecen. Aquél implicaba más una desvinculación con el cedente para pasar a formar parte de la plantilla del cesionario, es decir la creación de un vínculo trabajador-cesionario. "Ceder" y en especial "prestar" nos dan la idea de que existe un vínculo contractual entre cedente y trabajador que permanece tras la cesión. Al desaparecer el vocablo "proporcionar", se prohibiría el reclutamiento para ceder o prestar , y como indicaba MARTIN VALVERDE, y acabamos de señalar, sólo se puede ceder o prestar trabajadores previamente contratados, con lo que

⁸⁰

MARTIN VALVERDE: "Cesión de trabajadores" en BORRAJO DACRUZ (coord): "Comentarios a las leyes laborales" 1ª Ed. Madrid 1982 p. 287 y ss., GARCIA MURCIA: "Cesión de trabajadores" en BORRAJO DACRUZ (coord.): "Comentarios a las leyes laborales", 2ª Ed. Madrid 1988, p.294 y ss. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión...." op.cit.p.333.

reclutamiento y contratación debían ir encadenados⁸¹.

La acción de reclutar y proporcionar, es decir, la mediación, desapareció pues del precepto, para integrarse en la prohibición de las agencias privadas de colocación contenida en el arte.16.2 E.T. Esta afirmación sin embargo, no estuvo exenta de polémica, situándose cierta doctrina en contra⁸² o al menos poniéndola en duda⁸³, y surgiendo una línea jurisprudencial del TCT explícitamente opuesta a la misma⁸⁴. La mayoría de la doctrina especializada sin

⁸¹ MARTIN VALVERDE: " Cesión ..." Op.cit.p.288.

⁸² MARTINEZ CALCERRADA: "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma" en AAVV "Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo sobre el Estatuto de los Trabajadores" Madrid (IES) 1980. p.145-146.

⁸³ MONTOYA MELGAR: "Derecho del Trabajo" 13ª Ed. p.413-414.

⁸⁴ Un numeroso grupo de sentencias de este Tribunal conecta el arte.43 E.T. con el 16.2 E.T.: "... el arte.43 del Estatuto de los Trabajadores no se limita a prohibir la existencia de agencias privadas de colocación, que ya de modo expreso queda vedado por el arte.16.2 del propio Estatuto, sino también todo tipo de prestamismo o cesión de mano de obra, en cuyo supuesto se incardinan las empresas, que con apariencia de tales ... tienen como objetivo proporcionar mano de obra a otras empresas". Sin duda ninguna el TCT introduce la figura de la "mediación" dentro del precepto, puesto que se dice que el mismo prohíbe también la existencia de agencias privadas de colocación. Así se expresan las SSTs 23 Abr 82 (2374); 10 Oct 83 (8306); 1 Dic 83 (10405); 15 Mar 85 (1889); 6 May 85 (3952); 15 Nov 85 (6643); 9 Dic 85 (7109); 24 Sep 86 (8409); 13 Feb 87 (3163); 4 Ene 88 (650); 2 Feb 88 (1488). Hay que añadir además que en SSTCT 4 Mar 87 (4919) y 11 Mar 87 (5502) el tribunal confirmó las sentencias de instancia en donde el magistrado "a quo" parece haber aplicado indistintamente los arts.16.2 y 43 E.T., con lo que las figuras que ambas definen se confunden.

Aún de mayor contundencia son las SSTCT 25 Jun. 86 (5340) y 25 Nov. 87 (26786). donde expresamente se decía que el arte.43 prohibía junto a la interposición, la conducta de mediación, entendida como reclutar trabajadores para ceder a otro empresario. Afirmación tanto más importante cuanto que en dicha sentencia el TCT llevó a cabo el análisis del precepto más profundo que nosotros conozcamos. Hay que anotar empero ciertas

embargo la sostuvo⁸⁵, de la misma forma que lo hizo, expresa o implícitamente, un importante número de pronunciamientos judiciales⁸⁶. Desde la entrada en

contradicciones de importancia en la segunda de ellas que ponen en duda su fiabilidad.

Esta línea ha perdurado hasta el momento presente, donde todavía podemos detectar, aunque como ejemplos aislados, las STSJ País Vasco 29 Ene 93 (391) y la STSJ País Vasco 30 Oct 93 (4309) que de una manera clara identificaban el término reclutamiento con el de mediación y el de contratación con el de interposición, como conductas diferenciadas: "El mandato recogido en el número 1 del mencionado precepto [arte.43 E.T.] viene a prohibir no solo la labor de mediación entre empresario y trabajador (reclutamiento), sino también la de interposición de un empresario aparente entre uno y otro, de tal forma que es aquél, y no el empresario real, quien formalmente figura como tal (contratación)". También la STSJ Galicia 9 Jul 93 (3409); SSTSJ Cataluña 16 Abr 94 (1460) y 25 Abr 94 (1480).

⁸⁵ MARTIN VALVERDE: "Cesión ..." Op.cit.p.287; GARCIA MURCIA: "Cesión ..." Op.cit.p.302 y ss; RODRIGUEZ-PINERO ROYO Op.cit.p.334. Considera este último autor que "ni la mediación podría existir como tal si el empresario que utiliza los servicios del trabajador no los contrata, integrándolo en su plantilla; ni el régimen que se establece para la cesión tendría sentido para los supuestos de mediación; ni resultaría coherente reiterar la prohibición de una misma conducta en dos preceptos diferentes del Estatuto, el 16 y 43".

⁸⁶ Así en STCT 11 Jul 84 (6731) se dice categóricamente que la mediación o actividad de las agencias privadas de colocación no está contemplada en el arte.43 ET y sí en el 16.2 ET. Otras muchas sentencias expresamente asimilan la cesión ilícita al fenómeno de la interposición únicamente, excluyendo la figura de la mediación. Sin pretender en absoluto hacer un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, señalaremos por ejemplo la STSJ Madrid 30 Oct 90 (2597) que nos dice que el sentido y la finalidad del arte.43 E.T. "son los de evitar conductas elusivas del cumplimiento de obligaciones empresariales mediante la interposición de un empleador aparente que no esté en condiciones de asumirlas, procurándose así un fraude de los derechos del trabajador que la norma impide trasladándolas al empresario efectivo". También, la del TCT de 10 Nov 87 (24494) indica que para que la infracción del artículo 43 E.T. tenga lugar "es necesario que el contrato celebrado entre cedente y cesionario no tenga otro objeto que el tráfico de mano de obra y que la empresa cedente sea aparente o ficticia...". Dicha apariencia o ficción de empresa es característica definitoria de la figura de la interposición. La sentencia del TSJ Navarra 8 Sep 89 (633) indica: "la cesión ilegal de trabajadores presupone la existencia de empresas

vigor de la Ley 8/88 sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) no quedó más duda al respecto, no sólo porque considera como infracciones separadas la cesión ilícita de trabajadores (arte.8.2) y la mediación y colocación (arte.28.1), sino porque además expresamente nos dice que ésta última es la prohibida por el arte.16.2 E.T.. La reforma operada por Ley 10/1994 ha acabado por confirmar que esta postura era la correcta, al hacer desaparecer de la cesión de trabajadores el concepto de "reclutamiento", causante de la confusión. La mediación pues, regulada en el Decreto 3677/70 y en la LRL de forma entrelazada con la interposición, lo que hacía pensar que ambas eran modalidades de cesión, queda definitivamente ajena a este último fenómeno. La cesión requiere la existencia de un vínculo laboral entre cedente y trabajador cedido que permanece, siquiera formalmente, aún mientras este último presta sus servicios al cesionario.

Como consecuencia de lo manifestado hasta aquí, la conducta que tipificaba el arte.43 ET necesitaba de la actuación conjunta de cedente y cesionario⁸⁷: si lo que se prohibía era únicamente la interposición, ésta por hipótesis requiere que el empresario usuario no incorpore al trabajador cedido a su plantilla, de otra forma la interposición desaparecerá⁸⁸.

No nos debe llevar a engaño el que en la redacción del

aparentes....que por medio de la ficción legal de empresas disimulan quienes prestan efectivamente el trabajo". La de 15 Dic 87 (28233) también del TCT que cita muchas otras en su apoyo, nos dice que la cesión ilegal del arte.43 E.T. "se caracteriza esencialmente por el hecho de que la empresa que cede la mano de obra es una empresa aparente...".

⁸⁷ En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, "Cesión..." Op.cit.p. 331 que defiende que la cesión prohibida por el arte.43 E.T. va a ser "la suma de dos acciones distintas y complementarias que han de combinarse para que exista el tipo legal", refiriéndose a las acciones de la empresa cedente y la usuaria.

⁸⁸ Vd MARTIN VALVERDE : "Interposicion y mediacion...." Op.cit.p.31; o del mismo autor: "Cesión de trabajadores ..." Op.cit.p.289.

arte.43.1 E.T. , cuando se indicaba lo que quedaba prohibido se mencionaban las conductas de cedente y de cesionario unidas por el vocablo "así como". De ello podría inferirse que se prohibían ambas con independencia la una de la otra. Si el precepto se refería únicamente a la interposición, como ha quedado dicho, ello implica en esencia una actuación conjunta de ambos empresarios por encima de ambigüedades de redacción⁸⁹. Por otra parte el numero 2 del precepto hacía referencia al numero 1 como "la prohibición anterior", haciendo uso del singular; y no como "las prohibiciones anteriores". Esta actuación conjunta entre cedente y cesionario para que se completase la conducta objeto de la prohibición no suponía en cualquier caso un cambio con respecto a la situación anterior al Estatuto⁹⁰.

Restringido el arte.43 a la interposición, entraremos en el tema que nos preocupa: ¿cuál es la delimitación normativa que se hace de esta figura?. Para este ejercicio debe de profundizarse en el análisis de la conducta del cedente, puesto que la del cesionario no ofrece problemas, es sencillamente el utilizar los

⁸⁹ Recientemente la STSJ País Vasco 29 Ene 93 (391) lo confirma: "Lo que en puridad determina la ilegalidad de la conducta, no es la contratación de mano de obra sino que, producido este hecho, no se incorpore al trabajador contratado a la empresa a la que en realidad va a prestar servicios".

⁹⁰ No lo suponía porque aun cuando en el Decreto 3677/70 y en el arte.19 LRL se hacía una clara diferenciación entre las conductas del cedente por un lado (interposición o mediación) y del cesionario por otro, constituyéndose ambas con independencia la una de la otra, ello solo tenía virtualismo en el supuesto de la mediación, que podría existir tanto si el cesionario utilizaba al trabajador sin incorporarlo a su plantilla como si lo utilizaba y lo incorporaba a su nomina. En el supuesto de la interposición, cuando el cedente contrata y presta, ello lleva implícito, como se ha señalado, la permanencia del vínculo entre cedente y trabajador, y en consecuencia la inexistencia de vínculo contractual entre trabajador y cesionario. De otra manera el término interposición perdería todo su sentido.

servicios del trabajador sin incorporarlo formalmente a su plantilla.

Recordemos que "se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario". Comencemos por el término "reclutamiento". Ya se ha dicho que el mismo no podía venir conectado con la figura de la mediación, puesto que ésta desapareció del arte.43 E.T.. Esto llevó a parte de la doctrina a considerar que su permanencia en el precepto se debía a cierta inercia del legislador⁹¹. Esta solución no puede apoyarse; y no puede, porque en el proyecto de Ley del Estatuto se prohibía únicamente "la contratación de trabajadores con el fin de cederlos o prestarlos temporalmente....", con omisión de cualquier referencia al término "reclutamiento"; y es posteriormente, en el seno de la Comisión de trabajo del Congreso, cuando el partido andalucista propone su inclusión en la norma, y se hace, con palabras del representante de dicho grupo político, porque "con esta dicción se completa el tipo, la regulación del supuesto, ya que es más comprensiva del proceso en que se pueden dar estos fraudes"⁹². La enmienda fue aprobada por el voto unánime de los miembros presentes en la Comisión. No hay inercia por tanto, sino voluntad expresa de introducir un término que inicialmente se había excluido.

¿Cuál es entonces el significado del mismo?. Creemos que sólo puede tener uno: acceso a la contratación de los trabajadores por vías diferentes a las legales⁹³.

⁹¹ RODRIGUEZ-PINERO ROYO: "Cesión de trabajadores..." Op.cit.p.335 que cita a GARCIA MURCIA: "Cesión..." Op.cit.

⁹² "Debate Parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores" Tomo II, Direc. J.A. SAGARDOY. JES 1981 p.253. Se confirma de esta forma que reclutamiento debe venir seguido de contratación para configurar el tipo legal.

⁹³ En este sentido parece apuntar GARCIA MURCIA: "Cesión..." Op.cit.p.296. Por su parte IGLESIAS CABERO Op.cit.p.70, entendía que hay "reclutamiento" cuando se contrata, y sin que se trabaje en ningún

Estas últimas, al momento de entrada en vigor del Estatuto, venían representadas por la obligación de solicitar a las Oficinas de Empleo los trabajadores que se necesitaran; comunicación a las Oficinas de Empleo de las contrataciones llevadas a cabo directamente (en los supuestos en que tal contratación directa era permisible); y registro del contrato de trabajo en la Oficina que correspondiera (arte.16 E.T.). De ser esto cierto, el requisito del "reclutamiento" restringiría de forma importante los límites del tipo prohibido.

En un segundo lugar, hay que reparar en la intencionalidad del cedente de ceder o prestar en el momento en que se recluta y contrata; representada por el uso, novedoso, de la preposición "para" cuando se dice que lo prohibido es "el reclutamiento y contratación de los trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario". La doctrina indicó que existía en el precepto una conexión ineludible entre la actividad de recluta y contratación por un lado y la de cesión por otro⁹⁴; y que la intención de contratar para ceder, que debía existir desde un primer momento⁹⁵, debía asimismo seguir presente a lo largo de todo el proceso de cesión⁹⁶. El uso de la preposición "para" excluiría del ámbito de la

momento para el cedente, se cede; mientras que la contratación propiamente dicha, sería cuando se contrata, se trabaja inicialmente para el cedente, y luego se cede. Es decir, para este autor el "reclutamiento" sería una especie de la "contratación". Frente a esta postura ya hemos indicado la corriente doctrinal mayoritaria, en la que nos situamos, que entiende que "reclutar" y "contratar" son dos acciones concatenadas y no alternativas. Además se deben de recordar las palabras del representante del partido andalucista al proponer la inclusión del término "reclutamiento": "...con esta dicción se completa el tipo..." "...es más comprensiva del proceso en que se pueden dar estos fraudes".

⁹⁴ GARCIA MURCIA: "Cesión....." Op.cit.p.295. Entre la jurisprudencia ver entre otras STCT 25 Nov 87 (26786); STSJ Andalucía 11 Dic 90 (2906).

⁹⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión...." Op.cit.p.343.

⁹⁶ Ibidem citando a FERNANDEZ LOPEZ.

norma las cesiones esporádicas en las que el trabajador presta servicios normalmente para el cedente pero que en un momento dado es cedido temporalmente a otro empresario⁹⁷.

En suma, el literal del arte.43 ET dejaba una interposición muy concreta⁹⁸, y más restringida que aquella castigada en sus predecesores: era necesario el reclutamiento previo a la contratación; y sobre todo, ésta tenía que hacerse con la intención de prestar o ceder. No por ello sin embargo desaparecían los problemas que se arrastraban en épocas anteriores. De nuevo se observa que en el supuesto objetivo delimitado tenía asimismo cabida la contrata, regulada esta vez en precepto diferente (arte.42 E.T.). El reclutamiento y la contratación para ceder o prestar temporalmente es una situación que podía presentarse perfectamente en un supuesto de contrata clásica. Así por ejemplo en el caso del contratista que requiere mano de obra adicional para poder llevar a cabo la obra o servicio contratado, recurriendo para ello a trabajadores a los que contrata por vías no legales en régimen temporal; mientras dure la contrata.

Si lo que adoptamos es un concepto mas moderado de la cesión ilícita caracterizado simplemente porque se contrata para ceder temporalmente, obviando el

⁹⁷ Supuestos que sí estaban incluidos en el Decreto 3677/70 y en el arte, 19 LRL. Nos lo dice MARTIN VALVERDE: "Interposición..." Op.cit.p.30.

⁹⁸ Lo único que quedaba definido en términos amplios era el nexo de unión entre cedente y cesionario. Las conductas se prohibían "cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra". Se trataba de una fórmula que pretendía zanjar posibles dudas o defensas formalísticas esgrimidas por los infractores, que lógicamente intentaban alzar otras razones para justificar su interposición. Como se encargaron de repetir nuestros tribunales, se trataba de una formula "residual" y "omnicomprensiva" que comprendía todas las posibles conexiones entre empresas. RODRIGUEZ-PINERO ROYO Op.cit.p.348 nos lo dice claramente: el arte.43.1 E.T. se limita a señalar la irrelevancia del negocio jurídico entre los empresarios a los efectos de la calificación de una práctica como cesión de mano de obra.

requisito del "reclutamiento", entonces tendremos que la practica totalidad de las contrataciones podían tener cabida en el mismo, pues el contratista siempre contrata sus trabajadores con la idea de asignarlos temporalmente a obras y servicios que benefician a un cesionario.

Por supuesto, estamos dando aquí a los vocablos "ceder" y "prestar" su acepción común y amplia, consistente en que el trabajador que pertenece a un empresario realiza servicios que benefician originariamente a otro empresario distinto; acepción a la que nos podemos acoger desde el momento en que aquellos términos seguían sin tener una conceptualización expresa en la norma.

Una vez más por lo tanto, no quedaba otro remedio que delimitar el concepto de cesión ilícita por contraposición al de contrata, entendiendo que el legislador, siguiendo la línea trazada por el Decreto 3677/70, introdujo un elemento implícito dentro del precepto: se prohibía la recluta y contrata, para ceder temporalmente, siempre y cuando no se tratara de una auténtica contrata⁹⁹; esto es, lo que se prohíbe de nuevo es la contrata de mano de obra, en la que el cedente es el no-contratista; mientras que por otro lado, y siguiendo la línea doctrinal que interpretaba el citado Decreto, el cedente ilícito será considerado un interpositor que no ejerce de verdadero empresario laboral del trabajador cedido. Toda la problemática

⁹⁹ Los análisis más modernos del arte.43 E.T. parecen iniciar sobre esta premisa; así RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO Op.cit.p.350 y ss; GARCIA MURCIA: "Cesión..." Op.cit.p.294 y ss. Aunque una vez separada la cesión ilícita de la contrata, estos autores la delimitan de distinta manera: para RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO Op.cit.p.352 el precepto "prohíbe la cesión por si misma, en todo caso, y no por los efectos que pueda producir"; para GARCIA MURCIA Op.cit.p.302 y ss se prohíben la interposiciones en las que "se busque cualquier especulación o ventaja económica a costa de los trabajadores afectados", entendiendo por ventaja el lucro del cedente y no lo que el cesionario pueda obtener, por cuanto para este autor "el préstamo benévolo, amistoso, o de buena voluntad", es decir, el no lucrativo para el cedente, quedaría "extramuros" de la norma.

reseñada con respecto al Decreto 3677/70, referente a la distinción entre cesión ilícita y contrata basada en el concepto civil de contrata, se puede traer aquí ahora.

A la herencia de los males del Decreto, hay que añadir los de nueva incorporación. Si por un lado hemos detectado solapamiento entre los literales de los artículos 43 y 42, una vez salvado el mismo vemos que se origina un enorme hueco que antes no existía, fruto del restringido tipo legal del primero, que parece apuntar de una manera más clara que sus precedentes hacia aquellas contratas de mano de obra llevadas a cabo por prestamistas profesionales¹⁰⁰ que se disfrazan de empresa sin serlo; aunque en verdad su ámbito de aplicación sea de mayor alcance; puesto que su literal sigue prohibiendo el suministro ocasional y de un sólo trabajador siempre que se le haya contratado con la intención de suministrarlo a otro empresario, y aunque se lleve a cabo por empresa sería. Nos encontramos no obstante con un amplio grupo de cesiones que quedan completamente desreguladas: ¿qué ocurre con las cesiones que no son contratas en las que la empresa cedente contrata a sus trabajadores a través de las vías legales dispuestas al efecto?, ¿qué ocurre cuando no se contrata para ceder pero posteriormente la empresa cedente presta a su trabajador desentendiéndose del mismo?. A lo que hay que añadir algún interrogante que ya se planteaba antes: ¿qué ocurre cuando se contrata para ceder pero no temporalmente, sino de forma permanente?. Estamos ante supuestos no siempre menos dañinos que el del tipo del arte.43 E.T., y con seguridad, siempre más perjudiciales que las contratas definidas en el 42 E.T., y que ni se prohibían, ni en ellos el cesionario quedaba sujeto a ninguna responsabilidad. Se trataba de un claro anacronismo que en importante medida perdura en la actualidad. No es posible defender el que algunos tipos de cesiones que quedaban prohibidos en el Decreto 3677/70 y arte.19 LRL, se permiten sin mayores cautelas, mientras que el tipo de la contrata sigue admitiéndose bajo la pesada

¹⁰⁰

GARCIA MURCIA: "Cesión..." Op.cit.p.296.

carga de la responsabilidad solidaria del empresario principal. No puede ser esta la idea que subyace en la mente del legislador del 80.

Al cuestionario anterior habría que añadir además otro interrogante para completar el cuadro: ¿qué ocurre cuando se contrata para llevar a cabo contrataciones de obras o servicios que no corresponden a la propia actividad del principal?. Si el Decreto-Ley del 52 cubre también el campo de las contrataciones, aquellas no correspondientes a la propia actividad del principal quedarían por él reguladas, ya que la norma habría de entenderse vigente, aunque degradada a rango reglamentario, en virtud de la Disposición Final 4ª del Estatuto. Esta solución sin embargo ha de rechazarse, puesto que el legislador del Estatuto claramente se decanta por la interpretación de que aquella lejana norma, dedicada a la cesión temporal de trabajadores, es ajena a la figura de la contrata; afirmación ésta que se desgaja de la titulación del arte.43 E.T. y del hecho de que las contrataciones quedan reguladas en precepto distinto.

II EL REGIMEN LEGAL VIGENTE.

El Real Decreto-Ley 18/1993 de medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE 7 Dic 93)¹⁰¹ irrumpió en nuestro Derecho como vanguardia de la importante reforma que el ordenamiento laboral sufriría a mediados del 94. En el mismo, entre otras disposiciones de importancia, se derogaba en su totalidad el art.43 E.T.¹⁰² y se le sustituía por un artículo, dedicado a la "cesión de trabajadores", cuyo objetivo esencial radicaba en la admisión, como conducta lícita, de las cesiones temporales de trabajadores efectuadas "a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan".

La posición de vanguardia del Real Decreto-Ley se justifica con motivo de ir avanzando la legalización formal de las empresas de trabajo temporal (ETT) para que de esta de forma, como bien señala PEREZ-ESPINOSA, se pudiera emprender la tramitación de la norma específica de las ETT junto con el grueso de la reforma del ordenamiento laboral, todavía en proyecto a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley¹⁰³. Se pretendía acelerar así la admisión en el ordenamiento de una figura hasta entonces prohibida por el art.43

¹⁰¹ Sobre el alcance de este Real Decreto-Ley Vd CASAS BAAMONDE: "Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma" Relaciones Laborales T.1 1994 p.35 y ss. También CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LOPEZ: "La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento de empleo" Relaciones laborales T.1 1994 p.236 y ss.

¹⁰² Vd Disposición Derogatoria Unica. 1.

¹⁰³ PEREZ-ESPINOSA: "las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra" AAVV "La reforma del mercado laboral" (dirección VALDES DAL-RE). p.106.

E.T., pero que proliferaba de forma innegable en la vida socio-económica en respuesta a las necesidades del mercado laboral; dotada de características ponderadas como positivas¹⁰⁴ y cuya legalización había sido demandada tiempo atrás, primero tímidamente y después

104

A modo ilustrativo recogeremos las palabras del Documento Papandreu (COM (90) 228 final, Bruselas 16 Ago 90), que en el plano de la Comunidad Europea representa el relanzamiento en los 90 de la regulación comunitaria de formas atípicas de empleo, entre las que se cuenta aquella articulada a través de una ETT; y que en consecuencia recoge el sentir más actual que sobre esta figura se respira actualmente en nuestro entorno. El Documento Papandreu contiene tres propuestas de Directiva precedidas por un estudio en cuyo punto 3 se constata el crecimiento que ciertas formas atípicas de empleo han experimentado en los últimos tiempos, y su incidencia positiva en la creación de empleo; para continuar diciendo: "La creciente importancia de estas particulares formas de empleo [entre las cuales como decimos se cuenta la llevada a cabo por las ETT] se explica por el hecho de que cubre las actuales necesidades de las empresas, que requieren una mayor flexibilidad en la organización y operación de equipos productivos, así como en la utilización de una fuerza de trabajo, con objeto de tener una mejor capacidad de adaptación, responder de manera más eficiente ante una competencia internacional más agresiva, y diversificar mejor sus respuestas ante el desarrollo de la demanda del mercado. Además, estos tipos diferentes de relación laboral parece que satisfacen mejor las aspiraciones, así como las necesidades individuales y familiares de un cierto número de trabajadores... mientras que en muchos casos pueden proporcionar una alternativa al desempleo..." (traducción del autor). En el punto 4 se remacha esta opinión afirmando con fuerza que dichas formas atípicas de empleo son indispensables dentro de una estrategia coherente de crecimiento y empleo. En lo que a la actividad de las ETT concierne, no es de extrañar que éste sea el sentir general comunitario, desde el momento en que desde hace más de una década tales actividades se encuentran perfectamente admitidas en la mayoría de los Estados Miembros de la Comunidad: en Holanda por ley de 1965; en Irlanda su regulación viene contenida en el Employment Agencies Act de 1971; en Francia se regularon por primera vez por ley de 3 de Ene 1972 (hoy en día la ley que las gobierna es 90/613 de 12 Jul 90); en Gran Bretaña se regulan por la Employment Agencies Act de 1973; en Bélgica por ley 28 Jun 76 (en la actualidad por Ley 24 Jun 87); y en Alemania por Ley (reformada varias veces) de 7 Ago 76.

con mayor contundencia, por la doctrina¹⁰⁵. La pretendida aceleración de la legalización material de las ETT hizo que, como parte integrante de la reforma del ordenamiento laboral operada a mediados de 1994, se aprobara la Ley 14/1994 (BOE 2 Jun 94), norma que de manera específica regula las empresas de trabajo temporal¹⁰⁶.

En lo que al fenómeno de la cesión concierne, la citada reforma del 94 trae consigo, amén de la ley 14/1994, un bagaje adicional de importancia: en primer lugar el art.2 de la Ley 10/1994 (BOE 23 May 94) (ley que deroga el Real Decreto-Ley 18/1993 recogiendo de forma más acabada lo en él dispuesto). Dicho art.2 es heredero del extinto art.43 E.T., y junto a la legalización de las empresas de trabajo temporal ya operada por el Real Decreto-Ley 18/1993, introduce una regulación de la cesión ilícita de trabajadores ligeramente distinta a la que imperaba en el Estatuto, con variaciones que vienen a acallar algunas voces críticas que la doctrina levantara sobre la redacción del art.43 E.T.¹⁰⁷. Y en segundo lugar una breve pero muy importante matización introducida por la Ley 11/1994 (BOE 23 May 94). Esta Ley constituye el auténtico núcleo de la reforma

¹⁰⁵ Podemos contar entre otros a: DURAN LOPEZ: "Las empresas de trabajo temporal" Revista de Trabajo nº 69 1983 p.19 y ss; SAGARDOY BENGOCHEA y GUERRERO OSTALAZA: "Las empresas de trabajo temporal. Notas para un estudio" Revista de Trabajo nº 74 1984 p.35 y ss; ORTEGA MARQUEZ: "Informe sobre las empresas de trabajo temporal" Revista de Trabajo nº74 1984 p.155 y ss.

¹⁰⁶ La doctrina especializada coincidió en afirmar que tal ley no producía tampoco la legalización de las ETT en la práctica, al tratarse de una norma que no podía aplicarse en sus propios términos y que necesitaba por tanto de un desarrollo reglamentario. (Vd PEREZ-ESPINOSA Op.cit.p.107. También RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "La Ley 14/ 1994 por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo" Relaciones Laborales 1994 nº 17 p.347). Desarrollo reglamentario que se ha producido ya con la entrada en vigor del Real Decreto 4/1995 de 13 Ene (BOE 1 Feb 95).

¹⁰⁷ Ya el art.2 del Real Decreto-Ley 18/1993 incluía alguna modificación de régimen con respecto al art.43 E.T..

operada en el ordenamiento laboral, y en su Disposición Adicional Tercera se hace un añadido al concepto de empresario contenido en el art.1.2 E.T. para dar cobertura dentro del mismo a las personas físicas o jurídicas que reciban la prestación de servicios "[] de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas".

En la actualidad el art.2 de la ley 10/1994 ha entrado a formar parte del Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), como art.43; y el contenido de la disposición adicional 3ª de la ley 11/1994 se ha integrado en el art.1.2 del TRET. El cuadro del fenómeno de la cesión en sentido amplio queda completado por la ley 14/1994 que regula las empresas de trabajo temporal y las cesiones por ellas realizadas, como cesiones lícitas de trabajadores; y por el art.42 TRET, que con un ligero cambio de terminología pero no de fondo sustituye al art.42 E.T., y que regula las contrataciones de obras y servicios, como un segundo tipo, en nuestra opinión, de cesión lícita de trabajadores.

1. Art.43 TRET: Cesión de trabajadores.

El art.43 TRET en su apartado 1 establece que: "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan". Ya se ha dicho, y las Exposiciones de Motivos tanto de la Ley 10/1994 como de la Ley 14/1994 son muy claras al respecto, que la idea subyacente es substraer las cesiones a través de ETT de la prohibición contenida en el derogado artículo 43 E.T.. Reincidimos sobre ello esta vez para recalcar el que art.43 E.T. y el art.43 TRET han de hacer referencia pues a situaciones idénticas, si exceptuamos, claro está, que en el segundo de ellos las cesiones de trabajadores efectuadas por ETT autorizada al efecto no quedan prohibidas. Identidad que ha de predicarse aun

cuando los literales de uno y otro precepto no coincidan plenamente. Esta observación nos permitirá analizar el tipo genérico al que el art.43 TRET se refiere a semejanza del que se inscribía en el art.43 E.T.; y al mismo tiempo nos servirá para percatarnos de que alguno de los elementos que en el art.43 E.T. se utilizaban para definir el tipo no eran sin embargo esenciales a la hora de delimitar la conducta prohibida en la práctica. El art.43 TRET hay que leerlo pues en conjunción con el antiguo art.43 E.T..

En base a ello hay que comenzar diciendo que el art.43 TRET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sin que ésta los incorpore a su plantilla, y ello aunque en su apartado primero no se haga mención en absoluto a la actuación del cesionario y no se prohíba expresamente la conducta conjunta de cedente y cesionario¹⁰⁸. Esta postura se deduce de la aludida identidad, pero asimismo de otros datos que el propio art.43 TRET nos presenta. El apartado 2 del precepto inicia diciendo que: "los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente...", con lo que el apartado 1 se está refiriendo a una conducta en la que han de participar conjuntamente ambos empresarios en presencia¹⁰⁹. En el apartado 1 pues, lo que se quiere decir es que sólo las ETT debidamente autorizadas pueden contratar para ceder y posteriormente ceder sin que el trabajador quede ligado contractualmente al cesionario; esto es, dichas ETT tienen el monopolio del préstamo o cesión de trabajadores¹¹⁰ en su sentido técnico-jurídico.

¹⁰⁸ También en este sentido RODRIGUEZ RAMOS: "La cesión ilegal..." Op.cit.p.100.

¹⁰⁹ Es de reseñar que en el art.43.2 E.T. sólo se aludía a "los empresarios" sin nombrar expresamente a cedente y cesionario, aún cuando ello iba implícito. El que en el art.43 TRET sí se produzca tal nombramiento expreso viene a indicar con más fuerza que el apartado primero del precepto se está refiriendo a una actuación conjunta de cedente y cesionario.

¹¹⁰ CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LOPEZ Op.cit.p.248.

Cualquier conducta de contratar para ceder y de posterior cesión de trabajadores llevada a cabo por una empresa que no sea ETT debidamente autorizada está pues prohibida. Como el vocablo "ceder" lleva implícito, como ya se expusiera en relación con otras normas antecedentes, el que el cesionario no queda vinculado por un contrato laboral con el trabajador, es necesario para que el tipo se conforme el que la empresa cesionaria no incorpore el trabajador cedido a su plantilla. La misma solución se desprende del apartado 3 del precepto, que, a semejanza del art.43 E.T. inicia refiriéndose a "los trabajadores sometidos al tráfico prohibido". Se alude a una prohibición de una conducta de cesión entre cedente y cesionario, puesto que ese desplazamiento del trabajador entre empresarios es lo que evoca el término "tráfico".

Esta interpretación hace que deba descartarse aquella otra que surge de una lectura literal en extremo del art.43.1 TRET y según la cual la tentativa de cesión quedaría también prohibida: si sólo las ETT autorizadas pueden contratar trabajadores para cederlos temporalmente, cualquier otra empresa que contrate para ceder estaría incurriendo en una conducta prohibida aún cuando a la postre no ceda al trabajador. Aún a pesar de este literal la tentativa de cesión no queda proscrita en el precepto, sino solamente, y por lo expuesto, la cesión consumada¹¹¹.

Hay que añadir en este estudio integrador del art.43 TRET que venimos haciendo, que aún cuando nada diga el precepto la cesión ilícita sigue prohibida con independencia de cual sea el negocio jurídico que ligue a cedente y cesionario. Así se establecía en los distintos antecedentes de este artículo: Decreto 3677/70, art.19 LRL y art.43 E.T., y así debe de entenderse ahora; primero en virtud de la identidad con el último de los preceptos señalados, y segundo para no

¹¹¹ MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación..." Op.cit.p.26 defendía esta misma postura con respecto al Decreto 3677/70. RODRIGUEZ-PINERO ROYO: "Cesión..." Op.cit.p.332 hacía lo propio en relación con el art.43 E.T.

debilitar la protección que el ordenamiento laboral depara al trabajador en supuestos de cesión ilícita.

Resumiendo, lo que hasta ahora viene siendo conocido en lenguaje técnico-jurídico como cesión de trabajadores, sigue siendo considerado por nuestro Derecho como una conducta ilícita con carácter general, aunque ahora quede fuera de la misma una tipología cuyos límites serán objeto de estudio más adelante. Interesa centrarnos primero en aquella parte del espectro que permanece como ilícito. Dichas cesiones vienen configuradas por una conducta del cesionario que no ofrece dificultades: utilizar al trabajador cedido sin integrarlo a su plantilla. La del cedente es, como antes, más compleja.

Se observa inicialmente que el término "reclutamiento" ha desaparecido del tipo prohibido. Con ello se solventa cualquier duda que aún pudiera existir con respecto a la exclusión de la figura de la mediación, del fenómeno relativo a la cesión de trabajadores. Pero, mas importante aún, con ello además se nos dice que el concepto de "reclutar", entendido como acceso a la contratación de los trabajadores por vías diferentes a las legales, no era en realidad un elemento esencial en la definición del tipo prohibido en el art.43 E.T.¹¹², sino que con él el legislador pretendía reflejar el iter habitual de la conducta proscrita, haciéndonos imaginar que el cedente ya desde el primer contacto con el trabajador parecía tener la intención de ocultar algo¹¹³.

¹¹² No cabe la argumentación de que el término "reclutar" desaparece porque se han suprimido las vías legales que antes se imponían sobre el empresario a la hora de contratar. Es cierto que tales vías se han flexibilizado, pero todavía el art.16.1 TRET impone alguna obligación sobre el empresario cuando contrata.

¹¹³ Esta falta de carácter esencial podía inferirse ya de las palabras del representante del partido andalucista al proponer la inclusión del término "reclutamiento" dentro del art.43 E.T.: "...esta dicción... es más comprensiva del proceso donde se pueden dar estos fraudes". La jurisprudencia tampoco dio mayor importancia al término "reclutamiento", puesto, que sepamos, nunca lo utilizó como elemento

Permanece sin embargo la necesidad de que la contratación llevada a cabo sea con la intención de ceder: "la contratación de trabajadores para cederlos..."; así como el que la cesión prohibida es sólo la temporal, matización esta última que puede parecer ingenua, por cuanto la cesión ilícita al estar proscrita tiende siempre a ser temporal en la casi totalidad de los casos, para no exponerse a ser descubierta. Esta realidad no evita sin embargo el que pueda existir una cesión que reuniendo todas las características de la ilicitud carezca de la relativa a la temporalidad y puede quedar, en principio, fuera del alcance del precepto.

Perdura asimismo la concepción histórica de que la figura de la contrata es ajena al término jurídico de cesión, por cuanto ambas quedan recogidas en preceptos distintos. La misma inercia histórica se observa en el hecho de que dicho término jurídico de cesión sigue sin quedar colmado de una concepción concreta. En la descripción de la conducta consistente en "contratar trabajadores para cederlos temporalmente" cabe perfectamente la figura de las contratas, por lo que una vez más, como ocurriera con el Decreto 3677/70, el art.19 LRL y el art.43 E.T., ha de entenderse un elemento implícito en la norma en el sentido de que se prohíbe toda cesión, en su sentido no técnico, siempre que no constituya una contrata de obras o servicios¹¹⁴. Esto es, de nuevo parece quedar prohibida la "contrata de mano de obra", el mero suministro de trabajadores; y al mismo tiempo sigue considerándose como ilícita a

delimitador de la conducta prohibida.

¹¹⁴ De todas formas es de reseñar que con la reforma laboral del 94 surge por primera vez un atisbo normativo de lo que debe entenderse jurídicamente por cesión de trabajadores. No es en el TRET sino en la ley 14/1994; su art.6.1 nos pone sobre la pista de que la cesión ilícita es aquella en la que el poder de dirección lo ejerce de forma exclusiva o cuasi exclusiva el cesionario, aunque ahora si llevada a cabo por empresa de trabajo temporal autorizada deviene cesión lícita. No estamos ante la concepción jurídica completa de la cesión de mano de obra, pues no es ese el objeto del precepto; pero sí tenemos un pequeño indicio normativo de lo que debe entenderse jurídicamente por cesión.

toda cesión que constituye una interposición en la relación laboral, en la que el empresario formal, cedente, no coincide con el real, cesionario, que queda oculto tras el primero. Una vez más, al intentar resolver la dicotomía interposición contrata a partir del concepto civilista de contratista obtendremos una idea de verdadero empresario distinta a aquella que se obtendría a través del concepto laboral de empresario. Bajo el régimen legal vigente se produce por tanto una conexión entre el espectro de la cesión que sigue siendo ilícita y la contrata, similar a la existente anteriormente entre art.43 y 42 E.T.; y en consecuencia tendremos que enfrentarnos a los mismos problemas de delimitación de antaño.

Por otra parte se observa, como ya lo hacíamos con respecto al art.43 E.T., que queda un cierto número de cesiones sin regular: cuando se contrata para ceder y se cede de forma permanente y no temporal; y cuando se contrata sin la intención de ceder pero con posterioridad se cede. Se trata de supuestos que en la generalidad de los casos son perjudiciales para el trabajador cedido y que siguen sin prohibirse y sin que el cesionario quede sujeto a responsabilidad alguna que sirva de garantía al trabajador. Esto contrasta sobremanera con las responsabilidades que se imponen sobre la empresa usuaria en un caso de cesión a través de ETT (art.16 ley 14/1994) y con las impuestas sobre el principal en un caso de contrata (art.42 TRET); y el contraste se acentúa por el hecho de que hasta la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores la cesión de un trabajador que no hubiera sido contratado con la intención de cederlo quedaba completamente prohibida. Un mínimo de lógica jurídica debe llevarnos a admitir que existían dentro del art.43 E.T. y ahora dentro del art.43 TRET elementos implícitos queridos por el legislador que cubren este hueco.

El hecho de que la reforma nos haya puesto en la pista de que el requisito del "reclutamiento" exigido por el art.43 E.T. no tenía otra función que describir el proceso habitual a través del cual se producía la conducta ilícita de cesión pero no el único, puede

ahora llevarnos a pensar que la misma regla debe aplicarse a la intencionalidad de ceder a la hora de contratar¹¹⁵ y a la temporalidad de la cesión¹¹⁶. Aunque frente a este argumento bien cabe el opuesto: si sólo el requisito delimitador del "reclutamiento" ha desaparecido en la nueva norma, ello puede ser señal de que el legislador considera conscientemente al resto como requisitos esenciales.

A todo este cuadro hay que añadir una vez más la desregulación de las contrataciones de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del principal.

En suma, la cesión ilícita del art.43 TRET sigue planteando los mismos problemas de delimitación del tipo prohibido que ya evidenciara el art.43 E.T. A ello hay que añadir una cuestión nueva, cual es su conexión con ese segundo tipo de cesión lícita representado por la llevada a cabo por empresas de trabajo temporal.

¹¹⁵ Este era el parecer de DE LA VILLA con respecto al art.43 TRET: "Las empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos" Revista de Trabajo nº 74 1984 p.17. Este autor indicaba que "...se comete un acto contra legem cuando se cede un trabajador contratado, aunque ad initio no hubiera sido celebrado el pacto individual para su ulterior cesión; el artículo 43.1º, expresa así una prohibición reflejando el iter habitual en la actividad de las partes, pero está muy lejos de imponer una relación de causalidad inmediata entre reclutamiento-contratación y cesión o prestamos temporales".

¹¹⁶ Es interesante observar la STCT 25 Nov 87 (26786) en donde el Tribunal defiende el requisito delimitador de la temporalidad pero dando un razonamiento que nos hace pensar que una interpretación teleológica del art.43 E.T. y ahora del art.43 TRET nos debe llevar a incluir en la conducta prohibida a la cesión permanente. Aquella sentencia exponía que la razón de incluir el requisito de la temporalidad "...parte de la experiencia existente: este tráfico humano prohibido, precisamente, se ampara en que su clandestinidad funciona durante cortos períodos, algo así, como si con esta mano de obra se resolvieran necesidades apremiantes, aparte de que sin esta temporalidad aumentaría el riesgo para los receptores infractores y no se expondrían a situaciones atinentes". Es decir, se nos está diciendo que la temporalidad de la cesión no hace mas que reflejar el iter habitual de la conducta prohibida.

La delimitación del art.43 TRET, su relación con la contrata y su relación con la cesión lícita a través de ETT serán los tres temas objeto de las páginas que siguen, en las que intentaremos demostrar que todos ellos confluyen en un mismo punto: el concepto de empresario laboral.

2. Delimitación de la cesión ilícita: elementos implícitos.

En nuestra exposición anterior hemos llegado al convencimiento de que la cesión ilícita enmarcada en el art.43 TRET, leída en conexión con el derogado art.43 E.T., se encuentra delimitada por elementos no expresados en la norma. Para conocer con exactitud el concepto de cesión ilícita hay que ir más allá de la simple literalidad del precepto.

La actividad fraudulenta de contratar y ceder temporalmente contenida en el artículo 1 del Decreto 3677/70 (y recogida por el artículo 19 LRL) había sido identificada por la doctrina con la figura de la interposición, caracterizada porque el cedente no es más que un titular ficticio¹¹⁷. Estando la posición doctrinal perfectamente asentada a este respecto con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, es lícito pensar que el legislador del 80, al prohibir la conducta de reclutar y contratar para ceder temporalmente (subgrupo específico dentro de las actividades de contratar y ceder temporalmente) esté viendo en ella, aun cuando no lo diga expresamente, situaciones en las que el titular empresarial de la relación laboral es ficticio.

Se prohíben por tanto aquellas cesiones en las que el cedente no se comporta como verdadero empresario del trabajador. La vinculación formal del trabajador con un empresario que no es el suyo y la aparente

¹¹⁷ Vd fundamentalmente la obra de MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación..." Op.cit.

desvinculación con el que sí lo es lleva siempre, invariablemente, aparejado un perjuicio. Tal perjuicio se ubica dentro de un extenso abanico: puede ir desde la burla de las obligaciones laborales más básicas y apremiantes como son el salario y las relativas a la Seguridad Social (situación que ocurrirá por ejemplo cuando el cedente sea un simple testaferro) hasta la falta de representación del trabajador en el centro de trabajo donde presta su servicio; su imposibilidad o mayor dificultad para combatir decisiones adoptadas por una persona jurídica o física que no figura como su empresario, cuando tales decisiones le afecten directamente; su mayor dificultad de acceso a los servicios asistenciales, de formación, u otros que ofrezca cualquiera de los dos empresarios en presencia: los de su empresario formal porque no tiene una vinculación material con él, y los de su verdadero empresario porque formalmente no figura como su trabajador; la mayor dificultad de que su empresario formal tenga en cuenta la aptitud, actitud y servicios del trabajador con objeto de determinar su promoción o ascenso, etc; y en general la creación de un centro de imputación de normas¹¹⁸, de tal manera que el trabajador quede bajo una normativa sectorial distinta, y a veces menos atractiva, de aquella que realmente le corresponde. De esta forma, aunque aparentemente el trabajador cedido pueda resultar beneficiado (caso por ejemplo de recibir percepciones económicas por parte del cedente superiores a las de los trabajadores de la empresa usuaria con los que trabaja) por algún otro extremo la interposición le va a producir un perjuicio. Es precisamente la existencia de este perjuicio lo que dota a la prohibición de la conducta de cesión de todo su sentido.

Tenemos aquí un elemento implícito, el del perjuicio sobre el trabajador que deriva de aquella titularidad ficticia; elemento que, en nuestra opinión, va en la esencia misma de la prohibición, sin él no hay interposición. Con el literal del art.43 E.T. y actualmente con el del art.43 TRET, leído conjuntamente

¹¹⁸

GARCIA MURCIA: "Cesión ..." Op.cit.p.298.

con aquél, el legislador estaría marcando solamente aquellas cesiones donde el elemento implícito del perjuicio al trabajador es más obvio. Una interpretación teleológica del precepto debe imperar: del elemento implícito señalado, por ser esencial, debe de inducirse la auténtica interpretación del precepto. De esta forma el art.43 TRET abarcaría también todas esas cesiones que no encajan en el tipo expreso del precepto pero en las que se produce un perjuicio del trabajador por ser el cedente ficticio (no comportarse como su empresario laboral).

Con esta interpretación inductiva se resuelven las lagunas que se habían detectado; pero además nos sirve para solventar el problema relativo al solapamiento entre cesión ilícita y contrata. Recordemos que el contratista incurso en el tipo del art.42 contrata trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a otro empresario, incluso a veces contrata con el único motivo de ceder a un empresario concreto para la realización de una contrata determinada, acabada la cual termina también su relación laboral con el trabajador contratado. Objetivamente su conducta no difiere de la que podría llevar a cabo un empresario cedente del art.43 TRET. Si partimos de la premisa de que en este precepto el legislador lo que castiga son las cesiones que producen un perjuicio al trabajador cedido por no ser el cedente su verdadero empresario, y que los artículos 42 y 43 TRET no pueden solaparse, pues una misma conducta no puede ser lícita e ilícita al mismo tiempo, entonces podríamos concluir que la esencia del contratista es la de ser verdadero empresario del trabajador cedido, y en consecuencia podemos afirmar que cuando cede no causa perjuicio al trabajador, o al menos, no causa los perjuicios inherentes a una cesión donde el cedente es ficticio.

La distinción cesión ilícita-contrata girará de esta forma alrededor del mismo concepto que hasta la fecha ha utilizado la doctrina mayoritaria para separar ambas figuras: el del verdadero empresario laboral, o a contrario, el del empresario laboral aparente o ficticio. La novedad que proponemos es el dejar de

partir de los conceptos civilistas de contrata y contratista para determinar lo que por verdadero empresario se entiende y de ahí delimitar la cesión ilícita; para tomar como punto de partida el concepto laboral de empresario y de ahí determinar lo que por contratista y cedente ficticio debe entenderse en el ámbito laboral. De esta manera la cesión ilícita dejaría de verse como aquella en la que el cedente es "no-contratista". Este simple cambio de dirección traería consigo importantes consecuencias, puesto que evitaría el que la cesión ilícita quedara relegada, como ocurre a veces, a situaciones en las que se produce la ausencia de alguno de los rasgos típicos de la contrata. Fundamentalmente dejaría de verse la cesión ilícita como aquella en la que el cedente se dedica exclusivamente a suministrar trabajadores sin tener ninguna otra actividad propia (situación ya superada por la doctrina al analizar normas precedentes, así como por el propio literal del precepto, pero que mantiene cierta jurisprudencia), e incluso dejaría de verse como cualquier suministro de mano de obra aunque se lleve a cabo ocasional y no profesionalmente; y pasaría a considerarse aquella en la que el cedente, teniendo en cuenta los parámetros que en cada momento normativo definen laboralmente al empresario, no actúa como verdadero empresario del trabajador cedido.

Ello no es óbice para que en un momento normativo determinado el cedente que sólo suministra mano de obra coincida más o menos con la antítesis del concepto laboral de empresario. La opinión a subrayar es que debiera de estarse a este último concepto y no al civil de contratista para marcar la línea limítrofe entre lo lícito y lo ilícito dentro del fenómeno de la cesión; en primer lugar porque es jurídicamente más preciso, como se verá más adelante; y en segundo lugar porque si es cierto que la división entre lo lícito e ilícito gira entorno al concepto de empresario, éste puede variar en un momento normativo concreto y alejarse de lo que el ordenamiento civil entiende por contratista. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en la reforma del 94, confirmando que nuestra postura es correcta:

obviamente las ETT que ahora llevan a cabo cesiones lícitas no responden al concepto civilista de contratista: los trabajadores cedidos no prestan servicios dentro de una organización de medios que pone la ETT, sino que son suministrados a la empresa usuaria y se incardinan plenamente dentro del complejo organizativo de ésta última; y sin embargo estamos aquí ante cedentes que, en el estado actual del ordenamiento laboral, no pueden considerarse titulares ficticios sino verdaderos empresarios del trabajador cedido; de otro modo la cesión no podría ser lícita. El legislador parte, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/1994, del "convencimiento de que los riesgos que se han imputado a las empresas de trabajo temporal no derivan necesariamente de la actividad que realizan sino, en todo caso, de una situación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo ...". Queda claro pues que ya no puede mantenerse el que la ilicitud deriva de la actividad de suministro de trabajadores, y por tanto que deriva del hecho de que el cedente no es contratista en sentido civil; sino que viene provocado porque el cedente es un intermediario; lo que debe interpretarse en el sentido de no ser el verdadero empresario del trabajador cedido, en su actual concepción jurídico-laboral.

Hasta aquí nuestra propuesta de solución en lo relativo a la delimitación del concepto jurídico de cesión ilícita, pasaremos ahora a cotejarla con la jurisprudencia anterior a la reforma, cuando las cesiones de la ETT eran ilícitas, para ver cómo se aproxima a la misma.

2.1 Finalidad de la cesión ilícita.

La necesidad de vislumbrar elementos implícitos en el art.43 E.T. fue captada de inmediato por la jurisprudencia, que en tarea encomiable y laboriosa, se vino dedicando a la búsqueda de la esencia yacente en el precepto y que no aparecía expresa en el mismo: perjuicio de los intereses de los trabajadores; intencionalidad de los empresarios; especulación; etc,

no sin adoptar a veces líneas erráticas y posturas contradictorias¹¹⁹.

Sus pronunciamientos sobre el art.43 resultan a nuestro modo de ver del todo pertinentes en relación con el art.43 TRET¹²⁰. Entre los mismos se cuenta una línea clara que apunta la idea de evitar cesiones en las que se perjudique al trabajador, no ya como elemento implícito en la norma sino como su finalidad misma.

La STSJ Madrid 30 Oct 90 (2597) nos sirve de excelente botón de muestra. En ella se nos dice que "la adecuada interpretación del art.43 E.T.... no se obtiene de su literalidad...sino de su sentido y finalidad", y se añade que tal sentido y finalidad "son los de evitar conductas elusivas del cumplimiento de las obligaciones empresariales mediante la interposición de un empleador aparente que ... no esta en condiciones de asumirlas, procurándose así un fraude de los derechos del trabajador, que la norma impide trasladándolos al empresario efectivo"¹²¹.

Vemos así las dos notas características de la cesión ilegal a la que nos referíamos: por un lado el efecto de un perjuicio de los intereses del trabajador¹²²; y

¹¹⁹ MIGUEZ ALVARELLOS: "La respuesta judicial a las empresas de trabajo temporal".AAVV. "Las empresas de trabajo temporal". Valladolid 1993. p.98.

¹²⁰ Como dice la STSJ Cataluña 27 Jun 94 (2600) "el concepto de cesión ilegal de trabajadores no puede entenderse variado con la nueva legislación que se limita a abrir la vía de las empresas de trabajo temporal".

¹²¹ Señala otros pronunciamientos en su apoyo: SSTCT 28 May 86 (3953), 1 Oct 86 (7215), 5 Mar 87 (5009), 19 May 87 (10366), 15 Dic 87 (28233).

¹²² Incidiendo sobre este perjuicio ver: STSJ Valencia 11 May 92: la "... ratio legis ... no es otra que la de evitar un tráfico o mercado de mano de obra con elusión de las correspondientes obligaciones empresariales en perjuicio de los derechos de los trabajadores..."; y también la STSJ País Vasco 24 Feb 92 (610) donde se dice que "...el espíritu del art.43...es la prohibición de la cesión como medida

por otro la causa de tal efecto: la interposición de un empleador aparente que oculta al verdadero empresario, y que elude de esta forma sus responsabilidades como tal¹²³.

para asegurar las condiciones laborales de trabajadores...", y en otro lugar, que "la protección de los trabajadores ... es en definitiva lo que pretende el espíritu del art.43...".

Tanto la sentencia del texto como estas dos indicadas a pie de página son no obstante criticables porque ciñen la cesión ilícita a aquella llevada a cabo por cedente ficticio sin estructura ni entidad propia. Aunque en tal supuesto el perjuicio del trabajador se da siempre ello no impide, como veremos mas adelante, que una cesión efectuada por una empresa real produzca también un perjuicio al trabajador cedido si la misma no se comporta como el verdadero empresario.

123

Inciendo sobre esta segunda característica ver: STCT 14 Dic 83 (11320): "...el art.43 E.T. consiste en cualquier actuación por la que un empresario utiliza los servicios de trabajadores que no han sido directamente contratados por él con lo que trata de eludir las responsabilidades que lleva consigo la relación laboral..". En STCT 4 Jun 87 (14695) se dice que el art.43 "proscribe el fenómeno de la interposición...", donde se está en presencia de dos empresarios:"el titular aparente pero de entidad ficticia y el que silencia su real condición de tal para no asumir la responsabilidad que de ellas derivan, pero que se beneficia de la prestación de servicios del trabajador cedido", cita que se repite en términos bastante similares en STCT 18 Sep 87 (20216), y en STSJ Madrid 13 Jun 90 (1957). La STSJ Canarias 30 Abr 92 (2017) nos dice que en el art.43 el cedente tiene como único fin "el desviar hacia él las responsabilidades vinculares laborales , creando un centro de imputación de normas laborales que libera al empresario real de tales cargas". A pesar de ello todas estas sentencias son criticables porque ciñen la cesión ilícita al supuesto de empresa cedente ficticia sin entidad propia, obviando el hecho de que una empresa real puede también interponerse en la relación laboral entre el trabajador y el auténtico empresario: el cesionario, produciendo como consecuencia el que éste eluda sus responsabilidades como tal.

También son dignas de mención las SSTCT 25 Jun 86 (5340) y 25 Nov 87 (26786) que con idéntico literal nos señalan: "la filosofía que justifica la norma es clara: evitar conductas elusivas de las obligaciones empresariales ...quien presta servicios para alguien es el trabajador del mismo, y quien utiliza los servicios de los trabajadores es porque es su empresario, y en consecuencia quien tiene que cumplir los deberes salariales y de la Seguridad Social inherentes". Finalmente la STSJ Cataluña 7 Abr 92 (2254) establece que el art.43 E.T. "es esencialmente teleológico. Pretende impedir la distorsión de la relación de trabajo que se produce al hacer aparecer

Existe algún pronunciamiento sin embargo que niega expresamente esta finalidad. Nos referimos a la STCT 3 Jun 83 (6259) donde el tribunal nos dice que para que estemos dentro del ámbito del precepto no es preciso el "...designio de causar perjuicio ni que este se produzca". Debe indicarse no obstante que estamos ante una decisión singular que aparece aislada en el entramado de pronunciamientos judiciales sobre la cesión ilícita¹²⁴, y que puede encontrar explicación si reparamos en los hechos del propio asunto¹²⁵.

Más importantes son aquellos otros pronunciamientos que implícitamente niegan dicha finalidad al apuntar a otras ligeramente distintas. En primer lugar son abundantes las sentencias que declaran que la prohibición del art. 43 E.T. "se contrae en materia de cesión de trabajadores a aquellos contratos celebrados entre cedente y cesionario que no tengan otro objeto que el tráfico de mano de obra"¹²⁶. De donde se extrae

como empresario al que es un mero prestamista, efectuando una desviación de las normas sectoriales y haciendo aparecer como empresario al que es un mero testaferro".

¹²⁴ Vd RODRIGUEZ PINERO ROYO, *Op.cit.*p.361 pie de pag 58.

¹²⁵ El cedente era una empresa ficticia sin capacidad para hacer frente a sus responsabilidades como empresario; el cesionario era el auténtico empresario pero sin vínculo contractual con los trabajadores cedidos, aunque proporcionaba al cedente cantidades de dinero para que éste hiciera pago de los salarios de su plantilla; como consecuencia, durante el tiempo en que este mecanismo estuvo vigente, no se defraudaban los derechos salariales de los trabajadores cedidos. El Tribunal, erróneamente en nuestra opinión, restringe el perjuicio del trabajador al hecho de que no se le satisfagan sus derechos básicos; percibe no obstante que está ante una cesión ilícita puesto que el cedente es un mero testaferro; y la combinación de ambas proposiciones le lleva a emitir el dictum señalado. Con una interpretación más amplia, y realista, del concepto de perjuicio, el Tribunal no hubiera tenido necesidad de recurrir a ese singular dictum, pues está claro que siempre que el empresario formal es ficticio el trabajador va a salir de alguna manera perjudicado.

¹²⁶ SSTCT 25 Feb 80 (1077); 22 Feb 82 (1030) (éstas sobre el art. 19 LRL); 25 Jun 82 (4058) indicando que el art.43 ET recoge esencialmente lo dispuesto en el 19 LRL y aplicando a aquél la jurisprudencia

que la finalidad perseguida es la lucha contra el tráfico de mano de obra. Aunque el concepto de "tráfico de mano de obra" no es en absoluto claro¹²⁷, parece hacer alusión a situaciones de puro suministro de mano de obra; de tal forma que la finalidad del precepto sería combatir las contrataciones de mano de obra como algo opuesto a las contrataciones de actividad. Ha de observarse no obstante que en muchas de esas sentencias, tras la cita reseñada se añade además la necesidad de que la empresa cedente sea aparente o ficticia para que exista ilícita cesión¹²⁸, lo que significa que, independientemente del significado exacto de "tráfico de mano de obra", este concepto lleva implícita la idea de perjuicio de los intereses de los trabajadores por quedar vinculados laboralmente a una empresa que no actúa como su empresario¹²⁹.

Otras sentencias apuntan a la abolición de la especulación con mano de obra como la finalidad perseguida. Especulación que obviamente será intencio-

interpretativa del último; 18 Abr 83 (3256); 3 oct 83 (8057); 24 Feb 84 (1725); 10 Mar 86 (1988); 1 Sep 86 (7215); 26 Nov 86 (12533); 26 Nov 86 (12556); 3 Abr 87 (7324); 19 May 87 (10366); 22 Jul 87 (16687); 10 Nov 87 (24494); 15 Dic 87 (28233); SSTSJ Madrid 15 Ene 90 (186); 11 Ene 90 (319); 13 Jun 90 (1957); 14 Ene 91 (767); 14 Jun 91 (4072); STSJ Baleares 3 May 91 (3389); STSJ Cataluña 3 Jul 91 (4780); STSJ Andalucía 15 Dic 92 (6294).

¹²⁷ A lo que hay que añadir que hay alguna sentencia en las que en similar "dictum" se dice que el único objeto debe ser la "cesión de mano de obra" en lugar del "tráfico de mano de obra" (STCT 4 Oct 83 (8138)). Si ambos términos son intercambiables el "dictum" se convierte en una tautología sin mayor valor interpretativo.

¹²⁸ SSTCT 1 Sep 86 (7215); 2 Sep 86 (7255); 26 Nov (12533); 26 Nov 86 (12556); 19 May 87 (10366); 22 Jul 87 (16687); 10 Nov. 87 (24494); 15 Dic. 87 (28233); SSTSJ Madrid 15 Ene 90 (186); 11 Ene 90 (319); 13 Jun 90 (1957); STSJ Baleares 3 May 91 (3389).

¹²⁹ Incluso en alguna sentencia, la STSJ Madrid 10 Sep 91 (5256) por ejemplo, se nos dice que "es en esa ficción [la de la empresa cedente] donde radica el tráfico de mano de obra...".

nal¹³⁰.

El concepto de especulación que nuestros tribunales utilizan vuelve a evocar al de suministro de mano de obra; en cuanto al mismo, y dejando el elemento intencional aparte, cabe preguntarse: ¿se refiere a situaciones en las que un empresario simplemente obtiene una ventaja económica? ¿el cedente, el cesionario, ambos? o ¿se refiere a situaciones en las que se obtiene una ventaja económica a costa del trabajador; es decir, defraudando sus derechos?. De ser esta última acepción la correcta no habría contradicción con la tesis que defendemos.

De nuevo podemos ver que muchas de las sentencias que conforman esta línea recurren a la figura del cedente ficticio como elemento esencial de la cesión ilícita¹³¹, de donde se sigue que de exigirse una

¹³⁰ Las SSTCT 12 Ene 84 (Ar.169); 18 Ene 84 (351) (idéntica a la anterior); 31 Jul. 85 (Ar.5069); y más recientemente STSJ País Vasco 24 Feb 92 (610) nos dicen que "su finalidad [la del art.43 E.T.] es la persecución de la especulación con la mano de obra, razón por la que su infracción tiene que tener alguna intencionalidad ilícita...". Las SSTCT 7 Feb. 84 (1038); 10 Jun. 86 (4212); STSJ Navarra 10 Sep 91 (4833) y STSJ Andalucía 15 Dic 92 (6292), apuntan que la cesión de mano de obra "no es algo puramente formal sino el resultado de una maniobra preordenada a la especulación de la mano de obra". La STCT 21 May 85 (3300): "la finalidad...no es sino la de evitar y sancionar en su caso, la especulación con la mano de obra". También la STCT 5 Oct 88 (6317) habla de especulación con la mano de obra y con anterioridad exigía la actuación dolosa de ambas empresas. El carácter especulativo también se pone de manifiesto en STSJ Andalucía 3 Jul 91 (4218) y STSJ País Vasco 21 Ene 92 (176).

¹³¹ La STSJ País Vasco 24 Feb 92 (610), tras eludir a la finalidad especulativa del precepto matiza que lo prohibido es "...la relación con una empresa aparente y de fugaz vida". También la STSJ País Vasco 21 Ene 92 (176) donde la finalidad especulativa se adosa al fenómeno de la interposición de empresa cedente "sin estructura productiva, propia actividad, sin patrimonio y sin asunción del riesgo empresarial..."; asimismo en STSJ Andalucía 3 Jul 91 (4218) y STCT 10 Jun 86 (4212) donde vuelve a hacerse mención de la existencia de una empresa cedente aparente como característica de la cesión ilícita; o la STSJ Navarra 10 Sep 91 (4833) que indica que la cesión ilegal puede llevarse a cabo "bien mediante la ...existencia aparente de Empresas contratantes

actitud especulativa, ésta consistirá en cualquier caso en la obtención de una ventaja económica a costa del trabajador, puesto que al ser el cedente ficticio, y al no integrarse aquél a la plantilla del cesionario, siempre se producirá su desprotección.

Se observa pues, que cualquiera de las finalidades que en una u otra ocasión nuestros Tribunales asignaron al art.43 E.T., parece conllevar expresa o implícitamente el objetivo de evitar que se burlen los derechos del trabajador cedido a través de la interposición de un cedente ficticio; aunque en algunas de ellas: lucha contra el tráfico de mano de obra y lucha contra la especulación con mano de obra, parece ser necesario además el elemento intencional de uno o ambos empresarios. Creemos que existe base para defender que el concepto de cedente ficticio es para nuestra jurisprudencia el núcleo fundamental de la cesión ilícita desde el plano puramente teórico; mientras que el suministro de trabajadores, el tráfico de mano de obra o la especulación con ella son las manifestaciones empíricas del mismo, en un momento normativo concreto; así por ejemplo, en el momento normativo anterior a la reforma del 94.

2.2 La búsqueda del cedente ficticio.

Entramos aquí en lo que nuestros Tribunales han considerado como la autentica piedra angular de todo el fenómeno de la cesión ilícita de mano de obra: ya hemos señalado cómo la jurisprudencia detecta la interposición de un cedente ficticio como la causa del perjuicio que se pretende paliar.

De acuerdo con nuestros Tribunales el cedente ficticio caracterizaba el tipo del art.43 E.T., y en

cedentes, bien mediante la existencia de Empresas reales... siendo ésta [la cedente] una mera "pantalla" (apariencia) en la contratación...".

consecuencia, desde nuestro punto de vista hoy hace lo propio con el art.43 TRET. Es el elemento que marca la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito. Ahora bien, la concepción jurisprudencial del "cedente ficticio" no ha seguido siempre una línea invariable. En especial destaca la contraposición existente entre la línea mayoritaria seguida por el extinto Tribunal Central de Trabajo y aquella que de forma casi constante es defendida por el Tribunal Supremo. Contraposición que ha influenciado a nuestros Tribunales Superiores de Justicia situándose en una u otra de acuerdo con las características fácticas del asunto en cuestión¹³².

Esa línea principal del TCT a la que nos referimos viene caracterizada por la identificación del "cedente ficticio o aparente" con la inexistencia total de empresa.

Innumerables son los ejemplos que nos muestran nuestros Tribunales. Se nos dice que: "la cesión ilegal de trabajadores que prohíbe este art.43 E.T. se caracteriza esencialmente por el hecho de que la empresa que cede la mano de obra es una empresa aparente, sin estructura ni entidad propias, sin bienes patrimonio, ni verdadera organización empresarial"¹³³. O que el art.43 E.T. "se refiere a las empresas que sin estructura productiva propia e independiente, sin organización, dirección y control de su propia actividad, sin patrimonio y sin asunción del riesgo empresarial, tienen por objeto proporcionar mano de

¹³² El enorme número de sentencias del TCT en defensa de su línea mayoritaria frente al mucho mas reducido grupo de pronunciamientos del T.S. puede en cierta manera explicar la perpetuación de aquella línea en el seno de nuestros Tribunales Superiores de Justicia aún a pesar de la discordancia entre ambas posturas. A este motivo puede añadirse el que ambas líneas no están enfrentadas frontalmente entre sí; y de hecho, como veremos, la del T.S. da cobijo a la del TCT.

¹³³ SSTCT 19 Oct 83 (9084); 14 Dic 83 (11320); 5 Dic 85 (6784); 28 May 86 (3953); 1 Sep 86 (7215); 2 Sep 86 (7255); 26 Nov 86 (12533); 26 Nov 86 (12556); 15 Dic 87 (28233); 15 Sep 88 (5538); 25 Nov 88 (7238); 28 Nov 88 (7243) entre otras.

obra a otras empresas"¹³⁴. Todavía entre nuestros Tribunales Superiores de Justicia siguen apareciendo pronunciamientos de tal talante¹³⁵.

El cedente ficticio viene pues representado por una empresa carente de complejo organizativo (lo que constituye las credenciales de una empresa vacía); y dedicada exclusivamente al prestamismo de trabajadores. Esta línea jurisprudencial dejaba fuera del ilícito a aquellas empresas serias y solventes cuya única actividad era el prestamismo laboral (las ETT), o que en un momento dado contrataban con la única finalidad de ceder y desvincularse del trabajador contratado; restringiendo con ello el literal del precepto. En cualquier caso el propio legislador se ha encargado de desmentir la exactitud de esta postura con la legalización de las Empresas de Trabajo Temporal en la última reforma, dejando claro con ello que hasta entonces se hallaban cubiertas por la prohibición del art.43 E.T.. En nuestra opinión esta postura lo que hace es tomar la parte por el todo¹³⁶, apuntando a las

¹³⁴ SSTCT 23 Abr 82 (2374); 1 Dic 83 (10405); 13 May 85 (3605); 10 Mar 86 (1988); 28 Jul 86 (6938); 24 Feb 87 (3978); 15 Dic 87 (28230); 4 Mar 88 (1968); 7 Jun 88 (4205) entre otras.

¹³⁵ STSJ Navarra 8 Sep 89; SSTSJ Madrid 11 Ene 90 (319); 15 Ene 90 (186); 30 Oct 90; STSJ Castilla y León 30 Abr 90 (3312); STSJ Madrid 1 Mar 91 (1814); STSJ Andalucía 3 Jul 91 (4218); STSJ País vasco 21 Ene 92 (176); STSJ Canarias 14 Feb 92 (741); STSJ Cataluña 25 Mar 92 (1759); STSJ Madrid 6 May 92 (2677); STSJ Cataluña 18 Ene 93 (403); STSJ Aragón 24 Feb 93 (570); STSJ Aragón 17 Mar 93 (1295); STSJ Galicia 9 Jul 93 (3409); STSJ Cataluña 16 Sep 94 (3501); STSJ Cataluña 19 Oct 94 (3867); STSJ Madrid 19 Oct 94 (4116); STSJ Andalucía 19 Ene 95 (221) entre otras.

¹³⁶ En este sentido Vd SALA FRANCO: "Derecho del trabajo" 7a Ed Valencia 1993 p.288 para el cual : "los tribunales suelen exigir que la empresa cedente sea una empresa aparente, confundiendo lo que es un dato cuya presencia da lugar a la calificación del supuesto de hecho como cesión de trabajadores con un presupuesto necesario para que ésta exista".

La misma idea se descubre en alguna sentencia: así en STSJ Madrid 10 Sep 91 (5256) se dice que "para que quepa admitir que existe un negocio que solapadamente encierra una cesión ilegal de trabajadores, basta con

situaciones de cesión más flagrantes y perjudiciales para el trabajador: esos cedentes que no existen siquiera son los que con más ahínco buscaba el art.43 E.T., y sus predecesores para erradicarlos; y los que por su proliferación dieron pie al surgimiento de las normativas prohibitivas de las cesiones de mano de obra. El propio literal del art.43 E.T. ya hemos dicho que parece apuntar claramente hacia este tipo de cesiones, aunque no cierre la puerta a otros. Todo lo cual si no justifica, al menos ayuda a comprender el por qué de esta línea jurisprudencial.

Como rama de este tronco se sitúan aquellas sentencias que equiparaban la total falta de complejo organizativo de la empresa cedente a su carencia de autonomía; no en vano ya en el grupo de sentencias que conforman la línea principal se hacía mención a la necesidad de "estructura y entidad propia"; o de "estructura productiva independiente".

En STCT 1 Oct 86 (8765), el Tribunal constataba que la empresa cedente tenía personalidad jurídica propia y se había configurado como empresa autónoma e independiente de la usuaria, con una plantilla de trabajadores cuyas retribuciones, se dice, eran en algunos casos más cuantiosas que las asignadas a similares categorías de trabajadores en la empresa usuaria; y aún así, ello no impidió declarar al Tribunal la existencia de una cesión ilegal basada en "la carencia de un centro de trabajo distinto al de esta última [empresa cesionaria] en el que ...se viene a refundir toda la actividad industrial de aquella [cedente]" y en "la constatada inexistencia en el momento actual de cualquier otra clientela en la empresa [cedente] siendo el único cliente de ella la codemandada [cesionaria]", por lo que los trabajadores cedidos: "sólo vienen prestando permanentemente servicios a la otra empresa [usuaria] en el propio centro de trabajo de ésta, y bajo el esquema organizativo de la misma... siendo dicha empresa como único cliente la que justifica y mantiene

que aparezca claro que el contratista constituye una empresa ficticia...".

la existencia de la [empresa cedente]". "Todo ello viene a constituir un indudable y sólido aporte probatorio...al descubrimiento de la verdadera situación jurídico laboral de dichos trabajadores-recurrentes".

Se observa que la empresa cedente, aunque tuviera cierto esquema organizativo y retribuyera a sus trabajadores, no tiene autonomía propia, puesto que la existencia de tales características dependen enteramente de la usuaria; de hecho la misma existencia de la empresa cedente depende de la decisión por parte de la cesionaria de seguir o no contratándola, al prestar ésta única y exclusivamente servicios a aquella¹³⁷. La idea viene magistralmente expresada en

¹³⁷ En este sentido podemos señalar la STCT 23 Abr 82 (2374) para la cual existía cesión ilícita porque la cedente estaba bajo la dependencia técnica, y supervisión de la usuaria, que además asumía la organización, dirección y control de la actividad laboral y disciplina del personal de la primera, y "hasta tal punto la subsistencia de la actividad de [la cedente] depende de la decisión de la [cesionaria], que el cierre por ésta de su horno alto paraliza absolutamente la actividad de aquella...". Otro ejemplo diáfano es la STCT 3 Jun. 83 (6259): la sección de torsionado de la empresa cedente realizaba única y exclusivamente su actividad para la usuaria, y ésta última proporcionaba, bien material bien cantidades de dinero a la cedente para el abono de los salarios a la plantilla de esta. El tribunal declarará la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, y dirá, en cita muy expresiva, que tras la existencia de una empresa cedente formalmente autónoma se había creado una apariencia "con lo que se conseguía el mismo resultado que si se hubiera creado una sección de torsionado dentro de la [empresa usuaria]".

La situación se puede dar con cierta frecuencia en casos de grupos de empresas: en STSJ Cataluña 14 Abr 92, una filial, "con su propia organización y personal"(se decía), llevaba a cabo funciones correspondientes al servicio público de suministro de gas que tenía encomendada su matriz. La filial estaba íntegramente participada por aquella, que poseía el 100% de sus acciones. La labor del personal de la filial se desarrollaba en centros de la matriz y bajo la supervisión y control de los responsables intermedios de ésta; de tal forma que en palabras del Tribunal, la filial era un empleador nominal que se limitaba a abonar los salarios, siendo la matriz el verdadero empresario de los trabajadores. En esta misma línea cabría incluir la STSJ Madrid 10 Sep 91 (5256).

la STCT 12 Ene 88 (8), cuando dice que es suficiente concluir que estamos ante una empresa ficticia cuando el empresario real (usuario) es "quien verdaderamente cubre su complejo organizativo o poder de dirección y le provee de medios materiales y asistencias para que la aparente funcione como tal".

En relación a lo hasta aquí expuesto, y confirmándolo, podemos citar casos en que, aunque la prestación de la cedente se venía realizando de manera exclusiva para un cesionario, no se considero la existencia de cesión ilícita al entenderse que los trabajadores seguían bajo el complejo organizativo del cedente que esta vez era "propio" y no "prestado": en STCT 25 Jun 82 (4058), el Tribunal concluía que se estaba en presencia de una auténtica contrata y añadía: "sin que constituya obstáculo alguno a esta conclusión el hecho de que la citada empresa auxiliar venga realizando esta misma clase de trabajo para Astilleros Españoles S.A. desde hace bastantes años y de forma continuada... y el que dicha empresa auxiliar en los últimos años realice exclusivamente estos trabajos para Astilleros Españoles S.A., pues ninguno de estos hechos elimina las realidades antes expresadas que acreditan la existencia de verdaderas relaciones entre empresas". La STS 7 Mar. 88 (1863) se expresa en parecidos términos, indicando que el hecho de que la empresa cedente venga actuando en la práctica como empresa auxiliar (continua y exclusivamente) de la usuaria "no puede confundirse sin más con una falta de dimensión empresarial real"; con anterioridad el Tribunal había constatado que la empresa cedente se hallaba validamente constituida, tenía una organización productiva y patrimonio propio que le permitían cumplir con sus responsabilidades empresariales y realizaba la contrata utilizando herramientas propias y estando sus trabajadores bajo las órdenes de uno de sus encargados. De igual manera la STSJ Andalucía 22 May 91 (3241), donde la empresa cedente desde su constitución había trabajado casi exclusivamente para la empresa usuaria, sin embargo se negaba la existencia de una cesión ilícita, porque "se

extrae la conclusión de que la empresa principal no margina en ningún momento a la auxiliar en la relación con los trabajadores de ésta...".

Como decimos, este concepto de cedente ficticio es solamente parcial: no se ajusta a las tesis clásicas de que el cedente inmerso en el ilícito es el no contratista, esto es, el que meramente suministra mano de obra. No se ajusta porque deja fuera de la prohibición al cedente serio y solvente que se dedica al préstamo profesional de trabajadores, o al que suministra de manera ocasional. Tampoco se acomoda a la tesis que proponemos, puesto que deja fuera del ilícito a aquél que existe como empresa aún cuando luego no se comporte como auténtico empresario laboral.

Será el Tribunal Supremo quien de manera consistente haga evolucionar definitivamente el concepto de "cedente ficticio" para equipararlo al de empresario laboral ficticio. Conviene hacer un análisis cronológico de esta jurisprudencia, comenzando con la STS 11 Jul 86 (4026)¹³⁸. En aquella ocasión la trabajadora en cuestión había sido contratada para prestar servicios de grabación o perforación en una

¹³⁸

Con anterioridad, ya la STS 16 Nov 82 (6714) podía haber sido vista como precursora de esta línea. En ella se admitía la existencia de cesión ilícita porque los trabajadores prestaron ininterrumpidamente servicios a la cesionaria desde que fueron contratados por la cedente; aquella era quien les daba las ordenes a través de sus representantes, les indicaba diariamente lo que tenían que realizar, acordaba incluso su desplazamiento a otros centros, satisfaciendo los gastos que los mismos ocasionaban a los trabajadores; estos se beneficiaban del economato de otras empresas en su condición de trabajadores de la cesionaria, que incluso en ocasiones les satisfizo el salario directamente. Aunque la sentencia no llegaba a decirlo expresamente, había cesión porque la cesionaria se comportaba como auténtico empresario de los trabajadores cedidos. Lamentablemente la misma sentencia hacía hincapié en que la cedente no tenía mandos intermedios, ni personal técnico directivo, ni talleres, ni útiles, herramientas, equipos de trabajo etc, y se había constituido para la ocasión de ceder. Aunque el dato de la inexistencia del cedente como empresa creemos que era secundario en la sentencia, esta afirmación no está exenta de dudas y por ello preferimos excluirla de la lista de pronunciamientos que aquí inicia.

empresa pública, si bien desde un inicio desempeñó las funciones de auxiliar administrativo. Con posterioridad aquel servicio fue adjudicado a una sociedad anónima a cuya plantilla pasó a integrarse formalmente la trabajadora (se habían producido los efectos característicos de una sucesión empresarial); sin embargo la empleada nunca intervino en los trabajos objeto de la contrata, continuando con la prestación de servicios administrativos para su antiguo empresario (ahora cesionario), dentro de su ámbito de organización y dirección y siendo retribuida por el mismo. En ningún momento se pone en duda la "realidad" de la contratista como empresa, es un dato que no interesa al tribunal puesto que en ningún momento lo aborda o menciona; como tampoco interesa si la cedente tenía actividad propia o se dedicaba simplemente a ceder; de hecho puede inferirse que la cedente era empresa real con actividad propia y por tanto actuando como verdadero contratista. Lo que al Tribunal interesa es que en todo momento la trabajadora había quedado bajo el complejo organizativo de un solo empresario: el cesionario. Se había producido pues una cesión ilícita del trabajador.

La STS 9 Feb 87 (803) es escueta pero da pie a idénticas conclusiones: una empresa contratista contrató temporalmente a varios trabajadores para la ejecución de una supuesta contrata. No se cuestiona ni si la contratista era verdadera empresa ni si tenía actividad propia; de hecho se presume una respuesta afirmativa a ambas cuestiones. El Tribunal concluirá de manera categórica que los trabajadores, desde el mismo instante en que iniciaron su relación laboral con la cedente, prestaron sus servicios "real y únicamente" al cesionario; y no sólo en la contrata objeto de su contrato sino también en otra obra del cesionario no enunciada en aquél. Aunque, como decimos, la sentencia es parca en su razonamiento, la aplicación del art.43 E.T. sólo puede explicarse por la integración de los trabajadores desde un primer momento en el ámbito organizativo del cesionario, por lo que éste era su verdadero empresario.

En STS 12 Sep 88 (6877) el Tribunal abunda en la misma línea, y lo hace en esta ocasión de forma muy esclarecedora. Se había contratado a un trabajador para participar en la ejecución de una contrata, y se nos dice que "desde tal contrato, suscrito hace mas de cinco años, el actor ha prestado sus servicios plenamente integrado en la empresa [cesionaria]... sin que conste acreditada la terminación de la obra". Se incide pues en la integración dentro de un ámbito organizativo concreto que viene materializado, como la propia sentencia subraya "por un trabajar conjuntamente con los empleados de la empresa cesionaria, alternando con ellos en los turnos y bajo los mismos mandos, utilizando los mismos útiles y vestuarios...". El Tribunal Supremo sostiene la correcta aplicación del art.43 E.T. añadiendo de forma expresa por primera vez que "...los argumentos sobre la solvencia, importancia y seriedad de la empresa recurrente [cedente], que no se ponen en duda, no son obstáculo para que un supuesto concreto pueda generar la situación que el citado precepto [art. 43 E.T.] prohíbe..."¹³⁹.

El Tribunal Supremo en STS 16 Feb 89 (874) acabó por asentar su propia doctrina, indicando que la prohibida cesión de trabajadores podía tener lugar "aún tratándose de dos empresas "reales", si el trabajador de la una trabaja permanente para la otra y bajo las órdenes de ésta y mucho más si trabaja en realidad exclusivamente en ésta". Si bien es verdad que el Tribunal Supremo expresa el adjetivo "reales" de forma

139

El que una empresa real seria y solvente podía quedar incurso en el ilícito es algo que podía haberse inferido con anterioridad de algún pronunciamiento que encumbraba la actividad profesional de suministro de personal a elemento esencial en la determinación del ilícito, hasta el punto de señalar que "para que la pretensión de la parte actora pudiera prosperar sería de todo punto preciso el que se hubiera acreditado en autos que la empresa cedente se dedicaba a la recluta o contrata de trabajadores para prestarlos temporalmente a otras entidades empresariales..." (STCT 4 Oct 83 (8138); 3 Abr 87 (7324)). Ello llevaba consigo el que pudiera aventurarse que incluso una empresa real con complejo organizativo propio podía incurrir en la cesión prohibida por el hecho de tener como objeto de su actividad el simple suministro de trabajadores.

entrecomillada, no parece que se trate simplemente de una realidad puramente formal, pues de manera expresa se nos dice que la empresa cedente "evidentemente, no es de las que dedican su actividad al tráfico prohibido de cesión de trabajadores", de donde se deduce que no se trata de una empresa ficticia en el sentido de una empresa vacía; y a pesar de ello el Tribunal Supremo entiende que se ha producido una cesión ilegal de las prohibidas por el art.43 E.T..

Las conclusiones de esta postura son muy claras: no sólo la cesión llevada a cabo por un testaferro es la que se prohíbe, una empresa real puede quedar incurso en el ilícito si se dedica a contratar para ceder y desvincularse del trabajador cedido. De igual forma no sólo la cesión del cedente, real o ficticio, que se dedica de forma profesional al suministro de mano de obra se prohíbe, también queda dentro del ilícito la cesión de una empresa real que no tenga como actividad normal el tráfico prohibido de mano de obra (STS 16 Feb 89) puesto que un supuesto concreto de cesión y desvinculación puede generar la aplicación del precepto (STS 18 Sep 88). Podría decirse, y no se erraría, que el art.43 E.T. lo que prohibía es cualquier modalidad de suministro de mano de obra; pero es más exacto, desde un punto de vista técnico-jurídico, el afirmar que la situación proscrita es aquella en la que el cedente no actúa como verdadero empresario del trabajador cedido; situación que se materializa a través de una conducta de suministro; esto es, de cesión y desvinculación. En el desarrollo jurisprudencial que lleva a cabo nuestro Tribunal Supremo el concepto de "cedente ficticio" se separa del de "empresa ficticia" y se conecta sin ningún lugar a dudas con el de "empresario laboral ficticio"¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Algunos conatos de la línea jurisprudencial expuesta los encontramos ya en el TCT y en etapas tempranas de vigencia del Estatuto, si bien por aquel entonces no constituían más que llamativas singularidades en contraste con la línea dominante que equiparaba cedente ficticio a cedente inexistente como empresa mercantil.

Ya la STCT 28 Mar 80 (1909) parece iniciar esta línea: las actoras trabajaban para USL; en ningún

momento de la sentencia el tribunal determinará si USL es verdadera empresa o no. El hecho fundamental es que "desde que tal prestación de servicios de las actoras se inició, es decir, que todo el tiempo que ha durado su relación de trabajo con esa empresas [cedente] estuvieron realizando funciones en la [cesionaria]". Parece además deducirse de la sentencia que se trataba de un tiempo largo (se inició el 1 Ene 1969 y duró al menos hasta 1975). En STCT 1 Oct 83 (8009) se llegó a la existencia de una cesión ilícita de trabajadores sin pasar necesariamente por la determinación previa de un cedente inexistente, sino, con independencia de ello, escudriñando directamente si entre trabajador cedido y cesionario había una verdadera relación laboral. Se nos dibuja un cuadro donde el trabajador está plenamente integrado en la cesionaria, ésta "comenzó a percibir los servicios de la actora el 1 Abr 73 abriendo los locales a las 8:30 horas, en que empieza a recibir a los enfermos, repartiendo los números, ayudando a los facultativos a cumplimentar los modelos asistenciales, estadísticos y administrativos exigidos por la Seguridad Social, actividad que desempeña hasta las dos de la tarde en que terminan las consultas, procediendo luego a la limpieza y cierre de los locales...a cambio de una remuneración"; remuneración que no queda claro de quién recibe, si de cesionario o de cedente (del cual nada se nos dice). El caso es que "...esos datos bastan para evidenciar la existencia entre las partes (trabajadora-cesionaria) de una relación de naturaleza laboral" y por tanto para declarar la existencia de cesión ilícita. También STCT 10 Oct 83 (8306) donde el cedente era una empresa constructora cuya existencia y seriedad no hacía al caso pues nada se decía de tales características. Sin embargo había cesión ilícita porque desde que los trabajadores fueron contratados por el cedente prestaron servicios para el cesionario (organismo público) quedando en todo momento "sometidos a las instrucciones y organización del mismo", situación que se prolongaba ya por espacio de 8 años por lo que "no ha existido más que un empresario real, que era el destinatario de esos servicios...aunque fuera otra persona la que abonara los salarios y los tuviera en alta en la Seguridad Social". En STCT 15 Nov 85 (6643) no se discutía el que la empresa cedente careciera de organización; por el contrario, se admitía que poseía una fábrica donde trabajaban operarios ajenos al conflicto. Este se centraba en un número determinado de trabajadores formalmente ligados al cedente y en relación con los cuales no se daban las características que definen al contratista; entre ellos había dos de interés: los trabajadores prestaban servicios de forma permanente y exclusiva para el cesionario, y éste atendía el mismo servicio asimismo con trabajadores propios que llevaban a cabo las mismas funciones. Se concluía que había cesión ilícita, y ello aunque la cedente fuera real; el Tribunal acabará fallando que el cedente actuaba como prestamista de mano de obra " y no como empresario real a efectos laborales". En STCT 4 Jun 87 (14695) se señala que "no resulta discutible la entidad real de [la empresa cedente] ni la autenticidad de los

Los Tribunales Superiores de Justicia han profundizado y explotado esta veta: es significativa, entre muchas otras, la STSJ Castilla-León 19 May 92 (2617) que en tono recopilador nos dice: "Es cierto que la Jurisprudencia hasta fechas recientes ha venido limitando la aplicación del art.43 del Estatuto de los Trabajadores a aquellos supuestos en que una de las empresas es aparente y sin entidad propia, bienes, organización y autonomía, pero tal criterio ha sido alterado en los más recientes pronunciamientos..." y cita al Tribunal Supremo, para continuar haciendo hincapié en que el precepto lo que prohíbe es la interposición entre el verdadero empleador y el trabajador; y acentuando que ese verdadero empleador es "... la persona dentro de cuyo ámbito de organización y dirección se prestan los servicios, y que recibe los trabajos por cuenta ajena...". Cabe citar asimismo la STSJ Andalucía 17 Ene 92 (132) donde se recoge también la nueva tendencia diciendo que el art.43 E.T. prohíbe la cesión de trabajadores "tanto si estas [las empresas cedentes] son meramente ficticias...como si las empresas vinculadas en esta operación son ambas reales, dotadas de estructuras productivas independientes y autosuficientes, pero transitoriamente se hayan implicadas en un supuesto de préstamo de mano de obra..."; este último caso también cae en la prohibición porque "distorsiona la estructura subjetiva de la relación laboral pues se prestan servicios para un empleador distinto del que aparentemente es la contraparte formal de la relación". Y finalmente, para no ser exhaustivos, la STSJ País Vasco 29 Ene 93 (391)

servicios administrativos que presta a otras Sociedades", y se añade: "Ello, sin embargo, no impide entender que la contratación administrativa haya constituido negocio jurídico aparente que encubre interposición". El cedente puede ser real para parte de sus trabajadores pero aparente para otros, y ello, de acuerdo con el Tribunal en este caso, porque en definitiva el cedente "no mantuvo a los trabajadores contratados en la órbita de su poder de dirección", característica esta que define al empresario laboral. En la propia sentencia se dice de forma significativa, que los trabajadores cedidos habían perdido "su vinculación directa con su empleadora aparente".

que declara que "el fundamento de su ilicitud [refiriéndose a la interposición] estriba en la simulación que hay sobre la figura del empresario"; y más adelante nos dice : "...el carácter real de la empresa adjudicataria de la contrata, tampoco es elemento que destierre su presencia [la de la cesión ilícita] de manera inexorable"; para concluir que "habrá que examinar si...pese a no estar ante una empresa ficticia, las notas tipificadoras de la condición de empresario se dan en el supuesto concreto...". Se observa nítidamente que el acento se pone en determinar quién sea el verdadero empresario laboral del trabajador cedido.

Estas citas no son más que una pequeña muestra¹⁴¹ de una línea jurisprudencial que poco a poco se va imponiendo¹⁴²; y que desde el punto de vista

¹⁴¹ En el mismo sentido ver entre otras STSJ Murcia 30 Jul 91 (4613); STSJ Cataluña 3 Jul 91 (4780); STSJ Murcia 25 Mar 92 (1475); STSJ Cataluña 18 May 92 (2858); 22 Jul 92 (4062); 7 Dic 92 (6352); STSJ Castilla y León 23 Feb 93 (1074); STSJ País Vasco 30 Oct 93 (4309); STSJ Asturias 11 Mar 94 (1043); STSJ País Vasco 3 May 94 (2277); STSJ Cataluña 19 Ene 95 (275) y 28 Ene 95 (320), estas dos últimas idénticas. Aunque alguna de ellas, erróneamente, restringe al ámbito de la cesión ilícita a aquellos casos en que el cedente se dedica profesionalmente al prestamismo de mano de obra (vd por ejemplo STSJ País Vasco 3 May 94 (2277)).

¹⁴² No se debe olvidar sin embargo todo ese nutrido grupo de sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que siguen identificando el cedente ficticio con una empresa ficticia.

En alguna ocasión el propio Tribunal Supremo ha emitido sentencias disonantes con su línea maestra: así por ejemplo la STS 7 Mar 88 (Ar.1863): "Para que pueda apreciarse una cesión de trabajadores frente a la modalidad de contratación de obras y servicios prevista en el art.42 E.T. es preciso que se evidencie que la aplicación de este tipo contractual encubre en realidad un negocio puramente interpositorio, al configurarse el contratista como una empresa ficticia". También la STS 11 Oct 93 (7586) en la cual nuestro Alto Tribunal rechaza la existencia de cesión ilícita porque "no cabe apreciar en el presente caso la apariencia o ficción de empresa... que es característica del supuesto de cesión ilegal". En cuanto a este último pronunciamiento, a primera vista podría parecer una vuelta a la tesis de la "empresa ficticia" pero en nuestra opinión el "dictum" viene forzado porque la recurrente alegaba el que la empresa cedente tenía

doctrinal¹⁴³, al que nos adherimos, debe de ser tenida como la correcta. De esa línea además no es difícil extraer el que el concepto de verdadero empresario laboral se colma con la definición laboral del empresario.

Asentados de esta forma lo que consideramos elementos esenciales implícitos en el art.43 E.T. y ahora en el art.43 TRET: existencia de un empresario laboral ficticio que se interpone en la auténtica relación laboral y produce por ello un perjuicio al trabajador cedido; creemos que se puede proceder en base a ellos al descarte de algún otro elemento implícito que nuestros Tribunales, en una andadura a veces poco firme, han asignado al art.43 E.T.; y como último ejercicio pasar a reinterpretar el actual art.43 TRET en función de todo lo expuesto.

2.3 Obtención de lucro por parte del cedente.

Ya se ha indicado que en la cesión ilícita se produce siempre una ventaja: la del cesionario, que elude con su conducta, sus responsabilidades empresariales. Pero ¿se requiere también la obtención de una ventaja económica por parte del cedente para que estemos dentro del tipo?.

Es innegable que cierto sector jurisprudencial, al analizar el art.43 E.T., responde por la afirmativa¹⁴⁴; como lo es el que en la enorme mayoría de los casos así

tan solo una apariencia de empresa.

¹⁴³ Vd MARTIN VALVERDE: "Cesión..." Op.cit.p.289 y ss; GARCIA MURCIA: "Cesión..." Op.cit.p.297; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "Cesión..." Op.cit.p.337-338.

¹⁴⁴ SSTCT 14 Dic 83 (11320); 5 Dic 85 (6784), 1 Sep 86 (7225); 2 Sep 86 (7255); 28 May 86 (3953); 10 Jun 86 (4212) o más recientemente STSJ Cantabria 5 Jul 93 (3330) entre otras.

ocurría en la práctica, ya se tratara la empresa cedente de una empresa ficticia, ya fuera seria y solvente dedicada al préstamo de trabajadores. En nuestra opinión sin embargo, este requisito es la consecuencia lógica de aquella jurisprudencia que entendía la cesión ilícita como aquella llevada a cabo por una empresa aparente que se constituye únicamente con tal propósito. Fácil es ver que en tales supuestos la obtención de lucro por parte de dicha empresa va implícita en su conducta. Pero aún así ni siquiera en estos casos la obtención de lucro estaría siempre y en todo momento presente: podría pensarse en empresas aparentes creadas por el propio cesionario o por una sociedad madre común, donde no se busca el beneficio directo del cedente, que funciona como mero instrumento del sistema. En estas situaciones existiría una interposición; una titularidad aparente; una elusión de responsabilidades; y un perjuicio para los trabajadores. Estas mismas características estarían presentes en un supuesto de empresa cedente seria y solvente con actividad distinta del mero suministro de trabajadores pero que en una ocasión concreta contrata para ceder, y lo hace a título gratuito. No creemos que el legislador haya pretendido relegar estas características a un segundo plano, de tal manera que su concurrencia no convierten a la cesión en ilícita salvo que vengan acompañadas del lucro del cedente¹⁴⁵.

No se debe olvidar, y esto es revelador, que la cesión prohibida del art.43 E.T. lo era "cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra", lo que desde nuestro punto de vista incluye aquellas cesiones en las que entre cedente y cesionario no se pacta el percibo de una compensación económica. En este sentido es interesante observar por ejemplo la STSJ Navarra 10 Sep 91 (4833) ó la STSJ Andalucía 15 Dic 92 (6294) para las cuales el Estatuto "trata de evitar la cesión

¹⁴⁵

No obstante hay que reseñar que en la Exposición de Motivos de la Ley 14/1994 se indica que la cesión de trabajadores "ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales ... asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos ...".

ilegal de trabajadores ... mediante la existencia de Empresas ... entre las que se haya aparentado la contratación con fin ilícito y obtención de lucro ... y aún sin estos fines"¹⁴⁶. Ambas sentencias concluyen recalcando el que lo fundamental es que la cedente actúe de "pantalla" entre trabajador cedido y cesionario.

2.4 Intencionalidad.

La intencionalidad es elemento también detectado por la jurisprudencia. No nos estamos refiriendo aquí a la intencionalidad de ceder por parte del cedente a la hora de contratar al trabajador, representada por la preposición "para" del art.43 E.T. y ahora del art.43 TRET (contratar para ceder); nos referimos a la intencionalidad más genérica referente a la conducta de la cual se obtiene un lucro por parte de uno o ambos empresarios, y con la cual se perjudica al trabajador; esto es, a la intencionalidad de llevar a cabo la conducta de la interposición ilícita¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Vd también la STSJ Navarra 8 Sep 89 (633) que, citando a la STCT 1 Sep 86 (7225) dispone el que la cesión de trabajadores es una práctica "en la cual comunmente el empresario interpuesto obtiene un lucro por la aportación de personal". Y si lo obtiene comunmente, ello quiere decir que no siempre lo obtiene, defendiéndose una interposición ilícita donde la actuación del cedente puede ser, no diremos benévola, pero sí no lucrativa.

¹⁴⁷ En la jurisprudencia no obstante no queda del todo claro a qué conducta se refiere exactamente el requisito de la intención: a veces se conecta con la especulación, reseñemos por ejemplo la STCT 3 Nov 88 (7321): "no puede constituir la figura de la cesión ilegal de personal por cuanto para que así fuera tendría que acreditarse una actuación dolosa de la empresa cedente y de la cesionaria...; en otras palabras, la cesión ilegal de trabajadores requiere que exista una especulación con la mano de obra...". Otras veces se conecta con el causar perjuicios a los intereses del trabajador; así la STSJ Valencia 11 May 92 (2379) en la cual después de decirse que la finalidad del artículo es evitar un tráfico de mano de obra en perjuicio de los derechos de los trabajadores, añade que "el requisito esencial delimitador de la cesión prohibida viene marcado por la intencionalidad de la actuación". En otras finalmente se relaciona con una actividad abstracta fraudulenta: STCT 25 Jun 82 (4058): "se desprende de

Nuestra jurisprudencia se ha decantado muchas veces por una intencionalidad conjunta de ambas empresas: en esta línea han de situarse todas aquellas sentencias según las cuales el art.43 E.T. "se contrae en materia de cesión de trabajadores a aquellos contratos celebrados entre cedente y cesionario, que no tengan otro objeto que el tráfico de mano de obra"¹⁴⁸. El hecho de que la relación entre ambos empresarios persiga tal objetivo nos hace pensar en la necesidad de una connivencia entre los mismos, en busca al menos de un beneficio para el cesionario que eludirá de esta forma su responsabilidad como empresario. La STCT 5 Oct 88 (6317) es muy expresiva en este sentido; se estaba ante un hipotético caso de interposición y el Tribunal indicó que "ello no puede constituir la figura de la cesión ilegal de trabajadores, por cuanto para que así fuera tendría que acreditarse una actuación dolosa de la empresa cedente y cesionaria, es decir, requiere que exista una especulación de mano de obra"¹⁴⁹. Aún con redacción más contundente cabe citar la STSJ Asturias 3 Sep 90 (1713) cuando dispone que "el "llamado prestamismo laboral", cediendo trabajadores a otras empresas, exige la prueba de una voluntad acorde entre las empresas con una intención inequívoca de utilizar personal... por lo tanto, con independencia de la existencia real o no de una empresa es imprescindible

la norma una intencionalidad fraudulenta y abusiva en el mercado de trabajo, y como consecuencia de la misma la obtención de una plusvalía ilícita, así como un debilitamiento de la situación jurídica del trabajador en la defensa de sus derechos laborales".

¹⁴⁸ Supra II; 2.1.

¹⁴⁹ En idéntico sentido STCT 3 Nov 88 (7321). También la STSJ Valencia 11 May 92 (2379) donde se dice que es preciso que la actividad de cesión "responda tanto activa como pasivamente a un propósito doloso de traficar con la mano de obra...". Señalando la intencionalidad del cesionario, la STCT 14 Dic 83 (11320): "la cesión ilegal de mano de obra... consiste en cualquier actuación por la que el empresario utiliza los servicios del trabajador que no han sido contratados directamente por él con lo que trata de eludir responsabilidades que lleva consigo la relación laboral".

que se acredite la finalidad o intención defraudatoria"¹⁵⁰. Intencionalidad que también ha sido exigida por parte de la doctrina especializada¹⁵¹.

No estamos de acuerdo con esta jurisprudencia que quiere ver el elemento implícito de la intencionalidad dentro del precepto¹⁵². En nuestra interpretación la cesión ilícita no debe exigir la intencionalidad de ninguna de las empresas en presencia; cedente o cesionario. De nuevo partimos en nuestra argumentación de esa finalidad de evitar perjuicios al trabajador; finalidad que a nuestro entender es indubitada. La inclusión de un elemento intencional claramente coarta ese objetivo.

Aunque no son en absoluto frecuentes, podemos imaginar situaciones de cesión en las que el elemento subjetivo señalado no se da, pero donde, al tratarse de interposición, se produce un perjuicio al trabajador. Del lado del cedente, no hay duda de que cuando se dedica profesionalmente a contratar para ceder sin observar las mínimas obligaciones laborales; o cuando procede de igual modo pero ocasionalmente, existe un elemento de intención. Sin embargo cuando estamos ante

¹⁵⁰ Existen sin embargo posturas contrarias y así podemos encontrar la ya citada STCT 3 Jun 83 (6259) donde se dijo sobre la interposición: "...para que esta figura jurídica exista no es preciso que exista fraude en el sentido de perjuicio económico causado intencionalmente, sino que es suficiente el fraude en el sentido que se contempla en el art.6.4 del C.C. sin que sea preciso el designio de causar perjuicio, ni que éste se produzca". (Vd también STSJ Baleares 3 May 91 (3389)). No hace falta pues intención de defraudar, simplemente el fraude del art.6.4. C.C., que se expresa en nuestro caso como la situación objetiva en la que el empresario auténtico no consta como el formal, al existir una apariencia empresarial que se interpone entre el mismo y el trabajador cedido.

¹⁵¹ MARTIN VALVERDE: "Cesión..." Op.cit.p.291, y GARCIA MURCIA: "Cesión..." Op.cit.p.302 y ss que entienden que la cesión prohibida es la especulativa, donde se busca una ventaja económica a costa de los trabajadores afectados.

¹⁵² RODRIGUEZ RAMOS: "La cesión ilegal..." Op.cit.p.145 y ss tampoco considera que el elemento intencional sea integrante del tipo laboral de la cesión ilícita.

un cedente serio que contrata y cede uno de sus trabajadores cumpliendo con él sus obligaciones básicas laborales, pero cediéndolo durante más o menos largas temporadas de tal forma que puede decirse que se desvincula del mismo, estaremos en nuestra opinión ante una interposición donde posiblemente la intención de perjudicar del cedente no aparece por ninguna parte. Del lado del cesionario, cuando el cedente se muestra cara al exterior claramente como un testaferro, o cuando el cedente es empresa seria pero el trabajador que cede se integra prácticamente y de forma permanente en la plantilla del cesionario, habrá poca duda de que la conducta de éste último viene marcada por la intención. Sin embargo cuando la vinculación con el cesionario no es tan absoluta y el cedente es empresa seria y solvente, la intervención del cesionario puede perfectamente producirse sin intención alguna de incurrir en cesión ilícita. Ello nos lleva a concluir que la cesión ilícita prohibida no requiere el elemento intencional de ninguno de los empresarios que participan en la misma. En este sentido nos parece que hay que felicitar a la STSJ 23 Dic 92 (5926) que, sobre la cesión ilegal referida en el art.8.2 LISOS, nos dice que a la jurisdicción social corresponde sólo "determinar si...se ha contratado una real y objetiva cesión de mano de obra contraria al ordenamiento jurídico; sin entrar en el ámbito de lo subjetivo, ni en la intencionalidad de las partes, ni en el grado del elemento volitivo". Una vez determinado que hubo cesión ilícita de forma objetiva, la Administración ejercerá su potestad sancionadora atendiendo al elemento subjetivo.

2.5 Reinterpretación del art.43 TRET.

Si es cierto, como pensamos, que la finalidad del legislador es prohibir las conductas de cesión de mano de obra que produzcan un perjuicio a los derechos del trabajador a consecuencia de que el cedente no ejerce como su verdadero empresario, el literal del art.43 TRET leído conjuntamente con el del antiguo art.43 E.T., es merecedor de una interpretación

flexibilizadora que cubra los huecos detectados al hacer un análisis literal del mismo.

La preposición "para" que consagra la idea de que la contratación debe de hacerse con objeto de ceder, es contraproducente para los fines que el precepto persigue. Deja fuera del tipo las cesiones ocasionales sobrevenidas en las que el cedente se desvincula de su trabajador produciéndole por tanto un perjuicio; y como dice RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO al analizar el art.43 E.T., su adición al tipo legal puede dar lugar a numerosos fraudes, al tratarse de un elemento bien fácil de ocultar¹⁵³. En nuestra opinión, como ya expusiera DE LA VILLA¹⁵⁴, esta concatenación entre contratar y ceder no hace mas que reflejar el iter habitual con que se produce la conducta prohibida, pero no el único¹⁵⁵.

Asimismo, el que la cesión tenga que ser temporal para que estemos ante una cesión prohibida se convierte en otra lacra del precepto.

Dentro de nuestra doctrina especializada existen autores que consideran la cesión permanente como una figura excluida del ámbito del precepto que aquí se estudia; aún cuando la consideran también ilícita¹⁵⁶, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el art.8.1 TRET de tal manera que se produce una atribución automática de la condición de empleador sobre el empresario

¹⁵³ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO Op.cit.p.344.

¹⁵⁴ DE LA VILLA: "Las empresas de trabajo temporal..." Op.cit.p.17.

¹⁵⁵ RODRIGUEZ RAMOS: "La cesión ilegal..." Op.cit.p.102-103 también entiende que los casos en que se contrata sin intención de ceder pero posteriormente se cede, caen asimismo dentro del ilícito.

¹⁵⁶ MARTIN VALVERDE: "Cesión de trabajadores" Op.cit.p.285 y 291-292. Aunque este mismo autor entendía que podían quedar incluidas dentro del antiguo art.43 E.T. bien a través del argumento de interpretación de "minore ad majus", bien a través de un criterio analógico.

cesionario¹⁵⁷. Alguna sentencia anterior a la reforma la consideraba una figura asimilable a la mediación, prohibida por tanto por el art.16.2 y no por el art.43 E.T.¹⁵⁸. Si bien es cierto que cuanto más prolongada sea la cesión, más que "prestar" o "ceder" podría hablarse de "proporcionar", lo que acerca el supuesto a la mediación, no hay que olvidar que la diferencia esencial entre interposición y mediación radica en el vínculo contractual que existe en el primero entre cedente y trabajador, y que no se da en el segundo. De esta forma aún siendo la cesión permanente o indefinida, mientras tal vínculo exista deberemos seguir hablando de interposición, y por consiguiente, aplicando el art.43 TRET.

En el otro extremo del espectro, parte de la doctrina ha interpretado que la cesión permanente, cuando da lugar al fenómeno de la interposición; esto es, cuando permanece el vínculo formal con el cedente durante toda la cesión, debe incluirse dentro del art.43 E.T.¹⁵⁹ (ahora 43 TRET). Desde aquí nos alineamos con esta corriente.

La STCT 25 Nov 87 (26786) fundamenta este requisito en que "este tráfico humano prohibido, precisamente se ampara en que su clandestinidad funciona durante ciertos períodos aparte de que sin esta temporalidad aumentaría el riesgo para los receptores infractores y no se expondrían a situaciones atinentes". Como fundamento de la prohibición de la

¹⁵⁷ En cualquier caso este efecto no lo diferencia de las cesiones temporales en las que, como veremos, también se produce la misma consecuencia jurídica.

¹⁵⁸ En alguna ocasión, (STCT 18 Abr 85 (2869)), nuestros tribunales han dicho que si la empresa cedente se limita a ceder trabajadores por tiempo indefinido, se tratará entonces de una agencia privada de colocación. Curiosamente los efectos jurídicos aplicados fueron los del art.43 E.T. (derecho de opción del trabajador cedido). Vd también STSJ Madrid 14 Ene 91 (767) y 14 Jun 91 (4072).

¹⁵⁹ GARCIA MURCIA: "Cesión ..." Op.cit.p.299.

cesión temporal y no de la permanente la cita es del todo criticable, pues se estaría premiando a aquellos infractores que corren más riesgos, dejándolos fuera del ilícito. Sin embargo, como explicación del por qué el legislador introdujo este requisito, la sentencia es esclarecedora, pues nos está diciendo que la temporalidad refleja, de nuevo, el iter habitual con el que se realiza la conducta prohibida, pero no por ello el único.

La interpretación teleológica del precepto admitiría como figura prohibida aquellas interposiciones llevadas a cabo por empresarios aparentes en las que la cesión no es de duración determinada sino indefinida. No en vano, en la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que hace girar el ilícito alrededor de la idea del titular empresarial ficticio, el carácter permanente de la cesión ha sido dato importante a la hora de encontrar tal ficción y de vislumbrar con quién mantiene el trabajador la auténtica relación laboral. En STS 12 Sep 88 (6788) se subrayaba el hecho de que el trabajador había suscrito contrato con la cedente desde hacía más de cinco años; desde entonces había prestado servicios plenamente integrado en la empresa cesionaria sin que, además, constase acreditada la terminación de la obra. Se concluía que el contrato de trabajo suscrito no había originado la relación de trabajo prevista, sino que ésta se había producido con otra empresa: la cesionaria; y en STS 16 Feb 89 (874) de forma expresa se decía que la cesión prohibida podía tener lugar "aún tratándose de dos empresas "reales" si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra..."¹⁶⁰. Es decir, de acuerdo con esta línea, uno de los posibles factores que apuntan a la cesión prohibida sería precisamente la no temporalidad de la

¹⁶⁰ La característica de la permanencia se ha señalado también entre nuestros Tribunales Superiores de Justicia: vd por ejemplo STSJ Andalucía 17 Ene 92 (132); STSJ Cataluña 18 May 92 (2858); STSJ Cataluña 7 Dic 92 (6352); STSJ Murcia 1 Dic 94 (4961).

cesión¹⁶¹, puesto que ello evidenciaría que la auténtica relación laboral existe entre el cesionario y el trabajador cedido.

En suma, desde nuestro punto de vista el art.43.1 TRET debería de leerse como sigue: la cesión a otra empresa de sus trabajadores previamente contratados sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. A ello debería de añadirse de una vez por todas una concepción clara de la cesión ilícita, como aquella llevada a cabo por un cedente que tras la cesión deja de ser verdadero empresario del trabajador cedido. Toda cesión- en un sentido amplio de situación en la cual un trabajador está vinculado formalmente a un empresario pero el fruto de sus servicios beneficia originariamente a otro distinto-, será lícita cuando el cedente puede seguir considerándose verdadero empresario del trabajador cedido de acuerdo con el concepto laboral de empresario imperante. Antes sólo las contrataciones se contaban dentro de este grupo; tras la reforma hay que incluir también a las cesiones a través de ETT: si las ETT quedaban antes cubiertas por la prohibición y ahora no la hacen, debe inferirse que el concepto de verdadero empresario ha sufrido una variación. La reforma supone pues, no ya un cambio cuantitativo sino más bien un cambio cualitativo del fenómeno de la cesión ilícita.

3. La relación cesión ilícita-contratas.

En páginas anteriores se ha ido viendo cómo a lo largo del recorrido histórico de la cesión de mano de obra, desde el Decreto-Ley 1952 hasta el actual art.43 TRET, ésta no quedaba definida sino simplemente descrita a través de una vaga fórmula: contratar y ceder o contratar para ceder, la cual daba perfecta cabida a las situaciones de las contrataciones. En un sentido

¹⁶¹ En contra, de todas formas, vd STSJ Madrid 14 Ene 91 (767) y 14 Jun 91 (4072) que remiten a la STCT 18 Abr 85 (2869) ya citada, según la cual la cesión permanente se trataría vía art.16.2 E.T. (antes de la reforma).

técnico-jurídico sin embargo, se ha venido reservando el término de cesión a una conducta ilícita a la que era ajena la contrata, de tal forma que la fórmula descriptiva anterior debía de matizarse con el elemento implícito de que la contratación para ceder no se tratara de una contrata. A nadie se le escapan los problemas de delimitación que estas dos figuras traen consigo; una simple mirada a la jurisprudencia sirve para darse cuenta de que es del todo frecuente el enmascaramiento de una, la cesión ilícita, con la careta de la otra, la contrata, para de esta forma buscar el fraude de hacer pasar una conducta ilícita por lícita. La incompleta redacción de las normas reguladoras de la cesión prohibida ha obligado a caminar sobre arenas movedizas: según como variemos el concepto de contrata, así variaremos el alcance de la cesión ilícita¹⁶².

Si la cesión ilícita viene caracterizada por el hecho de que el cedente-empresario formal del trabajador cedido no es más que una pantalla que oculta al auténtico empresario, el cesionario, con los consiguientes perjuicios que ello produce al trabajador; y si tales efectos son los que hacen que la situación merezca la calificación de ilícita, se habrá de concluir que en el supuesto de una contrata, al estar siempre admitida, el contratista que contrata y cede o que contrata para ceder se caracteriza por ser el verdadero titular de la relación laboral de la que es parte el trabajador asignado a la contrata.

Que la idea relativa a si el titular empresarial es ficticio o no es el pivote sobre el que gira la dicotomía contratista del art.42 TRET-cedente del art.43 TRET, no es una proposición novedosa; ya lo habían indicado, para las normativas anteriores, tanto

¹⁶² Ya lo observaba RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación..." Op.cit.p.25, aunque haciendo la proposición inversa: "...el ámbito de la contrata depende muy mucho del ámbito que se haya fijado para la interposición".

doctrina¹⁶³ como jurisprudencia. El problema se origina cuando a la hora de resolver la ecuación: contratista del art.42 igual a verdadero empresario; en lugar de hacerlo a través del extremo del "verdadero empresario" que en nuestra opinión sería lo natural, se hace al contrario, abordando y definiendo lo que por contrata y por contratista se entiende, para lo cual se recurre al ordenamiento civilista pues en el laboral no se encuentra definición alguna de tal término¹⁶⁴. De esta forma se trae al ordenamiento de trabajo, y al artículo 42 más concretamente, un concepto prestado, y que en ningún momento fue pensado para el contexto del fenómeno de la cesión de trabajadores; y aún menos, para ser pieza fundamental en el mismo.

Este concepto de contratista que se equipara al de verdadero empresario, y que en contraposición delimita la figura de la cesión ilícita, es en exceso rígido y no coincide exactamente con el concepto de verdadero empresario que se obtiene de aplicar únicamente la definición de empresario contenida en el Estatuto de los Trabajadores. El resultado es la dislocación del sistema del que se parte. En la jurisprudencia vertida sobre el régimen anterior se observa algunas veces este tratamiento rígido para distinguir entre la auténtica contrata y los negocios jurídicos simulados que encubren interposición; señalándose "... que existe la contrata cuando la empresa contratista se halle validamente constituida, ejerza actividad empresarial propia y cuente, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria, y organización estable,

¹⁶³ Ya en tiempos del Decreto-Ley 1952 así lo indicaba ALONSO GARCIA: "Contrato de trabajo, subcontratación..." Op.cit.p.39. Con respecto al Decreto 3677/70 la misma postura adoptaban tanto MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación..." Op.cit.p.32, como RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación protectora..." Op.cit.p.26-27.

¹⁶⁴ Hay que advertir, además, que en el propio ordenamiento civilista la contrata no está tampoco definida tal cual; sino que se equipara doctrinalmente a una especie del contrato de ejecución de obra, figura que a su vez forma parte del orden de los arrendamientos.

pu diendosela imputar efectivas responsabilidades contractuales, debiendo aportar en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando respecto a ellos, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que la condición de empresario comporta"¹⁶⁵. La misma conceptualización se observa entre la doctrina¹⁶⁶, que al abordar por separado el art.42 E.T. se centra en la definición civilista de contrata y se olvida de que cuando su estudio se hace junto al de la cesión ilícita la contrata se caracteriza porque el contratista ejerce como verdadero empresario del trabajador.

Fácil es observar que tamaña acotación de la figura de la contrata la desvincula de la realidad; de aceptarse tal conceptualización muy pocas de las contrataciones que en la realidad se admiten como tales cumplirían con todos y cada uno de los requisitos, y en una aplicación purista de la tesis señalada deberían quedar relegadas al campo de lo prohibido¹⁶⁷. Curiosamente sin embargo, esta aproximación al fenómeno de la cesión suele producir el efecto contrario: dar entrada dentro de la esfera lícita a situaciones que deberían quedar en el ilícito. Cuando se parte de un concepto tan rígido de contratista como el mencionado líneas arriba, se tiende a reducir el número de requisitos, para considerar que se está ante una verdadera contrata, no cuando el

¹⁶⁵ SSTCT 25 Feb 80 (1077); 18 Mar 80 (1712); 4 Jun 87 (14695); STS 17 Ene 91 (58); STSJ Castilla-León 17 Oct 92 (4789); STSJ Andalucía 18 Mar 93 (1340); STSJ Galicia 20 May 93 (2405); STSJ Cantabria 5 Jul 93 (3330); STSJ Andalucía 10 Dic 93 (5165); STSJ Cataluña 20 Jun 94 (2585); STSJ Cataluña 12 Sep 84 (3491).

¹⁶⁶ Vd RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación protectora..." Op.cit.p.27 y ss, si bien refiriéndose a la contrata del art.4 del Decreto 3677/70; y con respecto ya del art.42: GARCIA MURCIA: "Trabajo en contrataciones..." Op.cit.p.22 y ss; MARTIN VALVERDE: "Cesión de trabajadores ..." Op.cit.p.282.

¹⁶⁷ Vd en este sentido MIGUEZ ALVARELLOS: "La respuesta judicial a las empresas de trabajo temporal" AAVV "Las Empresas de Trabajo Temporal" Valladolid 1993 p.104.

cedente cumple con todos los elementos que caracterizan al contratista, sino cuando cumple con la mayoría o con algunos de ellos¹⁶⁸; poniéndose el peso sobre elementos que pueden ser irrelevantes, o poco importantes, en la definición laboral de empresario. De esta forma, partiendo de la concepción civilista de contratista se da entrada en el art.42 TRET a supuestos que, partiendo de la concepción laboral de empresario, quedarían inmersos en el art.43 TRET. El error se cimienta fundamentalmente en el hecho de que mientras la primera aproximación se centra principalmente en examinar si el cedente es o no empresa, la segunda obviamente, examina si es o no empresario del trabajador cedido en cuestión¹⁶⁹. Consecuencia de esta errónea aproximación

¹⁶⁸ Son abundantes los pronunciamientos judiciales según los cuales la distinción entre contrata y cesión prohibida brota de la síntesis de todo un circunstanciado y de su interpretación y significado en cada caso (ver entre muchas otras SSTCT 25 Feb 80 (1077); 16 Jul 86 (6343); 29 Oct 86 (10760); 3 Mar 87 (5009); 30 Mar 87 (6794)) dando lugar en palabras de PEREZ-ESPINOSA ("Consideraciones y propuestas..." Op.cit.p.64-65) a que se utilicen "criterios no caracterizados por su firmeza interpretativa a la hora de conducir un supuesto concreto al campo permitido de la contrata o subcontrata de obras o servicios, o por el contrario al de las actividades prohibidas de cesión de mano de obra. Situación que coloca a las partes en una indeseable inseguridad jurídica...".

¹⁶⁹ Reseñamos aquí sólo un par de ejemplos relativamente recientes en nuestra jurisprudencia: en STSJ Andalucía 25 Ene 94 (322) se constataba que el cedente cumplía con los siguientes requisitos definidores de un contratista: estaba validamente constituido; ejercía una actividad empresarial propia, en general mantenía a los trabajadores de su plantilla dentro de su poder de dirección; y en general conservaba con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que la condición de empresario comporta. Por otra parte, y con respecto a los trabajadores demandantes, se decía que habían sido adscritos desde un primer momento y de forma exclusiva a las instalaciones de la cesionaria, con lo que se adecuó su régimen de horario, jornada y vacaciones al de los trabajadores de la cesionaria, y la dirección, control y supervisión de los trabajos que prestaban se efectuaba por personal de la última empresa. Todas estas evidencias no eran consideradas suficientes para desvirtuar la calidad de contratista del cedente y en consecuencia no cabía hablar de cesión ilícita. De haberse partido del concepto de cedente ficticio tal y como lo entiende la jurisprudencia del Supremo citada páginas arriba, la solución hubiera sido la

son todas aquellas sentencias que ciñen la cesión ilegal al supuesto en que el cedente se dedica de forma profesional a la actividad de suministrar mano de obra. Lo que se está haciendo es poner el acento en una de las características básicas del contratista: tener actividad empresarial propia; y a partir de ahí definir la cesión ilícita en función solamente de la proposición inversa: no tener actividad empresarial propia. Consecuencia todavía más extrema del mismo error son todos aquellos pronunciamientos que diferencian entre art.42 y 43 E.T. en base al hecho de que en la cesión ilícita el cedente es una empresa ficticia¹⁷⁰. Aquí se pone el acento en las características civilistas del contratista consistentes en: tener actividad propia y contar con organización estable para llevarla a cabo, definiéndose a la inversa la cesión ilegal. Sabemos sin embargo que estas dos concepciones de la cesión prohibida son solamente parciales.

3.1 La inadecuación del concepto civil de contrata.

Si nos adentramos en el análisis de cada uno de los elementos que forman ese concepto rígido de contrata que hemos señalado, veremos que, o bien son insuficientes para marcar la línea divisoria entre contratista del art.42 TRET y cedente del art.43 TRET; o bien no pueden ser necesarios para definir al

contraria.

El STSJ cataluña 16 Sep 94 (3501) se concluyó también que había contrata y no cesión ilegal porque el cedente se hallaba validamente constituido, ejercía actividad empresarial propia y contaba con patrimonio, instrumentos y organización. Era irrelevante para el fallo el que los trabajadores hubieran prestado, en todo momento de vigencia de su relación laboral, servicios par la cesionaria de la cual recibía directamente las órdenes de trabajo. De haberse abordado la cuestión con objeto de determinar quién ejercía de verdadero empresario de los trabajadores, la solución hubiera sido otra.

¹⁷⁰

Vd STS 7 Mar 88 (1863); STSJ Cataluña 20 Jun 94 (2585); STSJ Cataluña 19 Oct 94 (3867) entre otras muchas.

contratista porque ello conllevaría el que tal figura se redujera excesivamente en la praxis; o bien no pueden ser necesarios para definir al contratista porque ello haría el que la divisoria entre art.42 y cesión ilícita se desplazase de su eje natural: el carácter de verdadero empresario o no del cedente.

Entre los elementos que consideramos insuficientes podemos contar los siguientes:

a) Que el contratista se obliga a ejecutar una obra o servicio determinado. Este requisito constituye uno de los motivos por los que la doctrina ha defendido el que "los contratistas de mano de obra", cuyo objeto es el simple suministro de personal a otra empresa, queden fuera del concepto de contrata y dentro de la prohibición¹⁷¹; y uno de los motivos asimismo que empujaba a las Empresas de Trabajo Temporal dentro del ilícito.

La ley 14/1994 de regulación de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) nos confirma que la realización de una obra o servicio determinado no es característica exclusiva de las contratas y por tanto que no estamos ante un elemento delimitador suficiente. Este texto normativo define la ETT en su art.1.1 como "aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados". Pues bien, cuando en su art.6 define esa "puesta a disposición" que caracteriza a las ETT, nos dice que se trata de cesiones temporales para prestar servicios tales como "la realización de una obra o servicio determinado" (art.6.2.a). La conclusión es contundente: las ETT, hasta la reforma prohibidas como cedentes incursos en el art.43 E.T. y por tanto no contratistas, son empresas que podían realizar obras o servicios determinados.

¹⁷¹ GARCIA MURCIA: "El trabajo en contratas..." Op.cit.p.26; MARTIN VALVERDE: "Responsabilidad empresarial..." Op.cit.p.235.

b) El contratista debe de estar validamente constituido, cumpliendo con los requisitos formales para su puesta en funcionamiento: inscripción en el Registro Mercantil; altas en el Régimen de la Seguridad Social y en el de Impuesto sobre Actividades económicas. Debe además contar con medios materiales y personales propios para el desarrollo de su actividad, de manera que funcione con organización y autonomía propia.

En cuanto a los requisitos meramente formales, baste señalar la STCT 5 Oct 88 (6108) donde se declaraba la inexistencia de contrata y existencia de cesión ilícita y ello aunque el cedente "está dado de alta en licencia fiscal y en la Seguridad Social, tiene el oportuno libro de matrícula, aparece su nombre en las nóminas de los trabajadores..." porque como declaraba el Tribunal, "no son mas que las exigencias mínimas para cubrir su apariencia formal como empresario".

En cuanto a los requisitos materiales, tampoco es difícil rechazar el que constituyan un elemento diferenciador de la contrata, desde el momento en que el propio art.43 TRET permite una cesión ilícita llevada a cabo por cedente validamente constituido y funcionando normalmente como empresa mercantil, con organización y autonomía propia. Y lo permite porque de otra manera no tendría sentido el derecho de opción que su apartado 3 asigna al trabajador cedido a integrarse bien en la cedente bien en la cesionaria: si la empresa cedente no fuera real mal podría el trabajador ejercitar tal derecho¹⁷². El ordenamiento jurídico brinda un segundo argumento en pro de nuestra afirmación: la ley 14/1994 ha venido a legalizar las cesiones realizadas a través de ETT debidamente

¹⁷² En este sentido, y en relación con el art.43 E.T. que confería igual derecho de opción, ver STS 17 Ene 91 (58).

Con similar argumentación se ha expresado ya RODRIGUEZ RAMOS: "La cesión ilegal..." Op.cit.p.121, aunque para aseverar la afirmación complementaria a la nuestra: la falta en el cedente de organización productiva propia no es requisito necesario para delimitar la figura de la cesión ilícita.

autorizadas, lo que pone de manifiesto el que con anterioridad a la reforma esas cesiones llevadas a cabo por cedentes validamente constituidos y con organización propia, como son normalmente las ETT, no entraban dentro del espectro de la contrata sino que quedaban prohibidas; de igual forma que en la actualidad siguen prohibidas las cesiones realizadas por dichas ETT cuando no estén debidamente autorizadas. El contar con una organización productiva propia no es, en consecuencia, requisito exclusivo del contratista, y por tanto no puede ser considerado requisito suficiente para delimitar una contrata.

c) El contratista debe desarrollar una actividad propia y específica. Es indudable el que nuestra jurisprudencia ha puesto con insistencia el acento en esta característica; no en vano abundan los pronunciamientos según los cuales la cesión ilícita sería la llevada a cabo por empresa cuyo solo objeto es el de proporcionar mano de obra¹⁷³; mientras que cuando puede establecerse un objeto distinto al de contratar y prestar entonces no habría cesión ilícita sino contrata¹⁷⁴. Pero también hay que descartar el que esta característica sea suficiente para delimitar las dos figuras.

Ya la doctrina desde tiempos del Decreto 3677/70 había advertido que estábamos ante una cesión ilícita "aunque sea ocasional, aunque se haya hecho una sola vez, e incluso... aunque se refiera a un solo trabajador"¹⁷⁵, dando a entender que cedente ilícito puede serlo en un momento dado cualquier empresa con actividad propia y específica distinta de la de suministrar trabajadores;

¹⁷³ SSTCT 23 Abr 82 (2374); 1 Dic 83 (10405); 13 May 85 (3605); 10 Mar 86 (1988); 28 Jul 86 (6938); 24 Feb 87 (3978); 15 Dic 87 (28230); 4 Mar 88 (1968); 7 Jun 88 (4205) entre otras.

¹⁷⁴ STCT 21 May 85 (3300).

¹⁷⁵ MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación..." op.cit.p.30.

tesis sostenida también por nuestro Tribunal Supremo¹⁷⁶. De ahí que alguna vez se haya dicho que no se trata de que el cedente no tenga una actividad específica, sino de que los trabajadores cedidos no realizan la actividad específica propia de la empresa cedente¹⁷⁷, con lo que en relación con ellos la cedente sólo contrata para ceder. En este tenor habría contrata cuando el cedente tiene actividad propia y la actividad que se desarrolla en la contrata es coincidente con aquella. Pero este requisito de ser suficiente desplazaría la línea divisoria entre cesión ilícita y contrata del concepto de empresario ficticio: imaginemos una empresa de la construcción que cede un trabajador para la realización de una obra. El trabajador se integra plenamente en el complejo organizativo del cesionario y no tiene mayor contacto con su empresario que el cobro de salario mensual, ¿hay contrata o cesión ilícita?. Si este requisito es suficiente la respuesta abogaría por la contrata, pero si la regla que aplicamos es la relativa a saber quién es el verdadero empresario del trabajador la solución sería probablemente la contraria.

Quedaría por ver si lo que es necesario para ser considerado contratista es que en cada caso concreto se realice una actividad distinta a la del mero suministro de mano de obra, punto sobre el que nos manifestaremos más adelante.

Entre los elementos que no pueden ser necesarios porque de otra forma el número de contratas se reduciría sobremanera, podemos ver los siguientes:

a) De nuevo, el que el contratista se obligue a ejecutar una obra o servicio determinado. Esto es, que la actividad que los trabajadores del contratista asignados a la contrata llevan a cabo constituya una

¹⁷⁶ Ver desarrollo jurisprudencial supra II; 2.2.

¹⁷⁷ STCT 25 Nov 85 (6643); STSJ País Vasco 18 Jun 92 (3235).

unidad productiva autónoma dentro de la empresa del principal. Es indudable que la realización de meros trabajos o labores dentro del ámbito organizativo del cesionario en lugar de la ejecución de una obra o servicio con autonomía propia, apunta a una mayor integración dentro de la plantilla de aquél y con frecuencia a una desvinculación laboral con el cedente, por lo que esta característica de la contrata es en muchas ocasiones equivalente a discernir entre lo lícito e ilícito por aplicación de la tesis relativa a quién ejerce de verdadero empresario del trabajador cedido. Pero aunque, como decimos, esta equivalencia es frecuente, no por ello ocurre siempre; ni la característica que aquí tratamos es jurídicamente del todo precisa para hacer descansar sobre ella la línea divisoria entre cesión ilícita y contrata: repárese en que el fenómeno de la descentralización productiva está alcanzando cotas de desarrollo muy elevadas, y que al mismo tiempo entre muchas de las actividades que forman el ciclo productivo de una empresa se da una íntima conexión, de tal forma que a veces se hace muy difícil, si no imposible, el determinar cuándo una actividad puede considerarse una unidad productiva autónoma. El propio art.42 al permitir implícitamente tantas subcontrataciones en cascada como se quiera, nos da pie a imaginar un momento en el que la autonomía de las mismas se flexibilice hasta el punto prácticamente de desaparecer, sin que el precepto establezca su autoinaplicación en tales casos.

b) Que el principal pague un precio cierto y determinado por la obra o servicio a ejecutar. Se tiene la tendencia a considerar que si el principal paga un precio alzado por el trabajo o servicio a ejecutar, estamos ante una contrata, mientras que si el precio depende del número de trabajadores asignados a la tarea, su categoría profesional, sus horas trabajadas, o en definitiva, del gasto en capital-social en que el cedente incurre, se pone en duda su

carácter de contrata¹⁷⁸. Estamos ante un requisito en íntima relación con el de asumir los riesgos del desarrollo de la actividad a realizar. Si se contrata alzadamente la obra o servicio el contratista asume el riesgo de la operación, y estamos ante una autentica contrata; si no, el riesgo lo asume la usuaria y nos movemos fuera del ámbito de la contrata.

El requisito debe relativizarse; no sería extraño que en autenticas contratas debido al enorme grado de especialización que requieren, el precio no se fije en razón del resultado final, sino de la dificultad del trabajo que se presta, y por ende en relación del número de trabajadores asignados y de su grado de especialización.

Por otra parte, aún fijándose el precio en función del número de trabajadores que se ceden, o de lo que se les remunera, parece excesivo concluir que el cedente no corre con ningún riesgo. El cedente pagará a sus trabajadores, y aunque transfiera ese coste al principal, ello no quiere decir que nunca incurrirá en pérdidas; puede pensarse por ejemplo en la aparición de costes adicionales de organización del cedente que éste no haya tenido en cuenta en un principio, y no pueda repercutir al principal; o en imponderables que impidan la prestación del servicio y que traigan como consecuencia la responsabilidad del contratista por incumplimiento de lo pactado.

Además, en una clásica contrata es claro que el contratista aún fijando un precio alzado tratará de repercutir al principal los costes salariales que prevé tener; al fijarlo tendrá en cuenta el número de trabajadores que probablemente asignará a la contrata y sus previsibles salarios presentes y futuros durante el tiempo de duración de la contrata, aunque ciertamente arriesgará más que si fija directamente un precio en función del número de trabajadores a emplear y de sus

¹⁷⁸

Así por ejemplo SSTCT 18 Abr 80 (2483); 23 Abr 82 (2374); 21 Jul 83 (7183); 15 Nov 85 (6643).

salarios, pero ello no quita que de ésta segunda manera no asuma ningún riesgo. En este sentido es muy interesante señalar la STCT 3 Abr 87 (7324) donde el tribunal llega a la conclusión, tras el estudio de diversos elementos, de que se estaba en presencia de una contrata y no de una cesión ilícita: "sin que tal conclusión quiebre por el hecho...de que [la cesionaria] al reintegrar los gastos generales a la empresa concesionaria de los servicios...incluya también los concernientes a la nómina pagada a sus trabajadores y seguros sociales, ya que tal circunstancia...es irrelevante para la cuestión aquí controvertida". Razona el TCT que "si bien tal modalidad en la forma de pago convenido puede inducir a cierta confusión, por la menor frecuencia de su concertación, no por ello se puede desconocer que tal fórmula es similar y equiparable, y por ello jurídicamente válida y eficaz, que aquella otra, más corriente y practicada en este tipo de contrata, en la que la contraprestación económica o precio de la contrata se fija en una cantidad cierta, global y a tanto alzado, lógicamente comprensiva y superior a la suma de cuantos gastos le van a reportar al concesionario [cedente] la realización de los servicios contratados, incluidos naturalmente los de orden salarial y de seguridad social que haya de sufragar por los trabajadores de su plantilla que adscriba a la contrata"¹⁷⁹. Por lo demás, resulta ilógico el que se impida al contratista el fijar el precio de la manera que resulte más ventajosa y segura a su negocio.

c) El contratista debe ejecutar la obra o servicio con su propia organización; es decir, por un lado debe aportar la organización material referente a herramientas, instrumentos y maquinaria; y por otro

¹⁷⁹

Es interesante observar también alguna otra sentencia como STSJ Madrid 14 Ene 91 (767) ; 6 STSJ Madrid 14 Jun 91 (4072); 6 STSJ Andalucía 15 Dic 92 (Ar 6294) en donde se dispone que: "...la remuneración del subcontratista la fija normalmente en función del trabajo realizado, abstracción hecha del número de trabajadores utilizados...". Se trata del mecanismo normal pero no único.

lado debe organizar, dirigir y controlar el desarrollo de la actividad, ejerciendo todas las condiciones inherentes a su condición de empresario sobre los trabajadores cedidos.

En cuanto a la aportación material, alguna vez el requisito ha sido relativizado defendiéndose la existencia de contrata aún cuando el cesionario fuera el que proporcionara las herramientas y el material (STCT 4 Dic 83 (11320)); o cuando "la herramienta mayor" era propiedad de la empresa principal (STCT 23 Feb 88 (1574)); o cuando no se aportaba organización material alguna (STSJ 25 Ene 94 (322)), la cual, en ciertas ocasiones, no será apenas necesario aportar.

En cuanto al elemento puramente orgánico, no existe tal carácter absoluto en el poder de organización y dirección del cedente sobre sus empleados asignados a la contrata. Así, en algunas sentencias, la inspección, supervisión o control de los trabajos por parte del cesionario no ha implicado la existencia de cesión ilícita, porque el cedente seguía ejerciendo el poder de dirección¹⁸⁰. Aunque de algún pronunciamiento podría discernirse cierta diferenciación llevada a cabo por el Tribunal Central de Trabajo entre, por un lado "dependencia técnica, planificación y supervisión" y por otro "organización, dirección y control" como si el ejercicio del primer grupo de facultades por parte del cesionario no implicara cesión ilícita y el del segundo sí¹⁸¹, la distinción es sin embargo demasiado tenue y no hay apoyo jurisprudencial suficiente para mantenerla. Al contrario, la jurisprudencia nos señala que los poderes de supervisión y control del cesionario

¹⁸⁰ SSTCT 18 Mar 80 (1712); 29 Abr 80 (2403); 14 Dic 83 (11320). En STCT 19 Oct 83 (9084) se admite el que el cedente ejerce la dirección sobre su personal cedido pero "siempre sometida a los límites que supone el que el colectivo demandante [trabajadores cedidos] actúe dentro del recinto de la empresa principal y que ésta tenga un especial sistema de control de seguridad".

¹⁸¹ Vd STCT 23 Abr 82 (2374).

no vienen solos, sino que necesitan para su aplicación práctica el ir acompañados de un cierto poder de dirección, sin que por ello dejemos de estar frente a una contrata. Así, en STCT May 85 (3300) seguía habiendo contrata aunque los trabajadores cedidos "... estén indirectamente sometidos a las indicaciones [de la empresa usuaria], dato que concurre en todos los casos en que varias entidades cooperan a la realización de una obra". La STSJ País Vasco 24 Feb 92 (610) es de enorme claridad: no es óbice para que estemos ante una contrata y no una cesión ilícita el que los trabajadores cedidos "reciban ordenes de la empresa [usuaria], ni que se hayan sometido al horario de aquella, puesto que las subcontratas, por ejemplo de obras, han de ir al unísono de la obra general, y a veces, recibir indicaciones o trabajar bajo la dirección de la empresa principal, sin que por ello desaparezca la ligazón que une al trabajador con la empresa [cedente]..."¹⁸².

De hecho en toda contrata donde la prestación se haga en los locales del principal habrá una coparticipación en el ejercicio del poder de dirección, puesto que, aún cuando los trabajadores no reciban orden alguna de algún miembro del personal de aquél (cosa por lo demás poco frecuente), quedarán como mínimo sujetos a los reglamentos o normas generales de taller o fábrica del principal y no del contratista; siendo tales normas otra expresión más del poder de dirección de todo

¹⁸² También las SSTSJ Cataluña 31 Dic 91 (6808) y 18 May 92 (2858), para las cuales hay "actividades lícitas destinadas a facilitar ... servicios a terceros mediante personal propio pero en el domicilio o centro de trabajo de los destinatarios del servicio, comportando incluso la posibilidad de transferencia de una parte del poder de dirección del verdadero empresario...". O la STSJ Andalucía 22 Dic 92 (6093) donde se indica que la contrata comporta "la transferencia de una parte del poder de dirección del verdadero empresario y sus facultades organizativas al lugar y forma en que se prestan los servicios"; por ello "la conclusión no puede ser otra que aunque la norma rectora fuera de...[la empresa cesionaria] no desaparece la relación jurídica con [la cedente]...".

empresario.

Del estudio de la jurisprudencia se sonsaca el que cuando parte del poder de dirección se transfiere al cesionario y se comparte con el mismo, ello no conlleva el salir fuera del campo de las contrata¹⁸³. Pero de la misma jurisprudencia también se discierne el que nuestros Tribunales no están dispuestos a seguir viendo una contrata allí donde todo el poder de dirección se transfiera al cesionario¹⁸⁴.

El concepto clásico de contrata no sólo exige el que el contratista ejerza en todo momento el poder de dirección sobre sus trabajadores, sino que va más allá, debiendo de ejercer todas las condiciones inherentes a su condición de empresario sobre los trabajadores

¹⁸³ Por ello nos parece imprecisa la afirmación de RODRIGUEZ RAMOS: "La cesión..." Op.cit.p.130-131, para quien los "criterios para distinguir la contrata de la pseudo-contrata son el ejercicio del poder de dirección y de la potestad disciplinaria por el verdadero empresario. Si el "supuesto" cesionario ejerce dichos poderes sobre los trabajadores vinculados a la empresa cedente, podríamos calificar el supuesto como cesión ilegal de trabajadores; si, por contra, el cedente es que el ejerce tales poderes, no estaremos ante una cesión ilegal de trabajadores sino ante una contrata...". Curiosamente, la misma autora pone de manifiesto la señalada imprecisión, cuando con anterioridad (Ibid p.127) nos dice que el ejercicio del poder de dirección, como criterio delimitador entre la cesión de mano de obra y la contrata, no puede ser considerado en términos absolutos.

¹⁸⁴ Aunque alguna sentencia incluso se atreve a llegar tan lejos: la STCT 23 Feb 88 (1574) manifestaba que "el hecho de que los mandos intermedios sean de la empresa principal es una de las consecuencias lógicas de la subcontrata..." pues, se decía, lógicamente la principal "ha de vigilar la realización de los trabajos manteniendo la máxima coordinación entre las distintas empresas subcontratistas". Muy posiblemente se trata de una sentencia que va demasiado lejos pues la empresa cedente carecía de mandos intermedios, de instalaciones mobiliarias y trabajaba exclusivamente para la empresa principal.

También excesiva la STSJ 25 Ene 94 (322) de acuerdo con la cual "nada obstaba a los fines de no desvirtuar la realidad de una contrata legal el que la dirección, control y supervisión de los trabajos ... en las instalaciones de [la cesionaria] ... fuera realizado por personal de la plantilla de ésta última empresa".

cedidos. La jurisprudencia se ha centrado principalmente en lo que son las condiciones básicas de pago de salario y cumplimiento de las obligaciones de las Seguridad Social¹⁸⁵.

Este elemento sin embargo se ha relativizado: es de anotar la STCT 25 Mar 87 (7084) en la que existía contrata aún a pesar de que la principal "concediera a los trabajadores de [la contratista] que prestaban servicios en su factoría, ciertas ventajas de tipo social, como bolsas de Navidad, utilización del economato y seguro en la Mutuality Naval...", concesiones que son propias de un empresario con respecto a sus trabajadores, pero que el TCT considerará como no relevantes y no desvirtuarán el carácter de contrata de la relación entre ambas empresas. Se admite pues una cierta relación principal-trabajador del contratista que hasta un cierto punto puede asemejarse a una relación normal empresario-trabajador. En cualquier caso, el que este requisito no es definidor de la contrata queda afirmado por dos circunstancias: por un lado ya se ha dicho que el contratista puede no ejercer todo el poder de dirección y seguir siendo verdadero contratista; por otro, el contratista nunca va a ser beneficiario directo de la prestación del trabajador, posición que es esencial en la figura del empresario, y sin embargo no por ello deja de ser verdadero contratista para convertirse en cedente interpuesto.

Finalmente entre los elementos que no pueden ser necesarios porque de otra manera se desplazaría la delimitación lícito-ilícito del eje relativo al

¹⁸⁵ Así, en la STCT 28 Jun 83 (6119) se expresa: "como quiera que la sociedad demandada [cedente] era la que aportaba los fondos necesarios para remunerar a los demandantes [trabajadores cedidos] cuya actividad se desarrollaba en beneficio exclusivo de la [cesionaria], es evidente que no se ha operado la cesión de trabajadores que contempla el art.43 del E.T.". También SSTCT 22 Feb 82 (1030); 15 Abr 85 (2449); 12 Feb 85 (954); 24 Sep 85 (5338), aunque en todas ellas el rechazo de la cesión ilícita no se funda exclusivamente en el hecho de que el cedente cumple con sus obligaciones laborales básicas.

concepto de verdadero empresario, debemos anotar:

a) El que el contratista deba de desarrollar una actividad propia y específica distinta del mero suministro de trabajadores, en cada caso concreto de cesión.

Indudablemente tras la reforma este requisito no puede ya servir como delimitador en todos los casos entre cesiones lícitas e ilícitas, desde el momento en que de tener el cedente la simple actividad de suministrar mano de obra a otras empresas, puede ahora tratarse de una cesión lícita realizada a través de ETT. Lo que aquí nos interesa de todas formas es mostrar el que incluso con anterioridad a la reforma este requisito tampoco era absolutamente preciso para hacer girar el binomio cesión ilícita-contrata en torno al eje del verdadero empresario; lacra que perdura en la actualidad tampoco para aquellos supuestos, todavía posibles, en los que se ha de discernir entre contrata y cesión ilícita.

La cuestión que se plantea es si debe el contratista tratarse siempre de una empresa con actividad propia o si puede haber contrata, y no cesión ilícita, incluso sin ella. La necesidad de este elemento nos plantea el enorme problema de determinar lo que por actividad propia se entiende; y en definitiva señalar el límite entre actividad propia y la simple actividad de contratar para ceder. Un clásico contratista, una empresa de la construcción, puede estar siempre contratando para ceder, ¿por qué no acusarla de llevar a cabo una simple conducta de contratar y prestar?. Podría argumentarse que existe actividad propia cuando el cedente cuenta con la infraestructura apropiada para llevar a cabo tal actividad; en especial maquinaria por un lado y mandos intermedios que dirigen las operaciones por otro. Pero podría pensarse en actividades que no requieren apenas infraestructura. Imaginemos una empresa que contrata trabajadores de limpieza para asignarlos a distintas empresas. La empresa cedente no cuenta ni con maquinaria ni con mandos intermedios porque no los necesita; los

trabajadores acuden a las oficinas de las usuarias a horas en que las mismas están vacías, no utilizan útiles de éstas ni reciben órdenes de ninguno de sus mandos. ¿Estamos ante una contrata o ante una cesión ilícita?. Si de la carencia de infraestructura de la empresa cedente debe inferirse la falta de actividad propia, y este elemento es considerado como necesario para quedar incurso en el ámbito del art.42, deberíamos concluir que hay cesión ilícita. Sin embargo, si aplicamos la tesis del empresario ficticio para delimitar ambas figuras la solución sería la contraria: la relación laboral del trabajador de limpieza es más fuerte con el cedente que con las usuarias y en consecuencia entendemos que hay contrata. Los defensores de la primera solución podrían argumentar que de hecho el cedente de nuestro ejemplo persigue una actividad propia y específica cual es la de limpieza, aún cuando no cuente apenas con infraestructura, y ello porque sólo contrata y cede para la prestación, siempre, de la misma actividad. En tal caso, supongamos que el mismo cedente, aparte de este departamento de trabajadores de limpieza, cuenta con otro u otros dedicados a otras actividades distintas. ¿Cambiaría eso en algo la situación de los trabajadores de limpieza?. En nuestra opinión el hecho de que el cedente se dedique además a otra actividad o actividades distintas de la limpieza no modificaría en absoluto su relación con los trabajadores del departamento de limpieza y su cesión seguiría siendo una contrata.

El que una empresa se dedicara exclusivamente al suministro de mano de obra no la hacía, tampoco antes de la reforma, entrar sin más dentro del ilícito. Era necesario el que tras el suministro el trabajador cedido tuviera una vinculación laboral más estrecha con el cesionario que con el cedente, de tal forma que pudiera decirse que el primero actuaba como su verdadero empresario. Ciertamente es que en la enorme mayoría de los casos tal configuración iba siempre aparejada a la actividad de suministro. Ciertamente es también que la actividad de suministro es la que mejor responde a la conducta prohibida de "contratar para

ceder". No es extraño por ello que se haya venido considerando que lo que el art.43 E.T. prohibía era precisamente la actividad de mero suministro de mano de obra. En nuestra opinión sin embargo, y teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta aquí, tal consideración no era del todo jurídicamente precisa.

Queda visto que una estricta definición civilista de la contrata no se adecua al fenómeno de la cesión de trabajadores. La clave del art.42 TRET radica en que el contratista es el auténtico empresario del trabajador cedido. La concepción civilista del contratista no es del todo desechable; si observamos atentamente, muchos de los elementos que la caracterizan van orientados a saber si el contratista ejerce como empresario laboral de sus trabajadores; pero al tratarse de un concepto importado de otro ordenamiento, y no eminentemente laboral, produce imprecisiones al aplicarse al fenómeno de la cesión. La reforma del 94 es punto de inflexión oportuno para que nuestra jurisprudencia, enfrentada a la línea divisoria entre art.42 TRET y art.43 TRET, abandone definitivamente el encorsetado concepto civil de la contrata y se centre en el eje natural del sistema: el concepto laboral de empresario.

3.2 Profundización en el concepto de empresario laboral.

El artículo 1.2 TRET contiene el concepto de empresario imperante en nuestro Derecho. La concepción clásica de empresario; esto es, la existente hasta la reforma del 94 y que perdura hoy día aunque con el añadido de la Disposición Adicional Tercera de la ley 11/1994, viene definida de forma indirecta, haciéndose depender de aquél relativo al trabajador; así, son empresarios "...todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior", esto es, de los trabajadores; a los cuales, ese apartado anterior (el art.1.1 E.T.) define como aquellos "... que voluntariamente presten sus servicios

retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

De entre todas las características que emanan de este artículo primero del Estatuto, la doctrina ha destacado siempre la prestación de servicios por un lado y la remuneración de los mismos por otro¹⁸⁶ para acuñar la definición clásica de empresario como "la persona natural o jurídica parte en el contrato de trabajo que en virtud de éste hace suyo originariamente los frutos del trabajo contractualmente prestado, obligándose a remunerarlos"¹⁸⁷.

La figura de la contrata, de la misma forma que la figura de la cesión de trabajadores a través de ETT, incide en esta conceptualización hasta el punto de hacerla tambalearse. A nadie se le escapa que en una contrata el contratista es parte en el contrato de trabajo en cuyo otro extremo se sitúa el trabajador cedido y detenta la cualidad de empresario¹⁸⁸; y sin embargo no hace suyos originariamente los frutos del trabajo contractualmente prestado. Ni originaria ni derivativamente, porque tales frutos son "ad initio" y en lo sucesivo, del cesionario o empresario principal. El concepto de empresario del que partimos se quiebra.

Por ello no es extraño que la doctrina, al abordar la contrata desde el plano laboral, no dibuje los contornos del contratista en función de los parámetros del empresario laboral, sino en base a una concepción

¹⁸⁶ El trabajo o prestación de servicios y la remuneración o salario constituyen las dos caras del objeto del contrato de trabajo. Vd ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE: "Derecho del trabajo" 13ª Ed. revisada Madrid 1993 p.49-50; y MONTOYA MELGAR: "Derecho del Trabajo" 11ª Ed. Madrid 1990 p.293.

¹⁸⁷ Vd ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE op.cit.p.157.

¹⁸⁸ Ya hemos subrayado en las páginas anteriores que el contratista se distingue del cedente incurso en el art.43 TRET en el simple detalle de que es el verdadero empresario del trabajador cedido, y por tanto parte en el contrato de trabajo suscrito por este último.

civilista; de ahí que se ponga el acento en el hecho de que el contratista sea el que utiliza directamente al trabajador, el que aporta una organización productiva dentro de la cual el trabajador trabaja para el contratista que le ordena y dirige, y el que asume un riesgo por ello, siendo irrelevante el que el beneficio sea apropiado por el empresario principal¹⁸⁹.

Sin embargo, ubicada la contrata dentro del fenómeno laboral de cesión de trabajadores, se ha de partir necesariamente del concepto de empresario, por lo que la única vía de solución es proceder a la matización del mismo. Esto es precisamente lo que se ha visto obligado a hacer la jurisprudencia que hace girar la dicotomía cesión ilícita-contrata en el concepto laboral de empresario, volcándose sobre una idea que emana del art.1.1 TRET: el empresario es aquél dentro de cuyo ámbito de organización y dirección se presta el servicio¹⁹⁰; de hecho incluso habría que reducirlo aún

¹⁸⁹ Vd RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación protectora..." Op.cit.p.30. MARTIN VALVERDE: "Interposición y mediación ..." Op.cit.p.53-54.

¹⁹⁰ En STS 11 Jul 86 (4026) había cesión ilícita porque "existe entre la partes [trabajadora y cesionaria] contrato de trabajo por el hecho de prestar un servicio la [trabajadora] en el ámbito de organización y dirección de [la cesionaria] mediante su remuneración". En STS 12 Sep 88 (6877) había cesión ilícita de nuevo porque "el actor [trabajador] ha prestado sus servicios plenamente integrado en la empresa [cesionaria]" por lo que se había generado una relación laboral entre ambos. La misma idea de integración en el complejo organizativo se obtiene de la STS 16 Feb 89 (874) para la cual hay cesión ilícita "si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las ordenes de ésta, y mucho más si trabaja ... exclusivamente en ésta". En cuanto a nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en STSJ Castilla y León 23 Feb 93 (1074) había también cesión ilícita: el cedente actuaba "... como empresario aparente y no como empresario real a efectos laborales, ya que los operarios no estaban incluidos en su ámbito de dirección, como exige el art 1 [E.T.]". En STSJ Galicia 20 May 93 (2405) no había cesión ilícita y sí contrata "pues el [trabajador] ha permanecido en todo caso en el ámbito directivo y organizador de [la cedente]". En STSJ País Vasco 3 May 94 (2277) tampoco había cesión ilícita y sí contrata porque "no se ha acreditado como sería necesario... que la [trabajadora] fuera a trabajar a la [cesionaria] integrándose con los trabajadores en esta empresa... bajo las órdenes, y dirección y organización de ésta". Para la STSJ

más para quedar definido únicamente por aquél en cuyo complejo organizativo se presta el servicio, puesto que ya hemos visto que nuestros tribunales consideran que el poder de dirección puede estar parcialmente transferido al cesionario sin que por ello quedemos expuestas de la contrata.

Dentro del fenómeno de la cesión el concepto de empresario se reconduce, antes de la reforma, al concepto de complejo organizativo, caracterizado por su marcada ambigüedad: en una interpretación amplia podría incluirlo todo. Ambigüedad con la que la jurisprudencia sale al paso de la contradicción manifiesta entre, mantener por un lado que en la cesión lícita el cedente es el verdadero empresario del trabajador cedido, y evidenciarse por otro, que no todas las características "legales" del empresario se dan en tal cedente (hemos visto que elementos tan esenciales como el fruto del trabajo o parte del poder de dirección pueden estar del lado del cesionario). La misma ambigüedad obliga a volver a una jurisprudencia indiciaria que traerá consigo contradicciones¹⁹¹.

Cataluña 27 Jun 94 (2600) hay cesión ilegal cuando "la prestataria que recibe efectivamente la prestación de trabajo ... ejerce total y absoluto poder de dirección sobre el trabajador, cuyo vínculo con la empresa que formalmente le mantiene en plantilla, se limita a la percepción del salario, desempeñando unas tareas bajo la órbita de dirección y organización de la prestataria, integrado de hecho en su personal y actuando exactamente igual que sus compañeros de trabajo". En STSJ Murcia 1 Dic 94 (4961) había cesión ilícita porque el trabajador "desde [el inicio de su relación formal con el cedente] ... ha venido prestando, sin interrupción, servicios en un mismo puesto ... llevando a cabo su trabajo dentro del ámbito de organización, horario, y con sujeción a las órdenes de los capataces de [la cesionaria]".

¹⁹¹ Sólo por señalar un ejemplo, vemos que mientras en la STS 16 Feb 89 (874) hay cesión cuando se trabajaba permanentemente para la cesionaria y bajo sus órdenes; en SSTSJ Murcia 30 Jul 91 (4613) ó 25 Mar 92 (1475) lo determinante para que haya cesión ilícita no es el hecho de que el trabajador cedido trabaje siempre para la cesionaria permaneciendo habitualmente en sus instalaciones, sino que las potestades de organización, control y dirección y la facultad disciplinaria fueran ejercidas por la cesionaria. En STS 17 Jul 93 (5688) en cambio, había cesión ilegal porque el empresario cedente, entre

En nuestra opinión el problema exige una interpretación legislativa seria: decir que la línea divisoria entre cesiones lícitas (la contrata en este caso) e ilícitas se centra en el concepto de empresario no es más que una primera aproximación. Se debe profundizar para determinar cuál es el núcleo indivisible y esencial al concepto de verdadero empresario, y cuales son las características empresariales que pueden situarse en una zona periférica y transmitirse sin que se deje de ser verdadero empresario.

Cuando el empresario formal no detente ese núcleo indivisible estaremos ante una cesión ilícita y la única manera de evitar el perjuicio al trabajador será deshaciendo la cesión. Cuando por el contrario, lo que se transmita al cesionario sean características empresariales de la zona periférica estaremos ante una cesión lícita, pero podrá producirse también un perjuicio al trabajador a menos que se regule convenientemente¹⁹². En estos casos la manera de evitar el perjuicio no es deshacer la cesión sino regularla. De hecho donde se sitúe el núcleo indivisible no es lo verdaderamente importante; podrá variarlo el legislador como convenga a cada momento económico (la reforma es un ejemplo de ello, aunque en nuestra opinión poco ortodoxo, como veremos); lo que realmente cuenta es que cuando nos adentremos en la cesión lícita (aquella en la que el núcleo de la posición empresarial corresponde al cedente y toda o parte de la zona periférica se ha transmitido al cesionario) la legislación establezca las correspondientes responsabilidades laborales a aquél de los empresarios en presencia, cedente o cesionario, que

otras cosas, tenía fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección de personal, aunque mantuviera, entre otras, la potestad disciplinaria.

¹⁹² Vd SPANO: "Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro" Milan 1965 p.118 y ss, manifestando que tanto la interposición como la contrata están informadas de una regla general de prohibición de intervención de terceros entre quien presta el servicio y quien lo recibe.

le corresponde, y no deje a los trabajadores en precario.

3.3 La dualidad empresarial en las contrataciones.

Llegados a este punto, donde se ha establecido una hipotética diferenciación de los derechos y obligaciones del empresario entre zona nuclear y zona periférica, hay que dotar a este esquema de una estructura jurídica: o bien entendemos que en un supuesto de cesión los derechos y obligaciones que se transfieren al principal salen de la esfera del empresario para pasar a la de aquél; o bien el principal participa de los mismos de forma mediata, esto es, por mediación del contratista-verdadero empresario; o bien finalmente el principal entra a formar parte de la figura del empresario que adquiere así una fisonomía dual: contratista-principal.

El primero de los casos supondría la vuelta a tesis relacionistas hace tiempo superadas. Estas tesis predicaban el que la relación empresario-trabajador no se fundamentaba en un contrato de trabajo sino más bien en una relación de hecho consistente en la ejecución del trabajo o en la incorporación del trabajador a la empresa¹⁹³. De esta manera podría explicarse el que en situaciones de cesiones lícitas el principal ejerza prerrogativas empresariales sobre el trabajador del contratista sin ser su empresario contractual.

Pero como decimos, la doctrina de la relación laboral de hecho ha quedado largamente superada por la doctrina contractualista. Servicios y salarios se prestan y pagan porque trabajador y empresario se han obligado a

¹⁹³

La doctrina relacionista hunde sus raíces en ideas de VON GIERKE: "Deutsche Privatrecht" Munich y Leipzig 1917; y de POTTHOFF: "Ist das Arbeiverhältnis ein Schuldverhältnis?" Arbr 1922, para ser desarrolladas posteriormente por SIEBERT: "Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der Nationalen Arbeit" 1935.

ello en virtud del contrato¹⁹⁴, siendo las obligaciones de prestación y remuneración precisamente el objeto del mismo¹⁹⁵. Por su parte, el fruto que se obtiene del servicio del trabajador, que recibe y pertenece originariamente al principal, es consecuencia del servicio que aquél presta y contraprestación de la remuneración que aquél recibe, por lo que será difícil pensar que ese fruto no tiene también un origen contractual¹⁹⁶.

La obligación de prestación de servicios que recae sobre el trabajador viene modalizada a su vez por otras de las que puede predicarse también su contractualidad¹⁹⁷. Dos de ellas, el deber de

¹⁹⁴ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE: "Derecho ..." Op.cit.p.53.

¹⁹⁵ Ibidem p.50 y 53.

¹⁹⁶ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE: "Derecho ..." Op.cit.p.54-55, nos dicen que "el empresario ... adquiere, en virtud del contrato, tanto el derecho al trabajo prestado como la titularidad originaria sobre los frutos de este trabajo".

¹⁹⁷ Las obligaciones que modalizan la prestación de servicios del trabajador son las de diligencia, buena fe y obediencia, que vienen enunciadas en el art.5 TRET, cuyo apartado f), a modo de cajón de sastre, nos indican que derivan del contrato de trabajo; y reguladas en el art.20 TRET inserto de una sección intitulada "derechos y deberes derivados del contrato". La doctrina entiende que el deber de diligencia está desprovisto de autonomía frente a la prestación principal: la prestación de trabajo (MONTROYA MELGAR Op.cit.p.304; ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE Op.cit.p.281), por lo que no puede por menos que derivar del contrato, como lo hace la obligación a la que va indisolublemente unida. Del deber de buena fe habla el art.20.2 TRET "in fine" cuando dispone que "el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe". El deber de buena fe se predica por tanto entre trabajador y empresario, que son los dos polos del contrato de trabajo; y se hace con referencia a sus prestaciones recíprocas que son aquellas derivadas de tal contrato. El art.54.2.d TRET por su parte, trata como causa de despido disciplinario "la transgresión de la buena fe contractual" [Hay que señalar no obstante que para ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE Op.cit.p.298 "puede también mantenerse, aunque el E.T. de poco pie para ello ... que lo que el deber de buena fe en el contrato de trabajo tiene de específico, frente al genérico de buena fe, no deriva exactamente del

diligencia y, en especial, el deber de obediencia, conllevan el correlativo poder de dirección del empresario que en consecuencia deberá también tener como fuente el contrato de trabajo. Así se encarga de afirmarlo con total rotundidad la doctrina científica¹⁹⁸ y así se deduce también del propio Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores: el art.5.c TRET establece como deber del trabajador el "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas" y el art.20.1 TRET dispone que "el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en que éste delegue". La titularidad del poder de dirección por tanto, corresponde única y exclusivamente al empresario, que es por definición parte del contrato de trabajo suscrito por el trabajador; y aunque puede delegarlo, como se deduce de la dicción del art.20.1 TRET, sigue siendo su titular y en consecuencia el poder de dirección sigue emanando del contrato de trabajo. Como dice la doctrina se trata de "un poder ex lege, imprescriptible, indisponible e intransferible"¹⁹⁹. No cabe pues decir, que en un supuesto de contratas ese poder de dirección parcial del que puede disfrutar el principal proviene de fuente distinta a la contractual.

En consecuencia, ni por el beneficio del servicio prestado por el trabajador, ni por el ejercicio parcial

contrato sino de la relación de él emergida inserta en la empresa siendo una obligación comunitaria y no contractual". Aunque a renglón seguido nos señalan que tal postura puede mantenerse "si no se olvida que éste, el contrato, es el fundamento último de todas las obligaciones del trabajador y del empresario"]. Finalmente, del deber de obediencia trata el art.5.c. TRET al establecer que el trabajador debe "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario", esto es, se trata de una obligación frente al empresario, parte del contrato de trabajo.

¹⁹⁸ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE Op.cit.p.358; MONTOYA MELGAR Op.cit.p.348. En extenso ver ROMAN DE LA TORRE: "Poder de dirección y contrato de trabajo" Valladolid, 1992. p.84 y ss..

¹⁹⁹ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE Op.cit.p.358 citando a DE LA VILLA.

del poder de dirección cabe esgrimir la teoría de la relación laboral de hecho en un supuesto de contratas.

Tras la entrada en vigor de la LISOS (Ley de infracciones y sanciones en el orden laboral²⁰⁰) en 1988, el empresario principal de una contrata de obra o servicio correspondiente a su propia actividad, viene investido de un deber eminentemente empresarial frente al trabajador asignado, cuando el servicio se preste en su centro de trabajo: el deber de seguridad e higiene. Este deber, que en condiciones normales correspondería al contratista como empresario que es del trabajador pasa a ser detentado de forma exclusiva -aunque con matices- por el empresario principal²⁰¹. Podría pues argumentarse que la norma, el artículo 40 LISOS en concreto, extrae este deber de la esfera contractual para fundamentarlo sobre un substrato diferente: la incorporación del trabajador a un medio de trabajo concreto; argumento que se enmarca de lleno en las tesis relacionistas.

Estimamos, no obstante, que no es posible mantener esta postura. El Estatuto de los Trabajadores evidenciaba sin paliativos la naturaleza contractual de este deber, cuando lo hacía regular por un precepto, el art.19, que se insertaba dentro de una sección dedicada a los "deberes y derechos derivados del contrato", que a su vez quedaba incardinada en el capítulo dedicado al "contenido del contrato de trabajo": naturaleza que, por lo demás, ha sido fuertemente defendida por la doctrina, y ello a pesar del claro carácter jurídico-público que tiñe a este deber²⁰². En la actualidad, el

²⁰⁰ Ley 8/1988 de 7 Abr (BOE 15 Abr 88).

²⁰¹ Los argumentos en apoyo de la afirmación consistente en que, en virtud del art.40 LISOS, el principal responde exclusivamente frente al trabajador del contratista de las medidas de seguridad e higiene en su centro de trabajo, verlos en infra IV.1; 3.

²⁰² Vd FERNANDEZ MARCOS: " Seguridad e higiene" AAVV BORRAJO Coord. "Comentarios a las leyes laborales"; T.V. Madrid, 1995, 2ª Ed. p.40 y ss.; "La raíz de la seguridad e higiene ... en el contrato de naturaleza privada ... La fuerte intervención ajena a las partes en la determinación del contenido del contrato ... no

Texto Refundido del Estatuto no ha modificado la localización del art.19 y en consecuencia puede seguir predicándose otro tanto.

Es difícil imaginar que la LISOS opera aquí como *lex specialis*, exceptuando algo tan afianzado en nuestro ordenamiento como es la naturaleza contractual del deber de seguridad, cuando el mismo se exige en contrataciones de obra o servicios correspondientes a la propia actividad del principal. A esta dificultad se une la evidencia de que si el legislador hubiera querido variar la fundamentación del deber de seguridad para conectarla a la incorporación a un medio de trabajo determinado, nunca hubiera restringido la imposición del deber sólo al empresario principal de aquellas contrataciones de obra o servicio correspondientes a la propia actividad del principal, sino que hubiera abarcado sin dudarle al principal de toda contratación en la que el trabajador asignado prestara sus servicios en el centro de trabajo de aquél. En nuestra opinión siempre y en todo caso podemos seguir diciendo que el origen del deber de seguridad está en el contrato de trabajo; y por tanto en un caso de contrataciones ese origen es el contrato laboral trabajador-contratista.

Rechazada así la tesis relacionista, es necesario recurrir a otra fundamentación jurídica que conecte al principal de alguna manera con esa posición jurídica empresarial, lo cual nos lleva bien a la tesis de la relación mediata, bien a la de la dualidad empresarial.

es suficiente a desvirtuar su naturaleza contractual". "El empresario es por sí mismo, y en virtud del solo contrato de trabajo, "deudor de seguridad"". ALONSO OLEA y CASA BAAMONDE Op.cit.p.375, aunque admiten el que el deber de protección del trabajador puede fundamentarse en que el empresario es quien controla el medio en el que el trabajo se ejecuta, lo acaban reconduciendo en última instancia al contrato de trabajo. También MONTOYA MELGAR Op.cit. p 391 para quien "el E.T. contempla el deber de seguridad e higiene básicamente, como un deber del empresario derivado del contrato de trabajo" y aduce el art.4.2.d E.T. y el art.19 E.T. encuadrando éste último en la sección "derechos y deberes derivados del contrato" en apoyo a tal opinión.

La construcción jurídica de la relación laboral mediata ha sido poco desarrollada doctrinalmente. HUECK y NIPPERDEY nos la describen brevemente²⁰³ como aquella que existe cuando una persona es empleada por el trabajador de un tercero para auxiliarlo en la prestación de trabajo para ese tercero sin que se celebre contrato de trabajo alguno entre el tercero y el auxiliar. De acuerdo con estos autores, esa relación mediata hace surgir una serie de deberes para el tercero con respecto al auxiliar; deberes que pueden incumbir únicamente al tercero o que puede compartir con el trabajador que empleó al auxiliar.

Si partimos de estas premisas habría que descartar el que en un supuesto de contrata exista una relación mediata entre principal y trabajador del contratista, por cuanto el contratista no es trabajador del principal (tercero) sino que mantiene con él una relación de índole mercantil²⁰⁴. Desde nuestro punto de vista sin embargo, la mediatez de la relación depende más de la relación de hecho entre el trabajador y principal, esto es, de que el servicio se preste a éste último, y menos de la relación entre contratista y principal: el que ésta sea de tipo mercantil no debiera quebrar la aludida mediatez.

No obstante, solventado este obstáculo, se ha de llegar a la conclusión de que en un supuesto de contrata no existe relación de trabajo mediata, y ello, paradójicamente, en base a otra premisa que tampoco compartimos con HUECK y NIPPERDEY. Se ha dicho que para estos autores la relación mediata puede crear obligaciones sobre el tercero (principal en nuestro caso) que no comparte con el contratista, siendo él el único responsable. Disentimos de esta postura; en nuestra opinión la mediatez de la relación implica

²⁰³ HUECK y NIPPERDEY: "Compendio de Derecho del Trabajo" Ed Revista de Derecho Privado, Madrid. 1963 p.219 y ss.

²⁰⁴ HUECK y NIPPERDEY Op.cit p.219 diferencian claramente tal supuesto del de relación de trabajo mediata.

precisamente el que el principal participa de la relación contractual contratista-trabajador a través del primero de ellos, lo cual supone el que se responda bien subsidiariamente, bien solidariamente de obligaciones que corresponden al contratista; e igual coparticipación debe de producirse en cuanto a los derechos. La titularidad de las obligaciones y derechos contractuales debe residir siempre en el contratista; sólo el ejercicio de la misma podrá, mediatamente, recaer sobre el empresario principal.

La responsabilidad solidaria respecto a obligaciones salariales y de la Seguridad Social del contratista que el art.42 E.T. impone sobre el principal responde perfectamente al modelo propuesto. Pero no puede decirse lo mismo de la responsabilidad que el art.40 LISOS impone sobre el principal, relativa a la observancia de las normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo cuando el servicio se presta en el centro de trabajo de aquél; ya hemos dicho que en nuestra opinión esta responsabilidad atañe exclusivamente al principal y no alcanza al contratista (salvo matización que ya se expondrá). Tampoco se ciñe al modelo el hecho de que el principal pueda ejercer, aunque sea parcialmente, el poder de dirección. Ya hemos visto que la titularidad de ese poder corresponde al empresario parte del contrato laboral. La delegación a la que se refiere el art.20.1 E.T. es tan solo al estamento directivo de la empresa o a cualquier otra persona miembro de su personal²⁰⁵, pero nunca a otro empresario. La delegación supone la subordinación de la autoridad delegada a la autoridad delegante, que es quien decide en último término. En un supuesto de contrata el hilo de la subordinación no nos lleva del empresario principal al contratista; muy al contrario,

205

El art.69 LCT, aunque ya derogado, puede servir de base interpretativa de lo que debe entenderse por persona en quien se delega el poder de dirección. Esta disposición establecía que "es deber del trabajador cumplir ... las órdenes e instrucciones del jefe de la empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan". Vd MONTROYA MELGAR Op.cit.p.350.

cuando el empresario principal ejerce parcialmente un poder directivo sobre el trabajador asignado lo hace para dotar a la prestación de trabajo de un sentido económico que él y nadie más decide en última instancia, puesto que dicha prestación se inscribe normalmente dentro de su complejo organizativo y el fruto de la misma le pertenece. Aún más, cuando el contratista ejerce un poder directivo que debiera reputarse propio lo hace sujeto a las directrices económicas últimas que el principal pueda imponer. En un supuesto de contrata no existe por tanto delegación del poder de dirección del contratista al principal; no hay un ejercicio mediato por parte del principal de un poder cuya titularidad está en el contratista. A nuestro modo de ver el principal ostenta directa y no mediatamente, si no todo sí parte del poder directivo²⁰⁶.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión indicada de que la relación de trabajo mediata tampoco es la construcción jurídica idónea aplicable al fenómeno de las cesiones lícitas. Ello deja como única vía posible la relativa a la dualidad empresarial: el empresario del trabajador asignado a la contrata estaría constituido por el binomio contratista-principal con un reparto de las funciones, derechos y obligaciones empresariales entre ambos. El contratista sería el originador del vínculo laboral formal y el detentador de la mayor parte de derechos y obligaciones, en particular de aquellos que en un momento jurídico concreto conformen la zona nuclear indivisible; parte de tales derechos y obligaciones podrán no obstante ser compartidos por el principal, como ocurre en virtud del art.42 E.T.. Sobre el empresario principal a su vez, se conectarían algunos derechos y obligaciones típicos de una relación laboral sin que por ello deje de predicarse de ellos su carácter empresarial ni su naturaleza contractual; derechos y deberes que formarían parte de la citada zona periférica. Serían

²⁰⁶

En contra ROMAN DE LA TORRE Op.cit.p.125 para quien en un supuesto de contratas estaríamos ante un caso de delegación del poder directivo.

derechos y deberes nacidos del contrato para el empresario; esto es, nacidos de un contrato suscrito por el empresario-contratista, para el empresario-empresario principal. Esto explicaría el que el principal en una contrata llevada a cabo en su centro de trabajo pueda responder en exclusiva del deber de seguridad e higiene (art.40 LISOS), cuando se trata de un deber derivado del contrato de trabajo y por tanto al que queda sujeto el empresario; y esto explicaría también el que el principal pueda ejercer parcialmente la titularidad del poder de dirección, cuando se trata, como hemos visto, de un poder intransferible del empresario.

3.4 El principal como empresario del trabajador del contratista: evidencias.

La estructura empresarial dual en supuestos de contratas la avanzamos como hipótesis y la proponemos de "lege ferenda". Nos preguntamos, no obstante, si no será posible incluso vislumbrar el germen de ese sistema dentro del propio Estatuto de los Trabajadores. En base a este interrogante nos aprestamos a continuación a la búsqueda de signos en la norma que puedan dar apoyo a esta idea. Veremos que aunque ninguno de los que vayamos encontrando sea decisivo tomado en su singularidad, en su conjunto sí dan lugar a un cierto soporte de la idea que se avanza.

A Signos relativos a la ubicación del art.42 TRET

El art.42 E.T. se sitúa dentro del Estatuto en el capítulo tercero dedicado a "Modificaciones, suspensión y extinción del contrato de trabajo", en su sección segunda intitulada: "Garantías por cambio de empresario". Aunque algunos autores han tildado tal ubicación de forzada²⁰⁷, nosotros preferimos partir de la premisa de que la colocación de este precepto dentro del Estatuto no es por azar.

²⁰⁷

MARTIN VALVERDE: "Cesión...." Op.cit.p.274.

Es curioso observar como en la LRL el artículo 19.2 se encontraba situado en una sección que respondía al rótulo: "Garantías de la estabilidad de la relación de trabajo". Que las responsabilidades establecidas en ese art. 19.2 como en el actual 42 TRET pueden ser calificadas como de garantías de los trabajadores parece algo innegable. Lo que aquí nos interesa desentrañar es lo que una y otra garantizan. Es significativo el cambio que supone el pasar de garantizar "la estabilidad de la relación de trabajo" a garantizar las situaciones de "cambio de empresario". Esto supone, por un lado, que el legislador anterior al 80 veía en las contratadas situaciones inestables donde los derechos del trabajador con frecuencia eran transgredidos; y por otro, que el legislador del 80 y el actual parecen desmarcarse de dicha concepción, y además, y esto es lo que ahora nos interesa, de una manera consciente entienden que en todos los supuestos que la sección engloba (arts.42, 43 y 44) se produce un cambio de empresario.

Pero, ¿hay cambio de empresario verdaderamente en todos y cada uno de los tres preceptos señalados?. Comencemos por el art.44 TRET, por ser el más evidente en cuanto al punto que aquí tratamos: el mismo habla de "cambio de la titularidad de la empresa....", y más adelante se refiere al "nuevo empresario". Los términos en que se expresa no ofrecen duda. La referencia genérica a la "titularidad" de la empresa, va encaminada a cubrir los cambios de aquella persona física o jurídica que ejerce como empresario en sentido laboral, como algo distinto al propietario de la empresa que puede o no ser tal empresario²⁰⁸. El cambio al que el art.44 TRET se refiere es al de empresario en sentido laboral, y en consecuencia queda

²⁰⁸

Así lo deja claro la STS 26 May 90 () donde la empresa no se vendía sino que se arrendaba, y el Alto Tribunal no tendrá duda en aplicar el art.44 indicando; "téngase en cuenta que para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes materiales fundamentales que constituyen la empresa, pues lo importante, a este respecto, es la capacidad de dirección y gestión, es decir la titularidad de la explotación del negocio".

por derecho propio incluido en la sección. Si ésta sigue una lógica, ese mismo cambio debería existir en los arts.42 y 43, si bien articulado por mecanismos distintos al traspaso de la empresa.

En el artículo 43 se puede vislumbrar el cambio sin demasiados esfuerzos: la empresa cedente contrata al trabajador creando un vínculo laboral con el mismo y ocupando la posición de empresario contractual; empresario al menos en sentido formal y con la potencialidad de desarrollarse como auténtico empresario. Desde el momento que cede, la relación laboral deviene nula y surge una nueva entre trabajador y cesionario, donde éste ocupa la posición de auténtico empresario²⁰⁹. El cambio es especialmente diáfano en aquellos casos en que no se contrata para ceder, sino que se contrata, en un primer momento el cedente ejerce como autentico empresario del trabajador, y con posterioridad se cede ilícitamente cesando de esta forma en la calidad de empresario.

Mayores problemas parece crear el art.42 TRET pues en el mismo el contratista es en todo momento empresario formal y material del trabajador asignado a la contrata, desde el inicio hasta el final de ésta. La aplicación de la tesis de la dualidad empresarial da perfecta solución a la ubicación de este precepto dentro de la sección: el contratista sería sólo titular de esa zona nuclear del empresario que le permite seguir figurando como el verdadero empresario; pero la totalidad de la posición jurídica empresarial se hallará compartida entre contratista y empresario principal. Existe pues un cambio de empresario en supuestos de contrata de obras o servicios: antes de la contrata el empresario es el contratista, una vez iniciada la contrata el empresario se troca en el binomio contratista-principal. Si la titulación de la sección donde el art.42 TRET se ubica tiene un mínimo

²⁰⁹

El análisis de este efecto jurídico relativo a la nulidad del contrato cedente-trabajador y al nacimiento de otro cesionario-trabajador, desde el momento de la cesión queda emplazado para un capítulo posterior.

de sentido debe admitirse que la tesis de la dualidad empresarial no anda descaminada.

B Notas sobre el "empresario principal".

Cuando el artículo 42 TRET hace referencia a la persona del cesionario, lo denomina "empresario principal". A primera vista el dato no parece relevante para la cuestión que aquí tratamos; y ello porque el término "empresario" puede tener un sentido mercantil; y aún si lo tuviera laboral, puede hacer referencia al cesionario como empresario laboral de sus propios trabajadores. Existe de todas formas un primer dato indicativo aunque de ninguna manera concluyente: nos referimos al hecho de que tanto el artículo 4 del Decreto 3677/70 como el art.19.2 LRL, ambos sobre la contrata, no hacían referencia al "empresario principal" sino a la "empresa principal", mientras que en el supuesto de la cesión ilícita de trabajadores (art.1 Decreto 3677/70 y art.19.1 LRL) al cesionario, verdadero empresario del trabajador cedido, se le aludía como "empresario", como si con ello se quisiera significar un vínculo laboral con dicho trabajador. Pues bien, en el art.42 se observa un cambio terminológico con respecto a sus antecedentes, desapareciendo la referencia a la "empresa principal" para utilizarse la de "empresario principal", lo que podría indicar: primero, que a este nuevo término se le está dando un matiz laboral, y segundo, que, tal vez, como ocurriera antes, la calificación del principal como "empresario" deriva de su relación con los trabajadores asignados a la contrata.

B.1 ¿Quién no es empresario principal?.

Sobre la cuestión que venimos debatiendo es interesante reparar en las excepciones que el art.42.2 TRET establece a la responsabilidad solidaria que recae sobre el principal. De acuerdo con la primera de ellas, no habrá tal responsabilidad "... cuando la actividad contratada se refiere exclusivamente a la

construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda ...". La excepción es enormemente ilustrativa: se refiere al cabeza de familia cuando contrata servicios para reparar o construir su vivienda; obviamente este cabeza de familia contratando con tal propósito no se trata en absoluto de empresario mercantil, lo cual claramente nos indica que la mención que el legislador hace al "empresario principal", ha de entenderse como una mención al empresario en sentido laboral²¹⁰; pues si se hiciera en sentido mercantil la excepción no tendría razón de ser, ya que el cabeza de familia nunca caería dentro del ámbito del precepto al no ser empresario mercantil.

Idéntica disquisición puede hacerse con respecto a la segunda excepción: "cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial". Ese "propietario" puede ser o no empresario mercantil; en los supuestos en que no lo sea la excepción sólo tendrá razón de ser si el término "empresario principal" tiene un sentido laboral.

Si la mención que hace el art.42 es al empresario en sentido laboral, está claro en consecuencia que el cabeza de familia adopta tal calidad de empresario en relación con aquellos trabajadores que vayan a construir o reparar su vivienda, ¿con quién si no?, y tales trabajadores no son otros que los del contratista. Similar conclusión merece el supuesto del propietario de la segunda excepción, que no es empresario mercantil y no tiene trabajadores a su cargo: sólo puede adoptar la calidad de empresario laboral con respecto a los trabajadores del contratista asignados a su obra o industria. Parece pues deducirse que cuando el legislador habla de "empresario

²¹⁰ En contra ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA: "Instituciones de Seguridad Social" 12ª Ed. Madrid 1990. p.116; y MARTINEZ EMPERADOR: "Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales" AAVV [Coord. BORRAJO]: La Reforma del Mercado de Trabajo". Madrid 1993, p.423, para los cuales el empresario principal del art.42 E.T. es un empresario mercantil.

principal" lo hace en relación a una hipotética relación laboral entre principal y trabajador del contratista.

B.2 La Administración como empresario principal.

Buscamos, como en el caso anterior, el descifrar el significado del término "empresario principal" del art.42 TRET, en este caso cuando la Administración es merecedora de tal título. Ello plantea la cuestión previa de si en algún caso lo es; o en otras palabras, de si las concesiones administrativas pueden quedar comprendidas dentro de los términos de contrata y subcontrata de que hace uso el art.42, términos que de entrada parecen hacer referencia a relaciones entre entes privados; y de si en consecuencia también a las concesiones y contrataciones administrativas les son aplicables lo que el precepto establece. Cuestión preliminar que, como es menester, trataremos en primer lugar; y que con su respuesta nos desvelará el interrogante objeto de nuestras pesquisas.

La jurisprudencia no ha seguido un trazo del todo firme a la hora de solventar si la Administración puede ser sujeto del art.42 E.T. (ahora recogido de forma prácticamente incólume en el art.42 TRET). Existe algún pronunciamiento que se decanta por la negativa, aunque la solución contraria representa la corriente principal y, desde nuestro punto de vista, la correcta.

Una sentencia relativamente reciente, la STSJ Navarra 22 Mar 94 (891), se situaba en la primera alternativa. Este pronunciamiento basa su postura en la afirmación de que el "empresario principal" aludido por el art.42 TRET se refiere a una entidad mercantil con ánimo de lucro. Razona la sentencia que como la administración, en los supuestos de gestión indirecta, lleva a cabo una actividad planificadora o de fomento pero no de lucro, sin actuar como empresa privada, debe quedar fuera del ámbito de aplicación subjetiva del precepto. Se trata

de un pronunciamiento relativamente aislado²¹¹ y que choca contra la argumentación que hemos mantenido en el

211

Algún otro pronunciamiento existe en apoyo de esta línea. Así, en la STCT 13 Ene 87 (408), donde el Ayuntamiento había adjudicado a una empresa, a través de concesión, el servicio de acondicionamiento de aceras; el Tribunal dirá que "el Ayuntamiento no ha subcontratado obra alguna, limitándose a ejercitar el derecho que le confiere la O.M. Trabajo y Seguridad Social 21 Feb 85, que faculta a la Corporación recurrente para adjudicar a una empresa la ejecución de la obra", con lo que la sentencia diferencia claramente entre concesión administrativa y contrata. Más adelante sin embargo nos dice: "tratándose de una obra pública y dándose la circunstancia de que el Ayuntamiento recurrente no realiza actividad empresarial alguna en la industria de la construcción resulta evidente la inaplicación del art.42 E.T." (recordemos que el literal del precepto se refiere a las contratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del principal), quedando pues en el aire el si la inaplicación del art.42 E.T. se debe a que una concesión nunca puede ser entendida como contrata, como parece deducirse de la primera cita, o a que la actividad de la empresa concesionaria no corresponde a la "propia actividad" de la Administración, como pudiera desprenderse de la segunda (esta segunda alternativa es precisamente la razón por la que la STSJ Baleares 5 Feb 92 (519) excluyó a la Administración en cuestión, del ámbito del art.42 E.T.). En este último caso, si se diese tal correspondencia el art.42 E.T. sí sería aplicable a un supuesto en el que la Administración participa.

La STCT 4 Jun 87 (14695) representa un soporte más claro de esta línea. El Tribunal nos dice que "en la gestión indirecta de servicios la Administración no es la empleadora de quienes trabajan en aquellos; tal posición corresponde al contratista La administración, por tanto, no asume con respecto a dicho personal las responsabilidades que se derivan de la relación laboral, por ser a ella ajena, ni en principio tampoco la de finalidad garantizadora que nace del artículo 42", argumentando esta última afirmación en que la peculiaridad del contrato de gestión de servicio "dificulta su incardinación en el supuesto que prevé el mencionado artículo 42 sin que la obligación que este consagra, en tanto que nacida de la ley, pueda extenderse a otros distintos, dado el mandato que contiene el art.1090 del Código Civil". Aunque la posición es clara no es totalmente contundente, pues al utilizar los términos "en principio" y "dificulta" parece dejarse una puerta abierta a la posibilidad de la inclusión de las concesiones administrativas dentro del precepto.

Finalmente podemos anotar la STSJ Aragón 5 Dic 90 (923) que de forma escueta pero rotunda, declara el que a la Administración demandada en el caso no se le podía atribuir la cualidad empresarial a la que se refiere el art.42 E.T.; y la STSJ Navarra 28 Dic 94 (4677) con argumentación similar a la del Supremo indicada en el texto.

epígrafe anterior: el "empresario principal" del art.42 no tiene un carácter mercantil sino laboral. Nuestros Tribunales han dejado este punto perfectamente claro al rechazar en distintas ocasiones la pretensión de la Administración consistente en que el art.42 no es aplicable a los entes de Derecho público por cuanto éstos no son empresas: su peculiar cometido no es la realización de obras o servicios y no persiguen una finalidad de lucro. Han insistido en que la naturaleza administrativa de la cesión de un servicio público afecta únicamente a la relación entre el órgano concedente y el concesionario, pero no puede menoscabar los derechos de los trabajadores del último, entre los que se encuentran los que emanan del artículo 42 E.T. (ahora 42 TRET) frente al ente público²¹². Lo que es más, de sus sentencias se desprende que la alusión que el art.42 hace al "empresario" tiene una connotación laboral: así, ante la argumentación de la Administración dirán que "no ofrece duda ... que los entes públicos, latu sensu, pueden aparecer en la comunidad jurídica con el tratamiento de empresarios, sin más, y así no aparecen excluidos del art.1. del Estatuto de los Trabajadores"²¹³, y matizarán su postura añadiendo que cuando la actividad de que se trate la realiza el organismo público con sus propios funcionarios, "el ente no adquiere la conceptualización de empresa, en el sentido que la contempla la legislación, jurisprudencia, y doctrina laborales. Pero cuando es a trabajadores a los que acude para el cumplimiento de dichos fines, el Ayuntamiento o ente público de que se trate, adquiere la naturaleza de empresa, aunque al efecto se interponga o contrate a otro, que en consecuencia aparece como subcontratista"²¹⁴.

²¹² Vd SSTCT 15 Dic 88 (8108); 28 Abr 89 (2778); STSJ Madrid 3 May 90 (1722); y STSJ Cataluña 5 Mar 93 (1505).

²¹³ Vd SSTCT 9 May 86 (3186); 13 Dic 88 (8093); 18 May 89 (3348). Vd también STSJ Madrid 3 May 90 (1722) y STSJ Cataluña 5 Mar 93 (1505) que parte de "la indudable condición de empresario del Ayuntamiento independientemente ... de la no concurrencia de ánimo de lucro...".

²¹⁴ STCT 18 May 89 (3348); STSJ Madrid 3 May 90 (1722).

En suma: el ente administrativo puede en un momento dado no ser empresario en sentido laboral (lleva a cabo una actividad pública con sus propios funcionarios), y convertirse en tal empresario a renglón seguido si contrata a un tercero para que gestione el servicio con sus trabajadores. Es decir, el ente público se consideraría empresario en sentido laboral gracias únicamente a que el servicio es prestado por los trabajadores por cuenta ajena del contratista; lo que lógicamente conduciría a concluir que de ser considerado empresario, deberá ser considerado empresario de tales trabajadores. Por supuesto el Tribunal no llega a afirmar que la Administración se convierte en único empresario; simplemente dice que adquiere la naturaleza de empresa (en sentido laboral) respetando al contratista como verdadero empresario de sus trabajadores. No cabe la menor duda de que estas interpretaciones apoyan abiertamente la postura que venimos defendiendo: la regulación del art.42 E.T. trata al "empresario principal" como aquél que de alguna manera ocupa la posición jurídica empresarial frente a los trabajadores asignados a la contrata.

C Notas sobre la responsabilidad solidaria.

Podría pensarse que la misma naturaleza solidaria de la responsabilidad que el art.42 TRET impone es argumento suficiente en apoyo de la tesis que defendemos: si uno de los requisitos de la solidaridad pasiva consiste en la existencia de una misma "causa obligandi" para los distintos deudores solidarios; y si dicha causa, en el supuesto de la responsabilidad solidaria del art.42, es, para el contratista, el ser empresario del trabajador (acreedor); una equivalente debería predicarse para el principal.

El dogma de la "eadem causa obligandi" debe relativizarse no obstante; y la doctrina ya ha venido indicando que la solidaridad en las obligaciones se utiliza cada vez con más frecuencia por evidentes razones de garantía y comodidad en favor del acreedor,

incluso faltando esa comunidad de intereses de los deudores; esto es, esa causa común de la obligación²¹⁵. Así ocurría posiblemente tanto en el Decreto 3677/70 como en el art.19 LRL, donde la solidaridad se debía fundamentalmente a la tremenda desconfianza del legislador por la figura de la contrata, por ser vía que en muchos casos se desvirtuaba fácilmente causando perjuicios al trabajador. Desconfianza que había ido "in crescendo" a lo largo de la regulación histórica de la figura hasta alcanzar la cota de las normas mencionadas. Podría por tanto mantenerse el que el actual art.42 TRET no es más que el reflejo de dichos recelos.

En nuestra opinión sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores superó ese carácter patológico con el que hasta entonces el legislador venía tratando a la contrata; o como mínimo la considera menos peligrosa que antaño. Esta opinión se fundamenta en varios signos que se extraen de la norma: a) la ubicación del art.42 y su relación "geográfica" con el art.43, que podría evidenciar el que la contrata se desembaraza totalmente de su subordinación a la prohibida cesión ilícita²¹⁶; b) el hecho de que el art.42 se ubica

²¹⁵ Dentro del campo laboral, ver en este sentido: RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La regulación protectora ... " Op.cit.p.50; DURAN LOPEZ: "La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad de las deudas laborales en la transmisión de empresa". Revista de derecho mercantil nº 131 1974 p.109 y ss; GONZALEZ BIEDMA: "La responsabilidad de los grupos de empresa a efectos laborales.[COMPLETAR].." p.18 y ss.

²¹⁶ Se recordará que cuando repasamos la evolución histórica del fenómeno de la cesión, en la etapa normativa previa al Estatuto de los Trabajadores, veíamos el tratamiento patológico que el legislador reservaba al mismo. La colocación de contrata y cesión ilícita dentro tanto del Decreto 3677/70 como del art.19 LRL mostraba la dependencia de la primera con respecto a la segunda, y confirmaba, de alguna forma, el que las responsabilidades que en la contrata se imponían sobre el principal se debían a su consideración como fenómeno patológico, en íntima relación con esa otra figura todavía mas reprobable que el ordenamiento prohibía: la cesión ilícita.

En el Estatuto la disposición es bien distinta; contrata y cesión se regulan en artículos separados.

dentro de una sección intitulada "garantías por cambio de empresario" por oposición al título en el que se incardinaba el art.19 LRL, referente a "garantías de la estabilidad de la ordenación del trabajo". Parece que la contrata ya no es sinónimo de inestabilidad, aunque todavía sea objeto de garantías y c) la notable atenuación que experimenta la responsabilidad del empresario principal, que ya no alcanza a todas las obligaciones laborales que el contratista contrae con el trabajador asignado a la contrata, como ocurría en el art.4 Decreto 3677/70 y en el apartado 2 del art.19 LRL. Con el art.42 en vigor, el principal responde tan sólo de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores, y de las referidas a la Seguridad Social.

Si, como mínimo, podemos decir que el legislador mira con menos recelo a la contrata; ¿es posible seguir manteniendo que la solidaridad del art.42 TRET se debe a razones garantistas, o podemos defender que su imposición se conecta con el requisito de la "eadem causa obligandi" y que esa misma causa viene representada por el hecho de ocupar, los deudores solidarios, la posición jurídica de empresario con respecto al trabajador (acreedor)?. La cuestión queda abierta, y habrá que recurrir a otras notas relativas a esa responsabilidad solidaria que sirvan de apoyo a la tesis que se avanza.

Es más, el precepto dedicado a las contratas precede al de la cesión. Podríamos estar ante un signo que nos dice que la contrata ha superado su subordinación a la cesión prohibida por el art.43 (Apuntado ya por MARTÍNEZ EMPERADOR: "El E.T. y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios"[COMPLETAR], más recientemente Vid. CRUZ VILLALÓN: "La descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas". Relaciones Laborales 1992 p.118); y que su tratamiento ya no deriva de su consideración patológica.

C.1 El significado de las responsabilidades solidarias de la sección.

Es sabido que en nuestro ordenamiento la solidaridad en las obligaciones no se presume, sino que debe establecerse expresamente, bien por contrato o acto "mortis causa", bien por ley, (arts.1.137 y 1.138 del C.C.). Ante esta afirmación, es interesante observar que los tres únicos preceptos de todo el articulado del Estatuto que imponen una responsabilidad solidaria se encuentran dentro de una misma sección y componen el total de la misma. En base a ello no sería descabellado pensar que la responsabilidad en ellos establecida deba seguir el mismo hilo conductor.

Iniciaremos con el art.44 TRET. Esta norma establece que en caso de traspaso de empresa, centro de trabajo o unidad autónoma de la misma, el nuevo empresario queda "subrogado en los derechos y obligaciones del anterior". Es posición doctrinal asentada el que la citada subrogación implica, no ya el respeto de los términos de las relaciones laborales en vigor al momento del traspaso, y por tanto de las obligaciones y derechos que generen en el futuro, sino además, la asunción por parte del cesionario de las deudas laborales que el cedente tuviera con anterioridad, aunque provengan de relaciones ya extinguidas en el momento del traspaso²¹⁷. A renglón seguido el precepto dispone que cuando el cambio tenga lugar por actos intervivos, cedente y cesionario responderán solidariamente "de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas". Así las cosas, la responsabilidad solidaria que se establece lo que hace es convertir en deudor al cedente, puesto que el adquirente de la titularidad de la empresa ya lo es por el simple hecho de la subrogación.

La doctrina nos dice que la finalidad de esta

²¹⁷ Vid sobre esta materia, en extenso GONZÁLEZ BIEDMA: "El cambio de titularidad de la empresa", Madrid, 1989, p.291 y ss.

responsabilidad solidaria es el servir de garantía ante eventuales supuestos de insolvencia del empresario adquirente, y el impedir posibles fraudes: es decir el evitar que el cedente, debiendo hacer frente a importantes deudas con sus trabajadores, eluda su responsabilidad transmitiendo la empresa a persona insolvente²¹⁸. Sin negar en ningún momento que tales objetivos garantistas sean los perseguidos por la norma; quisiéramos adentrarnos algo más en este punto, y matizarlo brevemente.

Teniendo como referencia las finalidades señaladas, se nos ocurren disposiciones de mayor contundencia para alcanzarlas. Se podría haber previsto que el cedente respondiera solidariamente no sólo de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, y no satisfechas, sino además de aquellas nacidas dentro de un determinado período de tiempo posterior a la transmisión²¹⁹. Esta medida hubiera garantizado de manera más completa los supuestos de insolvencia del adquirente, amén de haber actuado como elemento disuasorio de superior eficacia frente a posibles fraudes. Sin embargo el legislador parece que no encontró la legitimidad suficiente para extender la garantía hasta este punto. El cedente va a responder únicamente de aquellas obligaciones a las que tenía que haber hecho frente cuando era él el empresario de los trabajadores.

Abundando en esta idea, resulta chocante observar que la responsabilidad solidaria del art.44 E.T. se impone expresamente cuando el cambio de titularidad tenga lugar por actos intervivos; con lo que a "sensu

²¹⁸ GONZALEZ BIEDMA: "El cambio de titularidad....." Op.cit.p.292, 310, 315. También DURAN LOPEZ: "La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas laborales en la transmisión de la empresa", Revista de Derecho Mercantil, 1974, p.105 y ss..

²¹⁹ El art.44 E.T. solo señala en su apartado 2 que "El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuera declarada delito".

contrario" hay que concluir, con la doctrina y jurisprudencia, que la misma responsabilidad no existe cuando el cambio es "mortis causa". Si la finalidad es la protección de los trabajadores, no podemos dejar de preguntarnos a qué se debe esta discriminación de los trabajadores cuyas empresas se transmiten a través de esta segunda vía. En las transmisiones "mortis causa" pueden presentarse perfectamente casos de insolvencia del adquirente, e igualmente supuestos de fraude: causante que deja la empresa a legatario insolvente para evitar el que sus herederos carguen con las deudas frente a los trabajadores. Buscando una explicación que dé coherencia al sistema, se nos ocurre el que el imponer la responsabilidad solidaria del cedente en estos casos, hubiera ineludiblemente supuesto o bien la responsabilidad de sus causahabientes, o bien, en último caso, un lucro cesante para éstos, de aceptar la herencia a beneficio de inventario. Ante este panorama nos parece que de nuevo el legislador no entendió que existía legitimidad suficiente para establecer tal mecanismo, puesto que los herederos del causante en ningún momento han sido empresarios de los trabajadores en cuestión.

En nuestra opinión la garantía del art.44 TRET y la cualidad de empresario van íntimamente unidas.

Si reparamos ahora en el art.43 TRET observamos un similar proceder. El mismo dispone en su apartado 2, que cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social a resultas de la cesión ilícita; lo que fue interpretado, ya lo veremos, en el sentido de que se responde de las obligaciones que nazcan durante el período de la cesión.

Antes de nada hay que indicar que, de la misma forma que ocurría en el art.44 TRET, esta responsabilidad lo que hace es convertir en deudor al empresario cedente, puesto que el cesionario responde directamente como auténtico empresario que es, y aunque nada se hubiera dicho. Se observa seguidamente que la responsabilidad se extiende a todas las obligaciones nacidas durante la

cesión, es decir, durante el tiempo en que el cedente figura como empresario. Si bien se trata de un empresario formal y no auténtico, el legislador entiende justo el que responda por aquello que pretende aparentar. Se trata en nuestra opinión, más de una sanción y menos de una garantía, en especial porque en muchos casos el cedente será persona jurídica ficticia y poco podrá garantizar. En cualquier caso lo que interesa subrayar aquí es que de nuevo la responsabilidad viene aparejada a la cualidad de empresario; formal en este caso.

Si ésta es la idea que subyace en las responsabilidades solidarias de la sección, lógico sería concluir que en los supuestos del art.42 TRET la misma se mueve en idéntica dirección: convierte en deudor al empresario principal puesto que el contratista ya lo es al ser el verdadero empresario; y su legitimación la debe de fundamentar el legislador en que aquél participa de alguna manera en la posición jurídica de empresario de los trabajadores asignados a la contrata.

C.2 Responsabilidad solidaria del art.42 E.T.: su comparación con los precedentes normativos.

El art.4 del Decreto 3677/70 y el apartado 2 del art.19 LRL establecían el que "la empresa principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social ...". Por su parte, a tenor del art.42, el empresario principal "responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social ...".

Los cambios cuantitativos de la responsabilidad, a los que ya se ha hecho mención con anterioridad, con ser importantes son menos relevantes que los cualitativos. Reparemos en estos: antes se respondía por toda obligación que el contratista adquiriera; ahora se hace en dos supuestos específicos: a) si la obligación es de

naturaleza salarial. Nótese que el salario constituye la contraprestación básica al trabajo prestado dentro de una relación laboral, y que es precisamente el empresario principal el que se beneficia de tal trabajo; b) si la obligación es de las relativas a la Seguridad Social, entre las que destacan las de afiliación, alta, baja y cotización, todas ellas obligaciones de carácter público a las que el empresario queda sujeto por el simple hecho de mantener una relación laboral con el trabajador. También entra dentro de esta categoría el pago de prestaciones de la Seguridad Social, que fundamentalmente atañe al empresario cuando incumple alguno de aquellos deberes públicos arriba indicados.

A grosso modo se aprecia que el comportamiento del empresario principal ante los dos genéricos deberes laborales de los que en la actualidad responde solidariamente, no difiere del comportamiento del verdadero empresario del trabajador: el empresario principal se beneficia de la prestación del trabajador, lo que conlleva el pago de salarios como contraprestación; y en base a ese beneficio se puede decir que queda conectado con el trabajador a través de un vínculo muy similar al laboral, conexión que en una relación bilateral conlleva el quedar sujeto a los deberes públicos reseñados líneas arriba. Por el contrario el principal queda ajeno a obligaciones indemnizatorias, básicamente por suspensión o por despido; y en este último caso, a la obligación de readmisión del trabajador. Es curioso observar como en muchas de estas situaciones el principal no actúa como empresario porque ni participa en su nacimiento, ni tiene potestad para atenuarlas, hacerlas desaparecer o enfrentarse a ellas en la manera en la que sí puede hacerlo el contratista (verdadero empresario). En relación con estas observaciones que hacemos, y confirmándolas, nos parece de gran interés traer aquí las palabras de la STS 7 Jul 94 (6351) cuando dispone: "El art.42.2 del Estatuto de los Trabajadores limita la responsabilidad a las obligaciones de naturaleza salarial, descargando al empresario principal de cualquier incumplimiento por parte del contratista de

obligaciones de carácter distinto, como pueden ser las de readmisión o indemnización del trabajador despedido, las que no pueden ser transferidas al empresario que encarga la obra o servicio pues éste no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista".

Esta delimitación cualitativa de las responsabilidades que al principal atañen es expresiva del enfoque que proponemos. Nuestro argumento, sin embargo, no está exento de imperfecciones: veremos que hay situaciones de suspensión en las que el empresario principal se comporta de forma análoga a la del verdadero empresario; en consecuencia, si nuestra argumentación fuera completamente correcta, de las indemnizaciones derivadas de tales suspensiones debería también responder solidariamente el principal y sin embargo, a tenor del literal del art.42, no es así. De igual modo, indemnizaciones extrasalariales tales como gastos de locomoción, pluses de distancia o de transportes a los que el trabajador tenga derecho, deberían afectar también al principal si la causa de los mismos se debe al trabajo que se presta para éste, y sin embargo no lo están. Por otro lado, veremos que el empresario principal responde solidariamente de partidas ante las cuales no se comporta como el verdadero empresario; nos estamos refiriendo al pago del salario por períodos de descanso computables como de trabajo. Sobre todos estos puntos negros de nuestra argumentación habremos de volver en diferentes momentos; lo que ahora interesa destacar es que, desde nuestro punto de vista, estamos todavía en el estado embrionario de esta nueva orientación.

C.3 La responsabilidad solidaria en los grupos de empresas.

Trataremos en este epígrafe de un signo relativo al significado de la responsabilidad solidaria del art.42 que no se desprende esta vez de la norma, sino de las tendencias más actuales de doctrina y jurisprudencia

sobre el fenómeno de los grupos de empresas, cada vez más extendidos en la esfera mercantil y de enorme complejidad y trascendencia en la laboral; y en el que apenas ha reparado hasta el momento el legislador español²²⁰, haciendo gala nuestro Derecho de una criticable parquedad normativa en la materia. Carencia que ha obligado a nuestros tribunales ha ejercitar esa función de complemento del ordenamiento jurídico que el art.1.6 C.C. le encomienda.

El análisis que aquí se inicia no tiene una pretensión de estudio exhaustivo de la figura; lo único que pretendemos es, en primer lugar ver la conexión entre los "grupos de empresas" y las contratas, y en segundo lugar el comprobar que la interpretación que doctrina y jurisprudencia hacen del fenómeno del grupo de empresas confirma el que el significado de la responsabilidad solidaria que el art.42 E.T. instaura, apunta hacia la estructura empresarial dual en las contratas.

Lo primero que llama la atención una vez nos introducimos en este campo, es la amplia y variada fenomenología de estos grupos, lo que dificulta la elaboración de una definición comprensiva de todos ellos. GONZALEZ BIEDMA²²¹ avanza, como criterio muy general, el que como notas ineludibles del grupo han de señalarse "la existencia de varios empresarios - sociedades- que, manteniendo una independencia jurídica, tengan una unidad de dirección, que suele fundamentarse en vinculaciones financieras o de otro tipo". Con la sola matización de que los empresarios

²²⁰ La ley 22/1992 de 30 Jul (BOE 4 Ago 92) de medidas urgentes sobre el fomento del empleo y protección por desempleo, las menciona y define en su Disposición adicional 4ª, pero tan solo a los efectos de dicha ley. En tal definición, el grupo de empresas que produce efectos jurídicos se sitúa dentro del conjunto de las empresas de tipo financiero, al ser necesario el que una de ellas sea socio del resto y las controle (vd Disposición adicional 4ª y el art.42.1 C.Com al que remite).

²²¹ GONZALEZ BIEDMA: "La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales" Relaciones Laborales, 1989, T.II, p.10.

integrantes del grupo pueden ser no sólo sociedades, sino también otras personas jurídicas o físicas, tomaremos este criterio como punto de partida.

Siendo la dirección unitaria el rasgo definitorio, y dándole a la misma un sentido amplio, podemos integrar dentro del espectro tanto aquellas uniones de tipo financiero, es decir en las que el vínculo se produce a través de la participación de unas empresas en el capital de las otras ("holdings"); como a las uniones denominadas personales, en las que diversas sociedades cuentan con el mismo administrador o administradores; como finalmente aquéllas que se presentan bajo forma contractual, donde se unen sociedades interesadas en el mismo ciclo productivo con objeto de limitar la competencia recíproca o de colaborar entre ellas. No ha sido la teoría unánime a la hora de colocar el rótulo de "grupo de empresas" a esta tercera categoría, difiriendo la doctrina en base a si el concepto clave es el de dirección unitaria o el de subordinación, y de ser el primero, en base a la amplitud que al mismo puede darse²²². No entraremos en el debate, pues el tratamiento jurídico-laboral de estos grupos, que es lo que aquí interesa, ha ido siendo construido por la jurisprudencia rehuyendo en todo momento el establecer

222

EMBED IRUJO: "Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica". Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, nº 9, 1983, muestra sus reservas con respecto a la consideración de esta tercera categoría como auténtico "grupo empresarial". CAMPS: "Tratamiento laboral de los grupos de sociedades" Actualidad Laboral nº 34, 1990, p.401 parece situarse en esta línea, indicando que las sociedades que integran el grupo actúan con arreglo a criterios de subordinación, y hablando de sociedades dominante y dominada. LOGENCIO OSBORNE: "Los grupos de sociedades", Sevilla, 1988; GONZÁLEZ BIEDMA: "La responsabilidad..." Op.cit. se muestran a favor de la inclusión de esta tercera categoría en la fenomenología de los grupos de empresa. Por su parte, la ley 22/1992 ya hemos dicho que ciñe la definición de "grupo de empresa" a las uniones de tipo financiero; pero también se ha señalado que tal definición juega únicamente a los solos efectos de la citada ley. Entre la jurisprudencia la STS 30 Jun 93 (4939) nos dice que en el ámbito laboral "la ... idea de la independencia pasa a segundo término, para destacar la de la unidad de dirección de todas las empresas del grupo".

una definición acotada de los "grupos de empresas"; constatando la multiplicidad de vínculos que pueden unir aquéllas; y centrándose en ciertas características especiales que dotan al grupo de efectos jurídico-laborales; características que, como veremos, no son exclusivas de uno u otro tipo de unión empresarial.

En base a ello no parece haber problema en considerar que, potencialmente, todas las categorías de uniones de empresas mencionadas pueden tener una incidencia en el plano jurídico-laboral; como tampoco lo hay en ubicar dentro de las uniones de tipo contractual, al conjunto formado por empresario principal, contratista y subcontratistas (de haberlos) de una contrata de obras o servicios. Aún más, el complejo desarrollo que viene experimentando el fenómeno de la descentralización productiva ha provocado la aparición de estructuras de red de empresas auxiliares en torno a la empresa que externaliza sus actividades; estructuras en las que casi puede trascenderse de la mera colaboración típica de una unión contractual, y en las que aparece con fuerza el elemento de la subordinación a la empresa central, a modo de una vinculación puramente financiera; ello sin olvidar que empresa principal y contratista podrían incluso conformar de hecho una unión de tipo financiero.

La posición jurisprudencial con respecto al "grupo de empresa" y su incidencia en el plano laboral, ha sido acrisolada en los últimos años a través de la aparición de un cierto número de sentencias con una línea prácticamente unívoca. La STS 30 Ene 90 (233) representa un ejemplo inmejorable de esta línea: "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesario, además, la presencia de elementos adicionales, tales como la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada, la actuación unitaria del grupo o conjunto de las empresas agrupadas bajo unos mismos

dictados y coordinadas con confusión patrimonial²²³, y en general cuando concurre en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores²²⁴".

Varios son los puntos que se deben destacar: en primer lugar no existe ninguna duda, de que la jurisprudencia española respeta, como regla general, la personalidad jurídica de cada uno de los miembros del grupo, sin admitir la comunicación de responsabilidades laborales entre ellos: no impera pues en nuestro derecho el principio de responsabilidad objetiva dentro del grupo, de ahí que su mera existencia no tenga por sí sola trascendencia en el ámbito jurídico-laboral. Esta afirmación se predica además, de todo tipo de uniones empresariales; así en STS 3 May 90 (3946) se dirá: "que una empresa tenga acciones en otra (unión financiera) o que varias empresas lleven a cabo una política económica de colaboración (unión contractual), no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales". En cuanto a las uniones personales, la STS 9 May 90 (3983) ha establecido que "la coincidencia de personas físicas como fundadores o integrantes de los órganos rectores de las siete demandadas no es, de ninguna manera, suficiente para que sea aceptable la tesis del actor" (éste mantenía que el empleador único era el grupo

²²³ Estos dos mismos requisitos se deducen de un abundante casuística del Tribunal, y se exigen expresamente por STS 9 May 90 (3983) con idéntica redacción, y por STS 3 May 90 (3946) con redacción parecida.

²²⁴ En STS 3 May 90 (3946), se señala como tercera característica especial "la búsqueda mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales". Claramente se está diciendo que una de las causas que hace que el grupo tenga trascendencia en el plano laboral es el hecho de que se produzca una cesión ilícita de trabajadores en su seno, lo que pone de manifiesto la conexión entre la fenomenología de los grupos de empresa, y la cesión ilícita del art.43 E.T. Nos parece un error sin embargo, el tratar estos casos a través de la construcción jurisprudencial de la teoría sobre el "grupo de empresas", cuando en estos casos existe una norma que expresamente los regulaba: el art.43 TRET.

empresarial como tal). En general viene diciéndose que el criterio que actualmente se mantiene "es el de que los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades..."²²⁵.

En segundo lugar es de señalar que nuestros tribunales, cuando abordan la doctrina del grupo de empresas en su vertiente laboral, se refieren en su conjunto a todo tipo de uniones; todas ellas pues son susceptibles de producir efectos jurídico-laborales.

En tercer lugar, cuando por la concurrencia de especiales elementos nuestros tribunales han levantado el velo de la personalidad jurídica de la empresa contratante, ha sido siempre para imputar una responsabilidad solidaria al resto de los miembros del grupo, como se desprende de la cita de la STS 30 Ene 90²²⁶. El fundamento de esta imposición es lo que acaparará el centro de nuestro análisis.

Para llegar hasta tal fundamento es preciso preguntarse cuándo nuestros tribunales creen legítimo el romper esa regla general de independencia de la personalidad jurídica y levantar el velo imponiendo responsabilidades más allá del empresario formal del trabajador. En la cita jurisprudencial hecha líneas arriba se enumeraban una serie de rasgos especiales que simultánea o alternativamente deben concurrir para el "levantamiento del velo"; de entre ellos creemos conveniente el iniciar con aquél que se listaba en tercer y último lugar, por ejercer de cajón de sastre, de cuya redacción genérica puede extraerse la esencia del detonante del "levantamiento del velo". Se trataba de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas del grupo en

²²⁵ Ver STSJ Galicia 17 Mar 94 (914). También STSJ Cataluña 15 Feb 94 (570).

²²⁶ Que conozcamos, sólo la STCT 27 May 87, citado por GONZALEZ BIEDMA op.cit. se separa de esta línea para imponer una responsabilidad simple (mancomunada simple parece entenderse).

perjuicio de los trabajadores²²⁷. Esto nos lleva a la doctrina del abuso del derecho, contenida actualmente en el art.7.2 C.C., y más concretamente a aquella de sus dos vertientes en la que se produce un daño a tercero²²⁸. El abuso requiere que el ejercicio del derecho en cuestión "sobrepase manifiestamente los límites normales" del ejercicio de un derecho. La concreción de tales límites debe ser obra de la jurisprudencia²²⁹. De la lectura de ésta diríamos que la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas del grupo se convierte en abusiva cuando estamos ante situaciones similares a aquellas en las que concurren alguno de los rasgos especiales citados en primer y segundo lugar por la STS 30 Ene 90; a saber: prestación indiferenciada al grupo, y actuación unitaria de éste con confusión patrimonial. De uno y otro rasgo se presume el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. En una primera aproximación pues, se sobrepasan de manera manifiesta los límites normales del derecho a constituir empresas con personalidad jurídica independiente, y en consecuencia se producirá el levantamiento del velo, cuando la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas del grupo, oculta, voluntaria o involuntariamente, el

²²⁷ Sobre este factor se centraba la STS 24 Sep 90 (7045), que tras hacer mención a la de 30 Ene y 3 May del mismo año y tribunal, señalaba que en ellas se profundizaba "en el tema de las llamadas uniones de empresas, haciendo una clara distinción entre el fenómeno, lógicamente rechazable, de la pura diferenciación formal con fines defraudatorios de los intereses laborales en juego y el de la efectiva existencia de entidades empresariales independientes...". Más recientemente también se centran en ese abuso en fraude de los derechos de los trabajadores las STSJ Cataluña 21 Sep 92 (4376); STSJ País Vasco 25 Jun 93 (2877); STSJ Cataluña 5 Feb 94 (570); STSJ Galicia 17 Mar 94 (914); ó STSJ País Vasco 21 Mar 94 (973).

²²⁸ DIEZ PICAZO Y GULLÓN: "Sistema de Derecho Civil" Vol. I, 8ª Ed., Madrid, 1992, p.439 y ss. distinguen dos tipos de abuso de derecho dentro del art.7.2 C.C.: el más general donde no se requiere daño a tercero sino simplemente el ejercicio antisocial del derecho en cuestión; y el más específico en el que sí se produce tal daño.

²²⁹ Ibidem. p.441.

funcionamiento integrado de las organizaciones laborales de todas ellas, en perjuicio de los trabajadores²³⁰. La jurisprudencia se valdrá de los indicios que tenga a su alcance que evidencien la existencia de una organización laboral integrada; indicios entre los que suelen destacar, por su obviedad, los citados en la STS 30 Ene 90²³¹.

No se trata sin embargo de que verdaderamente exista ese funcionamiento integrado en el plano meramente

²³⁰ Perjuicio que se producirá siempre puesto que el mantenimiento de la personalidad jurídica de las empresas de un grupo cuyas organizaciones laborales funcionan como unidad, desconecta a los trabajadores de su empresario real: el grupo mismo.

²³¹ Estamos ante una jurisprudencia indiciaria, como se desprende de la dicción del fragmento de la STS 30 Ene 90 citado en el texto. Ya lo señalaba CAMPS RUIZ: "Tratamiento laboral..." Op.cit.p.411: "nos encontramos ante una jurisprudencia de indicios, que valora la presencia de un conjunto de circunstancias para concluir ... que se ha producido una utilización desviada del instituto jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, con personalidad y patrimonio independiente..." (está haciendo referencia al abuso de derecho que apunta la jurisprudencia que seguimos) "...y que, por lo tanto está justificada una ruptura de ese beneficio de la independencia patrimonial y la comunicación de las responsabilidades empresariales".

Junto a los rasgos apuntados por la STS 30 Ene 90, que son tal vez los citados con más frecuencia por nuestros tribunales, suelen aludirse otros (para un compendio ver STSJ Galicia 17 Mar 94 (914)). Fundamentalmente se añaden dos: a) la dirección unitaria; y b) la existencia de una apariencia externa unitaria. En cuanto al primero, creemos que no puede ser un rasgo que permita romper el principio de respeto de la personalidad jurídica independiente de las empresas integrantes del grupo, pues en tal caso dicho principio quebraría siempre, al ser la dirección unitaria característica intrínseca a todo grupo de empresas. En cuanto al segundo, se trata en nuestra opinión de la regla general de la que se parte: cuando existan rasgos que creen una apariencia verosímil de funcionamiento integrado en el plano laboral entre las empresas del grupo, podrá entonces quebrarse aquél principio de independencia dentro del grupo.

Como caso extremo de esta jurisprudencia de indicios ver STS 10 Nov 87 (7838) donde se aplica la doctrina de la comunicación de responsabilidades, aún desconociéndose la exacta relación entre las dos sociedades en cuestión, simplemente porque ambas venían haciéndose cargo conjuntamente del pago del salario.

mercantil, sino de que se actúe en el plano laboral como si de hecho existiera. Cuando, siempre en el campo laboral, estamos ante un único hábito de organización y dirección, podemos hablar de una única empresa²³², y en definitiva de un único empleador. La búsqueda de un único empresario es el culmen de la construcción jurisprudencial del fenómeno del grupo empresarial²³³; y cuando se halla, es decir, cuando se concluye que el grupo como tal es el empresario entonces nuestros Tribunales aplican la responsabilidad solidaria a todos sus miembros²³⁴. La búsqueda se hace

²³² CAMPS RUIZ: "Tratamiento laboral..." Op.cit.p.411 y ss.

²³³ Vd SSTS 8 Oct 87 (6973); 26 Nov 90 (8605); 21 Ene 91 (200); 6 22 Mar 91 (1889).

²³⁴ Si el grupo es el empresario, lo lógico es que la jurisprudencia hubiera impuesto una responsabilidad al mismo en cuanto tal; pero esta solución no es posible al carecer de personalidad jurídica y no poder ser sujeto de derechos y obligaciones. Ante tal situación sólo cabe la imposición de una responsabilidad colectiva a todos los miembros del grupo, es decir lo que en el ámbito civil se conoce como obligación mancomunada. Estas pueden dividirse en dos grandes tipos: las mancomunadas simples o a prorrata, donde la obligación resulta atribuida por partes divididas y prorrateadas a los deudores mancomunados; y las mancomunadas solidarias, donde la obligación se atribuye total e íntegramente a cada uno de ellos. Las primeras a su vez producen distintos efectos según que la prestación sea divisible o indivisible.

Cuando la obligación surge sobre el grupo como unidad, ¿podría hablarse de mancomunidad simple?. Si resulta divisible, caso de una percepción económica, el art.1.138 C.C. dispone que "el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintas unas de otras". Esta concepción choca con la realidad de que tan solo hay un deudor, el grupo en su totalidad. Si no resulta divisible, caso de una readmisión por despido nulo, el art.1.139 C.C. dispone que los deudores han de proceder conjuntamente en el cumplimiento de la obligación, lo cual en estos casos es de imposible virtualización. Pero además dicho artículo dispone que "si alguno de éstos [los deudores] resultara insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta", lo cual de nuevo choca contra la realidad de que la deuda es una, con el grupo, y no depende de la situación de cada uno de sus miembros. En suma, la naturaleza de la obligación no es mancomunada simple.

La responsabilidad mancomunada solidaria se acomoda mejor a nuestro caso. Choca esta conclusión contra

aplicando un criterio realista²³⁵; trascendiendo del comportamiento del grupo frente a terceros distintos de los trabajadores, o en el campo mercantil, donde las empresas que lo conforman pueden ser perfectamente diversificables²³⁶, y trascendiendo asimismo de los formalismos o formalidades jurídicas que nos llevarían a entender como empresario del trabajador a la empresa que lo contrató²³⁷.

La STS 31 Ene 91 (200) compendia de forma clara todo el

el principio reinante en nuestro ordenamiento de que la solidaridad de las obligaciones no se presume, sino que ha de ser expresamente pactada por las partes, o establecida por la ley, cosa que no ocurre en los supuestos de "grupo de empresas". Ahora bien, la doctrina civilista viene interpretando las sentencias del Tribunal Supremo en la materia, en el sentido de que no es preceptiva una declaración de voluntad expresa de las partes, sino que cabe una solidaridad derivada de la intención de las mismas, es decir de su voluntad tácita inferida de determinados comportamientos (vd especialmente HERNÁNDEZ GIL: "El principio de la no presunción de solidaridad" Revista Derecho Privado, 1947, p.92 y ss). No cabe duda de que en los casos de grupos empresariales donde sus miembros se comportan en el plano laboral como unidad, se puede fácilmente inferir el que tácitamente se comprometen a responder solidariamente. A esta argumentación, de por sí suficiente para justificar el recurso a la responsabilidad solidaria, cabría añadir la que señala GONZÁLEZ BIEDMA (Op.cit.p.19 y ss), para el que la no presunción de la responsabilidad solidaria establecida por el art.1.137 C.C. está concebida para regular aquellas relaciones obligatorias entre particulares con pluralidad de deudores que podríamos llamar normales, o de acuerdo a Derecho; y no aquellas otras, como la relativa a los grupos de empresa, donde se produce un abuso de derecho o incluso fraude intencionado de los derechos del trabajador (línea ya mantenida por la doctrina civilista en determinados casos: SANCHO REBULLIDA: "La mancomunidad como regla general..." p.574 y 577; LACRUZ: "Elementos" II. 1, p.59).

²³⁵ GONZALEZ BIEDMA: Op.cit.p.9.

²³⁶ STS 1 Jun 78 citada por CAMPS RUIZ: "La problemática..." Op.cit., así como SSTs 6 May 81 (2103), 6 8 Oct 87 (6973), se manifiestan de la siguiente manera: "...de ahí que si frente a terceros son diversificables las ... sociedades, en el ámbito de las relaciones laborales internas la realidad muestra una empresa única laboral nacida del agrupamiento de aquéllas".

²³⁷ SSTs 9 Feb 87 (800), 3 Mar 87 (1321), 8 Oct 87 (6973), 12 Jul 88 (5802).

cuadro hasta aquí expuesto: el Tribunal declaraba el carácter unitario del vínculo laboral que existía entre las partes, y ello porque se constataba que "la dirección del grupo de las empresas demandadas ha actuado de hecho como el verdadero empleador único del recurrente.....", lo que se deducía en aquella ocasión de ".....la simultaneidad de prestación de servicios a varias empresas del grupo.... o la frecuencia de las transferencias de una a otra...". La STS 31 Ene 91 bordaba su razonamiento diciendo que: "En estas condiciones la Sala debe aplicar su doctrina, elaborada de acuerdo con el criterio de atenuamiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial....de que se ha de reconocer una única relación de trabajo..... cuando el grupo de empresas actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación individual de trabajo", por lo que se apoyaba la sentencia de instancia, que impuso al caso "el efecto normal de la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo".

Como nota marginal digamos que en nuestro ordenamiento jurídico no existe problema en considerar a un grupo sin personalidad jurídica como empresario, por cuanto, como ya ha hecho la doctrina²³⁸ se reconducen a las comunidades de bienes, que de acuerdo con el art.1.2 E.T. pueden ser consideradas empresarios. Posición doctrinal de la que se hizo eco la jurisprudencia²³⁹.

Lo que nos interesa señalar en nuestro análisis es que la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo se debe a la consideración del mismo como empresario

²³⁸ PALOMEQUE LOPEZ: "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes" REDT. 1980; ALONSO OLEA Y CASA BAAMONDE: "Derecho..." Op.cit.p.161 y ss.; ORTIZ LALLANA: "Los grupos de empresa: Determinación del empresario responsable". Act. Laboral nº 34 y 40, 1985, p.1946.

²³⁹ Vd especialmente STS 23 Jun 83 (3043): " efectivamente es cierto que nuestro sistema jurídico junto a las personas físicas y jurídicas menciona en el precepto citado [art.1.2 E.T.] a las comunidades de bienes, fórmula amplia y genérica que como dice la doctrina hay que entender referida a ... los grupos de empresa...".

único. Traslademos ahora este cuadro al grupo formado por empresario principal y contratista de una contrata de obras o servicios. No parece haber duda de que en este grupo se dan algunos de los rasgos especiales capaces de dotar a cualquier grupo de trascendencia en el ámbito jurídico-laboral; en especial el hecho de que el trabajador asignado a la contrata realiza una prestación simultánea a principal y contratista. No obstante, en una auténtica contrata este indicio no será suficiente para vislumbrar el funcionamiento integrado de las organizaciones laborales de ambas empresas: habrá integración parcial pero no absoluta, matiz de grado que diferencia a la contrata de un auténtico grupo de empresas en sentido jurídico-laboral. No habrá, en consecuencia, aplicación a la contrata de la doctrina jurisprudencial hasta aquí desvelada; aunque en cualquier caso tampoco hacía falta, puesto que la contrata tiene su propia regulación positiva en el art.42 TRET. Lo que interesa subrayar aquí es que si grupo empresarial con trascendencia laboral y grupo formado por principal y contratista son tan afines, se debe admitir que la responsabilidad solidaria establecida en el art.42 TRET se fundamenta en la participación del principal en la posición jurídica de empresario, por afinidad al fundamento de la responsabilidad solidaria impuesta jurisprudencialmente al grupo de empresas; fundamento que, insistimos, es el actuar el grupo como empresario único²⁴⁰. Si el legislador tuviera una fundamentación distinta se separaría abiertamente de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más modernas sobre los grupos de empresa.

240

Incluso el distinto alcance material de la responsabilidad solidaria que jurisprudencia y art.42 TRET imponen respectivamente a grupo de empresas con incidencia en el plano laboral y grupo formado por principal y contratista tendría su explicación en la diferencia de grado en la integración de las organizaciones laborales en ambos tipos de grupo.

3.5 Reinterpretación del art.42 TRET: la contrata.

En nuestra tesis hemos situado la línea divisoria entre cesión ilícita y contrata en torno al concepto de empresario, como forma más óptimo de explicar la complejidad del fenómeno de la cesión de mano de obra; idea que ha encontrado apoyo importante en toda aquella jurisprudencia que decide la aplicación del art.43 E.T. (ahora 43 TRET) cuando el cedente es ajeno a la cualidad de verdadero empresario del trabajador cedido. Como consiguiente contrapartida afirmamos que la contrata existe cuando el cedente es el verdadero empresario del trabajador cedido; y en paso adicional hemos incluso aventurado la estructura dual de la posición jurídica empresarial en el supuesto de contratas. Dejando este segundo punto de lado; punto que alcanzará toda su importancia cuando estudiemos los efectos de esta figura, por lo que allí nos remitimos, pretendemos centrarnos ahora en la primera afirmación y cotejarla con lo dispuesto en el art.42 TRET, que sigue siendo el habitáculo normativo por excelencia de la contrata cuando nos movemos en el plano laboral. Intentaremos, en coherencia con todo lo expuesto, una interpretación del precepto que convierta a la contrata en aquella figura que, antes de la reforma del 94, podía catalogarse como complemento perfecto de la cesión ilícita. Es decir, buscamos una interpretación del precepto que contemple a la contrata como cesión lícita, cuya característica definitoria será por tanto el que el cedente actúa como verdadero empresario del trabajador cedido; lo cual nos obliga a la flexibilización de aquellos rasgos restrictivos que el art.42 TRET ha heredado de sus precedentes.

A Contrata y subcontrata de obras y servicios.

Aún cuando la intitulación del art.42 TRET hace referencia exclusivamente a las subcontratas, una simple lectura del precepto lleva al convencimiento de que el mismo se aplica igualmente a contratas y subcontratas, como ha sido señalado de forma

completamente unánime por doctrina²⁴¹ y jurisprudencia²⁴², lo que considero nos exime el ahondar más en este punto.

Los términos "contrata" y "subcontrata" son el primer rasgo restrictivo del artículo: hacen referencia a un sector productivo muy determinado, aquél de la construcción y obras públicas, donde su uso es habitual. Sin embargo no hay ninguna duda, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, de que el art.42 se extiende más allá del sector de la construcción, abarcando cualquier otro sector económico. El hecho de que el mismo precepto haga referencia a contrataciones de servicios así lo confirma. La primera conclusión es pues, la falta de precisión del artículo cuando utiliza los términos "contrata" y "subcontrata"²⁴³; lo que ya desde un inicio abre las puertas a una interpretación flexible y ampliadora.

La doctrina interpretó que el precepto se refería a un tipo específico del contrato civil de ejecución o arrendamiento de obra, es decir, a un tipo específico de contrato de obligación de resultado. Ese tipo específico sería el llamado contrato de empresa, donde el resultado se consigue mediante la aportación de medios que componen una empresa²⁴⁴.

CRUZ VILLALON, critica esa reconducción de la idea de la "contrata" a la figura del contrato de empresa. Para este autor la norma no hace una mención específica a ese tipo concreto de contrataciones, sino que "efectúa una referencia genérica al contenido del

²⁴¹ Por todos CRUZ VILLALON Op.cit.p.123; o MARTINEZ EMPERADOR: "Responsabilidad empresarial..." Op.cit.421.

²⁴² La jurisprudencia es también aplastante en este punto. Ver MARTINEZ EMPERADOR Op.cit.p.421 para una cita de sentencias en este sentido.

²⁴³ CRUZ VILLALON Op.cit.p.121.

²⁴⁴ GARCIA MURCIA: "El trabajo en contrataciones..." Op.cit.p.22-23; MARTIN VALVERDE: "Responsabilidad empresarial..." Op.cit.p.231.

contrato que vincula a ambas empresas - realización de obras y servicios - " y "ha preferido dejar relativamente abierto el abanico de posibilidades de instrumentación de estas formas de descentralización de la actividad económica". Además, nos dice, la referencia directa a la realización de "servicios" indica que la norma no se constriñe a supuestos que comportan necesariamente una obligación de resultado²⁴⁵; y concluye manteniendo que el término contrata "desea evidentemente incluir los arrendamientos de obra, pero también formas varias de arrendamientos de servicios, y sobre todo, de contrataciones empresariales atípicas por medio de las cuales la empresa auxiliar se compromete a la realización de una obra o de un servicio que se desgaja de la actividad directa de la empresa principal"²⁴⁶. Hay por tanto una corriente doctrinal flexibilizadora del término "contrata" empleado en el art.42 TRET, que pone el acento en el contenido o la funcionalidad de la relación que une a los empresarios²⁴⁷.

En suma, hay base para afirmar que el término "contrata" no tiene un sentido técnico-jurídico; y en consecuencia, en nuestra opinión no es necesario, para

²⁴⁵ si bien la crítica es correcta, hay que decir, en descargo de la doctrina objeto de la misma (citada en pie de página anterior), que esta última ya flexibilizaba la conceptualización del contrato de obligación de resultado indicando que tal resultado podía ser tanto una obra como un servicio.

²⁴⁶ Todas las citas entrecomilladas son de CRUZ VILLALON: "Descentralización" Op.cit.p.121-122.

²⁴⁷ MONEREO PEREZ: "La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos" Madrid 1994, p.73 y ss se suma a esta línea flexibilizadora insistiendo en que el art.42 TRET más que concentrarse en la clase de negocio que instrumenta jurídicamente la descentralización productiva, pone el énfasis en el contenido y en la funcionalidad económico-social del contrato que vincula ambas empresas en presencia. Además, en apoyo de una interpretación extensiva del término "contrata" contenido en el art.42 TRET, este autor añade, atinadamente, que aquél precepto, como todos, ha de interpretarse atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado y teniéndose en cuenta su espíritu y finalidad.

estar dentro del ámbito del art.42, el que la obra o servicio se lleve a cabo de forma absoluta con la "empresa" del contratista; es decir, única y exclusivamente con su propia organización y medios materiales, y dirigiéndola y controlándola totalmente. Como la jurisprudencia se encarga de señalar existe "contrata" aún cuando se halle envuelta también la organización, medios y dirección del principal. Pero quisiéramos ir todavía más allá. Con apoyo en el mismo argumento, es decir, en la referencia genérica del precepto y en la carencia de sentido técnico-jurídico del término "contrata", creemos que podría haber cabida para sostenerse incluso que la contratación de la realización de servicios cubre no sólo aquellos que configuran una unidad productiva autónoma dentro del esquema organizativo del empresario principal, sino también aquéllos otros donde no se da tal característica: es decir, se podría considerar contrata la prestación de meras labores o trabajos y no sólo la de un servicio con autonomía propia²⁴⁸.

Esta postura puede encontrar apoyo en el propio precepto: imaginemos una contrata para la realización de una obra, que parece implicar siempre una unidad productiva autónoma; el art.42 permite implícitamente tantas subcontrataciones en cascada como se quiera; si ello es así llegará un momento en que la autonomía de las mismas se flexibilice hasta el punto prácticamente de desaparecer, sin que el precepto establezca su

248

A primera vista esta postura podría considerarse contradictoria con la reciente línea doctrinal de MONEREO PEREZ: "La responsabilidad empresarial..." Op.cit.p.77-78, para quien la aludida flexibilización tiene un límite: debemos estar ante una obra o servicio bien delimitado. No obstante creemos que este autor no se está refiriendo a que la obra o servicio deban de constituir una unidad con autonomía propia, sino simplemente a que esa obra o servicio deben de ser encargadas de antemano, y puedan identificarse las prestaciones laborales de los trabajadores que ejecutan el encargo para el comitente exclusivamente. Es por ello por lo que el autor considera como fuera del precepto lo que el llama "los tipos contractuales puros de suministro, transporte, compraventa, etc"; en nuestra opinión se está refiriendo a encargos en los que no puede identificarse prestaciones laborales que ejecutan exclusivamente el encargo para el comitente.

auto-inaplicación en tales casos.

Esta interpretación del término "contrata" rompe cualquier ligazón con su sentido técnico-jurídico obtenido del ordenamiento civil. Queda por tanto un vacío en la conceptualización de la contrata que, como puede adivinarse, proponemos colmar con la idea, ya avanzada, de que es contrata toda cesión de trabajadores que cumpla la máxima de que el cedente sigue comportándose como el verdadero empresario del trabajador cedido. Volviendo a la corriente doctrinal moderna que entiende el que el concepto de "contrata" del art.42 está en conexión con la funcionalidad que persigue la relación entre contratista y comitente; esa funcionalidad que determina el que una relación pueda ser considerada contrata, sería, en nuestra opinión, la de ceder trabajadores (en su sentido no técnico-jurídico); en el bien entendido de que esa cesión es lícita²⁴⁹.

B Obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

El art.42 TRET requiere en su apartado primero el que el principal contrate con otra empresa "la realización de obras o servicios correspondientes a [su] propia actividad", para que se le imponga la obligación de comprobar el que el contratista está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. En su apartado segundo se preceptúa la responsabilidad solidaria de principal y contratista en relación con ciertas obligaciones laborales pero sin hacer referencia esta vez a esa similitud de actividades entre ambos empresarios. A pesar de esta omisión el Tribunal Central de Trabajo interpretó reiteradamente que el elemento de la "propia actividad" era asimismo

²⁴⁹

A lo que hay que añadir la matización, desde la reforma del 94, de que puede existir ahora un tipo de cesión lícita que no sea la contrata del art.42 TRET: la cesión regulada en la ley 14/1994.

indispensable para que entrara en juego la responsabilidad solidaria de este apartado 2. El Tribunal hacía una interpretación sistemática de ambos, razonando que el empresario principal al que el apartado 2 se refiere es el mismo que el del primer apartado, es decir aquél que contrata con otro la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad²⁵⁰. Surge así una jurisprudencia, abrumadora por lo demás, en la que claramente se vincula la aplicación del art.42 a tal requisito.

Nos encontramos aquí con la característica restrictiva más importante del artículo en cuestión. Recogida por el Decreto 3677/70 y por el art.19 LRL, el Estatuto hereda esta limitación, posiblemente por inercia del legislador, lo que da lugar a una laguna con toda seguridad no querida, que además conduce a situaciones absurdas e injustas: piénsese en una contrata en su sentido más clásico (el contratista aporta su "empresa" para la realización de una obra o servicio con autonomía propia) que se catalogase como no correspondiente a la propia actividad del comitente. No quedaría prohibida por el art.43 TRET al no ser considerada como cesión ilícita (ni por el legislador, ni por el juzgador, ni por la doctrina); y tampoco quedaría amparada por el art.42 TRET. Se permitirían situaciones donde el principal queda eximido de la responsabilidad solidaria del 42.2, defraudando con ello cualquiera de las finalidades que esta responsabilidad solidaria pueda tener.

Para algunos tal finalidad consiste en la protección de los trabajadores cedidos ante posibles fraudes puesto que la contrata puede encubrir una cesión de mano de obra. Este sector doctrinal justifica la existencia del requisito de la "propia actividad" en el hecho, posiblemente cierto, de que es en tales tipos de contrata cuando con más probabilidad puede producirse tal encubrimiento, puesto que el principal asigna una actividad al contratista que podría perfectamente

²⁵⁰ SSTCT 6 Abr 83 (2779); 20 Oct 83 (8666); 28 May 85 (3472); 20 Jun 85 (4115); 8 May 87 (9577); 30 Nov 87 (26588) entre otras.

haberla llevado a cabo él mismo con sus trabajadores, ya que entra en el ciclo normal de producción de su empresa²⁵¹ (vamos a asumir de inicio que la actividad propia del principal es toda aquella que incide en su ciclo productivo). En nuestra opinión, una mera cuestión de probabilidades no debiera amputar la aplicación de un principio tan básico como el de protección de los trabajadores. Las contrataciones de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del principal también pueden encubrir una cesión de trabajadores, aún cuando tal encubrimiento sea, por regla general, más improbable. Cualquier actividad que un empresario externaliza puede siempre en última instancia, haberla llevado a cabo con personal directamente contratado.

Para otros, la finalidad, aunque todavía garantista, se dirige en la actualidad, menos a prevenir situaciones de fraude y más a proteger frente a insolvencias e incumplimientos del contratista, por ser frecuente su debilidad económica²⁵². Fácil es colegir que esta debilidad no depende en nada de si la obra o servicio contratado se refiere o no a la propia actividad del principal.

Para un tercer grupo la finalidad consiste en la asignación equitativa de responsabilidades entre todos aquellos que se benefician de la prestación²⁵³. Es indudable que un empresario principal se beneficia igualmente de la prestación de los trabajadores del contratista tanto si estamos en contrataciones donde el requisito de la "propia actividad" se cumple, como si no lo estamos. Podría argüirse que en el primero de los casos el resultado de la prestación del trabajador es más provechoso para el principal puesto que incide

²⁵¹ GARCIA MURCIA: "El trabajo en contrataciones..." Op.cit.p.27. Ya el propio RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER apuntaba esta idea: "La regulación ..." Op.cit.p.36.

²⁵² CRUZ VILLALON: "Descentralización ..." Op.cit.p.119.

²⁵³ MARTIN VALVERDE: "Responsabilidad empresarial...", Op.cit.p.264.

directamente sobre su ciclo productivo. Sin embargo, si el resultado del segundo tipo de contratos no beneficiara al principal nunca tal actividad hubiera sido contratada.

Para nosotros, la finalidad radica en la consideración de que el empresario principal participa en cierta medida del rol de empresario del trabajador cedido. Aunque, por regla general, tal participación sea más intensa en contratos de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del principal, ello no quita el que en el segundo tipo de contratos no exista en absoluto.

Cualquiera de las finalidades que pueda atribuirse al precepto queda evidentemente coartada con la aplicación del requisito de la "propia actividad".

Esta incoherencia parece indicar que el legislador no ha introducido la referencia a la "propia actividad" como una limitación del ámbito de aplicación del precepto. Pero la prueba más evidente de esta afirmación se encuentra en el propio precepto, último párrafo, cuando establece los casos en que un empresario principal queda exonerado de la responsabilidad solidaria del art.42.2 TRET. Hay dos supuestos:

a) "cuando la actividad contratada se refiere exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda". El cabeza de familia cuando contrata la construcción o reparación de su vivienda, está claramente contratando una obra o servicio que no corresponde a su propia actividad empresarial (bien porque no es empresario mercantil, bien porque su actividad mercantil es otra distinta), y sin embargo el legislador se siente en la obligación de exonerarlo. Si la referencia a la "propia actividad" tuviera el más mínimo significado no haría en absoluto falta tal exoneración expresa, pues por hipótesis el cabeza de familia quedaría fuera del ámbito de la norma,

al no tener nada que ver la construcción o reparación de su vivienda con su actividad en el mercado mercantil o laboral.

b) "cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial". La doctrina ha sido cuasi-unánime al interpretar esta exoneración como el reverso de la exigencia de la propia actividad. Esto es, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, lo único que el precepto estaría diciendo es que aquellas contratas que no corresponden a la propia actividad del principal no quedan sujetas al efecto relativo a la responsabilidad solidaria del principal que el precepto precluye²⁵⁴. A pesar de la cuasi unanimidad mencionada nos resistimos a alinearnos con esta postura. Con ella el precepto no añadiría nada nuevo, y lo que es más, negaría a la exoneración de su carácter exonerativo: la exoneración no sería tal²⁵⁵. Preferimos la búsqueda de otra línea interpretadora donde realmente pueda verse una excepción a una regla general.

Comencemos recordando que el art.42, en su segundo párrafo, se refiere al "empresario principal", término que, como ya hemos expuesto, ha de entenderse en su sentido laboral. Empresario principal por tanto pueden ser personas físicas o jurídicas tanto si la actividad que llevan a cabo tiene un objetivo mercantil como si no. En la exoneración sin embargo, el precepto no exonera al "empresario

²⁵⁴ MARTINEZ CALCERRADA: "La titularidad ..." Op.cit.p.140 y 143; MARTINEZ EMPERADOR: "El Estatuto ..." Op.cit.p.46-45; MARTIN VALVERDE: "Responsabilidad empresarial ..." Op.cit.p.270; GARCIA MURCIA: "Trabajo en contratas ..." Op.cit.p.54.

²⁵⁵ A parte de ello, como señala CRUZ VILLALON: "Descentralización ..." Op.cit.p.128, la dicción del precepto no exonera a quien no contrata por razón de su actividad, sino a quien no lo hace por razón de una actividad empresarial.

principal" cuando concurren determinadas circunstancias, sino que de manera significativa hace mención al "propietario" de obra o industria. Este cambio de terminología no puede pasarse por alto; y en principio creemos que la exoneración apunta hacia personas físicas o jurídicas que no ejercen actividad mercantil, aunque no a todas sino a un grupo muy determinado de ellas como en seguidas veremos. Esta interpretación impide ya el decir que estamos ante el mero reverso del requisito de la propia actividad, puesto que exoneración y regla general cubren de este modo distintos ámbitos en cuanto al principal se refiere; siendo, lógicamente, más amplio el de la regla general y más específico el de la excepción.

En segundo lugar creemos que las dos exoneraciones que el precepto establece siguen pautas similares: primero porque se trata de las dos únicas excepciones a la regla general, y es lógico pensar que en ellas la idea motora que provoca la exoneración sea la misma. Segundo porque, como se ha indicado, el propietario de la obra o industria no tiene un carácter mercantil; de igual forma que no lo tiene el cabeza de familia. Y tercero, porque la contratación de la realización de la obra o industria que lleva a cabo el propietario de la misma, si quiere gozar de la exoneración, no habrá de ser por razón de una actividad empresarial; de igual modo cuando el cabeza de familia contrata la construcción o reparación de su vivienda no es por razón de una actividad empresarial, pues por definición una vivienda nada tiene que ver con una actividad empresarial.

Admitido este paralelismo entre ambas excepciones, podemos acabar por delimitar la figura del "propietario de obra o industria". El cabeza de familia puede ser en otros aspectos de su vida empresario mercantil, pero en relación con su vivienda no lo es; de igual modo el

"propietario de obra o industria" podrá ser o no empresario mercantil, pero no en relación con esa obra o industria (piénsese por ejemplo en una entidad bancaria que obtiene la propiedad de una industria por impago de una hipoteca); y a demás, siguiendo con el paralelismo, lo que contratará será la construcción o reparación de dicha obra o industria.

Se trataría pues de la situación en la que el propietario contrata la construcción o reparación de su industria, e incluso la instalación y puesta en marcha de la maquinaria industrial, no para explotarla él mismo, sino para ponerla a la venta o a disposición de un tercero, y por ello su realización no está conectada, al menos directamente, a ninguna actividad empresarial.

Con esta interpretación, la jurisprudencia que señala que la noción de "empresario principal" del art.42 no remite a su sentido mercantil sino al laboral, no deviene superflua, pues la exoneración no cubre, ni con mucho, todos aquellos empresarios laborales que no son mercantiles: no cubre a la Administración Pública cuando desarrolla una actividad económica a través de gestión indirecta; no cubre a asociaciones de carácter no mercantil cuando contratan una actividad que no sea la construcción o reparación de sus locales; incluso no cubre a propietarios de obra o industria que no son todavía empresarios mercantiles y que contratan la construcción o puesta a punto de su obra o industria, siempre que ésta vaya a ser explotada por ellos mismos (convirtiéndose de esta forma en empresarios mercantiles).

En cualquier caso lo que interesa destacar aquí, y es el objeto de nuestra exposición, es que, de ser correcta la interpretación que mantenemos, si el término "propia actividad" tuviera algún contenido, esta exoneración iría de suyo y no haría falta hacerla expresamente, porque está

claro que de un propietario que contrata la realización de obra o industria sin que la razón sea una actividad económica, nunca podrá decirse que contrata una obra o industria correspondiente a su propia actividad.

Si se quieren suprimir las incoherencias reseñadas con anterioridad, y al mismo tiempo dar pleno sentido a estas excepciones, la única vía es dar la más amplia interpretación al concepto de "propia actividad" y concluir que el art.42 TRET se refiere de hecho a toda contrata o subcontrata de obra o servicio.

La jurisprudencia no apunta sin embargo hacia esta solución; se mueve dubitativa en cuanto al contenido de "propia actividad" pero en la mayoría de los casos intentando colmarlo de alguna manera. Pero lo hace de una forma enormemente errática, hasta el punto, como nos señala CRUZ VILLALON, de que se llegan a encontrar sentencias que resuelven de forma opuesta situaciones asimilables o incluso idénticas²⁵⁶.

Alguna sentencia llegó a asimilar "propia actividad" con "misma actividad". Así en STCT 8 May 87 (9577) se dice: "para que se origine la responsabilidad de ambas empresas es necesario que conste en el relato histórico de la sentencia recurrida que ambas ejercían la misma actividad ... pues tal idéntica dedicación es elemento indispensable para que entre en juego aquél tipo de responsabilidad...". La postura no obstante se ha rechazado enérgicamente en otras: la STCT 11 May 88 (3480) tilda tal equiparación de estrechez hermenéutica, diciendo que "se opone al propio y verdadero sentido de la norma ... siendo notorio que, de admitirla, se haría prácticamente inaplicable el precepto estatutario"²⁵⁷.

²⁵⁶ CRUZ VILLALON: "Descentralización productiva..." Op.cit.p.126-127.

²⁵⁷ Ver en el mismo sentido más recientemente SSTSJ Cataluña 5 Mar 93 (1505); 20 Sep 93 (3837); 6 STSJ Navarra 14 Abr 94 (1397).

Pero la mayoría han desplazado el centro de gravedad desde el término "propia actividad" al de "actividad complementaria". En STCT 5 Oct 88 (6109), la empresa principal se dedicaba a la extracción de mineral, el Tribunal indicaba que su actividad propia "tiene por objeto principal la extracción de mineral que va precedida o seguida de una serie de actividades complementarias sin las cuales no es posible la realización de tal actividad principal que constituye por tanto la última fase o la más importante de todas las que integran la actividad minera; estas otras actividades complementarias puede realizarlas la propia empresa minera o contratarlas con otra empresa pero no por ello dejan de ser propias de la actividad de la minería". El concepto de "propia actividad", de acuerdo con esta línea, lo compondrían tanto la actividad sustancial de la principal como las complementarias, entendiéndose por ellas todas aquellas otras actividades sin las cuales la primera no se produciría²⁵⁸. Así lo confirma la STS 2 Dic 87 (9274), de la que se deduce que estamos ante una "actividad propia" del principal siempre y cuando "existe una participación en el ciclo productivo de la empresa ... entendiendo por ciclo productivo de la empresa el

²⁵⁸

Alguna sentencia niega el que las actividades complementarias puedan incluirse en el concepto de "propia actividad". Así la STCT 30 Nov 87 (26588), donde tras indicar que la generalidad de la expresión "propia actividad" no es muy clarificadora, el Tribunal nos dirá que: "...más, para que se dé la identidad generadora de la garantía legal, es preciso que coincidan las labores esenciales.... esto es, que las funciones que componen la sustancia industrial de la principal sean las mismas que realiza la auxiliar" y se añade: "descartándose cualquier cometido accesorio o complementario impuesto por el fin propio y esencial de la empresa contratante". En el supuesto en cuestión la principal se ubicaba dentro del sector químico, mientras que la cedente era una empresa de seguridad, y el cometido de vigilancia que los trabajadores de ésta última realizaban en aquella se consideró como complementario y por tanto fuera del ámbito del art.42 E.T.. En nuestra opinión esta sentencia no difiere de la expuesta en el texto, la cuestión es que aquí se ha dado un significado distinto al término "actividad complementaria", entendiendo por ella toda aquella que no es esencial para la consecución de la actividad básica. Iguales conclusiones son aplicables a la más reciente STSJ Andalucía 1 Feb 94 (621) que sigue a la citada del TCT.

complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado ..."²⁵⁹. El criterio de que las actividades complementarias son las necesarias para la realización del negocio, servicio, o ciclo productivo básico del principal, y quedan dentro del concepto "correspondientes a la propia actividad" del principal, ha sido utilizado posteriormente con asiduidad por nuestros tribunales inferiores²⁶⁰, pero no ha conseguido superar el mal endémico que afecta a esta materia: su subjetividad. De tal forma que sigue habiendo gran discordancia entre lo que debe entenderse como "necesario" al ciclo productivo de una empresa²⁶¹.

²⁵⁹ El criterio de la participación en el ciclo productivo había sido ya apuntado por la doctrina: RODRIGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER: "La regulación protectora" Op.cit.p.36 y ss.; MARTINEZ EMPERADOR: "El E.T. y la responsabilidad....", Op.cit.p.6.

Hay que indicar que la sentencia citada en el texto presenta una cierta contradicción en su razonamiento: mientras por un lado nos viene a decir que "propia actividad" comprende toda aquella actividad que se inserta en el ciclo productivo de la empresa y es por tanto íntegramente necesaria para alcanzar el resultado que la empresa persigue; por otro, más adelante, nos deja concluir que "propia actividad" es toda aquella en la que el empresario principal se aprovecha del resultado del trabajo de los obreros del contratista, es decir, toda actividad que el principal subcontrate.

²⁶⁰ SSTCT 7 Feb 87 (2683); 11 May 88 (3480); 10 Nov 88 (7065); 14 Feb 89 (1219); SSTSJ Madrid 13 Jun 90; 2 Oct 90; 30 Ene 92; STSJ Murcia 23 Jul 92 (3613); STSJ Aragón 15 Dic 93 (5491); 5 Oct 94 (3735).

²⁶¹ Por citar sólo algunos ejemplos, mientras que en STCT 5 Oct 88 (6109) el servicio de comidas a una empresa minera no era considerado como necesario al ciclo productivo; en STCT 20 Oct 83 (8666) ocurría lo mismo con la limpieza de los locales de una entidad de crédito, en STCT 7 Sep 83 (7371) con la limpieza de una empresa metalúrgica; en STSJ Baleares 5 Feb 92 (512) con la limpieza de locales del INSALUD; o en STSJ Galicia 11 Ene 93 (208) con la limpieza de locales del INEM; en STCT 25 Abr 86 (2804) por su parte, la limpieza de los locales de una empresa dedicada a una actividad industrial se considera como parte de la propia actividad de la última. De igual forma en STSJ Canarias 10 Nov 94 (4444) el servicio de bar-restaurantes se consideraba complementario a la actividad de un club náutico. Todavía más expresiva la STSJ Madrid 30 Ene 92 que dispone que "a los efectos del artículo 42 E.T. será actividad propia ... funciones secundarias o accesorias pero

Parece innegable la tendencia a entender de una forma amplia esas actividades complementarias cuya descentralización provoca la aplicación del art.42 TRET. Un cierto número de sentencias nos indican que el ámbito de la "propia actividad" es extensible a toda actividad accesoria o complementaria, "con razonable aproximación al criterio doctrinal de origen mercantil que integra en la actividad de un empresario cuanto el mismo realice [acometa, dice otras veces] profesionalmente como tal"²⁶²; lo que parecería abrir la puerta a toda actividad subcontratada si no fuera porque estos pronunciamientos tienden a citar en su apoyo a aquellos otros, señalados líneas arriba, para los que la "propia actividad" se conecta con actividad accesoria al ciclo productivo. Aún así, esa tendencia ampliadora se observa porque las sentencias a las que nos referimos no hablan de "actividad necesaria" sino que, de forma más distendida, aluden a "actividades secundarias, conexas con o instrumentales de la principal"²⁶³ como aquellas que están en el origen de la aplicación del precepto. La reciente STS 18 Ene 95 (514) es fiel reflejo de la actitud jurisprudencial que estamos relatando: de inicio nos recuerda que "en general la doctrina es partidaria de una aplicación "in extenso" del concepto de contrata correspondientes a la propia actividad de la empresa"; para a seguido indicar que: "con este criterio amplio se llega a la conclusión de que todo o casi todo ... lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a la que se dedica la empresa"; y llegado este punto frenar y matizar que: "No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de "propia actividad"

imprescindibles para que la empresa funcione, como son las actividades de mantenimiento, vigilancia, limpieza, etc.".

²⁶² Vd STSJ Madrid 2 Abr 91 (2583); 10 Jun 91 (4051); STSJ Extremadura 30 Dic 91; STSJ Navarra 14 Abr 94 (1397).

²⁶³ STSJ Madrid 10 Jun 91 (4051); STSJ Extremadura 30 Dic 91. Entre la doctrina, esa tendencia ampliadora del concepto de "actividad complementaria" viene defendida por MONEREO PEREZ: "La responsabilidad empresarial..." Op.cit.p.79 y ss.

nos llevaría a no comprender la exigencia del ... artículo 42". "Si se exige que las obras y servicios que se contratan ... deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable ...".

No obstante el último razonamiento esgrimido por nuestro Tribunal Supremo, algunas sentencias amplían de tal forma el abanico de las actividades complementarias "necesarias" que prácticamente cubren la totalidad de actividades que una empresa pueda contratar. Así por ejemplo la STSJ Madrid 30 Ene 92 incluye como "actividad propia" las "... funciones secundarias o accesorias pero imprescindibles para que la empresa funcione, como son las actividades de mantenimiento, vigilancia, limpieza, etc."²⁶⁴. De hecho ya existe algún pronunciamiento que, de manera expresa, viene a definir "propia actividad" como "toda actividad": la STCT 7 Feb 87 (2683), al hablar del requisito de la propia actividad señala "... la exactitud de la doctrina que censura la expresión normativa porque todo cuanto una empresa acometa como tal constituye su propia actividad...". Más recientemente la STSJ Cantabria 3 Ene 94 (2) establecía que: "el precepto ... hace referencia a la "propia actividad", cuyo ámbito es doctrinal y razonablemente extensivo a todo cuanto una empresa realice en su carácter de tal". En otras palabras: se vacía de contenido el término "propia actividad". Toda la jurisprudencia que sostiene que la referencia del término "empresario" del art.42 TRET no se remite a su noción mercantil sino laboral, de tal forma que pueden ser empresario principal personas que no persigan una actividad mercantil, apoya implícitamente esta idea, por cuanto el empresario principal que no sea empresario mercantil, nunca va a poder contratar obras o servicios correspondientes "a su propia

²⁶⁴

En este sentido, y entre la doctrina, ver MONEREO PEREZ: "La responsabilidad empresarial..." Op.cit.p.82, para quien quedarían incluidas en el precepto las actividades de limpieza, transporte, mantenimiento ordinario de las instalaciones, vigilancia, etc.

actividad", salvo que se entienda que cualquier obra o servicio que contrate es de su propia actividad. Afirmación que se encuentra en la línea ya adoptada con anterioridad por ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, para los cuales la limitación del precepto "no tiene gran sentido, dado que todas las obras y servicios que como tal contrata un empresario son "de su propia actividad"²⁶⁵. Línea a la que nos adherimos desde aquí, pues aparte de su lógica, se acomoda perfectamente a las tesis que defendemos²⁶⁶: a) antes de la reforma, el art.42 representaba el complemento perfecto de la cesión ilícita del art.43 E.T. cubriendo todo el espectro de la cesión lícita de trabajadores; esto es, todas las cesiones donde el cedente era verdadero empresario del trabajador cedido, por lo que ningún tipo de contrata quedaba fuera del mismo; y b) la finalidad de la responsabilidad solidaria del art.42 TRET es la de hacer aparecer al principal en la posición jurídica del empresario del trabajador asignado a la contrata, lo cual afecta por igual a todo tipo de contratas.

C Lo que no es cesión.

Debe tenerse en cuenta un dato final de enorme importancia: para delimitar la figura de la contrata, es necesario que se encargue previamente una actividad en la que van a verse implicados trabajadores del contratista; el resultado de cuyo trabajo es, desde el encargo, propiedad del principal, "sin este encargo base, la contrata o subcontrata no existe; no pretende

²⁶⁵ ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE: "Derecho del Trabajo" Op.cit.p.107. Estos autores entienden, sin embargo, que el concepto de empresario principal sólo abarca a los empresarios mercantiles.

²⁶⁶ Hay que reconocer no obstante que el legislador sí parece ver algún significado en la expresión "obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal", puesto que en el RDleg 1/1994 que aprueba el texto refundido de la ley general de seguridad social vuelve a utilizarlo (vd art.127.1) remachando el que el art.42 TRET, a diferencia del art.127.1 RD ley 1/1994, se refiere a ese tipo de obras y servicios.

esta regulación que todo empresario responda por todos con los que tenga relación a través de la miríada de contratos de suministro, servicios, transportes, compraventas, que forman la trama de las relaciones interempresariales"²⁶⁷. Esta última frontera del art.42 no es siempre fácil de delimitar. Como ejemplo ilustrativo cojamos el servicio de suministro: si el principal se aprovisiona de materiales, necesarios para su ciclo productivo, que están a la venta en el mercado; es claro que el contrato de compraventa no supone contrata en cuanto que la actividad de los trabajadores que dio lugar a la producción de tales materiales es previa al encargo. Incluso si se encarga de antemano un cierto pedido de materiales, que no supone más que una parte de todos los materiales de similares características que el suministrador produce, tampoco hay contrata, puesto que, aún con previo encargo, no se puede delimitar la actividad de un cierto número de trabajadores del suministrador cuyo resultado es propiedad del principal que encarga. Si por el contrario se determina un grupo de trabajadores que de forma exclusiva van a producir aquellos materiales que serán suministrados al principal, entonces sí hay contrata. Como también la hay si se compran de antemano todos los materiales que el suministrador produzca. Se trata de centrarnos en el concepto no jurídico de cesión: toda aquella situación en la que el cesionario hace suyos originariamente los frutos de la prestación del trabajador del cedente. Cuando esta máxima no se cumpla no habrá cesión, ni ilícita ni contrata.

4. La relación cesión ilícita-cesión lícita a través de ETT.

A través de la vía excepcional de urgencia el Gobierno procedió, con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 18/1993 de 3 Dic, a la derogación del art.43 E.T.

²⁶⁷ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE: "Derecho ..."
Op.cit.p.108.

(Disposición derogatoria Unica.1 del citado RDL). La figura de la cesión de trabajadores, en su sentido técnico-jurídico, vino a quedar regulada por el art.2 de aquella norma que, en su apartado 1 disponía: "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan"²⁶⁸.

Con posterioridad, el art.2 de la ley 10/1994 sustituyó a su homónimo del RDL 18/1993, con un apartado 1 idéntico al que acaba de ser transcrito; e igual dicción se conserva en el art.43.1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores que es en la actualidad la disposición básica que regula lo que se conoce como cesión ilícita de mano de obra en nuestro ordenamiento laboral. El objetivo esencial de estas disposiciones es la legalización de las cesiones de trabajadores llevadas a cabo a través de ETT, extrayéndolas de la prohibición general de cesión de mano de obra que aparece implícita en la norma (en su término "sólo") y que en principio es la misma, a salvo la exclusión, que la del antiguo art.43 E.T.

Es claro en la mente del legislador, el que con anterioridad a la reforma las cesiones realizadas por ETT eran cesiones prohibidas. Alguna vez la actividad de las empresas de trabajo temporal fue admitida como legal amparada por la errática jurisprudencia que vislumbraba en el art.43 E.T. elementos implícitos y

²⁶⁸

Sobre la inadecuación de este art.2 para formar parte de una norma de intervención extraordinaria y urgente, cual era el RDL 18/1993 vd CASAS BAAMONDE: "Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma" Relaciones Laborales, La Ley 1994. T.I.p.38: "por su estructura y contenido, la disposición es de las identificadas por la STC 29/1982 del 31 de Mayo como aquellas que - "muy especialmente" - no pueden incluirse en un Decreto-Ley, pues "no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente"

restringía en consecuencia el ámbito de la prohibición²⁶⁹. Pero estaba claro que la pujante jurisprudencia que veía en la falta de calidad empresarial el elemento básico para hacer ilícita a la cesión, y que centraba esa calidad en retener al trabajador dentro del propio complejo organizativo, conducía a las actividades de la ETT de lleno dentro de la prohibición. Algunos pronunciamientos basaban la ilegalidad de las ETT expresamente en el hecho de dedicarse a la actividad de suministro de mano de obra²⁷⁰. También parece ser esta la visión del legislador en la Exposición de Motivos de la ley 14/1994, norma que regula la cesión a través de ETT autorizadas, en la misma se parte del "... convencimiento de que los riesgos que se han imputado a las empresas de trabajo temporal no derivan necesariamente de la actividad que realizan ..."; de donde se infiere que antes lo que se prohibía era la actividad de suministro. La idea no es incorrecta, pero es jurídicamente inexacta: se prohíbe toda cesión en la que el cedente no se comporta como verdadero empresario del trabajador cedido; situación ésta que antes de la reforma se materializaba en la actividad, profesional o no, de suministro de mano de obra.

La ilegalidad de las actividades de la ETT no quedó en

²⁶⁹ Así lo señala RODRIGEZ-PIÑERO ROYO: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo" Relaciones Laborales, 1994. p.344: "La admisión progresiva de formas lícitas de prestamismo laboral beneficia en principio a las ETT, que se fueron colando por los espacios de legalidad judicialmente abiertos".

Un ejemplo evidente lo tenemos en la STSJ País Vasco 24 Feb 92 (610), donde la actividad de una empresa de trabajo temporal quedaba amparada en la exigencia dentro del tipo del art.43 del elemento implícito de la intencionalidad defraudatoria. Al no darse en el supuesto de hecho, el precepto se declaraba inaplicable y ello aún a pesar de que los trabajadores cedidos realizaban una labor o trabajo dentro de la principal y no un servicio u obra determinado, y parecían, de acuerdo con los hechos que se desprenden de la sentencia, estar integrados en la principal.

²⁷⁰ Vd por ejemplo STSJ Castilla y León 19 Oct 93 (4498); y STSJ Aragón 26 Ene 94 (38).

entredicho ni siquiera con la expiración del plazo que el Estado español tenía para implementar la Directiva 91/383²⁷¹, que incidía sobre un aspecto parcial, el de seguridad e higiene el trabajo, de las cesiones a través de ETT. El posible efecto directo de las disposiciones de la Directiva²⁷² que surgía con el transcurso de dicho plazo, no implicaba la legalización de la ETT en aquellos Estados miembros de la Comunidad en que estuvieran prohibidas²⁷³; y ello a pesar de

²⁷¹ Directiva 91/383 de 25 Jun 91 (DOCE nº L 206, 29 Jul 91), por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal; cuyo plazo de implementación al Derecho interno expiraba a 31 Dic 92.

²⁷² sobre el efecto directo de las directivas VER

²⁷³ se ha de recordar que la Directiva 91/383 formaba parte, junto con otras dos propuestas de Directiva que no llegaron a ver la luz, de un paquete normativo conocido como Documento Papandreu, orientado a regular formas atípicas de empleo, entre ellas la estructurada a través de una ETT. Dicho documento iba prologado por un estudio cuyo punto 11 expresamente admitía la persistencia de legislaciones nacionales prohibitivas de las actividades de ETT aún a pesar de la entrada en vigor de las tres Directivas que se proponían.

En ese punto 11 se decía: "Las propuestas de la Comisión no pretenden interferir el derecho de los Estados miembros a prohibir tales actividades total o parcialmente" (traducción del autor) . Ello era así porque las propuestas de Directivas introducidas por el Documento Papandreu, no enfocaban esta actividad desde la perspectiva del sector de los servicios, sino desde el ángulo social. No pretendían la liberalización de las actividades realizadas por la ETT sino que perseguían dos ideas fundamentales: la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores que iban a ponerse a disposición de la empresa usuaria; y la abolición de las distorsiones de la competencia que venían generadas por la disparidad entre las legislaciones nacionales en lo que respecta a las condiciones de trabajo que afectaban a tales trabajadores. Ideas que emergían sin paliativos no sólo del propio Documento Papandreu, sino con anterioridad, de los pasos preliminares que preparan el camino a aquél, esto es: La Carta comunitaria de los derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, aprobada el 9 Dic 89 (ver punto 7 del Título 1); y el Programa de Acción de la Comisión para la aplicación de la citada Carta Comunitaria (COM (89) 568 final, Bruselas 5 Dic 89).

Esta preocupación por el falseamiento de la

algún pronunciamiento de nuestros tribunales en otro sentido²⁷⁴.

La aprobación y entrada en vigor del RDL 18/1993 tampoco supuso la legalización práctica de la actividad de cesión de una ETT, puesto que ésta sólo era lícita si la ETT estaba debidamente autorizada en los términos que legalmente debían de establecerse, pero que todavía estaban por ver la luz²⁷⁵. Ni siquiera la entrada en

competencia, podría haber llevado a la Comisión a proponer asimismo la armonización de las normas de acceso y ejercicio de la actividad de una ETT; puesto que la disparidad de las legislaciones en ese aspecto supone también una diferencia de costes a la hora de emprender tal actividad en uno u otro Estado Miembro, diferencia que influye en la competencia entre empresas del sector dentro de la Comunidad. No ocurre sin embargo así (únicamente en el punto 47 del documento Papandreu la Comisión considera, para evitar las distorsiones en la competencia, la necesidad de una armonización de las condiciones bajo las cuales se otorgan en los distintos Estados Miembros la autorización administrativa que permite a las ETT ejercer su actividad. Pero esta preocupación no tiene en absoluto reflejo en el texto de las propuestas), y como decimos la Comisión se preocupa únicamente por las distorsiones creadas por las diferencias en los costes sociales; es decir, por la posibilidad de dumping social que ello puede generar.

Puesto que el servicio de las ETT no se liberaliza en estas iniciativas, ciertas restricciones a tal servicio podían seguir en vigor y no quedaban afectadas aunque todas las propuestas hubieran cristalizado en Directivas ; y entre tales restricciones el derecho a prohibir el servicio mismo.

²⁷⁴ Vd STSJ Galicia 20 May 93 (2405) que indica el que la ilegalidad de las ETT "resulta cuestionable o cuando menos muy matizable" tras la expiración del plazo para acomodar la Directiva 91/383 dentro del Derecho español.

²⁷⁵ La STSJ Aragón 26 Ene 94 (38) lo sentó de forma clara: "en nuestro ordenamiento, hasta que no se desarrolle el citado precepto [el art.2 del RDL 18/1993] no cabe la actuación de empresas [ETT]". No coincidimos con la STSJ 19 May 94 (2299) que esgrime el principio de interpretación de las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (Art.3.1 C.C.) para excluir a las ETT del ámbito del art.43 E.T.. Ciertamente es que en esa realidad en que al Tribunal le tocó juzgar existía ya una predisposición positiva frente a las ETT, tanto en el ámbito de la Comunidad Europea como en el propio nacional (el RDL 18/1993 ya estaba en vigor). Ciertamente es también que el juzgador en su misión

vigor de la ley 14/1994 en la que en líneas generales se establecían dichos términos produjo tal legalización práctica puesto que, como puso de manifiesto la doctrina especializada, ciertos aspectos sustanciales que condicionaban tal actividad exigían un desarrollo reglamentario²⁷⁶; desarrollo que llegó con el Real Decreto 4/1995 de 13 Ene (BOE 1 Feb 95).

4.1 El nuevo concepto de empresario laboral.

Si es verdad que la cesión ilícita después de la reforma sigue girando en torno a la figura del cedente ficticio, esto es, en torno a un cedente que no puede calificarse como verdadero empresario del trabajador cedido, entonces toda empresa incurso en una cesión lícita de las previstas en la ley 14/1994 (ETT debidamente autorizada) deberá de ser considerada el auténtico empresario de los trabajadores cedidos; y además no podrá haber una cesión ilícita en la que participe una ETT debidamente autorizada, esto es, en la que el cedente sea verdadero empresario del trabajador cedido.

judicial tiene que y debe de ejercer la función interpretativa de las normas; y que tal función comprende incluso la interpretación integradora de la norma, es decir: cuando el precepto no establece explícitamente toda la regulación necesaria cabe al juzgador completarlo, utilizando para ello el conjunto del Derecho donde la norma se inscribe, sus antecedentes y la tradición histórica del mismo (Vd ALBALADEJO: "Derecho Civil" T.I. Vol.I 12ª Ed. Barcelona 1991 p.174-175). Pero en el caso que nos ocupa el Tribunal no llevó a cabo una interpretación integradora sino más bien creadora del Derecho, excediéndose por tanto en sus funciones: el art.2 RDL 18/1993 en realidad no legaliza las ETT, cuya conceptualización podía estar más o menos definida en el foro jurídico; legaliza una determinada actividad de cesión, la llevada a cabo por ETT debidamente autorizada en los términos establecidos por la ley; términos cuya determinación escapa a la función interpretativa del juzgador; porque no hay bases sobre las que aplicar esa función y porque dicha determinación está expresamente atribuida al legislador.

²⁷⁶

PEREZ ESPINOSA: "La empresas de trabajo temporal..." Op.cit.p.107; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: " La ley 14/1994..." Op.cit.p.347; GARCIA FERNANDEZ: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos". Actualidad Laboral 1994 nº34 p.525.

La primera proposición no añade nada nuevo, ya que es condición indispensable para que cualquier cesión sea lícita, el que el cedente sea considerado el verdadero empresario del trabajador cedido, de otra forma no podrá mantenerse que existe contrato de trabajo entre ambos y no habrá, en consecuencia, cesión, ni se producirán las ventajas que con la cesión lícita se pretenden: que el empresario cesionario no responda plenamente como el verdadero empresario del trabajador cedido. Independientemente de cuál sea el eje que divide lo lícito y lo ilícito, en toda cesión lícita el cedente debe ser siempre verdadero empresario del trabajador cedido. Por ello la proposición clave es la segunda, que toda cesión ilícita sea aquella en la que el cedente no es verdadero empresario del trabajador cedido.

Detengámonos no obstante en la primera de las proposiciones. A este respecto aunque la ley 14/1994 no dice expresamente que la ETT debidamente autorizada detenta la condición de empresario laboral de los trabajadores cedidos, sí lo deja traslucir, puesto que la base del sistema radica en que la ETT contrata laboralmente a los trabajadores: existe un contrato de trabajo celebrado entre ambos que perdura incluso durante el tiempo en que el trabajador se encuentra cedido a la empresa usuaria (art.10).

Es con esta idea en mente como habrá de interpretarse la Disposición Adicional Tercera de la ley 11/1994. Esta Disposición ha introducido un añadido a la noción de empresario del art.1.2 TRET para contemplar también dentro de este precepto a aquellos que reciben la prestación de servicios "...de personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas", donde los términos "empresas de trabajo temporal legalmente constituidas" han de entenderse, de acuerdo con una interpretación sistemática, como empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas según lo establecido en la ley 14/1994. A pesar de la poca claridad de la redacción con la que queda configurado el nuevo art.1.2

TRET, que parece estar ampliando la noción de empresario para cubrir también a la empresa usuaria, que es quien recibe la prestación del trabajador²⁷⁷; la lógica obliga a concluir en sentido contrario. La Disposición Adicional Tercera vino, como mínimo, a incluir a la empresa de trabajo temporal debidamente autorizada dentro del concepto de empleador²⁷⁸, y ello por dos razones: porque antes de la reforma quedaba excluida del mismo, como ya hemos expuesto en páginas anteriores; y porque, como acabamos de decir, para que la cesión sea lícita es necesario que el cedente sea el verdadero empresario del trabajador cedido. La Disposición Adicional Tercera no pudo tener como objetivo únicamente el traer a la empresa usuaria dentro del concepto de empresario, porque con anterioridad a la reforma ya era considerado como tal: la cesión a través de ETT se consideraba cesión ilícita porque era la usuaria quien ejercía de verdadero empresario de acuerdo con el concepto de empresario entonces imperante; recibía la prestación del servicio, y sobre todo éste se ejecutaba dentro de su ámbito de organización y dirección. Antes de la reforma pues, la empresa usuaria podía acomodarse de alguna manera dentro de los límites del art.1.2 E.T., y en consecuencia no era necesario la ampliación de este precepto para darle cobijo. En consecuencia el nuevo art.1.2 TRET, o bien viene a considerar a la ETT como empresario laboral del trabajador puesto a disposición, o bien, si se quiere aventurar la tesis de la dualidad empresarial, sobre la que volveremos, viene a considerar a ETT y usuaria como empresario conjunto. En cualquier caso la ETT siempre forma parte de la posición jurídica empresarial.

²⁷⁷ Detectado de forma inteligente por RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO Op.cit.p.350. CRUZ VILLALON: "El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal", AAVV. [Coord. ALARCON] "La reforma laboral de 1994". Madrid, 1994, p.46, muestra su extrañeza por el hecho de que el Estatuto atribuya la condición de empresario a la empresa usuaria, y señala que tal expresión "sólo puede ser interpretada en sentido organizativo o productivo del término, no en sentido técnico contractual".

²⁷⁸ Vd PEREZ-ESPINOSA: Op.cit.p.105.

La segunda proposición; esto es, el que cualquier cesión llevada a cabo por ETT debidamente autorizada no puede considerarse ilícita, sí es de gran importancia. Si ello es cierto confirmará nuestra tesis de que la cesión ilícita gira en torno al concepto de verdadero empresario laboral; si no lo es habrá de buscarse otro eje axial, puesto que dentro del ilícito tendremos cesiones a través de cedentes que no se comportan como auténticos empresarios laborales y cesiones a través de cedentes que sí lo hacen. El punto crucial aquí radica en saber si cuando el art.43.1 TRET admite sólo las cesiones "a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan" esos términos legales están haciendo alusión a la debida autorización de las ETT, o a la forma de llevar a cabo la cesión temporal de trabajadores. Si la segunda alternativa fuera la correcta, entonces el ilícito no dependería únicamente de que el cedente fuese o no verdadero empresario, sino que tendrían que tenerse en cuenta circunstancias adicionales ajenas a la calidad de empresario laboral del cedente. En nuestra opinión la respuesta debe de inclinarse por la primera de las alternativas, siendo la ampliación sufrida por el art.1.2 TRET la llave que nos muestra la solución del problema. El art.1.2 TRET junto al art.43 TRET son los dos únicos preceptos dentro del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores dedicados a las cesiones a través de ETT, por lo que se impone una interpretación conjunta de ambos. El art.1.2, ya lo hemos señalado, da cobijo como empresario laboral a las "empresas de trabajo temporal legalmente constituidas"; una interpretación sistemática sólo nos puede conducir a pensar que ese "legalmente constituidas" es equivalente al "en los términos que legalmente se establezcan" a que se refiere el art.43.1 TRET, por lo que hay que concluir que estos términos, en línea con el art.1.2 TRET, están haciendo alusión a las empresas de trabajo temporal y a su debida autorización, pero no a la forma en que se lleva a cabo la cesión. En definitiva, toda cesión llevada a cabo por ETT debidamente autorizada es lícita; mientras que si realizada por una empresa que no sea ETT o siéndolo no esté debidamente autorizada,

la cesión será ilícita y el cedente no será verdadero empresario del trabajador cedido: no queda cubierto por la parte histórica del art.1.2 TRET porque ni reciben la prestación del trabajador ni esta prestación se lleva a cabo dentro de su ámbito de organización y dirección; y tampoco queda cubierto por la parte novedosa del precepto porque ésta tan sólo se refiere a empresas usuarias y ETT debidamente autorizadas, pero no a empresas cedentes que no sean ETT, o ETT que no estén debidamente autorizadas.

En suma, la cesión ilícita sigue girando en torno al mismo eje: el concepto de empresario laboral. Ahora bien, este eje se ha desplazado tras la reforma para dar cabida, junto a la contrata, a la cesión lícita a través de ETT; y junto al contratista, a la ETT debidamente autorizada. El concepto laboral de empresario, que, dentro del fenómeno de cesión anterior a la reforma, venía representado por aquella persona física o jurídica en cuyo ámbito organizativo el trabajador prestaba sus servicios, se ha desbordado; la ETT con autorización es el empresario laboral aún cuando el servicio se preste "en la empresa usuaria" (art.6.1), y aún cuando durante el tiempo de prestación de servicios en dicho ámbito es la empresa usuaria quien ejerce las facultades de dirección y control de la actividad laboral (art.6.1 y 15.1).

Existe pues dentro del fenómeno de la cesión de trabajadores un nuevo concepto de empresario que marca el lugar de la nueva línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito. Si el cambio en cuanto tal no es criticable, la ley 14/1994 sí merece el reproche de dar lugar a un nuevo concepto laboral de empresario que viene definido por rasgos hasta ahora totalmente ajenos al mismo, y que darán lugar a graves incoherencias como veremos en seguida.

Para poder percatarnos de estas incoherencias hemos de abordar primero esas dos premisas que de acuerdo con el art.43.1 TRET es necesario que se produzcan, simultáneamente, para que estemos ante una cesión lícita:

a) por un lado hemos de estar en presencia de una empresa de trabajo temporal. La ETT viene definida por el art.1 ley 14/1994 como "aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados"; y esa puesta a disposición viene caracterizada por el hecho de ceder el trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél (art.6.1 ley 14/1994). La ETT se define pues en relación a la actividad que desarrolla de manera general, sin que desvirtúe su calificación de tal el que de manera aislada lleve una actividad distinta a la de suministro de trabajadores, en la forma en la que hemos definido tal suministro.

b) por otro lado la ETT debe estar debidamente autorizada. Esta autorización administrativa viene regulada en el art.2 ley 14/1994: se deberá obtener previamente al inicio de la actividad²⁷⁹, y para su obtención la persona física o jurídica (ETT) que la solicite deberá de justificar ante el órgano administrativo competente el cumplimiento de una serie de requisitos listados en el precepto (art.2.1 ley 14/1994)²⁸⁰. De concederse, la autorización tendrá una validez de un año y podrá prorrogarse por dos períodos sucesivos de igual duración, esto es, de un año cada uno, para lo cual la ETT deberá solicitar la correspondiente prórroga²⁸¹. Cuando haya

²⁷⁹ La solicitud de autorización se resolverá en el plazo de tres meses siguientes a su presentación. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa la solicitud se entenderá desestimada (art.2.4 ley 14/1994).

²⁸⁰ El art.1 del RD 4/1995 enumera los datos y documentación que habrá de aportarse en y con la solicitud.

²⁸¹ La ETT deberá solicitar la prórroga con una antelación máxima de tres meses a la expiración de la validez de la autorización (art.2.3 ley 14/1994). La solicitud de prórroga deberá de resolverse en el plazo de tres meses siguientes a su presentación; y

realizado su actividad de suministro de trabajadores durante tres años en base a las autorizaciones correspondientes (la inicial más las prórrogas), la autorización se concederá sin límite de duración (art.2.3 ley 14/1994), para lo cual, y aunque no lo diga expresamente la norma (tampoco el RD 4/1995), entendemos que deberá mediar también su solicitud previa²⁸². Con objeto de que todas estas prórrogas sean concedidas, tanto las dos provisionales como la permanente, será necesario el que la ETT justifique que ha cumplido y cumple con los requisitos listados en el art.2.1 ley 14/1994 y necesarios para la obtención inicial de la

si transcurrido tal plazo no hubiera recaído resolución expresa se entenderá estimada (art.2.4 ley 14/1994). Funciona aquí pues el silencio administrativo positivo, a la inversa de lo que sucede cuando se trata de la solicitud inicial.

Cuando la ETT no presenta la solicitud de prórroga con la antelación indicada, el art.5.1 c) del RD 4/1995 dispone que la empresa de trabajo temporal si quiere seguir ejerciendo su actividad, deberá de solicitar nueva autorización administrativa; lo que le supone, amén de una mayor aportación de documentación que la que se le exige de tratarse de una prórroga, el que le obtención de autorización permanente, a la que enseguida nos referiremos, se retrase. Como vemos, se extrema al máximo el control sobre la ETT. Aparte de ello, como el trámite de concesión puede llevar hasta tres meses, es posible la existencia de un lapso de tiempo entre la expiración de la validez de la antigua autorización y la obtención de la nueva, durante el cual la empresa no puede llevar a cabo su actividad de suministro de trabajadores puesto que no está autorizada; y de hacerlo deberá de calificarse como cesión ilícita con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

282

Así se infiere de la dicción del art.2.3 ley 14/1994: "... La autorización se concederá sin límite de duración cuando ...", y del art.3.3 ley 14/1994: "cuando se haya concedido la autorización sin límite de duración ..."; y si ha de concederse es porque con anterioridad se ha pedido. Así se infiere también del fuerte talante fiscalizador de que hace gala la norma.

La solicitud de esta tercera prórroga entendemos que deberá de hacerse con una antelación mínima de tres meses respecto a la expiración de la validez de la autorización; con las consecuencias ya expuestas en el pie de página anterior, cuando no se da cumplida satisfacción a este requisito.

autorización²⁸³; y aunque nada dice la norma, y es una omisión de importancia, entendemos que los mismos órganos administrativos competentes para otorgar la autorización o sus prórrogas pueden, en un momento en que la autorización se encuentra en vigor, revocarla si la ETT deja de cumplir con alguno de los indicados requisitos²⁸⁴.

Si la empresa que cede mano de obra (en el sentido de desplazarla al ámbito organizativo de la usuaria) no es ETT, aún cuando esté debidamente autorizada, sus cesiones serán consideradas ilícitas y dejará de ser considerada el empresario de los trabajadores cedidos. El supuesto no será en exceso frecuente, por cuanto si cuenta con la debida autorización, normalmente será una ETT; pero aún así puede darse: empresa cuya actividad es el suministro de mano de obra, que recaba la debida autorización en virtud del art.2 ley 14/1994 y que, con posterioridad, cuando la validez de la autorización todavía está en vigor, convierte la actividad del suministro en una actividad secundaria, con lo que deja

283 Así se establece expresamente por el art.2.3 ley 14/1994 para las prórrogas provisionales; y así creemos que debe rezar también para la de carácter permanente.

284 Así pensamos en base a la teoría de los poderes implícitos de la Administración. Es cierto que, como regla general la atribución de potestades a la Administración, debe de ser expresa y que la ley 14/1994 no otorga expresamente a los órganos administrativos competentes el poder de revocar una autorización de una ETT. Pero como dicen GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ: "Curso de Derecho Administrativo" T.I, 6ª Ed Madrid 1993 p.436 los poderes implícitos de la Administración "han de deducirse ... de otros poderes expresamente reconocidos por la ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o de tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos". La situación jurídica que construye la ley 14/1994 es la de estrecho control administrativo de las ETT, de tal forma que sólo se permite actuar a aquellas que cumplan ciertos requisitos perfectamente listados. La finalidad fiscalizadora de la norma permite ver un poder administrativo implícito para revocar la autorización administrativa en el momento en que la ETT deja de cumplir con alguno de aquellos requisitos.

de estar incurso en la definición de ETT dada por el art.1 ley 14/1994²⁸⁵. Bajo este sistema una empresa cedente dejaría de ser empresario laboral de sus trabajadores cedidos por el solo hecho de que su actividad de cesión deja de ser su actividad principal, o su única actividad principal; y ello aún cuando su relación con el trabajador cedido siga siendo la misma que la de una ETT: los contrata, los forma, y cumple con las obligaciones salariales y de la Seguridad Social con respecto a ellos²⁸⁶. Esta incongruencia quedaría solventada si la cesión lícita -y por derivación el concepto de verdadero empresario- en vez de venir referida a una ETT debidamente autorizada lo fuera a cualquier empresa debidamente autorizada para ejercer como ETT. Con esto se evitaría, en principio, el que el carácter de verdadero empresario quede sujeto a la noción de ETT, y en consecuencia se evitaría que quede sujeto a cuál sea la actividad principal de la empresa cedente. La calidad de verdadero empresario vendría supeditada tan solo a la obtención de la debida autorización, lo cual también merece los comentarios que a continuación exponemos.

Si la empresa que cede trabajadores es ETT pero no está debidamente autorizada, sus cesiones caerán dentro del ilícito y en consecuencia no podrá reputarse empresario laboral de los trabajadores cedidos. De entre los requisitos necesarios para obtener la autorización, establecidos en el art.2.1 ley 14/1994, hay tres que tienen conexión con el carácter típico de empresario laboral: disponer de una estructura organizativa que le

²⁸⁵ Por supuesto esto dará lugar a que la empresa en cuestión no pueda prorrogar su autorización o ésta sea revocada, por cuanto uno de los requisitos habilitantes es el dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de ETT (art.2.1.b); pero aún así será difícil impedir el que durante un cierto período siga cediendo trabajadores con la debida autorización.

²⁸⁶ A esta situación se equipara aquella otra en la que la empresa cedente nunca ha sido ETT por no ser su única actividad principal el suministro de trabajadores, pero mantiene una relación con los trabajadores que cede idéntica a la de una ETT, por tratarse de empresa real y seria.

permita cumplir con las obligaciones que asume como empleador (art.2.1.a); carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social (art.2.1.c); y garantizar en la forma dispuesta por el art.3 ley 14 /1994 el cumplimiento de las obligaciones salariales y para con la Seguridad Social (art.2.1.d). Estos tres requisitos tienden a garantizar el que la empresa cedente puede cumplir, y de hecho cumple, con sus obligaciones básicas como empleador. Los tres requisitos restantes que recoge el mismo precepto no tienen sin embargo conexión con el carácter típico del empresario laboral, a saber: dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de ETT (art.2.1.b); no haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones (art.2.1.e); y, por último, incluir en su denominación los términos "empresa de trabajo temporal" (art.2.1.f). De nuevo podemos tener una empresa que mantenga con sus trabajadores una relación idéntica a aquella que mantiene una ETT debidamente autorizada, pero que sin embargo no pueda considerarse empresario laboral de los mismos al faltarle la debida autorización, por fallar en alguno de los tres últimos requisitos citados.

En nuestra particular opinión el legislador se ha equivocado, en un exceso de celo protector cuando está en presencia de una posible ETT. Debería haber supeditado la autorización tan solo a los tres requisitos conectados con rasgos característicos del empresario laboral, y dejar los otros tres como obligaciones cuyo incumplimiento diese lugar a la correspondiente sanción pero no a la denegación o evocación de la autorización, y por ende no a que la cesión, de llevarse a cabo, sea ilícita. Con los cambios que proponemos el concepto de empresario dentro del fenómeno de la cesión se habría desplazado, pero vendría todavía definido por rasgos que siempre han sido característicos del empleador típico: contratar al trabajador, formarlo y cumplir con las obligaciones

salariales y de la Seguridad Social²⁸⁷.

Pero aún hay más, no solamente nos encontramos con un concepto "descafeinado" de empresario laboral, sino que además se observa que cuando tomamos todo el fenómeno de cesión en su conjunto, el eje sobre el que giran la cesión lícita y la ilícita se ha desplazado y se ha dislocado al mismo tiempo, puesto que no se ha establecido un concepto unitario de verdadero empresario para cesiones a través de ETT y para cesiones a través de contrata: unas veces la divisoria vendrá marcada por contratar y cumplir con las obligaciones salariales y de Seguridad Social; y otras veces se necesitará el que la prestación se lleve a cabo dentro del ámbito organizativo del cedente (cuando no se sea ETT, o no se esté debidamente autorizado para suministrar trabajadores)

4.2 La dualidad empresarial en la cesión a través de ETT.

La reforma del 94 ha introducido un añadido al concepto estatutario de empresario, que es el que se aplica a la relación triangular donde intervienen ETT y empresa usuaria. Podría esto servir de base para entender que, a diferencia de como estructurábamos la posición jurídica del empresario del trabajador cedido en un

287

Podría todavía argüirse que simplemente el supeditar la condición de empresario a una autorización administrativa lo desconecta ya de cualquier rasgo típicamente empresarial, por cuanto una empresa que mantenga una relación laboral con sus trabajadores cedidos idéntica a la de una ETT autorizada podría incurrir en cesión ilícita, y en consecuencia ser catalogada como falso empresario, simplemente por no solicitar o no prorrogar la autorización. Sin embargo en este caso la falta de autorización creemos que podría equivaler a la presunción legal de que el cedente no es el auténtico empresario del trabajador en su acepción clásica. El legislador simplificaría de esta forma el proceso racional que hasta la reforma aplicaban nuestros tribunales, analizando un número variable de características que permitían concluir si el cedente era o no auténtico empresario del trabajador. Con la ley 14/1994 el mismo resultado se obtendría simplemente acudiendo a la tenencia o carencia de autorización administrativa.

caso de contrata, aquí no hay ni zona nuclear ni zona periférica, sino que aquellos derechos y obligaciones que no son detentadas por la ETT ya no pueden calificarse como empresariales, puesto que, de acuerdo con el art.1.2.TRET, la ETT es el empresario laboral del trabajador puesto a disposición. Hemos de rechazar esta solución: aparte de que la dicción del art.1.2.TRET no es en absoluto clara y en consecuencia la afirmación anterior puede admitir matices, la situación actual de nuestro ordenamiento laboral tampoco la apoya: la situación triangular de las cesiones a través de ETT se ubica dentro del imperio del Estatuto de los Trabajadores y por lo tanto el empresario en tales situaciones debe de seguir detentando todas las obligaciones y derechos que el Estatuto reserva al concepto de empresario²⁸⁸, y que emanan del contrato de trabajo; no cabe hablar de la aplicación de tesis relacionistas para el supuesto específico de las cesiones a través de ETT.

En suma, en los supuestos de cesiones a través de ETT, como en los supuestos de contrata, ha de recurrirse bien a la tesis de la relación laboral mediata, bien a la de la dualidad empresarial. Nosotros nos inclinamos por la segunda²⁸⁹; y en su apoyo, traemos aquí todo lo expuesto en relación con las contrata: en especial lo relativo al poder de dirección (que cuando el trabajador se halla cedido es transmitido totalmente a

²⁸⁸ Distinto podría ser si las situaciones triangulares de cesión a través de ETT se constituyeran como una relación laboral de carácter especial donde el concepto de empresario fuera distinto al contenido en el E.T.. Por esta vía aboga algún autor: GARCIA FERNANDEZ: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente" Actualidad del Laboral nº 34 1994 p.542.

²⁸⁹ Fuera de nuestra fronteras ya ha habido pronunciamientos en favor de esta posición empresarial dual en situaciones de cesión a través de ETT. Ver LYON CAEN: "Les sociétés de travail temporaire en France et dans la CEE" Dalloz XVI Abr 1971 (VER); también Vd LYON-CAEN y MAILLARD: "La mise a disposition de personnel" Droit Social nº4 1981 p.327.

la empresa usuaria (art.15.1)²⁹⁰); y lo referente también a la materia de seguridad e higiene (cuyo responsable es la empresa usuaria (art.16.2)).

En esa dualidad, la ETT mantiene un vínculo con el trabajador tal que le permite seguir figurando cara al exterior como el empleador. El desplazamiento del concepto de empresario laboral dentro del fenómeno de la cesión al que nos hemos referido en el epígrafe anterior, no significa otra cosa que la reducción de esa zona nuclear indivisible de características empresariales sin cuya detentación no se puede ser catalogado como verdadero empresario del trabajador: en especial, el ejercicio del poder de dirección deja ahora de formar parte de dicha zona nuclear. La zona de características empresariales periféricas que pueden ser transferibles, se incrementa en consecuencia.

La tesis de la dualidad empresarial que proponemos como hipótesis puede sonsacarse, como ocurriera en el supuesto de las contratas, de signos escondidos en la propia norma:

A Cesión a través de ETT como sistema de colocación de trabajadores.

Es doctrina prácticamente asentada el que la mediación y la cesión son figuras jurídicas distintas: mientras la primera se caracteriza por la existencia de un intermediario que pone en contacto a trabajador y empleador sin que en ningún momento exista vínculo laboral entre el trabajador y tal intermediario; en la segunda por el contrario, ese, llamémosle también "intermediario", contrata al trabajador y lo cede, permaneciendo el vínculo laboral entre ambos aún durante el período de cesión.

²⁹⁰

En contra ROMAN DE LA TORRE Op.cit.p.125-126; también SAGARDOY: "Relaciones jurídicas..." Op.cit.p.100 y ss; CRUZ VILLALON: "El marco..." Op.cit.p.103 que entienden que la ETT detenta la titularidad del poder de dirección y sólo delega su ejercicio a la empresa usuaria.

Ello no niega en absoluto la enorme proximidad que puede darse a veces entre ambas. Lo vemos de forma evidente en las cesiones ilícitas, que en sustancia pueden equipararse a la mediación, por cuanto aunque en la forma subsista un vínculo laboral entre cedente y trabajador cedido, en la realidad tal vínculo es nulo y existe otro, el auténtico, entre trabajador y cesionario, por lo que se puede decir que el trabajador ha sido "colocado" en otra empresa. Pero aún en este caso, la simple existencia de un vínculo formal entre intermediario y trabajador da lugar, en nuestro ordenamiento, a una regulación distinta a la de la mediación: la cesión ilícita viene regulada por el art.43 TRET al que, como ya se expuso, es ajena la mediación, cuya prohibición se contiene en el art.16.2 TRET. Los importantes efectos jurídicos que la primera de las disposiciones establece no alcanzan en principio a la figura de la mediación; y ello porque el art.43 TRET no pretende proscribir los perjuicios que sufre el trabajador al ser "colocado" en otra empresa; perjuicios que se materializarán principalmente en sus ingresos remunerativos, sino que va mucho más allá buscando la eliminación de un abanico mucho más amplio de perjuicios y además, de un mayor calado: aquéllos que se derivan de vincular formalmente al trabajador con un empresario que no es el suyo, situación ésta que no se da en la mediación. Esta vinculación cedente-trabajador da plena justificación a la separación jurídica entre mediación y cesión: su existencia o inexistencia pondrá en juego diferentes derechos del trabajador.

La proximidad se observa también entre la mediación y la cesión lícita; en especial en nuevo tipo de cesión lícita: aquella llevada a cabo a través de ETT. Es innegable que en su actuación la ETT "coloca" al trabajador dentro del complejo organizativo de la usuario durante el tiempo que dura la cesión²⁹¹, pero

²⁹¹ Vd CRUZ VILLALON: "El marco ..." Op.cit.p.47: "si bien su configuración jurídica [la de la ETT] se distancia sin duda de las agencias de colocación, desde la perspectiva de su actuación en el mercado de trabajo su intervención posee notables

como ocurre con la cesión ilícita, no puede pasarse por alto el dato fundamental de la vinculación jurídica entre cedente y trabajador, que en este caso no es solamente formal sino también material. La ETT legalizada se sitúa dentro de la cesión lícita y en consecuencia fuera de la mediación o colocación²⁹²; y ello a pesar del famoso Dictamen del Director General de la OIT en 1965 por el que se declaraba que el Convenio 96 OIT relativo a las agencias retribuidas de colocación era de aplicación igualmente a las ETT²⁹³.

Por todo lo expuesto, nos parece jurídicamente incorrecto que la incorporación de las ETT a nuestro ordenamiento, operada primero por el RDL 18/1993 y luego por ley 10/1994, se articulase como una mejora a los servicios públicos de empleo; esto es, a los

concomitancias". También MATIA PRIM: "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral". AAVV. (Coord. VALDES DAL RE) "La reforma del mercado de Trabajo". Valladolid, 1994, p.22-23: "las empresas de Trabajo Temporal ..., constituyendo ciertamente instrumentos relacionados con la contratación ... no dejan de representar para la empresa usuaria una función equivalente a la de la colocación". Esto es lo que ha llevado a algún autor hasta el punto de afirmar que la ley 14/1994 viene a configurar a la ETT como una forma peculiar o atípica de agencia de colocación (PEREZ-ESPINOSA. "Las empresas ..." Op.cit.p.104).

²⁹² Así lo defendía, y de forma enérgica, la doctrina científica: entre otros DURAN LOPEZ: "Las empresas de trabajo temporal" Op.cit.p.19; SAGARDOY y GUERRERO: "Las empresas de trabajo temporal. Notas para un estudio" Op.cit.p.40. Recientemente, y con la reforma ya en vigor, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: "La ley 14/1994..." Op.cit.p.349. También SAGARDOY: "Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal". AAVV. "Reforma de la legislación laboral". Asociación Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. [Coord. DE LA VILLA]. Madrid, 1995, p.99-100.

²⁹³ En contra de la aplicación del Convenio 96 OIT a las ETT ver DURAN LOPEZ Op.cit.; SAGARDOY y GUERRERO Op.cit.; VAZQUEZ MATEO: "El prestamismo laboral: las empresas de trabajo temporal en Europa" IES Zaragoza 1980 p.15-16 (VER RODRIGUEZ PIÑERO ROYO).

Para una diferente argumentación jurídica para conciliar el Convenio 96 OIT y la legalización de las ETT ver PEREZ-ESPINOSA: "Las empresas de trabajo temporal ..." Op.cit.p.107-110.

servicios públicos de colocación de trabajadores. En las Exposiciones de Motivos de ambas normas se lee con idéntico literal: "...teniendo en cuenta que los servicios públicos de empleo no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo... se posibilita la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos y se permite la actividad de las empresas de trabajo temporal...". Aún más significativo era que, también en ambas normas, el precepto por el que se legalizaban las ETT venía ubicado dentro de un capítulo que lleva el título de "De la colocación". Posteriormente, la Memoria Explicativa de la ley 14/1994 saldrá al paso de malentendidos para afirmar que "la actividad desarrollada por las empresas de trabajo temporal no es constitutiva de colocación"²⁹⁴.

La incorrección jurídica reseñada no hace más que poner de manifiesto el que en una cesión a través de ETT la empresa usuaria se comporta como empresario del trabajador cedido por lo que se evoca la idea de "colocación". Desde esta perspectiva la incorrección jurídica lo es menos si aceptamos la tesis de la dualidad empresarial: la entrada de la empresa usuaria dentro de la posición jurídica del empresario para ocupar un lugar junto a la propia ETT justifica de alguna manera el que este tipo de cesión se confunda

²⁹⁴

Esta afirmación vino confirmada por el contenido de la ley 11/1994. Esta ley, entre otras cosas, introdujo modificaciones a la LISOS. Sustituyó el número 1 del artículo 28 de este último texto legal para pasar a considerar como infracción muy grave el "Ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la colocación de trabajadores, así como ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa". Si la cesión de trabajadores a través de ETT debidamente autorizada fuera un supuesto de mediación o colocación de trabajadores, el citado precepto hubiera señalado como infracción muy grave la actividad de mediación con fines lucrativos sin haberse obtenido la debida autorización administrativa. Puesto que no lo hace, aquél tipo de cesión no puede ser un caso de mediación, ya que de otra forma debería de admitirse como cierto la absoluta incongruencia de que el nuevo tipo de cesión legalizada constituye una infracción muy grave.

jurídicamente con la colocación, puesto que en aspectos específicos de la relación laboral es la empresa usuaria quien hace de empresario, y no la ETT. No se trata sin embargo de una auténtica colocación: el verdadero empresario vendría conformado por la dualidad ETT-usuaria, y aunque es distinto de la ETT tomada aisladamente, que es quien contrató inicialmente, el vínculo laboral entre ésta y el trabajador no acaba por romperse y en consecuencia no puede decirse que la ETT "coloca" al trabajador contratado por ella, sino que lo cede.

B La ampliación del art.1.2 TRET.

Ya hemos razonado líneas arriba que el añadido que la Disposición Adicional Tercera de la ley 11/1994 hizo al art.1.2 TRET tiene como fundamento el dar cabida a la ETT centro del concepto laboral de empresario. Sin embargo no podemos pasar por alto el hecho de que la redacción con la queda en la actualidad el citado precepto es enormemente contradictoria en relación con dicho objetivo. De acuerdo con ella el empresario sería aquél que recibe la prestación de servicios de las personas contratadas por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas; lo que parece conducirnos de forma indubitada hacia la empresa usuaria²⁹⁵. Es más, hay que reseñar también que la presunción del art.8.1 TRET, a diferencia del art.1.2., no ha sido matizada en absoluto, de tal forma que sigue presumiéndose existente una relación laboral 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. Esta presunción, a salvo el requisito de la retribución, nos conduce igualmente hacia la relación laboral trabajador-empresa usuaria, aún cuando la idea subyacente en la legalización de las ETT repetimos que es la permanencia de un vínculo laboral ETT-trabajador.

²⁹⁵ Así lo observa RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO Op.cit.p.350. Ver también CRUZ VILLALON: "El marco ..." op.cit.p.46.

La tesis de la dualidad podría salir al paso de estas incongruencias: por un lado salva esa idea fundamental consistente en que la ETT sigue siendo el empresario laboral del trabajador que cede, con la matización de que lo que detenta la ETT es la titularidad de esa zona nuclear que le permite seguir siendo considerado como el verdadero empresario. Por otro lado explica la dicción del actual art.1.2. TRET y las posibles inferencias del art.8.1 TRET, puesto que entiende a la empresa usuaria como copartícipe en la posición jurídica empresarial.

La doctrina por su parte sale del atolladero apuntando que la ETT también recibe prestación de servicios del trabajador cedido, aunque no sea directamente, y ello porque es a través de la puesta a disposición del trabajador como la ETT puede desarrollar la actividad a la que se dedica: el suministro de trabajadores²⁹⁶. La solución puede tomarse como válida, pero nos lleva irremediabilmente hasta la tesis de la dualidad empresarial, al ser dos las empresas que reciben la prestación del trabajador cedido: ETT y usuaria²⁹⁷.

5. Cesión ilícita y grupo de empresas.

Como último ejercicio pasaremos a desarrollar la relación existente entre la figura de la cesión ilícita y la doctrina judicial-laboral sobre el fenómeno del grupo de empresas. Respecto a esta última ya vimos, en epígrafe relativo a las contratas, cuándo nuestros Tribunales entendían que el grupo de empresas producía efectos jurídico-laborales, al ser considerado en su

²⁹⁶ En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO Op.cit.p.351 pie de pág 27; PEREZ-ESPINOSA Op.cit.p.105.

²⁹⁷ Repárese además que cuando estudiábamos el fenómeno del grupo de empresas y su incidencia en el plano jurídico-laboral, una de las características que hacía el que el grupo fuera considerado como un único empresario frente al trabajador era precisamente la prestación de servicios por parte de este último simultáneamente a las empresas del grupo.

conjunto como empresario del trabajador; exposición a la que desde aquí remitimos²⁹⁸.

El conjunto que conforman cedente y cesionario de una cesión ilícita puede perfectamente catalogarse como grupo de empresas, en su acepción amplia no laboral, donde la vinculación suele ser de tipo contractual, aunque tampoco son infrecuentes las vinculaciones de tipo financiero donde el cedente ficticio es un instrumento creado por el propio cesionario. Potencialmente pues, este grupo es susceptible de ser objeto de la doctrina judicial sobre el grupo de empresas con incidencia en el plano ius-laboral. En nuestra opinión no obstante, los grupos de empresas objeto de tal doctrina y el grupo formado por cedente y cesionario de una cesión ilícita son claramente distinguibles.

Para que estemos ante un grupo de empresas con incidencia en el plano laboral era necesario el funcionamiento integrado de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; el empresario contratante, el que figura como empresario formal, participa como uno más en tal funcionamiento integrado; es un componente más del verdadero titular empresarial-laboral, que es el grupo en sí mismo. En la cesión ilícita por el contrario, no hay tal funcionamiento integrado; el empresario formal se desvincula del trabajador, no ejerce ni participa en la auténtica titularidad empresarial-laboral, es un mero interpositor entre el trabajador y el verdadero empresario, que ya no será, en este caso, el grupo en su totalidad, sino alguna o algunas de sus empresas, aquellas que ejerzan como verdadero empresario del trabajador, y entre las que no se contará el cedente²⁹⁹.

²⁹⁸ Ver supra II; 3.4; c.3.

²⁹⁹ Diferenciando entre grupo de empresas con incidencia en el plano laboral y cesión ilícita vd STCT 7 Feb 84 (1038) que desestima la existencia de cesión ilícita porque "la simple concurrencia de dos o más empresarios no determina sin más, la existencia de tal figura, sino la posible existencia de una nueva

La distinción por la que abogamos se complica en aquellos supuestos donde se produce una confusión patrimonial con dirección unitaria dentro del grupo; supuestos que, como vimos, son uno de los casos que dan lugar a que el grupo sea considerado como unidad en el plano laboral. Ya hemos visto que hay supuestos de cesión ilícita en que el cedente existe formalmente como empresa pero su complejo organizativo no le es propio sino prestado, puesto que utiliza los locales y herramientas de la cesionaria, de la que depende. En este caso podría hablarse de confusión patrimonial con dirección unitaria y quedar solapado con el fenómeno del grupo de empresas. Desde nuestro punto de vista aún en estos casos las dos situaciones son distinguibles, puesto que en la cesión ilícita no hay realmente confusión patrimonial entre dos empresas situadas en el mismo plano, sino utilización por parte de la cedente del patrimonio de la cesionaria, habiendo

unidad empresarial o centro de imputación de responsabilidades ...". También la STSJ Andalucía 17 Abr 90 (2690) donde el trabajador había prestado servicios indistintamente a varias empresas. El Tribunal dirá que "la conjunción de más de un empresario ligados al trabajador no determina por sí misma la comisión de una cesión ... prohibida por la ley", por el contrario se decía que ello podía provocar la consideración de un supuesto de unidad de empresa. Sólo hay que criticar el hecho de que el Tribunal entendiese que existe cesión ilícita cuando concurre un ánimo fraudulento y especulativo; opinión que no compartimos. De ejemplar claridad es la STCT 30 sep 87 (20234): el Tribunal confirma que el débito laboral de los trabajadores afectados venía realizándose de manera simultánea y alternativa en favor de las dos empresas que componían el grupo; a lo que se añadía el que existía una dirección unitaria, y el que las instalaciones de ambas se hallaban en gran medida unificadas, hasta el punto de contar con elementos comunes. Con estas bases el Tribunal concluye que en el plano iuslaboralista ambas sociedades conformaban una sola empresa, de donde deduce la responsabilidad solidaria imputable a ambos cotitulares; para acabar expresando que: "Consiguientemente, la prestación de servicios, desde perspectiva formal, para una y otra Sociedad, en términos alternativos y simultáneos, no es subsumible en la ilícita cesión que proscribe el art.43 del Estatuto de los Trabajadores, por no concurrir el fenómeno de la interposición sobre el que tal precepto descansa". Ver también en el mismo sentido la STCT 10 Feb 88 (1534). Más recientemente la STSJ Cataluña 21 Nov 94 (4394) marca asimismo la diferencia entre ambas situaciones aunque sin mayores argumentaciones.

una relación de dependencia económica entre ambas. Ambos fenómenos pues, deben seguir distinto cauce: el uno el régimen elaborado por la jurisprudencia y el otro el establecido en el art.43 TRET. Ciertamente es que los efectos jurídicos de uno y otro son en parte coincidentes: imposición de la responsabilidad solidaria a las empresas intervinientes. Pero no es menos cierto que aquéllos en los que difieren hacen que la distinción entre ambas figuras no sea una cuestión baladí: la cesión ilícita es una conducta prohibida y, como manifestación de su peligrosidad social, el trabajador tiene conferido el derecho a optar por la condición de fijo en cualquiera de las dos empresas en presencia; y además, de darse las circunstancias necesarias, queda sujeta a punición administrativa e incluso penal.

La jurisprudencia no obstante, pensamos que ha errado en ocasiones a la hora de diferenciar nítidamente entre ambas figuras. De esta forma a grupos de empresa con incidencia en el plano laboral se les ha aplicado el art.43 E.T.: así la STS 24 Feb 87 (3978) confirmaba la sentencia del juzgador "a quo" donde se había declarado la existencia de una unidad empresarial, y se había aplicado el art.43 E.T. por entender que había cesión ilícita. La STSJ Madrid 12 Mar 91 (1850) es ejemplo patente de este pensar: "... al haber quedado acreditado que el actor prestó sus servicios para ambas empresas ... resulta clara la necesidad de hacer una condena solidaria de las codemandadas, conforme al art.43 del Estatuto de los Trabajadores, ya que las dos demandadas son sociedades regidas y participadas en su capital por las mismas personas, prestando servicios el demandante para ambas empresas ... realizando ... tareas de asistencia a las órdenes personales de quienes ostentaban la representación legal de las dos recurridas, así como gestiones en favor de las mismas ...". Y al contrario, a las cesiones ilícitas se les ha tratado como casos de grupo de empresas: en alguna ocasión la creación por parte de una sociedad, de otra artificial y sin substrato real a la que somete a su dirección, con objeto de eludir responsabilidades, ha sido tratada a veces por la jurisprudencia, como

especie dentro del género judicial del "grupo de empresas"³⁰⁰.

Problema distinto es el determinar si la circulación del trabajador dentro de un grupo de empresas fundamentalmente de tipo financiero debe ser considerado como una cesión ilícita o más bien como simples traslados. No estamos aquí ante un funcionamiento integrado de las organizaciones laborales de las distintas empresas del grupo, estamos

³⁰⁰ Vd por ejemplo STS 3 May 90 (3946). En nuestra opinión la solución es equivocada: o bien estamos directamente ante un acto contrario al art.43 E.T. cuando se crea una filial "ex novo" para que contrate nuevos trabajadores y los ceda a la matriz; o bien estamos ante un fraude de ley: cuando la nueva sociedad se desgaja de la matriz haciéndose cargo supuestamente de una unidad productiva autónoma de ésta a la que se hallan adscritos cierto número de trabajadores. En tal caso, aparentemente estamos ante una sucesión empresarial de las permitidas y reguladas por el art.44 TRET, pero bajo el amparo de esta norma se da lugar a un resultado prohibido por otra: la cesión ilícita del art.43 TRET, puesto que la filial es ficticia y los trabajadores sólo prestan servicios a la matriz; con lo que habrían de aplicarse conjuntamente art.6.4 C.C. y 43 TRET sin tener que recurrir a la responsabilidad solidaria de la construcción jurisprudencial del "grupo de empresas". (La STCT 6 Mar 87 (7055) es ejemplo de un caso de escisión donde la filial compartía local y herramientas con la matriz, y ambas tenían el mismo domicilio social. El Tribunal certeramente, aplicó el art.43 E.T.).

Al último supuesto hay que asimilar los casos en que un empresario individual constituya una sociedad mercantil que continua el negocio, con objeto de esta forma de seguir dominándolo pero limitando su responsabilidad. La constitución de estas sociedades está perfectamente admitida, aún cuando el propósito sea el de limitar la responsabilidad, lo que constituye una actividad lícita siempre que "tal limitación se produce hacia el futuro y no aparece vinculada a un propósito de provocar una situación de insuficiencia económica frente a un incumplimiento previsto de las obligaciones laborales o a una intención de privar a la empresa de los elementos patrimoniales que permitan su subsistencia" (SSTS 19 Sep 88 (6920); 27 Mar 89 (2416)). Cuando la nueva sociedad creada es puramente artificial estaríamos ante un fraude de ley que no impediría la aplicación del art.43 TRET. Nuestro tribunal Supremo sin embargo, tiene la tendencia, errónea en nuestra opinión, de levantar el velo en estos casos e imputar la responsabilidad solidaria de los socios que están detrás de la sociedad (SSTS 29 Mar 85 (1451); 9 Jun 87 (4316); 12 Dic 88 (9592)).

ante la contratación del trabajador por parte de una empresa del grupo y su puesta a disposición a otra empresa del grupo o sucesivamente a varias empresas del mismo grupo. El trabajador no presta sus servicios de forma indiferenciada y simultánea a varias empresas y en consecuencia no podemos hablar de un grupo de empresas al que se aplica la doctrina jurisprudencial del fenómeno de grupo de empresas con incidencia en el plano laboral³⁰¹.

MARTIN VALVERDE entiende que "en vista de que sigue consagrada a nivel jurídico la independencia formal de cada una de las unidades del grupo, hay que concluir que los intercambios de personal entre dichas unidades constituyen verdaderas cesiones de personal y no meros traslados"³⁰². Otro sector doctrinal entiende por el contrario que en la circulación de un trabajador dentro de las sociedades de un mismo grupo no hay cesión, sino más bien movilidad geográfica o funcional³⁰³. Se fundamentan en la confirmación jurisprudencial del grupo de empresa como unidad de tal forma que el vínculo laboral del trabajador es con el conjunto del grupo y en consecuencia la circulación del trabajador no es de una empresa a otra sino más bien un cambio de puesto dentro de una misma organización productiva. La cuestión es que la doctrina jurisprudencial del grupo de empresa se restringe a aquellas que presentan una integración de las organizaciones laborales y no cubre, a nuestro modo de ver, los tipos de circulación que en estos momentos estamos abordando.

³⁰¹ Vd CAMPS RUIZ: "Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos". AAVV. [Coord. BAYLOS y COLLADO] "Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo". Madrid, 1994, p.107.

³⁰² MARTIN VALVERDE: "Cesión ..." Op.cit.p.295. CAMPS: "Problemática ..." Op.cit.p.107, apoya esta postura.

³⁰³ GARCIA MURCIA: "Cesión ..." Op.cit.p.313 y ss.. SANTIAGO REDONDO: "Consideraciones en torno a los grupos de empresas. En especial las prácticas de circulación de trabajadores". Relaciones laborales 1991 p.454 y ss.

MARTIN VALVERDE, tras mantener que estamos ante auténticas cesiones, niega sin embargo el que se trate de cesiones ilícitas puesto que este autor cifra la ilicitud en la finalidad especulativa, y cuando se trata de circulación dentro del grupo "la finalidad de esos intercambios no radica en establecer un mecanismo interpositorio, sino que en el fondo hay criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica. Se busca un mejor funcionamiento y una mejor organización del complejo empresarial. No hay, en principio finalidad especulativa ..."304. Nosotros tenemos que diferir en este punto, puesto que consideramos que el elemento intencional de las empresas intervinientes no es elemento que defina el tipo laboral de la cesión ilícita. Desde el momento en que la empresa del grupo que contrata al trabajador se desvincula del mismo porque lo cede a otra empresa del grupo estamos ante el mecanismo interpositorio y en consecuencia ante una ilícita cesión305.

304 Ibidem p.295-296. También CAMPS Ibidem p.107. Esta línea doctrinal se puede detectar en la STS 26 Nov 90 (8605) (confirmada en STS 30 Jun 93 (4939)), que implícitamente viene a exigir el elemento de la intencionalidad de crear un mecanismo interpositorio para que estemos ante una cesión ilícita. Curiosamente, sin embargo, la misma sentencia señala que los fenómenos de circulación dentro de un grupo requiere el establecimiento de "las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el art.43 [E.T.]".

305 En contra STS 11 May 84 (3019) donde una empresa y su trabajador habían acordado el que éste último prestase trabajo en otra empresa del grupo. Cuando la primera empresa despidió al trabajador y éste pretendió la improcedencia del despido alegando que tal empresa no era su verdadero empresario, el Tribunal Supremo la rechazó. La primera empresa mantenía el contrato laboral vigente con el trabajador y en consecuencia conservaba la potestad sancionadora. Aunque no se dice expresamente, está claro que el Tribunal no ve cesión ilícita alguna.

ABRIR EFECTOS JURÍDICOS

