

INTERPOSICION Y MEDIACION EN EL CONTRATO DE TRABAJO

ANÁLISIS DEL DECRETO 3.677/70, DE 17 DE DICIEMBRE (*)

SUMARIO:

1. *El Decreto 3.677/70 y su engarce en el ordenamiento jurídico:* 1.1. Estructura y contenido del Decreto 3.677/70. 1.2. Incrustación del Decreto 3.677/70 en el ordenamiento jurídico-laboral. 1.3. Plan del trabajo.—2. *Análisis exegético de los supuestos contemplados en el Decreto 3.677/70:* 2.1. Problemas interpretativos del artículo 1.º 1: a) La dualidad de supuestos del artículo 1.º 1. b) Distinción entre la provisión, el préstamo y la cesión temporal de trabajadores. c) La conexión entre contratación y reclutamiento. y provisión, préstamo o cesión temporal. 2.2. Los supuestos del artículo 1.º 2. 2.3. Los supuestos del artículo 4.º 2.4. La incompatibilidad de los supuestos del Decreto 3.677/70.—3. *Los supuestos del Decreto 3.677/70 en la teoría del contrato de trabajo:* 3.1. La interposición en el contrato de trabajo: a) Concepto y fenomenología de la interposición. b) Funciones del mecanismo interpositorio. c) Funciones del mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo. d) Interposición en el contrato de trabajo, fraude a la ley y negocios *contra legem*. e) El régimen jurídico de la interposición en el contrato de trabajo en el ordenamiento español vigente. 3.2. La mediación en el contrato de trabajo: a) Formas y acepciones de la mediación. b) El régimen jurídico de la mediación en el contrato de trabajo. 3.3. Contrata y subcontrata de obras o servicios y contrato de trabajo: a) El objeto y la causa de la contrata y subcontrata. b) Analogías y diferencias entre la contrata y subcontrata.—4. *Casuística de la mediación y la interposición en el contrato de trabajo:* 4.1. El reclutamiento de trabajadores. 4.2. La mediación amistosa o familiar en el contrato de trabajo. 4.3. El préstamo benévolo de trabajadores. 4.4. La cesión lucrativa de trabajadores. 4.5. Las transferencias de trabajadores entre empresas del mismo grupo económico. 4.6. El contratista de mano de obra. 4.7. Los intermediarios de trabajo a domicilio. 4.8. Las empresas de trabajo temporal (empresas «prestamistas»). 4.9. Las empresas de servicios.

1. EL DECRETO 3.677/70 Y SU ENGARCE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Decreto 3.677/70, «por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajado-

(*) El tema de este trabajo ha sido tratado en régimen de seminario en la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de Sevilla. Han participado en las

res», constituye, como se ha declarado oficialmente (1), una de las disposiciones laborales de mayor importancia del año pasado. Importancia práctica, en la medida en que posibilita, si se aplica con el rigor deseable, una operación sanitaria de envergadura en un mercado de trabajo que la está necesitando urgentemente (2). Pero también importancia teórica, en cuanto que replantea, con aportación de datos nuevos, un tema no completamente dilucidado en la legislación y en la doctrina españolas: el de la definición y determinación del titular de la relación de trabajo desde la posición de empleador.

Habría que añadir que el Decreto 3.677/70 es, además de importante, una disposición muy problemática, en el sentido más literal de la expresión. Efectivamente, de un lado, se ha elegido una técnica normativa de descripción de supuestos de hecho por vía de cláusula general (3) que desplaza sobre el intérprete la tarea de distribuir entre sus preceptos la variada casuística de actividades privadas relativas a la contratación y empleo de trabajadores. Por otra parte, los supuestos de hecho contemplados, aunque aparezcan sociológicamente indeferenciados, y aunque funcionalmente puedan producir efectos similares, son, en su estructura jurídica, heterogéneos. La

sesiones los profesores RODRÍGUEZ-PIÑERO, CABRERA BAZÁN, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, CHAVES GONZÁLEZ, GONZÁLEZ MÁRQUEZ, GALÁN, RUIZ-TAGLE, ESCUREDO, MIÑO, RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA y el autor de este estudio. Muchas de las ideas desarrolladas en este último han sido suscitadas en el curso de los debates. Un estudio paralelo al que va a continuación está siendo elaborado por el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO, con quien he mantenido sobre el tema un estrecho y provechoso intercambio de impresiones. A todos mi agradecimiento. Por supuesto, la responsabilidad del trabajo es exclusivamente mía.

(1) *La política laboral en 1970*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1970.

(2) Las noticias de Prensa sobre «actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores» han sido bastante frecuentes en este último año. Ver, por ejemplo, el reportaje de E. BAYO: «Honorables delincuentes», en *Destino*, 7-11-70; el artículo «Los prestamistas», de *España Económica*, núm. 3.693, pág. 14, y el de R. FERRER en *Documentación para dirigentes*, titulado «Prestamismo de la mano de obra» (ref. de este último en *El Correo de Andalucía*, de 25-2-71).

(3) Una simple lectura del Decreto 3.677/70 no deja lugar a dudas de que nos encontramos ante «una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos». Sobre el tema de las técnicas normativas por vía de cláusula general o por vía casuística ver K. ENGISCH: *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, págs. 153 y sigs. La frase entrecomillada en página 153. Quizá hubiera sido preferible utilizar conjuntamente las dos técnicas que, obviamente, son compatibles. Así ha operado la ley italiana 1.369/1960, que en su ordenamiento juega un papel similar al Decreto 3.677/70. Hay que reconocer que en los restantes ordenamientos de la C. E. E. predomina la tipificación de estas actividades por vía de cláusula general. Así, por ejemplo, en Francia (art. 30, b), del Livre I del Code du Travail), y en Bélgica art. 2.º de la ley de 10 de marzo de 1900).

misma heterogeneidad se aprecia en el tratamiento normativo previsto para los mismos; y en un doble sentido: no son idénticas las consecuencias jurídicas establecidas para los distintos supuestos, y son plurales y de diferente naturaleza para cada uno de ellos.

Por último, el Decreto 3.677/70 ni regula *ex novo* la materia, ni se propone sustituir la normativa anterior, contenida, entre otras disposiciones generales, en una específica e inspirada por las mismas preocupaciones: el Decreto-ley de 15 de febrero de 1952. Su finalidad, como declara el preámbulo por dos veces, es, estrictamente, complementaria: «Acomodar las prescripciones de aquél (el Decreto-ley de 15 de febrero de 1952) a las actuales circunstancias» y «aplica(r) los principios y orientaciones de dichas normas a situaciones no contempladas por el Decreto-ley». Ni que decir tiene que el engarce de la nueva disposición en la estructura normativa preexistente plantea problemas jurídicos de bastante consideración, habida cuenta de la diferencia de rango de las normas en juego.

Para una mayor claridad de la exposición, tanto más necesaria cuanto más complicado sea el tema a tratar, conviene, en esta fase preliminar del análisis, hacer un breve recorrido por el Decreto 3.677/70, y examinar, también brevemente, las características normativas del mismo que acabamos de señalar.

1.1. Estructura y contenido del Decreto 3.677/70

El Decreto 3.677/70 consta de cinco breves artículos (4):

— El artículo 1.º indica las actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores que hay que reprimir, y las personas responsables de las mismas.

— El artículo 2.º contiene una regulación compleja sobre los dos

(4) La parte dispositiva del Decreto 3.677/70 dice textualmente así:

Artículo 1.º—Incurrirán en las responsabilidades y sanciones establecidas en este Decreto, sin perjuicio de las que, en su caso, sean exigibles en el orden penal: Primero: Las personas naturales o jurídicas que contraten o recluten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las Empresas, cualesquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten.—Segundo: Los empresarios que utilicen los trabajadores incluidos en el número anterior sin incorporarlos a la plantilla de su Empresa.

Artículo 2.º—Las personas y empresarios a que se refiere el artículo anterior y durante el período o temporada indicado en su número primero, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social. Dichos

puntos siguientes: 1. Responsabilidades que se contraen frente al trabajador y frente a las entidades gestoras de Seguridad Social por la realización de algunas de estas actividades. 2. Situación en que quedan los contratos de trabajo, en cuya celebración o en cuyo des-
 envolvimiento se han producido las prácticas tipificadas como frau-
 dulentas. Es de notar, como se desprende de una lectura detenida de
 este precepto, que las consecuencias jurídicas establecidas en el mismo
 son diferentes según el tipo de supuesto contemplado.

— En el artículo 3.º, de nuevo con referencia a los supuestos del
 artículo inicial, se señalan las sanciones administrativas que han de
 adicionarse a las responsabilidades y consecuencias jurídicas estable-
 cidas en el artículo 2.º

— En el artículo 4.º cambia completamente la base fáctica sobre
 la que venía discurriendo el Decreto; en él se contemplan tipos ne-
 gociales de contrata y subcontrata, perfectamente lícitos en principio,
 pero que entrañan una peligrosidad potencial de incumplimiento de
 la normativa laboral (*sensu lato*); para prevenir este riesgo se esta-
 blecen una serie de garantías, de juego acumulativo, que consisten en
 la atribución de cargas y responsabilidades a la contratante (o sub-
 contratante) en relación con la contratista (o subcontratista).

— El artículo 5.º contiene preceptos adicionales, de interés adje-

trabajadores adquirirán la condición de fijos en la Empresa donde presten, efectiva-
 mente sus servicios. Igualmente adquirirán la condición de fijos quienes no hayan sido
 admitidos por la Empresa a través de la Oficina de Colocación y no hubiesen sido alta
 en la Seguridad Social, siempre que haya transcurrido un lapso de tiempo igual o supe-
 rior al período de prueba establecido legal o convencionalmente.

Artículo 3.º—Las personas naturales o jurídicas y los patronos o Empresas compren-
 didos en los supuestos previstos en el artículo 1.º serán sancionados por los delegados
 de Trabajo, a propuesta de la Inspección, con multas de diez a cien mil pesetas. En
 caso de reincidencia o cuando así lo exijan razones de ejemplaridad, los delegados de
 Trabajo podrán proponer a la Dirección General del Ramo sanciones hasta el límite
 de doscientas cincuenta mil pesetas.

Artículo 4.º—Las Empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de
 obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se
 hallen en posesión de Carnet de Empresa con responsabilidad en los supuestos en que
 esté legalmente previsto, y que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las
 cuotas de la Seguridad Social. En todo caso, la Empresa principal será solidaria-
 mente responsable de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus traba-
 jadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata.

Artículo 5.º—El presente Decreto entrará en vigor en la fecha de su publicación
 en el *Boletín Oficial del Estado*, quedando facultado el Ministerio de Trabajo para
 dictar las disposiciones que fueren precisas para su ejecución.

tivo, sobre fecha de entrada en vigor del Decreto y autorización al Ministerio de Trabajo «para dictar las disposiciones que fueren precisas para su ejecución» (5).

Basta esta somera presentación del Decreto 3.677/70 para comprender que la clave de un análisis adecuado y de una correcta aplicación del mismo es distinguir entre sí, con la máxima precisión, de un lado, los diferentes supuestos del artículo 1.º, que dan lugar a un régimen jurídico diversificado en el artículo 2.º, y, de otro, a las distintas actividades fraudulentas del propio artículo 1.º de las contrata y subcontratas previstas y reguladas en el artículo 4.º La mayor dificultad interpretativa del Decreto se encuentra precisamente aquí. En la práctica los diferentes supuestos contemplados suelen presentar una fisonomía muy parecida. El lenguaje ordinario y la propia terminología legal los confunde en muchas ocasiones. La diferencia de régimen jurídico exige, sin embargo, ineludiblemente, que se les separe.

Dicho con otras palabras, el Decreto 3.677/70 crea varios centros de imputación de normas, y para cada uno de ellos prevé un tratamiento jurídico distinto. Para decidir el tratamiento adecuado habrá que definir previamente cada uno de estos centros de imputación, y trazar, dado que se encuentran muy próximos, la línea divisoria entre ellos. En esta tarea de descripción, delimitación y deslinde va a consistir el grueso de nuestro trabajo.

1.2. *Incrustación del Decreto 3.677/70 en el ordenamiento jurídico - laboral*

El Decreto 3.677/70 tiene, entre sus características normativas principales, la de ser una disposición complementaria y no derogatoria. Acabamos de ver que, en su breve articulado, se contempla una variada gama de actividades en la contratación y empleo de trabajadores, y se predispone una regulación que afecta a distintos ámbitos de relaciones jurídicas. No puede extrañarnos, por tanto, que sus preceptos se proyecten sobre distintos cuerpos o grupos normativos. Tales son, de una manera directa, el Código civil (C. c., art. 1.597); la ley de Contrato de trabajo (L. C. T., especialmente arts. 3.º y 5.º); la ley de colocación obrera de 10 de febrero de 1943 (L. C. O.), y su Reglamento aprobado por Decreto 2.153/1959 de 9 de julio (R. C. O.); la ley de Segu-

(5) En el momento de redacción de este trabajo (abril 1971) estas disposiciones no han aparecido.

ridad Social (L. S. S., art. 97); el ya citado Decreto-ley de 15-2-52, y el Decreto 1.137/1960 de 2 de junio (art. 2.º 1).

Efectivamente, el artículo 1.597 del Código civil establece un límite de responsabilidad de los contratantes de obra en relación con los salarios debidos por los contratistas: «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.» El Decreto 3.677/70 suprime este límite para las contrata y subcontratas previstas en su artículo 4.º, esto es, para aquellas que tienen por objeto «la realización de obras o trabajos correspondientes a (la) propia actividad» de la Empresa contratante.

A su vez, el artículo 2.º del Decreto 3.677/70 contiene una interpretación implícita, dicho sea de paso, muy correcta y progresiva, de los artículos 3.º y 5.º de la ley de Contrato de trabajo. Estos hablan del empleador como el «que da trabajo o *utiliza un servicio*» o como el titular de «la obra, explotación, industria o servicio *donde se presta el trabajo*». El Decreto, en la misma línea, considera como empleador al titular de «la Empresa *donde* (los trabajadores) *presten efectivamente sus servicios*» (6).

El artículo 97 de la ley de Seguridad Social establece, como es sabido, la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra «cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación» y tal empresario resultara ser contratista insolvente. El Decreto 3.677/70 convierte esta responsabilidad de subsidiaria en solidaria para las contrata y subcontratas previstas en su artículo 4.º; la extiende a todas las obligaciones contraídas con la Seguridad Social; y traslada este mismo régimen normativo a los casos de actividades fraudulentas previstos en el artículo 1.º

La incidencia de la disposición que constituye el objeto central de este trabajo sobre la legislación de colocación es menos penetrante; la estructura jurídica de la misma permanece inalterada, aunque fortalecida por un nuevo cuadro de sanciones para determinados supuestos de infracción.

(6) La única objeción que cabe hacer al Decreto en este punto de su rigor, probablemente excesivo; no sólo se considera que los trabajadores están al servicio del empresario efectivo, sino que se establece, a ultranza, que «adquirirán la condición de fijos de plantilla». El precepto fuerza la realidad: no siempre los trabajadores que prestan sus servicios en estas condiciones ocupan un puesto fijo; la calificación de trabajador en función de su permanencia no puede depender de la modalidad de contratación sino de las condiciones objetivas del puesto de trabajo. La adquisición de la condición de fijo cuando, en realidad, el puesto de trabajo es eventual y no tiene justificación teórica; únicamente puede explicarse como una sanción indirecta adicional a las ya establecidas en otros preceptos del Decreto.

Por último, la cuantía máxima de las multas que pueden imponer los delegados de Trabajo, según el artículo 2.º I del Decreto 1.137/60 (25.000 pesetas) se eleva a 100.000 pesetas para los supuestos previstos en el artículo 1.º del Decreto 3.677/70.

Es inevitable cuestionarse si todas estas transformaciones normativas pueden producirse por vía reglamentaria. Aunque no nos proponemos abordar directamente estos problemas (que constituirían un modelo de *case-study* para el examen en nuestro ordenamiento de las relaciones entre normas primarias y secundarias) parece necesario, al menos, orientar la solución de los mismos con las siguientes afirmaciones:

— Las dudas más graves surgen en relación con el artículo 1.597 del Código civil y el 97 de la ley de Seguridad Social; esto es, con respecto a la regulación de las contratas y subcontratas del artículo 4.º

— La modificación del Decreto-ley de 15-2-52 puede encontrar su base, un tanto forzada, en el artículo 4.º de este último que ordena al Ministerio de Trabajo dictar las disposiciones complementarias que exijan su desarrollo y ejecución.

— El Decreto 3.677/70 no colisiona la ley de Contrato de trabajo, se limita a interpretarla y lo hace, como acabamos de decir, en el sentido más ajustado (7).

— El engarce del Decreto 3.677/70 con la legislación de colocación no plantea ningún problema.

— Es dudosa, también, la desconcentración implícita de funciones que supone elevar la cuantía máxima de las multas que pueden imponer los delegados de Trabajo, aunque sea con carácter limitado para determinados supuestos (8) (9).

(7) Sobre el tema, F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, I. E. P., Madrid, 1955, pág. 519: «La regla de categoría inferior no puede estimarse interpretación auténtica de otra de rango superior... Quien dicte la nueva disposición tendrá una autoridad atendible, pero no tanta que elimine el respeto debido al verdadero significado de la disposición superior; puede tener valor orientador pero no vinculante»; y, con gran extensión, en J. L. VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Facultad de Derecho de Madrid, 1968, págs. 587 y sigs.

(8) Los datos del problema en M. ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, Facultad de Derecho de Madrid, 1971, pág. 546, en nota.

(9) Tropezamos aquí, una vez más, con el tema del ámbito del poder reglamentario en materia laboral. No es nuestro propósito abordarlo en su enorme complejidad en este estudio. Planteamientos sistemáticos recientes en E. BORRAJO DACRUZ: *Las leyes laborales anormales. Estudio especial de la ley delegada*, Valencia, 1966; J. L. VILLAR

1.3. *Plan del trabajo*

Los desarrollos anteriores son suficientes para comprender que un análisis detenido de todos los temas implicados en el Decreto 3.677/70 no cabe dentro de los límites de un ensayo para revista especializada. Se hace preciso, por ello, acotar una parcela de estudio más reducida y homogénea. Hemos elegido, como apuntábamos anteriormente, la delimitación y tipificación de las actividades fraudulentas descritas en el artículo 1.º Toda la restante problemática del Decreto: su repercusión en la configuración de las relaciones de trabajo, las sanciones administrativas previstas en su artículo 3.º, las responsabilidades solidarias que se derivan del mismo, y las contrata y subcontratas del artículo 4.º, será objeto de un tratamiento mucho más esquemático e incidental; el estrictamente necesario para adquirir una panorámica completa de esta normativa y para trazar la línea divisoria que separa los centros de imputación del artículo 1.º de los del artículo 4.º

El análisis propuesto del Decreto 3.677/70 va a ser realizado en tres fases. En una primera (exegética) se procurará desentrañar cuidadosamente el sentido de las palabras utilizadas en el mismo. Este tratamiento es preciso porque el Decreto emplea una terminología poco tecnificada, en la que los fenómenos se describen en palabras de lenguaje ordinario, e incluso de *argot* industrial. Dicho sea de paso, esta opción normativa quizá tenga más ventajas que inconvenientes. Con ella se gana en claridad y accesibilidad para los destinatarios de la norma. Pero se pierde, hay que reconocerlo, en precisión técnica. La labor del intérprete está aquí en «traducir» las expresiones del legislador a un lenguaje más formalizado y operativo desde un plano de análisis jurídico.

La segunda fase del trabajo está destinada al estudio doctrinal de cada uno de los supuestos generales que resultan de la «reconversión» terminológica operada en la fase anterior. Como veremos, estos supuestos se reducen, en último análisis, a tres: la interposición, la mediación y la contrata (y subcontrata), que todavía a estas alturas será preciso considerar por vía de contraste. Será éste también el momento oportuno para esbozar el régimen jurídico a que los somete el ordenamiento español después de la aparición del Decreto.

La tercera fase del trabajo se dedica a elaborar una tipología más concreta, en la que se recogen las modalidades de interposición y mediación más

PALASÍ: *Derecho administrativo...*, cit.: E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970; M. ALONSO OLEA: *La aplicación del Derecho del trabajo*, Madrid, 1970, y J. RIVERO LAMAS: «El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales», en *REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL*, número 87.

frecuentes en la experiencia actual del mundo del trabajo. Este tipo de análisis está aconsejado por el carácter genérico con que se describen los supuestos en el Decreto 3.677/70. Pretende constituir un enlace o eslabón intermedio que facilite el momento de la aplicación del mismo.

2. ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL DECRETO 3.677/70

Conviene que reproduzcamos íntegramente los pasajes del Decreto en que se describen los centros de imputación del régimen jurídico ordenado en el mismo:

— «Las personas naturales o jurídicas que contraten o recluten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las Empresas, cualesquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten» (art. 1.º 1).

— «Los empresarios que utilicen los trabajadores incluidos en el número anterior sin incorporarlos a la plantilla de su Empresa» (artículo 1.º 2).

— «Las Empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad» (art. 4.º).

2.1. *Problemas interpretativos del artículo 1.º 1*

La descripción del artículo 1.º 1, aunque resulte expresiva, adolece de considerables defectos técnicos. A parte de que, en rigor, lo que se proporciona, presta o cede no son trabajadores sino determinadas posiciones jurídicas en relación con los mismos, el pasaje plantea las siguientes dudas interpretativas:

— Si la disyunción entre contratación y reclutamiento de trabajadores («... contraten o recluten trabajadores...») es una disyunción impropia (contratación y reclutamiento son, en el contexto, sinónimos) o propia (se trata de realidades diferentes).

— Si proporcionar, prestar o ceder temporalmente trabajadores son actividades diferentes entre sí, y, en su caso, cuál es el criterio de distinción.

— Si existe una correspondencia respectiva de la contratación

y el reclutamiento (primera fase de las actividades fraudulentas descritas) con la provisión, o el préstamo, o la cesión temporal de trabajadores (segunda fase de las actividades fraudulentas descritas).

— Si basta con que se aprecie una sucesión temporal entre estos dos momentos de los supuestos de hecho descritos (primero: contratación o reclutamiento; segundo: provisión, préstamo o cesión temporal) para que se configure completamente el centro de imputación del artículo 1.º 1, o si es precisa una conexión más íntima entre los mismos.

Entre tantas cuestiones dudosas hay dos puntos que están muy claros. En primer lugar, el carácter complejo de los supuestos fácticos descritos. La configuración de las actividades fraudulentas previstas requiere la concurrencia de las dos fases o momentos que acabamos de ver: la contratación o reclutamiento de trabajadores, y la provisión, préstamo o cesión temporal de los mismos. El sentido de la copulativa «y» que une en la descripción legal a estas dos fases, es problemático a otros efectos, pero tiene aquí una función inequívoca: la de exigir que se produzcan ambas fases o momentos para que exista completo el centro de imputación de los distintos efectos jurídicos, responsabilidades y sanciones que se establecen. Las consecuencias interpretativas de esta constatación son importantes. Baste, por ahora, con indicar una: para que las actividades fraudulentas previstas desencadenen los efectos múltiples establecidos en el Decreto es preciso que se hayan consumado, esto es, que hayan cubierto sus dos fases o momentos. No basta la simple tentativa.

El segundo punto, que está muy claro del precepto son las intenciones del Gobierno: no dejar ningún resquicio a prácticas de contratación y empleo de trabajadores (aun corriendo el riesgo de una enumeración reiterativa), y cerrar al mismo tiempo las más distintas vías de simulación negocial en la materia («cualesquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten»). El alcance de estas intenciones, tal como están expresadas, necesita, en cambio, urgentemente ser dilucidado. Lo vamos a intentar al hilo de los cuatro puntos de interpretación dudosa que acabamos de indicar.

a) *La dualidad de supuestos del artículo 1.º 1.*—La cuestión de considerar o no como realidades diferentes a la contratación de trabajadores (en vistas a proporcionarlos, prestarlos o cederlos temporalmente a otras Empresas), y al reclutamiento de trabajadores (en vistas también a que sean utilizados por otros) parece que ha de ser resuelta en sentido afirmativo. En otros términos: la disyuntiva «o» tiene en el contexto del Decreto, una función de distinción

y no de equivalencia (10). En efecto, la «contratación» a que se alude refleja una situación en la que el titular de la relación de trabajo es una persona distinta de la que, efectivamente, utiliza los servicios del trabajador. «Recluta» o «reclutamiento» se refiere, en cambio, según el diccionario, a una actividad de alistamiento de trabajadores, realizada en vistas a su posterior contratación por otras personas.

Técnicamente, el primero de estos supuestos entra en la categoría de la interposición que brinda la teoría del negocio jurídico. Se dan en él las dos características que definen a los fenómenos interpositorios: la intromisión de un titular ficticio entre los titulares reales de una relación jurídica; y la usurpación por aquél de la posición jurídica correspondiente a uno de éstos (el empresario, en este caso). El supuesto de «reclutamiento» precisa, en cambio, una distinta catalogación técnica: se trata de una mediación privada en la celebración de futuros contratos de trabajo. No se produce aquí ninguna distorsión de la realidad jurídica, sino sencillamente una ingerencia en el mercado de trabajo, que otorga al que la efectúa una injustificada posición estratégica en el mismo, y que infringe, desde luego, la normativa sobre colocación y empleo de trabajadores.

b) *Distinción entre la provisión, el préstamo y la cesión temporal de trabajadores.*—La segunda y la tercera de las dudas interpretativas planteadas están tan íntimamente entrelazadas que pueden considerarse simultáneamente. En verdad, resulta muy difícil establecer una distinción de significado entre «proporcionar», «prestar» y «ceder temporalmente» trabajadores. Se está tentado aquí, al revés de lo que ocurre en el caso anterior, a pensar que nos encontramos ante una disyunción impropia que significa sinonimia y no diferenciación. Parece más adecuada, sin embargo, la solución contraria. Existe, efectivamente, un criterio de distinción: que la actividad de proporcionar trabajadores se refiere a trabajadores no empleados, mientras que el préstamo y la cesión temporal aluden a trabajadores ya vinculados por un contrato de trabajo, precisamente con la persona que los presta o cede.

(10) La disyuntiva «o» tiene, con toda probabilidad, en el pasaje «contraten o recluten» una función de distinción y no de equivalencia. En cambio, en el pasaje siguiente («presten o cedan temporalmente») tiene, en rigor, la significación inversa (la distinción entre préstamo y cesión temporal es, como veremos, puramente descriptiva). Cabe preguntarse también si el «o» de «contraten o recluten» tiene un sentido de disyunción no exclusiva o alternativa (el de la partícula latina *vel*: una cosa u otra, o ambas a la vez) o de disyunción exclusiva (el de la partícula latina *aut*: una de las dos pero no las dos). Como demostraremos más adelante es esto segundo. Sobre el tema de la disyunción en el lenguaje jurídico ver U. KLUG: *Lógica jurídica*, Facultad de Derecho de Caracas, 1961, págs. 47 y sigs.

A su vez, la distinción entre estos dos últimos términos residiría en que el préstamo se hace por una duración muy breve (pocas horas o pocos días), mientras que la cesión temporal se hace por un período más largo, e implica, consiguientemente, un mayor desprendimiento del trabajador en relación con la Empresa que lo cede. Esta distinción, sin embargo, es más convencional, y no responde a ninguna diferencia de naturaleza o régimen jurídicos; la utilizaremos, no obstante, por su valor descriptivo, en la fase casuística de este trabajo.

Estas distinciones terminológicas pueden parecer excesivamente sutiles. Con toda seguridad, en la práctica ni se llega ni se llegará a tales matizaciones. Pero no puede negarse que son admisibles, dentro del margen de «elasticidad» en que se mueve el intérprete, y, que, muy probablemente, coinciden con la *mens legislatoris*. En cualquier caso atribuyen una coherencia interna al Decreto que les otorga una indudable legitimación *ex post*. Si se aceptan, como creemos deben ser aceptadas, nos encontramos con una correspondencia muy clara entre la «recluta» y la provisión de trabajadores, de un lado, y la contratación y el préstamo o cesión temporal, de otro. Quien recluta o alista trabajadores lo hace en vistas a proporcionarlos a los empresarios que los requieran sin necesidad de vincularse con ellos por un contrato de trabajo. La cesión temporal o el préstamo de trabajadores, en cambio, presuponen necesariamente que los mismos estén contratados con anterioridad por el que los cede o los presta. Vuelve a presentárenos aquí, con mayor consistencia, la dualidad de supuestos del artículo 1.º 1: en el primer caso nos encontramos ante una mediación; en el segundo ante una interposición.

c) *La conexión entre contratación y reclutamiento, y provisión, préstamo o cesión temporal.*—La última duda interpretativa planteada hace referencia a la conexión que ha de existir entre los dos momentos o fases de los supuestos de hecho tipificados en el artículo 1.º 1. Las opciones que se abren al intérprete en este punto son las siguientes:

1. Considerar que basta la simple sucesión temporal de estos dos momentos para que los supuestos de hecho se produzcan.
2. Exigir, en una interpretación restrictiva, una conexión teleológica directa entre estos dos momentos: se reclutan o contratan trabajadores *para* proporcionarlos, prestarlos o cederlos temporalmente.
3. Opción intermedia: se contratan trabajadores para utilizar sus servicios en beneficio propio, pero, más o menos ocasionalmente, se especula con su provisión, préstamo o cesión a otras Empresas.

La primera de estas opciones parece, en principio, la más respetuosa con el tenor literal del Decreto. Pero una meditación mínimamente detenida sobre sus consecuencias obliga a descartarla. En efecto, de darse como buena resultaría que actividades nada reprobables de intercambio benévolo de trabajadores se verían afectadas por sanciones gravísimas, sin ninguna proporción con la magnitud de una presunta falta, que ni siquiera ha existido según las valoraciones de la conciencia social. Por otra parte, el Decreto, en su título, habla bien claro de «prevenir y sancionar actividades fraudulentas»; un intercambio benévolo de trabajadores no tiene por qué ser, ni será normalmente, una actividad fraudulenta; si se hubiera pensado que es una práctica peligrosa que hay que «prevenir» se hubiese prohibido expresamente. Por si esto fuera poco, hay un argumento adicional, lexicológico, que obliga a eliminar definitivamente esta interpretación. Si en el Decreto se hubiera pretendido, con finalidades preventivas, adoptar una posición tan radical, sobraría en su artículo 1.º I la referencia a la contrata y recluta de trabajadores, y bastaría con la indicación del segundo momento de estos supuestos de hecho (provisión, préstamo o cesión temporal), habida cuenta de que su solo enunciado presupone una actividad previa de reclutamiento o contratación. No ha ocurrido así, y hay que pensar que deliberadamente: la redacción del párrafo es tan enrevesada y compleja que es improbable no haya sido buscada de propósito. Lo que indica que la conexión simple (sucesión temporal) entre los dos momentos de los supuestos de hecho es insuficiente para explicar la vinculación existente entre los mismos.

La exigencia de una conexión teleológica directa entre la contratación de trabajadores y el préstamo o la cesión temporal, de un lado, y el reclutamiento y la provisión posterior, de otro, equivale a tipificar como actividades fraudulentas sólo aquellas que se realizan profesionalmente. La restricción de supuestos de hecho que se da en esta segunda opción interpretativa es muy considerable. En realidad, siguiendo esta vía no entrarían en el ámbito del artículo 1.º I el simple préstamo de mano de obra sino el «prestamismo»; no la cesión de mano de obra sino la actividad del contratista de mano de obra que se dedica a ella sistemáticamente; no el reclutamiento ocasional de trabajadores sino la oficina privada de colocación. Esta interpretación es sugestiva. No cabe duda que el Decreto apunta, principalmente, a estos profesionales parasitarios del mercado de trabajo, a estos «empresarios de la peor especie» (11), dispuestos a explotar sin contemplaciones la escasisima fuerza contractual en que se encuentran muchos trabajadores. Parece excesivo, sin embargo, restringir el al-

(11) La expresión en M. ALONSO OLEA: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, I. E. P., Madrid, 1956, pág. 152.

cance del artículo 1.º 1 a estos supuestos. Primero, porque con ello se violenta, quizá más de lo permisible en fase interpretativa, la formulación textual del precepto. Segundo, porque éstas de los «traficantes» de mano de obra, aunque sean las más peligrosas, no son, evidentemente, las únicas «actividades fraudulentas» que caben en la contratación y empleo de trabajadores. El artículo 3.º, *in fine*, del Decreto 3.677/70, viene a confirmar indirectamente esta interpretación cuando establece una fuerte agravación de sanciones económicas «en caso de reincidencia o cuando así lo exijan razones de ejemplaridad». Lo que, «a contrario», significa que bastará una operación «fraudulenta» aislada, no «profesional», para que nos encontremos ante los supuestos fácticos tipificados en el artículo 1.º 1.

Por todas las razones anteriores hay que retener como solución más idónea para el problema interpretativo que nos ocupa la señalada en tercer lugar: no es preciso que nos encontremos ante una explotación de trabajadores por mediadores, intermediarios o personas interpuestas profesionales; no basta tampoco con que haya una simple provisión, préstamo o cesión temporal de mano de obra; lo que se pretende reprimir es cualquier especulación o ventaja económica obtenida del trabajo ajeno mediante el alistamiento de ofertas de trabajo o la interposición en el contrato de trabajo, aunque sea ocasional, aunque se haya hecho una sola vez, e incluso, con toda probabilidad, aunque se refiera a un solo trabajador.

2.2. *Los supuestos del artículo 1.º 2*

Una vez afectuadas las aclaraciones anteriores, el análisis de los supuestos del artículo 1.º 2 es mucho más simple, habida cuenta de que los centros de imputación que en él se configuran vienen predeterminados, en gran medida, por la delimitación efectuada en el artículo 1.º 1. En efecto, el precepto que ahora nos ocupa no hace otra cosa que extender las responsabilidades y sanciones por mediación o interposición (especulativas) en el contrato de trabajo, a los empresarios que cubren sus necesidades de mano de obra a través de estos mediadores, intermediarios o personas interpuestas. Los supuestos fácticos, por tanto, son aquí, con una excepción, los mismos, pero no vistos desde el ángulo del cedente o del reclutador, sino desde el del cesionario o beneficiario de la «recluta». En verdad, la participación en la combinación o actividad fraudulenta por parte de uno y otro sujeto puede ser muy distinta. La gradación de multas contenida en el artículo 3.º deberá servir para proporcionar la magnitud de la sanción a la gravedad de la infracción en cada caso concreto.

La excepción a que nos referíamos se contiene en el pasaje final del artículo 1.º 2. que exige del empresario que utiliza los servicios del trabajador cedido o reclutado en las condiciones señaladas una conducta adicional indiciaria de su propósito de mantenerse al margen de la ley: la no incorporación del trabajador a la plantilla de la Empresa (12). Si bien se mira, el carácter adicional de este requisito sólo puede predicarse para el supuesto de mediación. En la interposición, por hipótesis, el empresario no incorpora nunca a los trabajadores a su plantilla, ni pretende figurar a ningún otro efecto como titular de la relación de trabajo.

El juego de este requisito exime de las sanciones y responsabilidades previstas en el Decreto 3.677/70 al empresario que utiliza mano de obra provista de un mediador, pero que a partir de este momento inicial de la relación de trabajo se comporta correctamente. En este caso se aplicarán sencillamente las sanciones establecidas con carácter general para las infracciones de las normas de colocación y empleo.

2.3. Los supuestos del artículo 4.º

Los problemas interpretativos que plantea el artículo 4.º del Decreto 3.677/70, con ser de envergadura, no tienen la enorme complejidad de los del artículo 1.º Contrata y subcontrata son términos naturalizados desde hace ya tiempo en los textos legales, y no necesitan ser traducidos a un lenguaje técnico, porque están, de por sí, tecnicizados. Dos puntos dudosos de este precepto tienen especial importancia: 1. Si cabe una contrata (o una subcontrata) de mano de obra; esto es, si el suministro de mano de obra puede constituir el objeto de una contrata o subcontrata. 2. Qué criterio hay que elegir, entre los varios posibles, para determinar cuándo nos hallamos ante una contrata de «obras o trabajos correspondientes a (la) propia actividad» de la Empresa contratante, y cuándo ante una contrata de obras o trabajos complementarios, pero extraños a dicha actividad.

La decisión del primero de estos puntos es indispensable para la clarificación del material normativo acotado para estudio en este trabajo. Lo trataremos con cierto detenimiento más adelante. Aquí podemos adelantar que el llamado contratista de mano de obra no es, en realidad, tal, sino una persona interpuesta entre el empresario verdadero y el trabajador. Su análisis y trata-

(12) Valen aquí, *mutatis mutandis*, las mismas consideraciones realizadas en la nota (6).

miento jurídico no corresponden, en consecuencia, al artículo 4.º sino a los artículos 1.º y siguientes del Decreto.

La distinción entre obras y trabajos pertenecientes a la «propia» actividad de la Empresa es el otro problema clave del precepto que analizamos ahora. El tema es sumamente atractivo teóricamente, en la medida en que conecta con el de los confines del principio de «iniciativa privada» que informa el ordenamiento positivo español. Su trascendencia práctica, además, es indudable, habida cuenta de que condiciona la aplicación de las prevenciones y responsabilidades establecidas en el artículo 4.º No podemos entrar en él, sin embargo, porque nos llevaría demasiado lejos de nuestro campo de estudio.

2.4. *La incompatibilidad de los supuestos del Decreto 3.677/70*

Interposición, mediación. contrata y subcontrata son, pues, los supuestos tipificados en el Decreto 3.677/70. En los epígrafes que siguen vamos a proceder a un estudio un poco más detenido de los conceptos y de los propósitos empíricos que se persiguen a través de estas figuras. Pero en este momento estamos ya en condiciones de extraer una importante conclusión de los desarrollos anteriores: que los supuestos tipificados en el Decreto son incompatibles entre sí, esto es, que no pueden concurrir simultáneamente en el mismo caso.

En efecto, por un lado, no se puede ser, a la vez, mediador y persona interpuesta en el contrato de trabajo. El mediador, por definición, desaparece en el momento en que el contrato se celebra; en relación con los contratantes es siempre un tercero: les ha ayudado en las negociaciones preliminares a la celebración del contrato, pero su papel se agota una vez que éste ha tenido lugar. La persona interpuesta, en cambio, figura como titular del contrato, aunque se trate de una titularidad aparente o ficticia, y aunque, como puede ocurrir en algún caso, su primera intención fuera la de poner en contacto al titular real con el futuro contratante. De la misma manera, un inicial mediador que decida aparecer como empresario en la relación de trabajo deja de serlo automáticamente en este momento.

La incompatibilidad entre interposición y contrata (o subcontrata) no es difícil de establecer a la vista de las consideraciones hechas hace un momento (*supra*, 2.3). El verdadero contratista nunca podrá ser persona interpuesta, habida cuenta de que los trabajadores son contratados por él para llevar a cabo obras o trabajos que se realizan a través de una organización de medios propia. No se da aquí la titularidad ficticia de posiciones jurídicas que constituye el rasgo definitorio de la interposición. La llamada contrata de mano de obra

no es tal, sino una interposición disimulada (pseudoncontrata). Volveremos más adelante sobre el tema.

Tampoco ofrece dudas, en el estado actual de la doctrina o la legislación, la imposibilidad de considerar la mediación como un supuesto de contrata. Aparte las diferencias de esquema contractual, la mediación se distinguiría siempre de la contrata por el contenido específico de actividad que desarrolla el mediador: poner en relación a dos futuros contratantes.

Por último, la imposibilidad de calificar un mismo supuesto, simultáneamente, de contrata y subcontrata no necesita demostración. Va de suyo por hipótesis.

3. LOS SUPUESTOS DEL DECRETO 3.677/70 EN LA TEORÍA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El análisis exegético precedente nos ha permitido transformar en categorías técnicas lo que en el Decreto 3.677/70 era simple descripción en lenguaje ordinario. Esta transformación nos pone en condiciones de abordar el tratamiento de los supuestos del Decreto desde un ángulo teórico, y de proyectar sobre los mismos toda la iluminación procedente de la teoría de los contratos y del negocio jurídico. Haremos, lógicamente, especial hincapié en las implicaciones que estos supuestos plantean en relación con el contrato de trabajo.

3.1. *La interposición en el contrato de trabajo*

a) *Concepto y fenomenología de la interposición.*—La figura de la interposición puede definirse 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 y real de las mismas (13). La interposición consiste, pues, en una

(13) En términos similares J. CARBONNIER: *Droit Civil*, II, PUF, París, 1967: «Una persona figura en el acto, y el acto debe producir sus efectos en provecho o en relación con otra (la primera es el *prête-nom* de la segunda)», pág. 410. Sobre el tema, extensamente, la clásica monografía de F. FERRARA: «La simulación de los negocios jurídicos», en *Revista de Derecho Privado*, 2.ª edición, Madrid, 1931: «La interposición de persona consiste en que comparezca un contratante distinto de aquél que entra efectivamente en relación» (pág. 162), y más adelante, págs. 269 y sigs. Ver también, *infra*, texto y notas.

configuración anómala de relaciones jurídicas en la que juegan los siguientes sujetos :

— La persona interpuesta (titular aparente o fingido, *prêtenom*, testafarro).

— La persona oculta o encubierta, que no aparece en la relación, pero que resulta ser el titular efectivo y real de las situaciones jurídicas activas a que aquélla da lugar.

— La persona (o personas) que ocupan el otro polo de la relación; esto es: que están vinculadas aparentemente con la persona interpuesta y, efectivamente, con la persona encubierta u oculta.

— Eventualmente, los terceros interesados en el desenvolvimiento de la relación y, en especial, los terceros titulares de una relación jurídica conectada *ex lege* con la relación básica en la que se produce el fenómeno interpositorio (14).

El mecanismo interpositorio es, como decíamos, una combinación o complejo negocial (15). Su proceso de formación más frecuente atraviesa estas dos fases: 1. Existe, por un lado, un negocio jurídico celebrado entre el futuro titular efectivo y el futuro titular fingido, destinado a crear la apariencia de que este último ocupa una posición jurídica que, en realidad, corresponde al primero. 2. A continuación vienen los contratos o negocios con otras personas, que funcionan como celebrados por cuenta del titular aparente, cuando

(14) Cfr. F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, I. E. E. J., Madrid, 1967, que distingue tres personas: 1. Titular del derecho transmitido (D). 2. Intermediario (I). 3. Tercero (T) (pág. 342). F. DE CASTRO llama tercero a quien nosotros llamamos «persona (o personas) que ocupan el otro polo de la relación» (en la que juega el fenómeno interpositorio). Nosotros llamamos tercero a quien de una manera indirecta y refleja puede verse afectado por el fenómeno interpositorio (por ejemplo, acreedores, fisco, organismos de Seguridad Social). La clave de la distinción terminológica está en el concepto de interposición que se dé. Si se reduce la interposición a un negocio de creación artificial de una apariencia jurídica entre la persona interpuesta y el titular efectivo y real, entonces, efectivamente, son terceros los que contratan con la persona interpuesta. Si se piensa, en cambio, que la interposición, como figura jurídica, abarca no sólo este momento genético, sino también el momento funcional de despliegue de eficacia del mecanismo interpositorio, el centro de gravedad se desplaza hacia la relación en la que el testafarro entra en funciones y en la que figura como titular (no como tercero) en el otro polo subjetivo una persona física o jurídica, encubridor, víctima o cómplice del fenómeno interpositorio. Aceptamos esta segunda versión. En el mismo sentido A. CESSARI: *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milán, 1958, especialmente pág. 149.

(15) Cfr. A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., pág. 149.

su eficacia o su provecho se despliegan en la esfera jurídica del titular efectivo oculto o encubierto. Pero hay que tener en cuenta que esta secuencia del mecanismo interpositorio no tiene por qué darse siempre. Cabe el proceso inverso: el titular real de una posición jurídica acuerda con otra persona la cesión de la misma, y que tal cesión y la situación jurídica resultantes permanezcan ocultas. Cabe incluso una tercera posibilidad: el titular real de una posición jurídica la cede fingidamente a otra persona, sin que se produzca ningún desplazamiento efectivo de titularidad.

¿Todas estas variedades del mecanismo interpositivo están dentro del ámbito de aplicación del Decreto 3.677/70? La respuesta más certera es la afirmativa. En efecto, por debajo de las modalidades que pueda adoptar, la identidad de estructura y función del fenómeno interpositorio es indudable: en todas ellas nos encontramos ante una refracción de efectos jurídicos que se produce (o que se intenta producir) por la intromisión de un titular aparente o fingido dentro de una determinada relación (o haz de relaciones). La formulación textual del artículo 1.º I parece, en principio, apuntar solamente a las modalidades de formación descritas en primero y segundo lugares. Pero habida cuenta de la energía y la amplitud con que está redactada la cláusula de cierre («cualesquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten») no existe ninguna dificultad en considerar incluida en el Decreto a la modalidad interpositoria señalada en tercer lugar (la cesión ficticia de un contrato de trabajo que hace desaparecer como empresario a quien, efectivamente, lo es, y que pone en escena como tal a una persona interpuesta). Más aún: no sólo esta interpretación es posible sino que, quizá, sea la única posible: la *ratio* normativa es la misma; el tenor literal del precepto tiene la suficiente elasticidad como para abarcar este último supuesto; y, sobre todo, de no entenderse así la autonomía privada se las ingeniaría muchas veces para cubrir bajo el disfraz de ésta a las demás modalidades de interposición (16). Claro está, el Decreto se aplicará a todas estas modalidades siempre y cuando se trate, como vimos anteriormente, de una interposición especulativa.

b) *Funciones del mecanismo interpositorio.*—La figura de la interposición puede aparecer en una gran variedad de ámbitos jurídicos. Los principales quizá sean las relaciones familiares y sucesorias, las relaciones mercantiles y las relaciones laborales. La función que intente cumplir el mecanismo interpositorio en cada una de estas clases de relaciones es muy distinta. Es prácticamente imposible, como siempre que se trata de propósitos empíricos de parti-

(16) Cfr. A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., pág. 121 y sigs.

culares, elaborar un repertorio exhaustivo. Menos aún puede afirmarse que el mecanismo interpositorio cumpla una función determinada y distinta en cada una de las clases de relaciones señaladas. Pero esto no descalifica un intento de señalar funciones típicas que se dan con gran frecuencia en el tráfico jurídico. Tales son: 1. Eludir prohibiciones de contratar por razón de los sujetos. 2. Eludir las responsabilidades derivadas de una determinada posición jurídica, desplazándolas a un titular ficticio que no puede hacerles frente por insolvencia. 3. Eludir el cumplimiento de todo un complejo normativo mediante la predisposición de un centro de imputación de normas aparente, al que aquél no se aplica, o al que se aplica otro distinto y más benigno.

Posiblemente la primera de estas funciones es la que cumple con más frecuencia la interposición en el ámbito de las relaciones familiares. La mayor parte de las alusiones del Código civil a la «persona interpuesta» o «persona intermedia» corresponde precisamente a esta clase de relaciones, y en ellas el mecanismo interpositorio juega como procedimiento elusivo de una expresa prohibición de contratar por razón de los sujetos (17).

La predisposición de un titular ficticio insolvente es, quizá, el cometido de la interposición que más frecuentemente se persigue en el ámbito de las relaciones mercantiles. De este campo vienen precisamente las elaboraciones doctrinales sobre el abuso del instrumento técnico de la persona jurídica, sobre el contraste entre la apariencia y la realidad de las mismas, y sobre la posibilidad de que la interposición se efectúe tanto por una persona física como por una persona jurídica, que sirva de «escudo» protector frente a la aplicación de los preceptos, sin dejar por ello de «explotar las ventajas de una determinada posición jurídica» (18).

(17) También hay casos en los que lo que se pretende sortear son las normas de vinculación del caudal hereditario. Un elenco de supuestos de interposición en el Código civil puede ser el siguiente: 1. Artículo 628: «Las donaciones hechas a personas inhábiles son nulas... aunque lo hayan sido por personas interpuestas». 2. Artículo 755: «Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz aunque se haga a nombre de persona interpuesta». 3. Artículo 1.459: «No podrán adquirir por compra... por sí ni por persona alguna intermediaria: 1.º El tutor o protutor, los bienes de la persona o personas que estén bajo tutela...» Un ejemplo doctrinal típico de interposición, aunque no aluda directamente al Código civil a ella es el que tiende a eludir la prohibición de venta de bienes entre marido y mujer (artículo 1.458 del Código civil). Otros supuestos, algunos jurisprudenciales, de interposición de Derecho de familia en F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., págs. 342 y sigs.

(18) Las expresiones entrecomilladas en F. FERRARA: *Costituzione di persona giuridica in frode alla legge*, (in *scritti giuridici in onore di Santi Romano*), vol. 4.º, Padua, 1941, pág. 23.

c) *Funciones del mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo.*—En el ámbito de las relaciones laborales la función de la interposición es, muchas veces, la que se acaba de indicar de elusión de la responsabilidad inherente a la posición de empresario. Como se ha dicho muy gráficamente, la persona interpuesta puede jugar como un «diafragma jurídico» que filtra hacia el empresario real los afectos beneficiosos de la relación de trabajo y detiene todas o algunas de las situaciones jurídicas pasivas que le habrían de corresponder en una configuración normal de la relación.

Pero quizá no sea ésta hoy día la utilización más frecuente del mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo. O, mejor dicho, esta utilización está, hoy, absorbida e integrada en una función más amplia: la de crear un centro artificial de imputación de normas. Para entender bien este fenómeno bastará recordar dos datos elementales del ordenamiento jurídico laboral: el primero hace referencia a la estructura de las fuentes en el Derecho del trabajo; el segundo a la relevancia del número de trabajadores de cada Empresa en el régimen jurídico de las relaciones individuales o colectivas que funcionan en el seno de la misma.

Como es bien sabido, en el Derecho del trabajo existe, junto a una normativa intersectorial o interprofesional, una regulación diferenciada por ramas productivas, por sectores de actividad y por Empresas cuyas fuentes formales son las Reglamentaciones de Trabajo, los convenios colectivos y los Reglamentos de régimen interior (19). Obviamente esta diferenciación normativa se traduce en una disparidad en condiciones de trabajo salariales y extrasalariales, y, *a fortiori*, en una variación de costos de personal. De ahí el posible interés empresarial en desplazar hacia otro bloque de normas sectoriales o de Empresa un conjunto de relaciones de trabajo. Pues, bien, como el punto de conexión de la normativa sectorial o de Empresa es la actividad del empresario (principio de unidad de Empresa) bastará la creación de un titular aparente para que pueda prosperar una elusión en bloque de la normativa que efectivamente debería aplicarse. Dado que las disparidades sectoriales o de Empresa tienden a acentuarse, sobre todo a partir de la puesta en marcha de la contratación colectiva, la posible ventaja especulativa del fenómeno interpositorio es cada vez mayor.

El segundo dato a tener en cuenta para comprender en toda su extensión

(19) No es este el momento de entrar en la complejísima cuestión de si los Reglamentos de régimen interior son o no fuentes de derecho propiamente dichas. Pero incluso en el caso, bastante probable, de que se trate simplemente de una regulación de condiciones generales del contrato no puede negarse su carácter vinculante para la Empresa que utiliza esta vía para establecer mejoras de condiciones de trabajo (expresamente en el artículo 5.º del Decreto 20/1961 de 12 de enero).

la función del mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo es la relevancia del número de trabajadores de cada Empresa a varios efectos, pero principalmente a los de representación y participación del personal en la misma. Como es sabido, el censo de trabajadores decide el número de enlaces sindicales, la implantación del Jurado de Empresa, la existencia de consejeros laborales, la obligatoriedad de los servicios médicos de Empresa, la opción entre indemnización y readmisión en los despidos improcedentes, la creación del economato y del Comité de seguridad e higiene, la redacción del Reglamento de régimen interior, etc. Por todo ello puede interesar grandemente al empresario que figure oficialmente una cifra de trabajadores inferior a la efectivamente empleada. De nuevo aquí la interposición se revela como un mecanismo utilizable para este propósito porque, obviamente, los trabajadores que figuran a nombre de la persona interpuesta no pasan por ser trabajadores de la Empresa. Y de nuevo aquí la función del mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo se analiza en términos de elusión de un centro de imputación de normas (20).

En otro orden de consideraciones se ha observado muy justamente que la presencia de personas interpuestas en el contrato de trabajo se traduce en un debilitamiento de la capacidad reivindicativa del personal de la Empresa. Ciertamente la interposición divide y dispersa «jurídicamente» la fuerza de trabajo, permite con ello mayores posibilidades de maniobra al empresario en las relaciones colectivas, y puede ser utilizada, en suma, como arma antisindical (21). El razonamiento es irreprochable. Sin embargo, es dudoso, dados los estrechos cauces que se abren a la acción reivindicativa en el ordenamiento positivo español, que se pueda emplear, hoy día, en toda su potencia, en el marco de una argumentación jurídica. El Derecho español es insensible e indiferente a este debilitamiento de la acción reivindicativa ya que parte de un modelo normativo de relaciones laborales en que aquella es considerada como una conducta patológica que se sitúa, las más de las veces, a extramuros de la legalidad (22).

(20) Un caso muy claro de interposición para «neutralizar el juego normal de instituciones sociales tales como delegados de personal y Comités de Empresa» es el que describe A. KLEIN en «Les sociétés de service: Est-ce une nouvelle forme de marchandage?», *Droit social*, noviembre de 1965, págs. 548 y 549.

(21) Cfr. P. BELLEVILLE: *Una nueva clase obrera*, Tecnos, Madrid, 1967, págs. 30 y 31. «La existencia de Empresas de contrata, se dice, permite a la dirección de una gran Empresa oponer a las reivindicaciones de un departamento o de un servicio la amenaza de suprimir este servicio o de excluirlo artificialmente de esta gran Empresa».

(22) En un ordenamiento sindical de institucionalización del conflicto de clases ésta sería una práctica antisindical desleal. En un sistema, como el virgente en Es-

d) *Interposición en el contrato de trabajo, fraude a la ley y negocios "contra legem"*.—El tratamiento normativo de la interposición en el contrato de trabajo bascula, según los ordenamientos, entre el fraude a la ley y los negocios *contra legem*. El tránsito de uno a otro depende, por hipótesis, de que existan normas expresas prohibitivas de los supuestos interpositorios; lo que, en principio, ocurrirá «frente a situaciones de especial indisciplina social» (23), en los que el legislador, ante la insuficiencia de los procedimientos normales de subsanación de los negocios jurídicos anómalos, se decide a emplear medidas represivas directas. Justamente esto es lo que ha acontecido en el ordenamiento positivo español con el Decreto 3.677/70. El fenómeno merece que le dediquemos alguna atención.

La característica definitoria del negocio en fraude de ley es «la utilización de un tipo negocial o de un procedimiento negocial en el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio» (24); o, más brevemente, la realización de actos jurídicos formalmente lícitos pero sustancialmente elusivos de normas imperativas (25). Los procedimientos negociales que pueden servir para el fraude a la ley son múltiples; entre ellos está, desde luego, el mecanismo interpositorio (26). Por otra parte, como se ha observado repetidamente, existe una estrecha correlación entre fraude a la ley y limitación de la autonomía privada; cuanto más intensa y coactiva sea la reglamentación de un determinado tipo de relaciones, mayor propensión al fraude existirá en los titulares de las mismas (27). No hace falta decir, a la vista de estas consideraciones, que las relaciones laborales constituyen un campo muy abonado para la variadísima gama de negocios fraudulentos que puede imaginar la iniciativa privada.

Si conectamos esto con lo dicho anteriormente sobre la función del mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo, llegaremos fácilmente a la conclusión de que la finalidad típica de la interposición en el contrato de trabajo es la de configurar una apariencia para eludir normas imperativas. La gravedad del fenómeno estriba en el carácter plural y global del intento fraudulento de las partes. Efectivamente, a través del mecanismo interpositorio, que opera por definición en el momento en que la relación de trabajo se constituye, se pueden eludir en bloque, como hemos visto, complejos normativos

pañía de eliminación de conflictos el argumento sería descartado, consciente o inconscientemente, porque aplicación del «*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*».

(23) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 372.

(24) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 370.

(25) A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., pág. 1.

(26) Cfr. F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 374.

(27) En el mismo sentido, A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., págs. 41-42.

completos, tanto legales (normas sobre representación y colaboración del personal en la Empresa), como reglamentarios (Reglamentaciones de Trabajo, señaladamente), como paccionados. Pudiera plantearse aquí la duda de si constituiría o no un fraude a la ley la interposición encaminada a eludir la aplicación de un convenio colectivo. La doctrina más generalizada tiene resuelta esta cuestión en sentido afirmativo (28). Lo decisivo para caracterizar el fraude a la ley es la naturaleza imperativa de la misma y no su jerarquía o el centro de poder que la produce.

La calificación de un determinado supuesto como interposición en el contrato de trabajo llevaría consigo, en el ordenamiento positivo español, la eliminación de la persona interpuesta y la anudación del vínculo contractual entre el empresario efectivo y el trabajador. Este es, como veremos en seguida, el sentido de la presunción del artículo 3.º de la ley de Contrato de trabajo de que el contrato de trabajo existe entre todo aquel que da trabajo o *utiliza un servicio* y el que lo presta. Pero, como veremos también más adelante, la jurisprudencia no ha seguido siempre esta fecunda vía interpretativa. El propio Decreto-ley de 15-2-52 era, en este punto, regresivo en relación con la ley de Contrato de trabajo.

La única solución que quedaba, ante la proliferación de supuestos interpositivos (29), era la prohibición expresa de todos o los más peligrosos de entre los mismos, avalada por un aparato de sanciones y responsabilidades con suficiente fuerza disuasoria. Por esta vía se ha adentrado la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica (art. 59); y, de una manera inequívoca y con carácter general, el Decreto de 3.677/70. De ahora en adelante, para los supuestos tipificados en el mismo, no se podrá dar el «rodeo» en fraude de ley que constituye el mecanismo interpositivo, porque este camino desviado está cortado; la interposición choca *per se* directamente con la ley. No es una combinación negocial en fraude de ley sino *contra legem* (30).

e) *El régimen jurídico de la interposición en el contrato de trabajo en el ordenamiento español vigente.*—El Decreto 3.677/70 está, pues, en la línea de la interpretación más exacta del artículo 3.º de la ley de Contrato de

(28) Cfr. A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., págs. 140 y sigs., y G. BRANCA: *La prestazione di lavoro in società collegate*, Ciuffrè, Milán, 1965, págs. 108 y sigs., si bien este último establece distinciones y reservas en las que no vamos a entrar por ser irrelevantes en nuestro contexto normativo.

(29) Tiene, según parece, mucho fundamento la opinión de que el origen inmediato del Decreto 3.677/70 está en la conmoción producida por los sucesos de Granada de julio de 1970, que revelaron la utilización masiva de este tipo de prácticas.

(30) Sobre la distinción, por todos, A. CESSARI: *L'interposizione...*, págs. 17 y siguientes.

trabajo. No se trata, desde luego, de una innovación absoluta. Una importante corriente jurisprudencial se orientaba ya hacia esta solución. Pero tampoco falta jurisprudencia en sentido contrario. Después de la demostración de estas afirmaciones convendrá realizar un panorama general del tratamiento jurídico de la interposición en el contrato de trabajo en la que se reúnan los datos normativos referentes al tema.

El primer párrafo del artículo 3.º de la ley de Contrato de trabajo vigente («El contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta») es una reproducción textual del mismo párrafo y artículo de la ley de Contrato de trabajo de 1931. A su vez, la ley de 1931 partía en este punto del artículo 2.º del Código de trabajo de 1926 («El contrato se supone siempre existente entre todo aquél que da trabajo y el que lo presta»). En una simple comparación de estos preceptos resulta que lo que se añade en 1931 y se recoge en 1944 es una referencia a la utilización de los servicios del trabajador: se presume titular de la relación de trabajo no sólo el que da trabajo sino el que utiliza un servicio. En el caso de disociación entre uno y otro, para evitar el juego de interposición, la presunción más fuerte deberá estar en favor del segundo término de la disyuntiva; éste es el único sentido posible de la adición operada en 1931, que si no carecería de utilidad. Una interpretación sistemática de la ley de Contrato de trabajo lleva a la misma conclusión. Pueden traerse a colación aquí el artículo 1.º de la misma (que define al empresario por el poder de dirección y el carácter de beneficiario de la relación de trabajo), el artículo 5.º, párrafo 1.º (nueva definición de empresario mediante un criterio locativo, muy criticable doctrinalmente, como otros puntos del precepto pero cuya finalidad más probable es eliminar supuestos interpositivos) (31), el artículo 5.º, párrafo 2.º (que establece como empresario del auxiliar asociado al que lo es del trabajador auxiliado) (32); y, con más reservas por su carácter limitado, el artículo 165 (que considera, en los casos contemplados, como empresarios en el contrato de trabajo de las mujeres a los que «aprovechen servicios personales de las mismas»), y el artículo 179 (que contiene la misma regulación para el contrato de trabajo de los menores).

Más o menos directamente, esta interpretación está confirmada por una

(31) La crítica al artículo 5.º, por una u otra razón, está generalizada. Cfr. G. BAYÓN CHACÓN y E. PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del trabajo*, Pons, Madrid, párrafo 103; M. ALONSO GARCÍA: «Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra», en *Cuadernos de Política Social*, núm. 45, 1960 (primer trimestre), págs. 31 y sigs., y M. ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, cit., págs. 61-62.

(32) Sobre el tema, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: *El auxiliar asociado*, I. G. O., Sevilla, 1960.

serie de pronunciamientos jurisprudenciales. Ya en 1932 (sentencia del Tribunal Supremo, 2-1-32) se precisaba así el doble alcance de la presunción del artículo 3.º de la ley de Contrato de trabajo: 1. El que trabaja en establecimiento ajeno está vinculado por un contrato de trabajo. 2. Es patrono el titular del establecimiento. En el mismo sentido se manifestaba una sentencia del Tribunal Supremo de 27-3-34 («Los contratos de trabajo... contribuyen también a la efectividad de su derecho y redundan en su propia utilidad, por lo que debe concluirse estimándolo patrono, así por los elementos personales de la relación jurídica como por la índole y finalidad objetiva del servicio»). Más modernamente, la destrucción del mecanismo interpositorio en base al artículo 3.º de la ley de Contrato de trabajo se ha producido en una sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11-2-65 (Jur. Soc., núm. 9, 1.754/Tribunal Central de Trabajo) para la cesión definitiva de un trabajador de una Empresa a otra (tácitamente consentida); el Tribunal Central de Trabajo declaró que el contrato de trabajo se anuda entre Empresa cesionaria y trabajador «sin que a ello se oponga el que las liquidaciones de salarios siguieran haciéndose a nombre de la primitiva patronal»). Otra sentencia reciente muy significativa de esta corriente jurisprudencial es la de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 15-2-65 (Jur. Soc., núm. 9, 75/CA) en la cual se examina el caso de una Empresa concesionaria de despachos de pan, que interponía entre ella y sus trabajadores unos presuntos subconcesionarios; el mecanismo interpositorio era un contrato simulado entre la concesionaria y los presuntos subconcesionarios de «compraventa de mercancías con descuento fijo y normal y uso de local de negocio», que encubría verdaderos contratos de trabajo (entre otros datos: la concesionaria se comprometía a garantizar el salario mínimo interprofesional cuando la Comisión por venta de pan no llegaba a su cuantía); pues, bien, el Tribunal Supremo rompe este mecanismo interpositorio, expresamente en base al artículo 3.º de la ley de Contrato de trabajo, y considera a los trabajadores de los presuntos subconcesionarios como trabajadores de la principal.

Pero otra serie numerosa de pronunciamientos jurisdiccionales sigue la trayectoria opuesta. Veamos algunos de ellos. En un caso de cesión temporal de un trabajador y de accidente del mismo en su destino transitorio responde la entidad aseguradora del cedente; el argumento decisivo parece ser que es este último el que sigue pasando los salarios (sentencia del Tribunal Supremo, 27-6-66, 6.ª; Jur. Soc., núm. 17, 107/Tribunal Supremo). Otra sentencia en esta línea, muy importante por su extensísima fundamentación jurídica, aunque errónea a nuestro juicio, es la de la Sala 6.ª del Tribunal Supremo de 27-5-64 (Jur. Soc., núm. 6, 245/Tribunal Supremo); el supuesto de hecho era el de un trabajador contratado por un particular para prestar servicios en una

finca agrícola, propiedad de su esposa como bien parafernalia; el trabajador se accidenta y el Tribunal Supremo declara como patrono responsable al marido y no a la mujer; la argumentación discurre aquí por dos vías: 1. «En modo alguno pueden ser confundidas o identificadas la civil titularidad de la finca donde se realiza el trabajo y la investidura jurídico-laboral de empresario»; se aducen como preceptos en apoyo de esta afirmación los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la ley de Contrato de trabajo, 1.º y 2.º de la antigua ley de Accidentes de Trabajo, y el 7.º de su Reglamento, «de cuyo contexto racionalmente interpretado se desprende la palmaria calificación y aneja responsabilidad patronal del dador de trabajo...». 2. La doctrina del «empresario aparente»: «No sería admisible ni equitativo hacer gravitar sobre el productor la pesada carga de inquirir en cada ocasión la titularidad de la finca o explotación en que va a trabajar, como único medio de esclarecer la personalidad de su principal»... «no podría el obrero hacer valer fácilmente (sus derechos y acciones) ni contra su empleador, al no ser éste patrono, ni contra el dueño o cultivador de la heredad, por ser, por lo general, desconocido para el trabajador...» Otra sentencia significativa de esta misma orientación es la del Tribunal Central de Trabajo de 26-1-65 (Jur. Soc., núm. 8, 1.671/Tribunal Central de Trabajo); unos trabajadores son cedidos temporalmente por sus respectivas Empresas a otra de ámbito nacional; la cesionaria les había escrito una carta rogándoles que «se pasasen por sus oficinas a fin de efectuar los trámites de afiliación reglamentarios, con objeto de que empezasen a prestar sus servicios en el equipo de suplencia de la plantilla de la misma»; no obstante, el Tribunal Central de Trabajo declara que la relación de trabajo se mantiene entre las cedentes y los trabajadores porque son aquellas las que cotizan a Seguridad Social y pagan salarios.

Esta confusa situación jurisdiccional se debe, con toda probabilidad, a dos razones. La primera es la interferencia perturbadora de criterios de Seguridad Social (patrono y entidad aseguradora responsables) y procesales (doctrina del «empresario aparente») como factores de formación de conceptos jurídico-laborales. No vamos a discutir en este momento la oportunidad de las decisiones que acabamos de señalar, aunque sí pudiera decirse que, en alguna ocasión, se apoyan en *rationes decidendi* muy formalistas (el abono de salarios, la cotización a la Seguridad Social). Pero es indudable que, trasplantadas a la teoría general del contrato de trabajo producen distorsiones evidentes en la configuración del mismo.

La segunda razón hay que buscarla en el Decreto-ley de 15-2-52. Esta disposición establece que «las Empresas... que cedieren temporalmente todo

o parte de su personal a otros empresarios», tanto a título oneroso como gratuito, «estarán obligadas a cumplir rigurosamente con respecto a sus trabajadores todas las obligaciones legalmente impuestas en el orden laboral y en la esfera de la previsión social...» Hay otros preceptos importantes en este cuerpo normativo (la cedente y la cesionaria «responderán solidariamente de las obligaciones sociales exigibles», responsabilidad penal por estafa «si de los hechos cometidos se desprendiera la existencia de maquinaciones o confabulaciones dolosas»; «la función efectivamente desempeñada en cada instante» será la que decida la retribución y «los Reglamentos de trabajo aplicables») pero nos vamos a fijar ahora solamente en el pasaje subrayado. De él se desprende que el cedente sigue siendo empresario de «sus trabajadores» cedidos. La solución no es, técnicamente, correcta. El verdadero empresario durante el período de cesión temporal es el cesionario. En consecuencia, la normativa sectorial aplicable será la de este último (lo que, en contradicción con su punto de partida, acepta el Decreto-ley) (33), y el contrato de trabajo con la Empresa cedente quedará en suspenso por mutuo acuerdo (34) hasta que termine el paréntesis más o menos breve constituido por el lapso de tiempo que dura la cesión (35). Así, pues, tal como está redactado, el Decreto-ley 15-2-52 lleva, probablemente sin saberlo, a una legalización de la interposición en el contrato de trabajo en los casos de cesiones temporales de trabajadores. No parece dudoso que esta redacción ha inspirado y/o potenciado la corriente jurisprudencial que hemos reseñado en segundo lugar.

(33) Si alguna duda interpretativa cupiera en este punto, la jurisprudencia se ha encargado de disiparla. Una reciente sentencia (Tribunal Central de trabajo, 24-4-70; *Juris. Soc.*, núm. 40, 186/70) aborda el problema frontalmente. Una Empresa de construcción (que vamos a llamar B) cede a Empresa siderometalúrgica (que llamaremos A), sin indicación de plazo y sin visado o autorización de la Oficina de Colocación, una serie de trabajadores. Estos cobran menos que los restantes trabajadores de A. Reclaman diferencias y la Magistratura condena a A. El Tribunal Central de Trabajo condena solidariamente a A y B, aceptando como prueba de temporalidad de la cesión el hecho de que B seguía pagando los salarios. En orden a la determinación de la retribución debida la sentencia es irreprochable. En otros aspectos (definición en *obiter dicta* del fraude a la ley, pruebas de temporalidad aceptadas, incidencias del Decreto-ley de 15-2-52 sobre la normativa de colocación) mucho más discutible, aunque siempre interesante por su audacia y ambición teórica.

(34) Sobre el tema, ver J. VIDA SORIA: *La suspensión del contrato de trabajo*, I. E. P., Madrid, 1965, pág. 323.

(35) Esta es, explícitamente, la construcción en Derecho belga, ver P. HORION: «Le contrat de travail in droit belge», en *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxemburgo, 1965.

Los desarrollos anteriores nos llevan a los siguientes resultados sobre el régimen jurídico de la interposición en el contrato de trabajo:

— Como regla general, el mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo, en cualquiera de sus posibles modalidades, ha de considerarse como no puesto, y la relación de trabajo se anuda entre el trabajador y el empresario real que utiliza sus servicios.

— Cuando se trata de una interposición especulativa, además de lo anterior, entran en juego las responsabilidades y sanciones previstas en el Decreto 3.677/70.

— La modalidad interpositoria constituída por la cesión temporal de trabajadores no especulativa se rige por el Decreto-ley de 15-2-52, y en la misma, por excepción, la detección del mecanismo interpositorio no despliega sus efectos normales: el cedente continúa siendo, por ministerio de la ley, empresario.

3.2. *La mediación en el contrato de trabajo*

a) *Formas y acepciones de la mediación.*—Ha de entenderse por actividad mediadora (mediación en sentido amplio e impropio) a la desplegada por una persona u organización para facilitar la conclusión de contratos por parte de otras (36). El contenido de esta actividad de facilitación puede ser muy variado: puesta en contacto de las partes, búsqueda de un posible futuro contratante, transmisión de informaciones entre los sujetos potenciales del contrato o de los contratos que se intentan celebrar, tentativas de persuasión de los mismos (37).

Este concepto amplio de mediación tiene una utilidad jurídica bastante limitada. En efecto, la actividad mediadora así descrita puede aparecer inmersa en una gran variedad de tipos contractuales y de relaciones sociales no necesariamente negociales. Cabe, en primer lugar, una actividad media-

(36) La palabra mediación no es unívoca en el lenguaje jurídico. Los dos sentidos en que suele ser utilizada son el que se indica en el texto (actividad que se sitúa en las negociaciones preliminares a la celebración de un contrato); y el que tiene en el contexto temático de los procedimientos de solución de controversias entre particulares. La mediación juega aquí para ajustar pretensiones contradictorias en el seno de una relación jurídica (contractual o no) ya constituida. En este trabajo nos vamos a referir sólo a la primera de las acepciones señaladas.

(37) Cfr., por todos, L. CARRARO: *La mediazione*. 2.^a edición. Cedam. Padua, 1960, págs. 81 y sigs.

dora realizada en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena (viajante, representante de comercio) o de un contrato civil o mercantil (mandato, comisión). Cabe también como trabajo de favor, realizado con carácter amistoso, benévolo o de buena vecindad. Cabe, asimismo, en el marco de un servicio público creado *ad hoc* para facilitar la celebración de contratos muy frecuentes en el tráfico negocial. Cabe, por último, en el seno de una figura contractual independiente, tipificada por la jurisprudencia y la doctrina: el contrato de mediación (38). Como se ve, lo que gana el concepto en extensión lo pierde en profundidad; las múltiples y variadas modalidades de actividad mediadora impiden que esta acepción amplia sea indicativa de un régimen jurídico homogéneo.

La mediación en sentido propio abarca sólo el último de los supuestos mencionados; esto es, a la actividad mediadora originada por un contrato en el que «el mediador pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación» (sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, de 27-12-62) (39). Junto al dato material de la actividad mediadora ha de concurrir aquella específica configuración de posiciones jurídicas que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como contrato de mediación (40).

b) *El régimen jurídico de la mediación en el contrato de trabajo.*—Utilizando estos cuadros conceptuales, podemos hacer las siguientes afirmaciones a propósito de la mediación en el contrato de trabajo:

— En el contrato de trabajo no sólo cabe, como en cualquier otro tipo contractual, una actividad mediadora, sino que tal actividad está institucionalizada.

— La forma institucional de esta actividad mediadora es el servicio público de colocación u oficina pública de colocación.

(38) Sobre la mediación en Derecho positivo español, ver A. GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968, págs. 307 y sigs., y los trabajos de BONET CORREA en *An. Der. Cív.* (1951, páginas 1617 y sigs.; 1952, págs. 1056 y sigs) y en *Rev. de Der. Not.* (1956, pág. 305).

(39) Un comentario de esta sentencia en L. DíEZ-PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, Madrid, 1966, págs. 621 y sigs.

(40) Como dice L. DíEZ-PICAZO la mediación es un típico ejemplo de figura contractual formada a través de la Jurisprudencia y de la actividad profesional de los juristas. De momento, entre nosotros, esta figura no ha sido tipificada por el legislador, es decir, se encuentra todavía en fase de «concreción normativa»; en ob. últ. cit., pág. 623.

— La mediación *sensu stricto* en el contrato de trabajo está prohibida por las normas de colocación, y entra de lleno, además, en el Decreto 3.677/70 como uno de los supuestos de hecho tipificados en el mismo.

En la medida en que el contrato de trabajo es un contrato reglado o normado, y en la medida en que las prestaciones de servicios que constituyen su objeto responden muchas veces a estereotipos predeterminados, la actividad mediadora en el mismo queda reducida a su mínima expresión: informar a los que ofrecen trabajo de las demandas existentes, y viceversa, y poner en contacto a los futuros contratantes (41). Como, además, la contratación de trabajo es una contratación en masa (42), y la celebración de contratos de trabajo materializa un derecho (el derecho al trabajo) reconocido constitucionalmente (43), se reúnen todos los factores técnicos y políticos para una institucionalización de la actividad mediadora en el contrato de trabajo como servicio público. Esta actividad mediadora, tal como aparece hoy configurada, no tiene, desde luego, naturaleza contractual. El funcionamiento del servicio público de colocación resulta, evidentemente, no de vinculaciones contractuales, sino del entrecruzamiento de una serie de obligaciones administrativas *ex lege*.

Pero resulta patente que el servicio de colocación no es en España el cauce único, ni siquiera el principal, que se utiliza para la puesta en contacto de las partes en vistas a la celebración de futuros contratos de trabajo. Junto a él existen unas cuantas vías paralelas de facilitación de colocaciones. Una de ellas, socialmente institucionalizada, utiliza procedimientos publicitarios y no actividades mediadoras: el ofrecimiento público de empleo (44). Otra,

(41) La elasticidad de contenido de la actividad mediadora permite, en efecto, incluir en su ámbito la función de las oficinas públicas o privadas de colocación. Así lo entiende la doctrina, y así lo ha reconocido, en alguna ocasión, la Jurisprudencia. Para la doctrina, ver, por todos, L. CARRARO: *La mediazione*, cit., pág. 266 *a contrario sensu*. Para la Jurisprudencia, ver sentencia del Tribunal Supremo 28-6-44 (RODRÍGUEZ NAVARRO, II, pág. 26): la función de las Oficinas de Colocación es «mediadora»... «No se trata de convención celebrada por representación ajena sino de actos mediadores en su génesis...»

(42) Cfr. M. ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, cit., pág. 260.

(43) Cfr. E. BORRAJO DACRUZ: *Introducción al Derecho español del trabajo*, I, 2.^a edición, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 31. El reconocimiento constitucional de este Derecho en el Fuero del Trabajo, I, 3 (que lo enuncia y expresa su fundamento) y 8 (que lo configura como un derecho frente a la comunidad cuya satisfacción corresponde al Estado), y en el Fuero de los Españoles, art. 24.

(44) Sobre el tema, M. ALONSO OLEA, Ob. últ. cit., pág. 261. Se trata de un procedimiento habitual (socialmente institucionalizado) aunque no exista ninguna regulación

poco aparente pero muy efectiva, responde a comportamientos típicos de la vida de relación social: la mediación benévola realizada ocasionalmente. Otra es clandestina y, claramente, *contra legem*: la mediación lucrativa (contrato de mediación para futuros contratos de trabajo). El ofrecimiento público de empleo queda fuera, por su propia naturaleza, del objeto de nuestro estudio. La mediación benévola ocasional en el contrato de trabajo es perfectamente admisible en nuestro Derecho; la examinaremos posteriormente en sede casuística. La mediación lucrativa sí merece que le dediquemos alguna atención en este momento.

La mediación lucrativa en el contrato de trabajo es la que se realiza a cambio de una retribución y, normalmente, con carácter de profesionalidad (en forma permanente y habitual). Es indiferente a efectos de calificación que tal actividad mediadora tenga una sede estable (oficina o agencia privada de colocación), o sea realizada con carácter ambulante. La mediación lucrativa en el contrato de trabajo se analiza jurídicamente como contrato de mediación. Concurren en ella, en efecto, las dos notas que caracterizan a este tipo contractual: el dato material de la actividad de puesta en relación de dos o más personas para la conclusión de un contrato; y el dato formal de que tales actividades se prestan en cumplimiento de un contrato independiente, y no en el de otro contrato genérico de actividad. Como decíamos, el contrato de mediación celebrado en vistas a la futura conclusión de contratos de trabajo es, en principio, un negocio *contra legem* (45). Infringe primeramente las normas de colocación (art. 3.º de la ley y Reglamento de Colocación obrera), y frente a él se desencadenan los mecanismos represivos previstos en las mismas. Esta reacción se ha debido estimar insuficiente, y, por ello, el Decreto 3.677/70 establece unas responsabilidades y sanciones mucho más graves que veremos dentro de un momento.

Las razones de esta legislación prohibitiva son fácilmente comprensibles. Si en el mercado de trabajo hay una nutrida reserva de mano de obra (supe-

jurídico-laboral específica que lo contemple. Las dos formas típicas de ofrecimiento público de empleo son el anuncio en el centro de trabajo o en locales públicos y en anuncio en la Prensa. No se trata de una técnica mediadora en la medida en que no hay actividad de una persona que tenga como función específica la puesta en contacto de los futuros contratantes.

(45) ¿Es lícita la mediación en el contrato de trabajo en los supuestos en que no hay que acudir a la Oficina de Colocación Pública según el artículo 57 del R. C. O., señaladamente, «personal eventual por menos de cinco días» (art. 57.1), «quienes hayan de desempeñar funciones directivas» (art. 57.3) y «personal técnico oficialmente colegiado» (art. 57.4)? La respuesta ha de ser la negativa, a la vista del carácter absoluto de la prohibición del artículo 3.º de la L. C. O. («quedando prohibida la existencia de agencias y organismos privados de cualquier clase dedicados a la colocación»).

rávits de las ofertas sobre las demandas), tal actividad de mediación se efectuará a instancias de los trabajadores, y la retribución de la misma correrá a cargo de éstos, normalmente en una cuantía desproporcionada con el «esfuerzo» del mediador. Dicho en términos jurídicos: el contrato de trabajo se celebra, muchas veces, por parte del trabajador, en condiciones próximas al estado de necesidad; se corre el riesgo de que los mediadores aprovechen esta situación para obtener contraprestaciones exorbitantes por sus servicios. Existe, por demás, una abrumadora experiencia, histórica y actual, de que esto ocurre efectivamente así (46).

¿Cuáles son las sanciones y responsabilidades establecidas en el Decreto 3.677/70 para la mediación lucrativa en el contrato de trabajo? Sobre el particular hay en el Decreto un punto de interpretación poco discutible: para estos supuestos juegan las sanciones económicas del artículo 3.º (multas de 10 a 100.000 pesetas impuestas por el delegado de Trabajo; «en caso de reincidencia o cuando así lo exijan razones de ejemplaridad», multas hasta 250.000 pesetas impuestas por el director general de Trabajo a propuesta del delegado de Trabajo). El juego, en estos casos, del artículo 2.º resulta, en cambio, mucho más oscuro. Nos inclinamos a pensar que solamente les es aplicable el párrafo final del mismo, que reza textualmente así:

«Igualmente adquirirán la condición de trabajadores fijos quienes no hayan sido admitidos por la Empresa a través de la Oficina de Colocación y no hubiesen sido alta en la Seguridad Social, siempre que haya transcurrido un lapso de tiempo igual o superior al período de prueba establecido legal o convencionalmente.»

Las responsabilidades solidarias establecidas en el artículo 2.º, párrafo primero (las «contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social»), parecen pensadas exclusivamente para supuestos de interposición, habida cuenta de que en el mismo se hace una referencia expresa a un factor temporal («durante el período o temporada indicado» en el artículo 1.º, 1), que, obviamente, no puede jugar en la mediación, en la cual, por hipótesis, el mediador desaparece una vez concluido el contrato entre las partes.

(46) La categoría de los contratos celebrados en situación de necesidad es, según L. DÍAZ PICAZO, «muy difícil de construir en nuestro Derecho positivo con los materiales legislativos de que actualmente disponemos» (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 317). Los abusos de las agencias privadas de colocación constituyen, como es sabido, un tema clásico de la historia del Derecho del trabajo; ver, por todos, P. PIC: *Legislation industrielles*, L. N. D. y J, Paris, 1922, páginas 609 y sigs.

Dos observaciones incidentales merece la pena hacer sobre el precepto transcrito:

— Es la primera vez que en una norma laboral de ámbito general se hace una referencia al período de prueba en el contrato de trabajo. Tal institución tiene, por ahora, su sede normativa, exclusivamente en normas sectoriales (47).

— La remisión a normas sectoriales realizada en este precepto se hace a veces en el vacío. Existen, efectivamente, sectores productivos o ramas de actividad cuyas normas sectoriales no establecen período de prueba alguno (48). Estas lagunas, ciertamente aisladas, no dejarán, sin embargo, de provocar problemas delicados de aplicación del Decreto (49).

3.3. *Contrata y subcontrata de obras o servicios y contrato de trabajo*

El tipo contractual en el que encajan la contrata y subcontrata de «obras o trabajos» (art. 4.º del Decreto 3.677/70) es, sin duda, el que, con terminología discutible (50), el Código civil llama «contrato de arrendamiento de obra» (51). La doctrina viene observando desde tiempo que el cuadro nor-

(47) Con la excepción conocida del contrato de aprendizaje, en cuya regulación en la ley de Contrato de trabajo (art. 127) se hace una referencia incidental; los orígenes de esta referencia hay que buscarlos en la ley de 17-7-1911, de donde pasó al Código de trabajo (art. 61). Otra alusión incidental en el artículo 17 de la Orden de 28-12-66 sobre afiliación y cotización a la Seguridad Social.

(48) Esto ocurre, señaladamente, con las distintas Reglamentaciones de Espectáculos Públicos. Una sentencia del Tribunal Supremo que discurre sobre un pacto de prueba celebrado en un contrato de trabajo regulado por una Reglamentación en la que no se establece período de prueba, es la de la sala 6.ª, de 25-2-69.

(49) Habrá que acudir, en este caso, a falta de período de prueba regulado reglamentaria o paccionadamente, y a falta de pacto de prueba establecido por las partes, a la norma sectorial más próxima o afín. ¿Pero cuál es ésta? La decisión, en cada caso, habrá de corresponder al Magistrado de Trabajo y comportará, ineludiblemente, una fuerte dosis de discrecionalidad. Lo que parece claro es que el precepto no podrá dejar de ser aplicado por la existencia de una remisión al vacío. El problema presenta considerables similitudes (y también considerables diferencias) con el de la dote de la mujer casada establecida en la ley de 1961.

(50) En este sentido, A. GULLÓN: *Curso de Derecho civil...*, cit., pág. 261.

(51) Ver, por todos, M. ALONSO GARCÍA: *Contrato de trabajo, subcontrata...*, cit. Un simple análisis terminológico lo demuestra, por otra parte, hasta la saciedad. El

mativo predisposto en esta sede es marcadamente insuficiente en relación con la actual importancia económica de la figura, y su complejidad en el tráfico jurídico contemporáneo (52). Cualquier discurso sobre la misma que quiera ser válido para la realidad presente necesitará una intensa reelaboración interpretativa, en la que habrá que tener en cuenta, en la medida en que sea lícito utilizarlos, los datos normativos de otros ámbitos del ordenamiento (señaladamente, la ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965), y del Derecho comparado (quizá, sobre todo, la muy elaborada disciplina del *appalto* en el Código civil italiano). Así viene operando, más o menos confesadamente, la doctrina. Pero a nosotros el estudio de esta figura sólo nos interesa aquí en cuanto que es necesario distinguirla cuidadosamente de los supuestos de interposición en el contrato de trabajo que hemos analizado en párrafos anteriores. No vamos a detenernos, por tanto, en la consideración de toda compleja problemática de las contrata de «obras o trabajos» (53). Nos bastará con señalar dos perfiles del tema: el objeto y la causa de esta figura contractual; y las analogías y diferencias existentes entre la contrata y la subcontrata.

a) *El objeto y la causa de la contrata y subcontrata.*—En una primera aproximación parece que el Código civil reduce el objeto del contrato de obras a la construcción de edificios (54). Una lectura más detenida permite, sin embargo, incluir en este molde contractual a una variedad de resultados productivos de muy distinta naturaleza: reparación, montaje, instalación,

propio Código civil denomina sistemáticamente «contratistas» (arts. 1.591, 1.594, 1.596, 1.597) a quien se compromete a la ejecución de una obra en el marco de un contrato de arrendamiento de obra. La ley de Contratos administrativos (texto articulado aprobado por Decreto 923/1965 de 8 de abril), además de utilizar la misma terminología en múltiples ocasiones (arts. 40, 44, 45, 46, 47, etc.) menciona textualmente al subcontrato de obras cuando el primer contratista cede a otro la «realización de determinadas unidades de la obra» (art. 59).

(52) Cfr. A. GULLÓN: *Curso de Derecho civil...*, cit., pág. 261.

(53) La problemática del contrato de obras en relación con el contrato de trabajo se agrupa, como es bien sabido, en torno a tres núcleos: 1. Distinción entre uno y otro. 2. Supuestos de simulación de un contrato de trabajo bajo un contrato de obra y viceversa (lo que es mucho menos frecuente). 3. Perjuicios que pueden ocasionar a los trabajadores la utilización abusiva del contrato de obra. El Decreto 3.677/70, evidentemente, sólo se ocupa de este tercer aspecto.

(54) Artículo 1.588 (que habla, sin más, de ejecución de una obra), artículos 1.591 y 1.593 (que prevén, más específicamente, la construcción de un edificio), arts. 1.594 y 1.595 (que hablan, respectivamente, de «construcción de la obra» y de «constructor» de la misma), art. 1.600 (que menciona el caso del que «ha ejecutado una obra en cosa mueble»). En el mismo sentido A. GULLÓN: *Curso de Derecho civil...*, pág. 261.

organización, asesoramiento, realización de obras de arte, trabajos agrícolas o industriales especializados, espectáculos, etc. Puede hablarse así de una gran elasticidad del objeto del contrato de obra (55), y, también, de que éste constituye la matriz de la que se han separado una serie de figuras tipificadas como especiales por la legislación o la jurisprudencia (56). El límite de esta elasticidad se encuentra, según certera observación doctrinal, en el carácter fungible o no fungible de la obra o trabajo que figura como objeto del negocio: «En el contrato celebrado para la elaboración o construcción de una cosa fungible el proceso productivo pierde importancia frente a la entrega de la cosa, como objeto peculiar del contrato de compraventa... En cambio, cuando se encarga la realización de una cosa no fungible, el proceso productivo pasa a primer plano» (57).

A la vista de lo anterior se impone una conclusión que nos interesa notablemente en este trabajo: el objeto del contrato de obra (*sensu lato*) puede consistir en una obra cosificada y duradera, y puede consistir también en un trabajo o servicio cuyo resultado no deja una huella sensible, o no la deja a corto o largo plazo. Dicho con otras palabras: junto a la contrata de obras (*sensu stricto*) cabe una contrata de «trabajos» o servicios (58). Una y otra son idénticas en lo esencial: la producción de un resultado útil; y diferentes en lo accesorio: la utilidad producida puede concretarse o no en un resultado material tangible.

Con la causa (objetiva) del contrato de obras (o, si se quiere, de la contrata de obras o servicios) ocurre el fenómeno inverso al que acabamos de examinar en relación con su objeto: la delimitación conceptual del mismo es más restrictiva de lo que pudiera parecer a primera vista. En efecto, sobre la base del artículo 1.544 del Código civil parece que nos encontramos ante un contrato de obra cuando existe un simple intercambio contractual de obligaciones de ejecución de obra y de pago de un precio cierto. Un análisis más detenido obliga a describir la causa (objetiva) de este tipo contractual en términos más restrictivos como intercambio de un precio alzado (art. 1.599 del Código civil, arts. 7.º y 47 de la ley de Contrato del Estado) por una ejecución de obra (arts. 1.588 del Código civil y 1.º de la ley de Contrato

(55) La expresión en RUBINO: *Nov. Dig. It.*, UTET, 1957, pág. 688.

(56) Cfr. RUBINO: *Ob. últ. cit.*, pág. 688; y A. GULLÓN: *Curso...*, cit., pág. 279.

(57) A. GULLÓN: *Curso...*, cit., pág. 263.

(58) La doctrina sobre el particular es, prácticamente, unánime. La propia ley de Contratos del Estado habla de «contratos de obras, servicios y suministros» (capítulo 1.º) y del «contrato de gestión de servicios públicos» (título II) que «se regulará por lo establecido en el título I de esta ley para el contrato de obras en todo lo que no se oponga a las disposiciones del presente...» (art. 67).

del Estado), realizada por el ejecutor con su propio trabajo o con una organización propia, y a propio riesgo y ventura (arts. 1.588, 1.589, 1.590, 1.591, 1.593 y 1.596 del Código civil, y 42-46 y 52-56 de la ley de Contrato del Estado).

Estos dos rasgos adicionales del contrato de obra están señalados expresamente, y en términos similares, en el artículo 1.655 del Código civil italiano (59). Pero no es ningún contrabando doctrinal considerarlos implícitos en el esquema contractual de nuestro contrato de obra. La lectura detenida de los preceptos citados basta para convergerse de que esta afirmación es indudable en lo referente a la asunción de riesgos por el contratista (60). Por otra parte, la caracterización del contrato de obra como contrato de resultado lleva indefectiblemente a la misma conclusión, y tal caracterización es prácticamente unánime en la doctrina. En cuanto a la necesidad de empleo, bien de trabajo propio, bien de una organización de trabajo propia, el precepto clave es el artículo 1.588 del Código civil. En él se describen, entre otras, como modalidades posibles del contrato de obra, aquella en la que el ejecutor pone «solamente su trabajo», y aquella en la que, además, pone «su industria»; se puede hablar por ello en nuestro ordenamiento de una bipartición del contrato de obra en dos figuras contractuales con características peculiares: el contrato de ejecución personal de obra (cuando «el que lo ejecuta ponga solamente su trabajo») y el contrato de Empresa (cuando ponga también «su industria»).

Estas sumarias consideraciones sobre el objeto y la causa del contrato de obra nos permiten hacer una afirmación de la máxima importancia para interpretar correctamente el Decreto 3.677/70: que no nos encontramos ante supuestos de contrata cuando la prestación del presunto contratista es, simplemente, la provisión o suministro a la contratante de mano de obra vinculada laboralmente con el primero. En la puesta a disposición de personal propio, ni existe organización autónoma de medios (contrato de Empresa), ya que no pueden considerarse como tal las gestiones propias de una elemental administración de personal; ni, por hipótesis, solamente trabajo personal del

(59) Cfr. M. STOLFI: «Appalto-Trasporto», *Trat. di dirit. civ. de Grosso-Santoro*, páginas 4 y sigs.

(60) Como ha señalado la doctrina, los riesgos asumidos por el contratista son tres: el *periculum obligationis* (el contratista no tiene derecho a la contraprestación si su prestación se hace imposible), el *periculum rei* (pérdida fortuita de los materiales empleados en la obra cuando es el contratista el que los provee) y el riesgo económico o riesgo de empresa (error de cálculo en el precio de la obra; mayor coste del previsto por circunstancias sobrevenidas; alzas de salarios o precios de materiales). Confróntese A. GULLÓN: *Curso...*, cit., págs. 264-66.

contratista (contrato de ejecución personal de obra); ni, por supuesto, asunción de riesgo por parte del mal llamado contratista (61). En este caso, sencillamente, nos encontramos ante una interposición en el contrato de trabajo, disfrazada bajo el ropaje de contrata (pseudcontrata) (62). Se da aquí la disociación entre empresario real y empresario aparente que caracteriza a la interposición: el pseudcontratista no es más que una persona interpuesta que no ejercita para nada la titularidad con que aparece en las relaciones de trabajo. El supuesto ha de incluirse, por tanto, en el artículo 1.º y no en el artículo 4.º del Decreto 3.677/70. Es más, la cláusula final de aquél («cualesquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten») parece hecha a la medida de casos como este en los que el mecanismo interpositorio está escondido bajo una distinta apariencia negocial.

b) *Analogías y diferencias entre la contrata y la subcontrata.*—El esquema contractual que acabamos de examinar para la contrata vale idénticamente para la subcontrata. En definitiva, la subcontrata no es otra cosa que un contrato de obra celebrado entre dos contratistas, en virtud del cual uno de ellos (el subcontratista) se compromete a realizar una obra que constituye uno de los elementos de la obra total contratada por el otro. La diferencia entre contrata y subcontrata no aparece, por tanto, en la estructura del contrato, sino en el dato externo de que la subcontrata está montada sobre un contrato de obra precedente. O, visto desde otro ángulo, en la contrata las partes son el dueño de la obra (*rectius*, comitente) y el contratista; en la subcontrata, las partes son dos contratistas, el de la obra total (comitente) y el de la porción de la misma subcontrata (subcontratista) (63).

Como instrumento de división del trabajo la contrata y la subcontrata tiene, en un sistema productivo muy complejo, una indudable justificación

(61) No aceptamos, en este punto, las conclusiones a que parece llegar A. GULLÓN: *Curso...*, cit., pág. 273, sobre las llamadas contratas «por administración o economía» en las que «el contratista se desprende del beneficio (y también del riesgo) industrial en lo referente a la adquisición de los materiales y de la *mano de obra*, ya que el comitente satisface ambos capítulos». A falta de los riesgos que tipifican el contrato de obra nos inclinamos a pensar que no se trata de verdaderas contratas sino de pseudcontratas, esto es, interposiciones camufladas. El subrayado es nuestro.

(62) La bibliografía italiana sobre la seudocontrata es muy abundante. Ver F. SANTORO-PASSARELL: *Nociones de Derecho del trabajo*, I. E. P., 1963, págs. 134 y 149; A. CESSARI: *L'interposizione...*, págs. 107 y sigs.; LORIGA: *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Giuffrè, Milán, 1965.

(63) En el mismo sentido, M. ALONSO GARCÍA: *Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra*, cit.

técnica (64). Es evidente, por otra parte, que en el ordenamiento positivo español encuentran una base jurídica muy sólida en los principios de iniciativa privada y libertad contractual (65). Pero no cabe duda tampoco que un despedamiento excesivo del proceso de producción entre distintos contratistas y subcontratistas presenta para los trabajadores dos inconvenientes muy graves: pérdida de la fuerza del número y menor solvencia y capacidad económica de los empresarios parcelarios. Dicho con otras palabras: la contrata y la subcontrata pueden ser utilizadas como instrumentos antisindicales o anti-laborales. Por esta razón en algunos ordenamientos se prohíben las contratas y subcontratas que no estén técnicamente justificadas (66); y en otros, entre ellos el español (67), se adoptan medidas preventivas frente a una desintegración excesiva del proceso productivo.

En esta línea se encuentra el Decreto 3.677/70 cuando establece determinadas garantías para la contrata o subcontrata «de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad» (la de la Empresa comitente). Aunque con vacilaciones terminológicas (68) no se distinguen en él, con acierto, a efectos

(64) Especialmente, cuando el proceso productivo resulta de la conjunción de actividades y tecnologías muy diversas. Ejemplos típicos son la construcción y la prospección petrolífera. Una ilustración espectacular de este proceso de encadenamiento de contratas y subcontratas es la construcción aeroespacial.

(65) Sobre los principios del orden público económico, ver L. DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, cit., págs. 42 y sigs. Expresamente sobre los principios de iniciativa privada y libertad económica, pág. 44.

(66) Esta es la orientación indudable de dos leyes italianas: la ley de 13-5-58 y la ley de 29-10-60. La bibliografía sobre ellas es abundantísima y la influencia de la segunda sobre el Decreto 3.677/70 indudable. Con independencia de los trabajos ya citados o que se vayan a citar sobre puntos concretos de la regulación en los que puede resultar ilustrativa esta experiencia comparada, un buen tratamiento general de las mismas puede encontrarse en L. RIVA SANSEVERINO: *Diritto del lavoro*, Cedam, Padua, 1967, páginas 94-97.

(67) Hubiera cabido, en principio, una utilización jurisprudencial de los límites de la libertad contractual (art. 1.255 del Código civil). Pero esta vía no ha sido empleada.

(68) Tropezamos aquí con una leve dificultad interpretativa derivada de la redacción del artículo 4.º del Decreto 3.677/70. En él se habla, al principio, como hemos indicado, de «Empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos...», mientras que, más adelante, a propósito de la responsabilidad solidaria de la Empresa principal se menciona únicamente a «la subcontratista». Probablemente esta diferenciación terminológica constituye un *lapsus* de redacción. En apoyo de esta opinión pueden aducirse dos argumentos: 1.º Que la diferenciación terminológica aparece en dos párrafos distintos, pero íntimamente ligados entre sí por la conectiva «en todo caso»; lo que da pie para pensar que el segundo de ellos (donde aparece la restricción a la subcontrata) reposa sobre los supuestos descritos en el primero. 2.º Que en el segundo párrafo —donde, se insiste, aparece la restricción— se designa a la otra

de tratamiento normativo, entre la contrata y la subcontrata. La identidad sustancial entre las mismas permite, en efecto, un régimen jurídico unitario de las garantías de efectividad de los derechos de los trabajadores. Bien es verdad que la subcontrata, en la medida en que revela un fraccionamiento de segundo grado en un proceso productivo, presenta una mayor peligrosidad potencial que la contrata. Bien es verdad que en determinadas ramas de actividad —las que no consisten en fabricación en serie: construcción, obras públicas, gran parte de la industria pesada— cualquier división del proceso productivo constituye normalmente subcontratación (69). Pero, en definitiva, la distinción entre contrata y subcontrata desde el punto de vista de su peligrosidad «laboral», permitiendo indiscriminadamente la primera y restringiendo la segunda, es sumamente tosca y ocasionada a errores. Más peligrosa es la contrata de los trabajos de limpieza de una pequeña factoría, que la subcontrata de instalación eléctrica de una central hidráulica. El número de grados que separan al trabajador del primer comitente es un indicio entre otros (escaso tamaño de la Empresa contratista o subcontratista poco capital comprometido por la misma, escasa cualificación técnica de los trabajos encargados), y no el decisivo, de que el contrato de obra pueda ser utilizado como arma antisindical o antilaboral.

4. CASUÍSTICA DE LA MEDIACIÓN Y LA INTERPOSICIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Como decíamos al principio, existe una variada casuística de actividades privadas en la contratación y empleo de trabajadores. Algunas de ellas se dan con la suficiente frecuencia en el mundo del trabajo como para que sea conveniente averiguar si encajan o no dentro de los supuestos tipificadores en el Decreto 3.677/70. Los desarrollos que siguen tienen esta finalidad. En ellos se pretende directamente clarificar la solución de la mayor parte de los casos

parte del contrato de obra «Empresa principal», lo que induce a considerar que se está pensando en la comitente que desencadena el proceso de contratas y subcontratas; si esto es así, y no parece pueda ser de otra manera, no tiene sentido librarla de responsabilidad solidaria en las primeras y no en las segundas.

(69) Efectivamente, la actividad de construcción se monta en la inmensa mayoría de los casos, sobre un contrato de obras. Como se trata de un proceso productivo complejo y diversificado (cimentación, albañilería, carpintería, fontanería, electricidad, pintura...), cuando se contrata alguna de sus fases nos encontramos ya ante una subcontrata. Por esta razón, posiblemente, la reciente Ordenanza de la Construcción (Orden de 28-8-70), que constituye, como veremos, el más próximo antecedente del Decreto 3.677/70, al tratar el tema, sólo se refiere a la subcontratación.

de interposición y mediación en los que vaya a entender la Jurisdicción de Trabajo (en vía contenciosa) y la Administración Laboral (en vía de sanción). Pero también se podrán encontrar en los mismos criterios utilizables para la subsunción de los casos menos frecuentes que no aparezcan en la tipología empleada. Una observación adicional; abandonamos ya la consideración de los supuestos de contrata y subcontrata, salvo, claro está, cuando la contrata o la subcontrata encubran una verdadera interposición; excepción que confirma la regla: en estos casos nos encontramos ante una desfiguración contractual que impide hablar propiamente de contrata o subcontrata.

4.1. *El reclutamiento de trabajadores*

Poco hay que añadir en un análisis casuístico a lo ya señalado (*supra*, 2.1.a) y 3.2.) sobre el reclutamiento de trabajadores, que coincide con lo que se denomina técnicamente «mediación lucrativa» en el contrato de trabajo (contrato de mediación en vistas a la celebración de futuros contratos de trabajo). Quizá sólo indicar unos datos sociológicos elementales sobre esta actividad tristemente célebre.

El primero de ellos es que las prácticas de reclutamiento han proliferado en estos últimos años de intensas corrientes migratorias interiores, y de aparición de algunos polos de atracción de emigrantes extranjeros (70). Fácilmente se comprende que los trasvases de población incontrolados y masivos provoquen situaciones personales próximas al estado de necesidad que entregan al futuro trabajador en manos de reclutadores desaprensivos. Máxime si se tiene en cuenta que las oficinas sindicales de colocación trabajan con unos «índices de rendimiento y tasas de penetración alarmantemente bajos» (71).

(70) Portugueses en Asturias, norteafricanos en Cataluña.

(71) II Plan de Desarrollo Económico y Social, Ponencia de Trabajo (multipiciada), página 11: «Las constataciones frecuentes, las inspecciones que se giran a las oficinas provinciales, comarcales, locales y especiales de colocación, y los estudios realizados sobre el tema, han evidenciado que estas oficinas no han podido superar las dificultades que se oponen a la consecución de una eficacia aceptable. Sus actuales índices de rendimiento y tasas de penetración son alarmantemente bajos». Para remediar esta situación se propone una nueva ley de Colocación (pág. 102). Tan contundente como ésta es la crítica implícita en una resolución de la suprimida Dirección General de Empleo de 2-8-65 (B. O. M. T., 9-65): «No puede justificarse el incumplimiento de lo establecido en materia de solicitud a la oficina de colocación invocando la práctica o costumbre en contrario ya que lo dispuesto por la ley es de necesario cumplimiento» (en *Med. y Mar.*, parte IV, pág. 3). Otro reconocimiento implícito de impotencia es el artículo 56 de la Ordenanza de la Construcción: «La contratación podrá efectuarse de forma directa por las Empresas, dando cuenta posteriormente a la Oficina de Colocación...»

En segundo lugar, conviene considerar también que, en la práctica, la distinción entre los supuestos de reclutamiento y de interposición puede presentar alguna dificultad, habida cuenta de que no existe una diferenciación sociológica neta entre el reclutador de mano de obra (supuesto de mediación) y el prestamista o contratista de mano de obra (supuesto de interposición). En la realidad hay, por decirlo de alguna manera, «traficantes de mano de obra», que utilizan alternativamente unos u otros tipos negociales según las circunstancias. Esta indiferenciación sociológica del fenómeno se ve reflejada en el artículo 62 de la Ordenanza Laboral Textil: «Queda prohibido ocupar a personal procedente de organizaciones o personas ajenas a la Empresa y comúnmente conocidas con la denominación de prestamistas» (72). La ubicación sistemática del precepto (cap. II, Sec. 7.^a: Ingresos) permite extender su aplicación tanto a supuestos de reclutamiento como a supuestos de interposición. Pero lo que interesa subrayar ahora es que la norma apela a un término de argot industrial en el que se engloban prácticas de empleo de diferente naturaleza (73).

4.2. *La mediación amistosa o familiar en el contrato de trabajo*

La mecánica de la mediación amistosa o familiar es muy simple: una persona que, o bien tiene lazos familiares con un empresario, o bien mantiene relaciones de amistad con el mismo, o bien lo conoce por estar a su servicio, le recomienda la contratación de un trabajador con el que, a su vez, le unen lazos de amistad o de parentesco o de paisanaje. La puesta en contacto de las partes se efectúa, a través de esta conexión, de una manera informal, y sin que el mediador adquiera ni compromiso jurídico estricto a desempeñar su papel, ni, por supuesto, derecho a ningún tipo de retribución. No puede hablarse, por tanto, a propósito de la mediación amistosa o familiar, al revés de lo que ocurría con la mediación lucrativa, de un contrato de mediación. La explicación jurídica del fenómeno habrá que buscarla normalmente en el trabajo de favor (art. 2.º de la ley de Contrato de trabajo), aun-

(72) Subrayado, obviamente, mío. La denominación de prestamistas parece apuntar, como veremos, más que a un reclutamiento a una contrata de mano de obra o a una *sui generis* Empresa de trabajo temporal.

(73) En el mismo sentido, Preámbulo del Decreto 3.677/70, al principio: «El Decreto-ley de 15 de febrero de 1952 dio normas para evitar que, a través de cesiones de personal, pudieran ser vulnerados los beneficios sociales de los trabajadores, al propio tiempo que trataba de impedir que mediante dichas cesiones renacieran las oficinas privadas de colocación» (sub. mío).

que muchas veces se trata de una actividad tan simple e incidental que parecerá forzado calificarla como trabajo.

No es precisa una larga argumentación para demostrar que el supuesto de mediación amistosa o familiar queda por completo al margen de toda la legislación restrictiva de la mediación privada en el contrato de trabajo. Sería llevar el rigor a un extremo manifiestamente absurdo. Se trata de actos con una motivación benévola; no censurados, antes al contrario positivamente valorados, por la conciencia social (74); que responden a impulsos y pautas de comportamientos habituales y tenidos como normales; y en los que, dada su ocasionalidad, no existe ningún riesgo de enrarecimiento del mercado de trabajo. Por lo demás, la ley de Colocación obrera (art. 3.º) y el Reglamento de Colocación obrera (art. 3.º) se refieren a «agencias u organismos privados de cualquier clase, dedicados a la colocación», lo que implica una intervención permanente y habitual en el mercado de trabajo que no se da en los casos que estamos contemplando. En lo que respecta al Decreto 3.677/70 la cuestión no cabe ni siquiera ser planteada: en el Decreto se habla de «reclutamiento» de trabajadores (actividad sistemática de alistamiento de ofertas de trabajo), y la mediación amistosa o familiar es, por definición, una actividad ocasional.

Queda el problema de la mediación benévola realizada sistemáticamente a través de una agencia u organismo privado *ad hoc*. No se trata de una cuestión meramente académica. En una sociedad tan particularista como la nuestra no resultaría extraño que entidades de varia índole (asociaciones religiosas o benéficas, casas regionales, clubs recreativos) constituyeran con carácter benévolo un servicio de colocación para sus miembros o para terceros. Habida cuenta de las consabidas insuficiencias de las oficinas públicas de colocación estos supuestos cobran mayor verosimilitud, y, desde luego, mayor justificación. No obstante, a la vista de los artículos 3.º de la ley de Colocación obrera y del Reglamento de Colocación obrera, que acabamos de ver, no hay más remedio que concluir que tales actividades, por bien intencionadas que estén, y por meritorias que sean desde un punto de vista ético, son ilícitas en el plano del Derecho positivo. Los preceptos reseñados hablan, con una gran amplitud, de «agencias y organismos privados de cualquier clase», y no hay términos hábiles en sede de interpretación para excluir de esta prohibición a las agencias u organismos privados de colocación que rea-

(74) Constatamos un fenómeno de opinión con el que nos identificamos plenamente, en la medida en que refleja una visión excesivamente limitada y particularista (localista, familista, amiguista) de la convivencia. Pero su existencia es indudable y su explicación, cuando no se presenta con carácter exacerbado, obvia.

lizan su labor con carácter benévolo (75). No cabe duda, en cambio, de que la mediación benévola queda fuera del ámbito de aplicación del Decreto 3.677/70. Como vimos, éste se refiere exclusivamente a prácticas de contratación y empleo realizadas especulativamente.

4.3. *El préstamo benévolo de trabajadores*

El préstamo ocasional de mano de obra es una práctica bastante difundida en el mundo del trabajo. Los supuestos más típicos en que aparece son los trabajos de salvamento, y, genéricamente, los trabajos imprevistos de breve duración que requieren una mano de obra cualificada escasa. El recurso a un empresario con el que se mantienen relaciones de buena vecindad constituye, en este último caso, un expediente fácil y bastante seguro para salir del apuro transitorio en que una Empresa puede encontrarse. En estas modalidades típicas, el préstamo ocasional de trabajadores suele realizarse a título gratuito, y por una duración muy breve, de pocas horas o de pocos días.

El Decreto-ley de 15-2-52 se refiere a estos supuestos cuando habla de cesiones temporales «a título gratuito de servicios benévolos o de buena vecindad» (art. 1.º) y los somete a la regulación genérica prevista para las demás formas de cesión temporal. La ley de Seguridad Social alude también a «la cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo» (art. 97, 2) para hacerle extensiva la responsabilidad solidaria de prestaciones que juega en la sucesión de Empresa entre la causante y la sucesora. El Decreto 3.677/70, en su línea de delimitación de supuestos por vía de cláusula general, no alude a estos préstamos ocasionales de trabajadores. Ha de entenderse, sin embargo, que no están incluidos en los centros de imputación del mismo. Con toda probabilidad nos encontramos en este caso ante un fenómeno interpositorio. Pero es seguro que no se trata de una interposición especulativa, y, como vimos (*supra*, 2.1.), una exégesis detenida del artículo 1.º del Decreto lleva a la conclusión de que sólo se incluyen en él los supuestos interpositorios en los que la persona interpuesta obtiene una ventaja económica de su posición aparente en la relación de trabajo.

En cuanto al problema de la normativa sectorial aplicable durante el breve intervalo en que el trabajador está «prestado» a otra Empresa, la solución

(75) ¿Se trata de una prohibición «inerm»? Pudiera pensarse porque el artículo 108 del R. C. O. sólo considera sancionable la «intrusión (en el servicio de colocación) con ánimo de lucro» (sub. mío).

se encuentra, como apuntamos, en el Decreto-ley de 15-2-52: se abonarán «las retribuciones marcadas en los Reglamentos de trabajo aplicables, según las actividades a que se dediquen y la función efectivamente desempeñada en cada instante». La mención a los Reglamentos de trabajo ha de hacerse extensiva a los convenios colectivos regulados unos años después.

4.4. La cesión lucrativa de trabajadores

Junto al préstamo benévolo de trabajadores cabe, por supuesto, la cesión lucrativa (permanente o temporal) de los mismos, realizada con carácter ocasional. El fenómeno es relativamente frecuente si se consideran como buen indicador los numerosos pronunciamientos jurisdiccionales que existen al respecto. Cuando la cesión es temporal, la diferencia relevante con el caso anterior está en el título lucrativo que sirve de base al negocio de cesión. Rasgos diferenciales puramente descriptivos que suelen concurrir en este caso y no en el anterior son una duración más prolongada del período en que el trabajador está cedido, y la frecuencia con que se dan en este mismo caso las cesiones colectivas que afectan a una pluralidad de trabajadores.

La cesión permanente de trabajadores realizada a título lucrativo y con carácter ocasional puede configurarse como cesión del contrato de trabajo (cuando hay un cambio de titularidad en la relación de trabajo) (76) o como interposición en el contrato de trabajo (cuando el cedente mantiene ficticiamente su titularidad). En uno y otro caso el negocio de cesión es ilícito, aunque la calificación de ilicitud se deba a distintos motivos: en el primero nos encontramos ante una actividad mediadora privada y retribuida en el contrato de trabajo; en el segundo, ante una interposición de la que la persona interpuesta obtiene una ventaja económica. ¿Son aplicables a estos supuestos, aparte las normas generales, las establecidas en el Decreto 3.677/70? La cuestión es sumamente dudosa. Por una parte el artículo 1.º del Decreto se refiere exclusivamente a las cesiones temporales. Pero, por otra, carece de sentido hacer una excepción con las prácticas de cesión permanente, en las que, al menos cuando ésta se configura como interposición, el fraude a la ley se presenta con caracteres de mayor gravedad. Postulamos, por tanto, que la interpretación jurisprudencial del Decreto les dé cabida, recurriendo al amplio bagaje de argumentación tópica existente al respecto (brocardo *ubi est eadem*

(76) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 827 y sigs., P. HORION: «La cessibilité du contrat de travail», en *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, enero-junio 1968, págs. 1 y sigs.

ratio, ibi eadem dispositio, o, más convincentemente, el argumento de *minorí ad maius*).

En las cesiones temporales de trabajadores realizadas a título oneroso y con carácter ocasional caben, por supuesto, las mismas posibilidades de configuración negocial que en el caso anterior, aunque lo normal será que el cedente siga apareciendo en la relación como emplador interpuesto. La aplicabilidad del Decreto 3.677/70 no ofrece dudas a la vista de la interpretación del artículo 1.º que hemos efectuado en la parte exegética de este trabajo.

4.5. *Las transferencias de trabajadores entre Empresas del mismo grupo económico*

Puede entenderse por grupo económico o grupo de sociedades a la entidad resultante de vinculaciones o coligaciones de distintas Empresas, con una gran diversidad en su instrumentación y en sus modalidades, pero con el denominador común de una política unitaria en algunos o todos los aspectos de su actividad productiva, financiera o comercial (77). El grupo económico se define, por tanto, por la confluencia y por el contraste de los dos rasgos siguientes: 1. De hecho, la acción de los miembros del grupo está coordinada por una dirección única más o menos penetrante. 2. De derecho, en cambio, los miembros del grupo tienen personalidad jurídica y, por consiguiente, una plena independencia formal. Como dice Despax «es difícil encontrar un divorcio más patente entre las formas jurídicas y su sustrato económico» (78). Divorcio patente y, hay que añadir, sumamente grave, en la medida en que el grupo económico, y no la Empresa aislada, constituye hoy día la fórmula habitual de configuración del poder económico (79).

No pretendemos aquí, por supuesto, un planteamiento a fondo de toda esta problemática. Pero sí había que subrayar las dificultades de adaptación a esta nueva forma de organización económica de la teoría jurídica clásica, habida cuenta de que estas dificultades se proyectan, como no podía ser menos, en las relaciones laborales, y se revelan con especial agudeza, precisamente, en

(77) Sobre el tema, en su vertiente jurídico-laboral, G. BRANCA: *La prestazione di lavoro in società collegate*, cit.; A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., págs. 90 y siguientes; M. DESPAX: «Groupe de sociétés et contrat de travail», *Droit Social*, 1961, páginas 597 y sigs., y G. CAMERLYNCK: *Le contrat de travail*, *Traité* bajo su dirección, Dalloz, París, 1968, págs. 87-88.

(78) M. DESPAX: *Groupe de sociétés...*, cit., pág. 625.

(79) Sobre el tema en España, ver R. TAMAMES: *Los monopolios en España*, Zyx. Madrid, 1967.

las transferencias (cesiones, préstamos) de trabajadores entre sociedades pertenecientes al mismo grupo económico.

Efectivamente, es muy frecuente que, en el seno de un mismo grupo, el personal de las sociedades que lo forman pase con gran fluidez de una Empresa a otra. Como se ha dicho gráficamente, «a la comunidad financiera y a la comunidad de dirección características de las Empresas que forman un mismo grupo viene a añadirse en el caso más habitual una comunidad de personal: éste es intercambiable y pasa, según las necesidades del servicio y las pautas internas de promoción, de una sociedad a otra». Pero este dato cuantitativo no tendría mucha relevancia si no concurría un segundo factor: que las transferencias de trabajadores pertenecientes al mismo grupo constituye, la mayor parte de las veces, una vez aceptada la lógica del sistema, un supuesto justificado en necesidades objetivas (80). Si existe un interés económico unitario del grupo parece normal que exista una comunicación constante de personal entre los miembros del mismo; sobre todo si se trata de trabajadores altamente especializados, que, en un momento determinado, pueden ser más útiles en una Empresa del grupo distinta de aquella en que, inicialmente, fueron ajustados. El paralelismo entre estas transferencias de personal y determinadas situaciones de funcionarios públicos no ha pasado inadvertido a la doctrina (81). Existe, en efecto, una gran similitud entre la comisión de servicios (*détachement, distacco, comando*) que se puede conferir a un funcionario en activo para el desempeño temporal de un puesto que no es el suyo propio (art. 41, c), de la ley articulada de Funcionarios civiles), y la cesión temporal de un trabajador de la sociedad madre a la filial, y viceversa, o de una sociedad filial a otra.

Bastan estos simples datos para comprender que el caso que nos ocupa es muy distinto, en su fenomenología y en el título jurídico que le da base, a los de préstamo benévolo y cesión lucrativa de trabajadores que hemos considerado anteriormente. Ahora bien, ¿cómo ha reaccionado el Derecho del trabajo ante esta realidad del grupo económico? ¿Ha sido sensible a su unidad fáctica y ha estimado, en consecuencia, la unidad de la relación de trabajo por encima de las vicisitudes de adscripción del trabajador a una u otra de las Empresas del grupo? ¿Se ha ceñido, en cambio, a la concepción jurídica clásica, apegada a la independencia formal de las sociedades coligadas, que ve

(80) Expresamente, A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., pág. 100: «La transferencia del trabajador de una sociedad dominante a una sociedad coligada está generalmente justificada por razones objetivas», y G. BRANCA: *La prestazione...*, cit., págs. 3 y 4.

(81) Cfr. G. BRANCA: *La prestazione...*, cit., págs. 33-34, y M. DESPAX: *Groupe de sociétés...*, cit., pág. 600.

en cada transferencia del trabajador el nacimiento de un nuevo contrato de trabajo? La respuesta a estas cuestiones no puede darse de una manera tajante, por la sencilla razón de que los datos positivos que la condicionan son, en la actualidad, sumamente indecisos. Vamos a examinar a continuación los más significativos, y a solventar también la cuestión de la aplicabilidad o no a estos supuestos del Decreto 3.677/70.

La tesis de la unidad de la relación de trabajo, correlativa a la unidad fáctica que constituye el grupo económico, se recoge en el artículo 14 de la Ordenanza de Trabajo para las Industrias de Energía Eléctrica (Orden de 30-6-70). En él se habla de «trabajadores (que)... trabajen indistintamente para todas o varias de ellas, aun cuando a efectos de contabilidad interna figuren adscritos a una sola de las Empresas o Entidades integradas en la coalición». Esta última se define como agrupación de «dos o más Empresas o Entidades» que, o bien tengan «*de hecho* Dirección común», o bien dispongan de «servicios técnicos, administrativos o comerciales, de cualquier clase..., llevados, regidos o intervenidos por un Organismo, jefatura u oficina central», o bien «por pactos, contratos u otras normas laborales hayan dado ya lugar a reconocimiento implícito o explícito de esta unidad de trabajo». La consecuencia normativa que se extrae de la existencia del grupo económico y de las transferencias de trabajadores en el seno del mismo está contenida en el último párrafo del artículo 14: no existe «obligación de constituir una plantilla global en que se integre la totalidad de los trabajadores, pero en cualquier caso las relaciones laborales de las mismas con su personal se regirán por las características asignadas uniformemente a la coalición o conjunto».

El sentido de la norma es inequívoco: la relación de trabajo se anuda entre el trabajador y el grupo o «coalición» de Empresas o Entidades vinculadas. De lo que se desprenden las siguientes consecuencias: 1. La adscripción a una Empresa o Entidad concreta tiene sólo efectos de «contabilidad interna». 2. El trabajador puede ser transferido «indistintamente» a cualquiera de los miembros del grupo, sin que tal mutación constituya una cesión propiamente dicha, sino más bien un traslado de puesto de trabajo. 3. El principio de unidad de Empresa juega para la «coalición o conjunto» y no para cada uno de los miembros que lo forman.

Con independencia de las imperfecciones técnicas que puedan achacarse al precepto, parece que nos encontramos ante una solución muy realista al problema. Con ello se consagra la movilidad interna de los trabajadores del grupo y, a la vez, éstos evitan situaciones ambiguas y confusas en las que resulta demasiado transitable el cauce del fraude a la ley. No faltan, en Derecho comparado, ejemplos notables de este mismo planteamiento. Señalada-

mente, la jurisprudencia francesa se orienta, desde hace años, en este sentido (82).

El carácter innovador y vanguardista del precepto reglamentario que acabamos de examinar no puede hacernos olvidar, sin embargo, que se trata de una norma aislada de ámbito sectorial. Por otra parte, el análisis jurisprudencial de casos de transferencias de trabajadores entre Empresas coligadas se ha producido en pocas ocasiones. Vamos a examinar dos muestras notables de estos últimos años. La primera (sentencia del Tribunal Supremo, 6.ª, 19-5-69) contempla el caso de una asociación de varias Empresas de transportes para la explotación en régimen de concesión de un servicio público municipal; varios trabajadores presentan demanda ante la Magistratura para que declare que el único empresario de todos ellos es la Asociación patronal. Llegado el asunto ante el Supremo se desestima la reclamación de los trabajadores en base a que «perciben sus salarios de su empresario particular, que es quien asume toda responsabilidad frente al productor que ha contratado, y que no se ha demostrado que la Empresa demandada (el grupo patronal) haya contratado a los actores, ni les haya abonado sus salarios, ni, por ende, de que aquellos dependen de ésta». La línea argumental discurre claramente por la concepción clásica de la independencia formal de las Empresas del grupo. La segunda sentencia (Tribunal Central de Trabajo, 7-7-64) es más vacilante. Varios trabajadores prestan servicios en una Empresa y, de acuerdo con la misma, pasan a otra, vinculada con la primera por consejeros comunes en las Sociedades titulares respectivas, para prestar servicios en Colombia. A su regreso, creyendo reservados sus puestos, solicitan ser readmitidos en la Empresa cedente. Se les deniega, y se desestiman sucesivamente la demanda ante la Magistratura y el recurso ante el Tribunal Central, a pesar de que los salarios se abonaban en pesetas y en España (indicio claro de que la cesión no era definitiva). Las *rationes decidendi* son dos: 1. Que no se ha probado documentalmente la reserva de puesto. 2. Que «las escrituras de constitución de ambas sociedades ponen de manifiesto que están formadas por personas distintas aunque algún consejero esté en las dos». La vacilación del Tribunal Central de Trabajo se demuestra en el hecho de sentir necesidad de indagar si existe o no unidad fáctica entre las Empresas cedente y cesionaria. Sólo cuando comprueba que la vinculación entre las mismas es, a su juicio, muy débil, se permite decidir en contra del recurso planteado por los trabajadores.

En resumen, con excepción del artículo 14 de la Ordenanza de Empresas Eléctricas, la situación normativa sigue anclada en la posición tradicional de la independencia de las sociedades del grupo, con síntomas incipientes de

(82) Cfr. M. DESPAX: *Groupe de sociétés...*, passim.

evolución. *De lege data*, por tanto, las transferencias de trabajadores en este ámbito habrán de ser analizadas como discontinuidades, y, si la cedente mantiene la titularidad aparente del mismo, como fenómenos interpositorios. Ahora bien, en principio, no nos encontramos aquí ante una interposición especulativa en el contrato de trabajo, y, en consecuencia, no juega el Decreto 3.677/70. El título que justifica la cesión no es la obtención de una ventaja económica por parte de la cedente sino la satisfacción del interés unitario del grupo.

Claro está, el interés unitario del grupo no podrá servir de título de legitimación para cualesquiera transferencias de trabajadores. La técnica de la coligación de sociedades puede utilizarse en fraude a la legislación laboral. Un caso claro es el de la creación de una «sociedad de explotación» o «sociedad de gestión de personal», en dependencia completa de una sociedad madre, cuya finalidad única o preferente es la constitución de un centro artificial de imputación de normas sectoriales o la elusión de cualesquiera otras normas imperativas laborales. En este caso la sociedad filial es una mera apariencia, un testafarro, una persona (jurídica) interpuesta. Nos encontramos, pues, ante un fenómeno interpositorio de carácter especulativo. Juega, en consecuencia, el Decreto 3.677/70, sin que a ella afecte la especial modalidad de formación del mecanismo interpositorio (*supra*, 3.1.a).

4.6. *El contratista de mano de obra*

La calificación de la contrata de mano de obra (pseudocontrata) como fenómeno interpositorio, ha quedado afirmada y demostrada en un momento anterior de este trabajo (3.3.a). Nos encontramos aquí ante una manifiesta destipificación del contrato de obra: ni cabe una contrata en la que el contratista no asuma ningún riesgo, ni cabe una contrata en la que el supuesto contratista no actúe, o bien a través de una organización de Empresa, o bien ejecutando personalmente la obra encargada; ni cabe, por tanto, que el objeto de la contrata sea la provisión de trabajo ajeno. La pseudocontrata, en suma, como lo subraya exactamente su denominación, no es una contrata prohibida o ilícita, sino que no es, sin más, una contrata. Por el contrario, la catalogación como interposición es sumamente adecuada. El fenómeno interpositorio se da aquí de una manera diáfana y como propósito empírico directo de las partes. La maquinación se hace, además, especulativamente: con la finalidad de eludir o desviar la aplicación de normas jurídico-laborales, reduciendo con ello el costo del factor trabajo.

Probablemente, la rama de producción en que se dan con más frecuencia fenómenos de pseudocontrata es la construcción. No puede extrañarnos, por

tanto, que en la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica (Orden de 28-8-70) se contenga una disposición específica sobre la materia. En efecto, el artículo 59 (párrafo segundo) de este cuerpo normativo, bajo el rótulo «subcontratación de personal» establece lo siguiente:

«La prestación de servicios en una Empresa de *personal formalmente adscrito a otra que no tenga actividad laboral propia* determinará la consideración como fijo de plantilla en aquélla donde efectivamente trabaje.»

No cabe duda que nos encontramos aquí ante un supuesto de pseudocontrata (o pseudosubcontrata). La falta de «actividad laboral propia» de un subcontratista quiere decir, evidentemente, que éste se limita a figurar como empresario de un cierto número de trabajadores que prestan sus servicios en una obra ajena (83). Las consecuencias jurídicas que se atribuyen al fenómeno confirman, si hiciera falta, la calificación del mismo como fenómeno interpositorio que acabamos de hacer en línea de argumentación teórica. He aquí una prueba adicional *ex post* de la exactitud de dicha calificación y de cuál es la intención del Gobierno en relación con este caso no expresamente aludido en el Decreto 3.677/70. Por lo demás, este argumento tiene un especial valor en la investigación de la *mens legislatoris* del Decreto, si se piensa que el artículo 59 de la Ordenanza de la Construcción es su precedente inmediato; que uno y otra han respondido a la misma urgencia social, y que la redacción de ambos presenta semejanzas demasiado notables como para que se pueda pensar que el Decreto es, en este punto, una simple generalización y ampliación de la Ordenanza.

Ni qué decir tiene que cuanto acaba de decirse vale tanto para la contrata como para la subcontrata. Ya se ha insistido en la accidentalidad de la distinción entre las mismas. Caben, pues, tanto pseudocontratas como pseudosubcontratas. Precisamente un supuesto de pseudosubcontrata es, como hemos indicado de pasada, el contemplado por el artículo 59 de la Ordenanza de la Construcción. Es subcontratación porque en esta rama de actividad cualquier contrata de la Empresa principal está ya montada y articulada, en el supuesto generalizado, sobre una contrata base. Es pseudosubcontrata en la medida en que el negocio tiene como única finalidad el camuflaje del verdadero empresario.

(83) El carácter falso y artificioso de esta situación queda reflejado en el siguiente epigrama de PERICH: «Hay contratistas de obras que únicamente utilizan el cemento para maquillarse» (*Tele-Expres*, 12-3-71).

4.7. Los intermediarios de trabajo a domicilio

Las reglas para la determinación de la persona del empleador en el trabajo a domicilio son distintas de las que regulan la materia en el contrato de trabajo común y en los demás contratos de trabajo especiales. En efecto, el artículo 5.º, *in fine*, de la ley de Contrato de trabajo «considera» como empresarios, como es bien sabido, a «los fabricantes, almacenistas, comerciantes, etcétera; los contratistas, subcontratistas, destajistas que encarguen trabajo a domicilio, pagando a tarea o a destajo, dando o no los materiales y útiles de trabajo». En la misma línea el artículo 121 (párrafo segundo) del mismo cuerpo legal, señala que «se considerará como patrono el destajista o quien, obrero o no, tomando el trabajo a domicilio, tenga a sus órdenes como auxiliares otros obreros, oficiales, aprendices, etc., que trabajen con él y para él a jornal, tarea o destajo, dándoles o no los materiales». El criterio para identificar el trabajo a domicilio es, pues, el de la intermediación en la ordenación del trabajo. Por decirlo de alguna manera, son empleadores, por ministerio de la ley, los supervisores de primera línea, con independencia de que la escala jerárquica se prolongue en sucesivos escalones en la Empresa principal. La línea jerárquica se ignora deliberadamente para reconocer como titular de la relación de trabajo al que organiza la prestación de servicios *sur le tas*.

La propia redacción de estos preceptos («se considerará», en lenguaje normativo, es la fórmula habitual de las ficciones y excepciones que rompen una determinada construcción conceptual) nos viene a decir que estamos ante una regulación anómala, sin justificación teórica alguna, aunque sí pueda tenerla (muy discutible, por cierto, como se verá) en base a consideraciones históricas o políticas. Sea como sea, esta normativa bloquea para el trabajo a domicilio el juego normal de la interposición en el contrato de trabajo, y, en la misma medida, la aplicación al mismo del Decreto 3.677/70. Para comprobar estos extremos conviene que nos detengamos en el examen de las dos modalidades más frecuentes de trabajo a domicilio: la contrata (o subcontrata) del mismo y el destajo colectivo autónomo.

En la auténtica contrata (o subcontrata) de trabajo a domicilio no existe, ciertamente, interposición en el contrato de trabajo. Como decíamos anteriormente (*supra*, 2.1.d) contrata e interposición son supuestos incompatibles entre sí. Ahora bien, si nos encontramos ante una pseudocontrata sí hay, evidentemente, supuesto interpositorio, incluso a la vista de la regulación especial del trabajo a domicilio. El pseudocontratista de trabajo a domicilio, que se limita a proveer al verdadero empresario mano de obra para sus encargos, figurando ficticiamente como titular de la relación de trabajo, es una persona

interpuesta, y no existe ningún dato normativo que impida la aplicación de las reglas generales de la interposición, y las específicas (para la interposición especulativa) del Decreto 3.677/70. Teóricamente no hay problema; en la práctica, sin embargo, será sumamente difícil muchas veces probar la existencia de una pseudocontrata; ya se sabe que el trabajo a domicilio (como, en general, el trabajo externo, o en talleres o tajos móviles o dispersos) constituye un ámbito propicio para el encubrimiento del fraude a la ley (84), o, sin más, del negocio *contra legem*.

El destajo colectivo autónomo es otra modalidad sumamente frecuente en el trabajo a domicilio. La configuración de las relaciones en el mismo es la siguiente: el empresario encarga un determinado número de unidades productivas a un destajista-jefe; éste organiza el trabajo a domicilio y figura como empleador de un grupo de destajistas que reciben órdenes de trabajo exclusivamente de él. Con toda razón, la doctrina italiana califica a esta combinación negocial como interposición en el contrato de trabajo, y extrae de ello las consecuencias oportunas (85). En el ordenamiento positivo español no ocurre así, como acabamos de ver. Las normas sobre determinación del patrono de trabajo a domicilio reconocen como tal al «destajista» (jefe). Por consiguiente, resulta imposible, en sede interpretativa, aplicar a estos supuestos las normas represivas de la interposición contenidas en el Decreto 3.677/70.

¿Qué explicación puede tener la regulación que estamos considerando del trabajo a domicilio? Solamente una histórica: es ésta la regulación de la materia en las normas que fueron refundidas en la vigente ley de Contrato de trabajo (86). Ahora bien, esta explicación no es una justificación. Va siendo hora de eliminar este residuo, procedente de una época de favorecimiento de la industria doméstica y de escaso desarrollo de la producción fabril. Su vigencia en la actualidad sólo sirven para posibilitar la elusión o la infracción de las normas laborales.

(84) L. E. DE LA VILLA GIL: *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966, página 193.

(85) L. RIVA SANSEVERINO: *Diritto del lavoro*, cit., págs. 94-95, y A. CESSARI: *L'interposizione...*, cit., págs. 53 y sigs.

(86) L. E. DE LA VILLA: *El trabajo a domicilio*, cit., págs. 110 y sigs. Ver, también, en esta monografía, sobre los «patronos de trabajo a domicilio» («la más grave e interesante problemática que ofrece hoy la contratación del trabajo a domicilio», página 281) las consideraciones hechas en págs. 213 y sigs.; sobre la intermediación ilícita en el trabajo a domicilio, págs. 288 y sigs.; sobre el trabajo a domicilio colectivo, página 228.

4.8. *Las Empresas de trabajo temporal (Empresas "prestamistas")*

Desde hace no más de diez años en Europa, y poco antes en U. S. A., ha adquirido considerable auge un tipo de Empresa, llamada «de trabajo temporal» (87), cuya función explícita consiste en proveer mano de obra interina o eventual, normalmente de alta o media cualificación, a otras Empresas en situación de penuria de mano de obra imprevista o transitoria (ausencias, epidemias o alta incidencia de enfermedades, vacaciones, licencias) que no justifican un aumento de plantilla, y que no se pueden reabsorber con horas extraordinarias.

Ciñéndonos al marco eurocontinental, el fenómeno ha sido objeto de especial atención en Francia (88). Las consideraciones jurídicas más salientes que cabe hacer sobre él son las siguientes:

— La actividad de las Empresas de trabajo temporal es difícilmente encajable en la legalidad, habida cuenta de que se asemejan a un servicio de colocación paralelo y concurrente con el de las oficinas públicas de colocación; y éstas, en virtud de un principio acogido en la generalidad de los ordenamientos, han de funcionar en régimen de monopolio (89).

— Las Empresas de trabajo temporal plantean, además, problemas muy serios, que afectan tanto a la relación de trabajo (precariedad de empleo), como a las relaciones sindicales (representación en las Empresas de los trabajadores de las mismas, «esquirolismo»), como a las relaciones de Seguridad Social (empresario responsable en acci-

(87) Un panorama histórico de las mismas en «Le travail temporaire» y en «La prestation de travail temporaire» (ambos en *Hommes et techniques*, agosto-septiembre 1967, página 747, y agosto-septiembre 1965, pág. 776, respectivamente) (referencias en N. CATALA-FRANJOU: «Le travail temporaire en France», en *Droit Social*, abril 1969, pág. 233.

(88) Cfr. trabajos citados en nota anterior. Además, encuesta del IFOP en la Empresa de trabajo temporal «Manpower», 1967, y estudio seriado de *Le Monde*, días 11 de septiembre de 1968 y sigs. Desde una perspectiva jurídica, además del trabajo de MME. CATALA-FRANJOU, ya citado, puede verse, para ciertas formas patológicas de Empresas de trabajo temporal, A. KLEIN: «Les sociétés de services, est-ce une nouvelle forme de marchandage?», *Droit Social*, núm. 11, noviembre 1965, págs. 546 y sigs.

(89) En este sentido, N. CATALA-FRANJOU: *Le travail temporaire en France*, cit., página 235: «Es probable que la ETT serían víctimas de este rigor (jurisprudencial) si su actividad fuese planteada ante los Tribunales», «La Cour de Cassation estima que la prohibición de colocación afecta indistintamente a todas las personas que se dedican a ello, incluso si afirman actuar a título de mandatario y si esta actividad es accesorio».

dentes de trabajo, consideración de tercero en el mismo ámbito normativo) (90).

— Puede hablarse incluso, en casos extremos, de *marchandage*, cuando la actividad de la Empresa de trabajo temporal no sea proveer mano de obra interina o eventual sino trabajadores que ocupan, de hecho, de una manera permanente, un puesto de la plantilla de la Empresa «beneficiaria», la cual, por su parte, adquiere una mayor capacidad de maniobra y un poder disciplinario «fáctico» acrecentado sobre estos trabajadores (91).

A pesar de estos inconvenientes, la realidad de las Empresas de trabajo temporal tiene en Francia un arraigo y una dimensión tales que, a estas alturas, hay muy poca capacidad de reacción efectiva frente a ellas. Quizá no pueda seguirse ignorando su existencia, pero la toma de conocimiento de las mismas habrá de discurrir por la vía de la reglamentación y no por la de la suspensión pura y simple (92). Las razones que explican este desfase entre el dato jurídico y la realidad son de dos órdenes. Primero, estas Empresas no se caracterizan por una explotación descarnada de los trabajadores a su servicio; en ellas el nivel salarial suele ser más elevado que el promedio; por otra parte, el colectivo empleado tiene, en la mayoría de los casos, motivaciones de trabajo en las que no cuenta de manera decisiva la estabilidad en el empleo (mujeres casadas que no quieren una actividad ininterrumpida, «debutantes» que practican un rodaje experimental antes de un empleo fijo, trabajadores de cualificación profesional muy solicitada que prefieren el cambio por «variedad» o «experiencia», etc.) (93). En segundo lugar, y sobre todo,

(90) En cuanto a las relaciones de trabajo y Seguridad Social, cfr. CATALA-FRANJOU, *trab. cit.*, págs. 234 y 236. En cuanto a las relaciones sindicales más especialmente, A. KLEIN: *Les sociétés de service...*, pág. 548, donde relata un caso muy significativo de interferencia de una Empresa de trabajo temporal en el ejercicio del derecho de huelga.

(91) Según A. KLEIN, los requisitos para evitar esta calificación son los siguientes: 1. Duración inferior a seis meses del empleo de personal temporal. 2. Situación anómala de la Empresa que justifique el recurso a un personal de «dépannage». 3. Tope de un 5 por 100 del personal temporal en relación con los efectivos totales de la Empresa.

(92) Cifras de *Le Monde* (11 de septiembre de 1968) sobre E. T. T.: 1. Existen en Francia más de 1650 E. T. T. 2. Su cifra de negocios alcanza 450 millones de NF anualmente. 3. Empleaban cien mil trabajadores en 1968; sólo una de ellas, la Manpower, tenía a su servicio 13.000. 4. Duración media del trabajo temporal: tres semanas.

(93) Motivaciones frecuentes según la encuesta del IFOP en la Manpower (1967): 1. Variedad y experiencia (32 por 100). 2. Comodidad (mujeres casadas que no quieren una actividad ininterrumpida; rodaje experimental antes de un empleo fijo) (40 por 100). 3. Recurso (trabajadores maduros que no encuentran un empleo permanente) (26 por

las Empresas de trabajo temporal vienen a cubrir el vacío que deja el funcionamiento deficiente (endémico) de las oficinas públicas de colocación. Si éstas actuaran con el dinamismo y la eficacia requeridos no habría lugar a este tipo de Empresas. Como no ocurre así, y los poderes públicos lo saben, la solución provisional es la tolerancia. No sería consecuente reprimir con todo rigor una actividad privada que cubre un campo abandonado o mal atendido por la Administración.

Queda por dilucidar en esta breve panorámica la calificación jurídica que corresponde al suministro de mano de obra que efectúan las Empresas de trabajo temporal. De entrada hay que descartar la calificación de contrata o subcontrata. La Empresa de trabajo temporal carece de una actividad productiva propia, no garantiza ningún resultado, y «no proporciona el personal a tanto alzado sino a tiempo» (94). El planteamiento del problema queda, por tanto, en una opción entre la interposición y la mediación en el contrato de trabajo.

La doctrina francesa, utilizando otra terminología, parece muy inclinada a la primera de estas soluciones. Se excluyen, en efecto, la mediación porque, mientras el mediador desaparece en el momento en que el contrato se perfecciona, las Empresas de trabajo temporal, tal como vienen configurando sus relaciones con las Empresas clientes y con los trabajadores, ocupan la posición de titulares de la relación de trabajo (abonan salarios, cotizan Seguridad Social, cumplen las restantes obligaciones del empleador) (95). El contrato entre la Empresa de trabajo temporal y la Empresa cliente se denomina incluso «préstamo de mano de obra» (96), lo que alude, inequívocamente, a un fenómeno interpositorio. Estas afirmaciones parecen irrefutables. Pero no es menos cierto, como se ha indicado recientemente, que tal configuración de relaciones obedece a un propósito empírico muy particular y contingente: eludir las normas represivas de la mediación profesional en el contrato de trabajo que son, en Francia, más rígidas que las referentes a la interposición (97). Fenó-

100). En el primero y segundo casos son los propios trabajadores los que no quieren la estabilidad en el empleo, al menos durante algún tiempo. Las cifras de los apartados 1.º y 2.º deben tener relación con el tema de la movilidad de los «cadres», sobre todo de los «débutants». Una encuesta reciente (recogida por C. MONTEIL-TARTANSON, J. GAULON y R. GUILLON, en «Formes et projets de participation des cadres dans l'entreprise», en *Sociologie du travail*, 3/68, julio-septiembre) pone de relieve que el 53 por 100 de los mismos consideran la eventualidad de un cese voluntario en la Empresa.

(94) N. CATALA-FRANJOU, *trab. cit.*, pág. 239.

(95) El argumento, especialmente contundente, en G. CAMERLYNCK: *Contrat de travail*, *cit.*, pág. 96.

(96) CATALA-FRANJOU, *trab. cit.*, pág. 234.

(97) «La incriminación de *marchandage* ha quedado en realidad en letra muerta,

meno jurídico curioso: una interposición encubre una mediación. Un análisis detenido de las relaciones de los trabajadores con las Empresas de trabajo temporal en los intervalos entre distintos «servicios» pone de relieve claramente la artificiosidad de esta configuración negocial: formalmente el contrato de trabajo que vincula a la Empresa de trabajo temporal con sus empleados está suspendido; realmente se ha extinguido; ni el trabajador tiene una obligación de disponibilidad para otro «servicio» ni la Empresa está obligada a volverlo a llamar (98), ni, por supuesto, se percibe ningún tipo de retribución durante los mismos (99).

No se ha publicado, a lo que conozco, ningún estudio sistemático sobre las Empresas de trabajo temporal en España (100). En cualquier caso el fenómeno no parece presentarse con idéntica fisonomía sociológica que en los países europeos que nos sirven de comparación habitual. La primera diferencia está en el nombre: las Empresas de trabajo temporal son denominadas entre nosotros «Empresas prestamistas» o «prestamistas», sin más. Bajo esta diversidad terminológica existen, además, notas diferenciales muy acusadas que convierten, en nuestro país, a esta actividad en particularmente nefanda: los «prestamistas» utilizan la reserva de mano de obra sin cualificar o de escasa cualificación acumulada en los flujos migratorios, incumplen sistemáticamente la legislación laboral, explotan al máximo los trabajadores empleados por su conducto, actúan en la más vergonzosa clandestinidad, recurren a todo tipo de engaños y maniobras fraudulentas; son, en suma, una lacra social que reproduce cuadros históricos de explotación y miseria que parecían definitivamente olvidados.

No hay duda, como hemos subrayado repetidamente a lo largo de este

al exigir la jurisprudencia, en una interpretación literal, que haya "explotación deliberada", en G. CAMERLYNCK: *Contrat de Travail*, cit., pág. 91.

(98) CATALA-FRANJOU, *trab. cit.*, pág. 236.

(99) Este es, justamente, uno de los puntos sobre los que incide un proyecto de ley elaborado en Francia para la regulación de la ETT. En él se distingue entre trabajadores temporales vinculados en la ETT por una duración determinada que, al parecer, no tendrá derecho a indemnización en los intervalos entre distintas «misiones» y trabajadores de ETT vinculados por un contrato de duración indefinida que tendrán derecho a «una indemnización de espera en los períodos de inactividad» (en CATALA-FRANJOU, *trab. cit.*, págs. 238-9).

(100) E. BAYO, en el reportaje citado en la nota (2) declara haber hecho una encuesta sistemática sobre el problema, pero sólo publica los resultados más salientes. Según esta fuente los «prestamistas» «reclutan» tanto peones como obreros especializados; y en el ramo de la metalurgia se estiman en unos quince mil los que trabajan por mediación de prestamistas. «Poseemos datos ciertos sobre el comportamiento de treinta oficinas de colocación», se declara también. Los datos están tomados en Barcelona.

trabajo, que los destinatarios más directos del Decreto 3.677/70 son, precisamente, estas Empresas. Aunque a veces actúen como «reclutadores», lo más normal es que configuren sus relaciones con las Empresas clientes y con los trabajadores como interposición (101). En uno y otro caso entran de lleno en el campo de aplicación del Decreto, y a ellas parece dirigida la agravación excepcional de multas gubernativas (hasta un tope de 250.000 pesetas) por actividades fraudulentas «en caso de reincidencia o cuando así lo exijan razones de ejemplaridad» (art. 3.º).

Dos últimas observaciones que caen de su peso a la vista de lo anterior: Primera, en el supuesto de una Empresa de trabajo temporal que funcionara con pautas de comportamiento diferentes de las habituales en los prestamistas también jugaría plenamente el Decreto 3.677/70; nos encontraríamos ante mediaciones o interposiciones especulativas en el contrato de trabajo. Segunda, *de lege ferenda*, la difusión de este tipo de Empresas en la experiencia europea constituye un toque de atención para una reorganización a fondo de los servicios de colocación; cuanto más avanzada es la tecnología, cuanto más articulados y complejos son los procesos productivos, cuanto más escasa es la oferta de mano de obra en determinadas cualificaciones, cuanto más frecuentes son las interrupciones y suspensiones previstas en la regulación del contrato de trabajo, mayor dinamismo y agilidad hay que imprimir a las oficinas de colocación. No consta que las nuestras sean un modelo en su género; más bien consta lo contrario. Por otra parte, el ámbito de la colocación pública oficial no abarca, como se sabe, a todos los trabajadores por cuenta ajena (quedan fuera, señaladamente, los técnicos titulados). Si no se generaliza la actuación de la misma, y si no se reforman a fondo sus estructuras, serán baldías todas las prohibiciones legales: las oficinas de colocación habrán de sufrir, de hecho, la competencia de instituciones privadas paralelas encaminadas a la misma finalidad.

(101) Los «prestamistas... resuelven los problemas perentorios de las Empresas que no están en condiciones de aumentar su plantilla. Estas prefieren pagar un salario bastante aceptable a condición de no tener ningún otro problema, es decir, a condición de no dar de alta a los empleados ni asegurarlos. Teóricamente el prestamista se compromete a resolver estos trámites legales...» (en E. BAYO, cit.). La descripción es típica de un fenómeno interpositorio; pero, para probar, la considerable indiferenciación sociológica con los fenómenos de reclutamiento basta leer la descripción de la nota anterior, que también se refiere a los prestamistas.

4.9. *Las Empresas de servicios*

No siempre se distingue con suficiente claridad a las Empresas de trabajo temporal de las llamadas Empresas de servicios (102). La confusión es fácil porque unas y otras tienen en común un rasgo muy espectacular: que los trabajadores de las mismas van a prestar sus servicios a Empresas clientes, y entran, por tanto, en mayor o menor medida, en el ámbito de dirección y organización de otros empresarios. Pero la distinción es necesaria porque hay diferencias muy importantes de calificación y de régimen jurídico, y porque, yendo más al fondo, el criterio teórico de distinción entre unas y otras es bien preciso, y tienen suficiente operatividad para discriminarlas en la práctica en la inmensa mayoría de los casos.

La Empresa de servicios tiene como actividad la realización de trabajos por cuenta de otras Empresas o por cuenta del público que implican una conexión estrecha de su personal con los clientes. Las variedades de Empresas de servicios son múltiples, y, con toda probabilidad, se encuentran en continuo crecimiento. Empresas de alquiler de automóviles, autobuses o camiones con conductor; de alquiler de embarcaciones con tripulación; de arrendamiento de máquinas de trabajo (grúas en la construcción, por ejemplo) con operadores propios a su servicio (103); empresas de labores agropecuarias mecanizadas que prestan sus servicios en fincas ajenas con mecánicos o conductores propios (104); Empresas de montaje; de instalaciones eléctricas; de reparación o revisión; de limpieza, etc.

La calificación que corresponde al contrato entre la Empresa de servicios y la Empresa (o el particular) cliente es, normalmente, la de contrato de arrendamiento de obras, o más expresivamente, contrata de servicios (garantía de resultados, riesgo de Empresa, organización propia de la Empresa de servicios). Como decíamos anteriormente (*supra*, 3.3.c), este tipo contractual admite una elasticidad de objeto prácticamente indefinida. No nos encontramos, por tanto, en principio, ante fenómenos de interposición o mediación en el contrato de trabajo. El trabajador de la Empresa de servicios no pasa a serlo de la Empresa cliente por el hecho de situarse en el círculo rector o disciplinario de la misma;

(102) La confusión, por ejemplo, en A. KLEIN: *Les sociétés de service, est-ce une nouvelle forme de marchandage?*, cit.

(103) Estos ejemplos en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: *El auxiliar asociado*, cit., pág. 26.

(104) Referencia expresa a esta actividad en el artículo 4.º del Reglamento del Régimen Agrario de Seguridad Social, donde, por cierto, se excluye a los trabajadores de estas Empresas de este Régimen Especial, considerándolos pertenecientes al Régimen General.

incluso dentro de él habrá de seguir las instrucciones y órdenes de trabajo de su empleador, entre las que, por supuesto, cabe la de ponerse a disposición de la Empresa (o particular) cliente, dentro de unos límites más o menos amplios, para especificaciones de detalle del servicio encomendado.

No son aplicables, por consiguiente, a este supuesto, los artículos 1.º, 2.º y 3.º del Decreto 3.677/70. En su caso lo sería el 4.º, cuando los servicios encomendados correspondan a la actividad propia de la Empresa cliente. Claro está, puede darse aquí supuestos de pseudocontrata (Empresas de servicios que encubren fenómenos interpositivos). Hay que llamar la atención también sobre la peligrosidad social de las Empresas de servicios de escaso volumen económico, o que requieran muy escaso capital para su actividad productiva (puede darse una u otra circunstancia en las Empresas de limpieza), abocadas con gran facilidad a la pseudocontrata. Queda abierto aquí un amplio campo para una tamización jurisprudencial de las falsas y verdaderas Empresas de servicios. Aparte estos indicadores económicos habrá que tener en cuenta otros dos: la justificación técnica de la descentralización de servicios operada por la Empresa cliente; si se trata de una descentralización incomprensible desde el punto de vista de la racionalidad organizativa hay base para sospechar una utilización fraudulenta de la figura de la contrata para encubrir una interposición; en cualquier caso será de aplicación aquí el artículo 4.º del Decreto 3.677/70 si no se prueba la interposición camuflada. Y, en segundo lugar, el tiempo de permanencia y el carácter exclusivo de la adscripción de un trabajador o un grupo de trabajadores a una determinada Empresa cliente (obviamente, una adscripción prolongada y exclusiva es indiciaria de pseudocontrata).

ANTONIO MARTÍN VALVERDE