

LA REGULACION PROTECTORA DEL TRABAJO EN CONTRATAS

1. LA DUALIDAD DE REGULACIÓN EN EL DECRETO 3.667/70, DE 17 DE DICIEMBRE

El Decreto de 17 de diciembre de 1970, para «prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores», es, pese a su insuficiente rango normativo, una de las disposiciones reguladoras del contrato de trabajo más importante de las producidas en los últimos años. En su contenido, el Decreto establece una gradación de soluciones y un tratamiento jurídico notablemente diferenciado entre las prácticas absolutamente vedadas y otras prácticas que implícitamente se permiten, y para las que se establecen especiales cautelas y garantías. Mientras que los tres primeros artículos, relativos a la interposición y mediación en las relaciones de trabajo, son claramente represivos y establecen límites intraspasables para la autonomía de la voluntad, declarando prohibidas y sancionando dichas prácticas, el artículo 4.º supone y admite el juego negocial de esa autonomía, a la vez que establece especiales cautelas y seguridades para que dichas prácticas negociales no puedan derivar perjuicios para los trabajadores (1).

No es arbitraria, sin embargo, la inclusión de supuestos tan diversos en un mismo cuerpo dogmático, ya que en ambos casos existe la nota común de que el beneficiario directo de la prestación de trabajo en definitiva no es el mismo empleador, sino un tercero, titular de la organización productiva en la

(1) Este trabajo forma parte de un estudio más amplio que el autor se encuentra realizando en colaboración con el profesor MARTÍN VALVERDE. El tema del mismo ha sido desarrollado en régimen de Seminario en la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, con intervención de los colaboradores de la misma. Sobre la problemática general del Decreto 3.667/70, y especialmente sobre los supuestos descritos en el artículo 1.º del mismo, vid., *in extenso*, MARTÍN VALVERDE: *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*, «R. P. S.», núm. 91, pág. 17.

que el trabajo se preste (2). Tampoco es arbitraria la diversidad de tratamiento jurídico de ambos supuestos: razones potísimas han hecho eliminar de la vida jurídica al intermediario interpuesto en las relaciones de trabajo (3);

(2) Ello se comprueba, además, en el Derecho comparado, sobre todo en Italia, donde la ley de 23 de octubre de 1960, núm. 1.369, regula también ambas cuestiones. Sobre dicha disposición que ha influido muy directamente en los redactores del Decreto, vid. CATALANO: *Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di opere e di servizi*, «Dir. econ.», 1961, págs. 413 y sigs.; CESSARI: *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, «Dir. lav.», 1961, I, pág. 128; NAPOLETANO: *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti e nei servizi*, «Riv. giur. lav.», 1961, I, 17; RUDAN: *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti d'opere e di servizi*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1961, págs. 832 y sigs.; FAVARA: *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro e appalti di lavoro*, «Dir. Lav.», 1961, II, páginas 112 y sigs.; MOFFA: *La disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di opere e servizi*, «Rass. Lav.», 1961, pág. 433; NAPOLETANO: *Appalto di opere e di servizi e forniture di mere prestazioni di lavoro*, «Riv. giur. lav.», 1961, II, pág. 333; CARNE-LUTTI: *Contratto di lavoro subordinato altrui*, «Riv. dir. civ.», 1961, I, págs. 503-504; NICOLINI: *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi*, «Temi gen.», 1961, pág. 178; FRANCO SCACCIA: *La fornitura di mano d'opera e la disciplina degli appalti nella L. 23-10-1960*, «Dir. Lav.», 1962, I, pág. 118; ASQUINI: *Sommministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, «Mass. giur. lav.», 1962, pág. 278; GRECO IVO: *Le cooperative agricole e la nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di operi e di servizi*, «Giur. agr. it.», 1962, pág. 151; VENTURA: *Oscurità della legge e insufficienza della interpretazione*, «Riv. giur. lav.», 1962, II, pág. 112; PRETE: *Il divieto di appalto di mano d'opera*, «Riv. giur. lav.», 1963, I, pág. 79; *Problemi di interpretazione e di applicazione sulla disciplina degli appalti di opere e di servizi* (Seminario de Florencia), Milán, 1963; LÓRIGA: *La disciplina giurídica del lavoro in appalto*, Milán, 1965, pág. 53; SPANO: *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milán, 1965, pág. 65; FOGLIA: *L'appalto di opere e servizi*, «Dir. lav.», 1965, II, pág. 196; BENEDETTI: *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1965, pág. 1492; PALERMO: *Lavoro a favore di terzi, interposizione e rapporti indiretti di lavoro*, «Dir. lav.», 1966, I, pág. 282; CORRADO: *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1966, página 438; PUCCI: *Pretesa intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro degli assistenti sociali di azienda, dipendenti da enti specializzati commissionari*, «Mass. giur. lav.», 1968, pág. 269; NICOLINI: *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, Milán, 1969, págs. 164 y sigs.; FUA: *Ancora su di un singolare caso di interposizione nel diritto del lavoro*, «Riv. giur. lav.», 1966, II, págs. 636 y sigs.; PALERMO: *In materia di appalto di prestazioni di lavoro subordinato*, «Mass. giur. lav.», 1970, páginas 261 y sigs.; PERA: *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1970, págs. 248 y sigs.

(3) Una justificación dogmática de la prohibición en base a la teoría del fraude a la ley aún antes de la intervención legislativa, en CESSARI: *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milán, 1958, especialmente pág. 149. Las razones fácticas

al contrario, la utilización indirecta de trabajadores por medio de contratatas no ha querido suprimirse por una serie de razones, entre las que podíamos señalar las siguientes (4):

— *Su menor peligrosidad*, puesto que el contratista es también un empresario que tiene y desarrolla una actividad propia, precisamente por medio de contratatas, posee, además, normalmente, un patrimonio, instrumentos, máquinas, etc., y, desde luego, una cierta organización estable, con lo que puede imputársele efectivas responsabilidades contractuales.

— *Su no finalidad especuladora*, ya que la contrata no tiene la finalidad meramente especulativa, productora de explotación, que es propia de la interposición; el contratista aporta su propia dirección y gestión, asume un riesgo y obtiene su beneficio, precisamente, no de la mera diferencia entre lo que él paga a los trabajadores y lo que a él le pagan por esos trabajadores, en cuyo suministro no agota su básica prestación.

— *Por su utilidad social*, ya que la contrata es un sistema clásico productivo típico en algunas actividades, y, desde luego, necesario e indispensable en muchos casos dada la parcelación y división especializada de trabajos que conoce nuestro tiempo. No sólo la construcción o edificación es el sector en que aparece imprescindible la contrata, sino que igual ocurre en ramas productivas muy diferentes (astilleros, aeronáutica y automovilística, etc.).

La supresión de la contrata traería consigo perjuicios sociales y económicos posiblemente mayores a las ventajas sociales que de su supresión pudieran derivarse (5). El artículo 4.º del Decreto por ello no prohíbe la contrata y se limita sólo a establecer muy rigurosas garantías para evitar que se utilicen en perjuicio o fraude de los trabajadores, imputándose responsabilidades *ex contractu* más allá de las partes titulares de la relación, mediante un fenómeno paralelo al ocurrido en materia de responsabilidad extracontractual en

de la prohibición legal, para Italia, se tienen en la relación al Senado, incluida en *Problemi*, cit., pág. 140. Para nuestro ordenamiento, vid. MARTÍN VALVERDE, *Loc. cit.*, páginas 56 y sigs.

(4) Cfr., por todos, NAPOLETANO: *Divieto*, cit., pág. 22, que pone de relieve cómo el proyecto italiano inicial prohibía las contratatas de obras y servicios incluidas en la normal actividad productiva de la Empresa y en el interior de la misma, y se estimó en la ley la necesidad de admitir estas contratatas. Vid., más ampliamente, LÓRIGA, *Loc. cit.*

(5) Cfr. FLAMME y LEPAFFE: *Le contrat d'entreprise*, Bruselas, 1966, pág. 5.

que se busca, a través de una cadena de posibles imputables, un último imputable solvente (6). El artículo 4.º del Decreto, su significado y valor es exclusivamente jurídico privado, supone un cambio sintomático en el enfoque del principio tradicional de la relatividad de los contratos, de manera que su importancia dogmática trasciende con mucho del marco limitado del objeto de su regulación.

2. ANTECEDENTES

Por novedosa que sea, y lo es en gran medida, la nueva regulación, existen antecedentes de la misma que conviene examinar brevemente, pues permiten explicar y aclarar el propio contenido del artículo 4.º.

Toda regulación del contrato de obra intenta trazar un equilibrio entre la protección del interés del propietario de la obra y la protección del interés del contratista; ya que en el mismo contrato de obra aparece también la regulación de una figura, en cierto sentido externa al contrato mismo, que es la del profesional arquitecto. Recientemente aparecen nuevos intereses a tomar en cuenta en la regulación, de un lado la protección de los futuros propietarios (7), y de otro, la protección de los trabajadores del contratista.

La protección de los trabajadores del contratista aparece ya en el propio Código civil, y se acentúa posteriormente desde el surgimiento de las primeras disposiciones laborales. Desde la ley de Accidentes de trabajo hasta la reciente Ordenanza de la Construcción se refleja una preocupación sistemática por velar por los intereses de los trabajadores del contratista, preocupación que cristaliza en el Decreto 3.667/70, que recoge las experiencias anteriores y, por la insuficiencia de las mismas, va más allá de las soluciones anteriores. Examinamos, seguidamente, los rasgos más salientes de esa evolución.

2.1. La acción directa del artículo 1.597

2.1.1. *Origen.*—«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 reclama-

(6) Cfr. TRIMARYCHI: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, 1971, págs. 34 y siguientes.

(7) «El triángulo clásico —dueño, arquitecto, contratista— cada vez es más insuficiente para tomar en cuenta fielmente las relaciones jurídicas originadas por la operación de construcción inmobiliaria» (FLAMME y LEPAFFE, *Loc. cit.*, pág. 17).

ción» (art. 1.597 del Código civil). El artículo tiene su antecedente más inmediato en el 1.798 del *Code* napoleónico, que dispone que «Les macons charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent débiteurs envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée». Preceptos similares existen por demás en toda la Codificación moderna.

No se trata, sin embargo, de una disposición enteramente nueva, ni siquiera en nuestro país (8), y es que, desde una perspectiva estrictamente sociológica, quizás exista más fundamento para la misma en épocas anteriores que en nuestros días, dado que la construcción era un oficio personal y con frecuencia individual, y en la medida en que el destajista era considerado como contratista autónomo. La dependencia directa de los auxiliares de ese contratista o de él mismo, unido a la circunstancia tanto de su insolvencia como del enriquecimiento que para el dueño de la obra suponía la prestación del auxiliar mismo, explicaba que el dueño de la obra no permaneciera totalmente ajeno a la incidencia de esas relaciones, en principio extrañas a él. Así, en el Libro del Consulado del Mar y respecto a la construcción de barcos, se contiene ya en el capítulo 54 una detenida regulación, donde aunque sólo parcialmente se imputan ciertas responsabilidades en ciertos casos al dueño de la obra, y en donde, además, se razona el que los trabajadores mismos puedan haber aceptado el trabajo fiándose precisamente de la solvencia y seriedad del dueño (9). Según parece, lo que en esta disposición era regla excepcional, en el marco de la construcción marítima fue ampliándose hasta dar lugar en la Ordenanza francesa de 1747, que permitía a los auxiliares del contratista accionar directamente contra el armador, regla que es antecedente directo del artículo 1.798 del *Code* (10).

(8) Sin embargo, DE ANGEL, opina que es una novedad recibida en nuestro Código civil, por la influencia del *Code*, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, 1969, pág. 11.

(9) Sin embargo, la regla general deducible de esta cuestión es la contraria, de que el dueño no responde si la existencia de la contrata es clara, y ha sido advertida a los trabajadores: «Pero si el dueño les ha advertido que el constructor trabaja por un tanto alzado y quedan enterados de ello, páguelos o no el constructor, no pueden ni deben aquellos operarios embargar la obra ejecutada, ya que su dueño les ha indicado, al empezarla, que la ajustó a destajo» (*El Libro del Consulado del Mar*, trad. castellana de PARELLADA, Madrid, 1955, pág. 22).

(10) SOLUS apunta a esta interpretación que explica por cierto la actitud dogmática y jurisprudencial francesa en el siglo XIX, sosteniendo la oblicuidad de la acción del artículo 1.798 del *Code* (*L'action directe et l'interprétation des art. 1.753, 1.798, 1.994 du Code civil*, París, 1914), cit. por DURAND, VITU: *Traité de Droit du Travail*, II, París, 1950, pág. 668.

Pese a que el texto del *Code* no era especialmente claro, por la influencia de Duranton se interpretó pronto con razonamientos muy diversos y no sin alguna oposición como concediendo a los trabajadores del contratista, en los estrechos límites del precepto, un derecho de acción directa frente al dueño de la obra. La decisiva influencia durante mucho tiempo de la doctrina francesa en nuestra doctrina civil, hizo que no sólo pasara el precepto a nuestro Código, sino también que la interpretación de la doctrina francesa se recogiera en su integridad por nuestra propia doctrina, de modo que también entre nosotros se estima la existencia de una acción directa de los trabajadores del contratista frente al dueño de la obra.

2.1.2. *Naturaleza*.—El concepto de acción directa no es, sin embargo, del todo claro. En contraposición con la acción indirecta u oblicua, tal y como puede ser la subrogatoria, en la acción directa se puede actuar «directamente», en nombre personal, revistiendo la propia personalidad, por actuar en su propio nombre y cuenta, y haciendo valer un derecho que es propio. Desde este punto de vista, la acción directa es un beneficio individual que se concede a un acreedor no directo, simplificándole el procedimiento, evitando los inconvenientes y dificultades de la acción oblicua. Como favor o beneficio excepcional permite reclamar la acción directa en su beneficio la ejecución, en este caso de un contrato en el que, sin embargo, no ha sido el accionante parte.

Según Benatti, es acción directa la ejercitada por una persona para conseguir de un tercero, al que no está ligado con alguna relación obligatoria, lo que hubiera podido obtener de su propio deudor, que es, a su vez, acreedor del tercero (11), o como dice De Angel, una acción de pago concedida excepcionalmente por la ley a un acreedor, para poder ejercitar en su propio nombre y a su propia cuenta contra un deudor de su deuda (12). Es decir, es un procedimiento de ejecución sobre un crédito del deudor, que autoriza al acreedor a exigir el pago del «deudor de su deudor» (13). La función de la acción directa es doble: de *garantía*, como auténtico *derecho de preferencia*, con la acción directa consigue el acreedor que se reconozca un derecho de prioridad sobre los otros acreedores; de *medida de ejecución*, en favor del acreedor directo, que le permite satisfacer su crédito, sin concurrir con otros acreedores con un derecho de exclusividad (14).

Nuestro 1.597, que tiene como nota original la inclusión de las deudas de suministro de materiales (lo que hace que en la práctica se aplicara con fre-

(11) Op. cit., pág. 624.

(12) Loc. cit., pág. 30.

(13) Cfr. COZIAN: *L'action directe*, París, 1969, pág. 337.

(14) COZIAN, Loc. cit., pág. 336.

cuencia más a estos casos que a los de las deudas laborales) (15), desde su primitiva redacción cumple una función de garantía con un fundamento más equitativo que dogmático. Así, nos dice García Goyena, que aunque no hayan contratado los titulares de la acción sino con el empresario, y sólo contra él deberían dirigir su acción, «la equidad no permite que el empresario se enriquezca a expensas de los que, bajo su garantía, contribuyeron a la ejecución de la obra». Ello explica que se haya intentado con alguna frecuencia fundamentar en el enriquecimiento sin causa el fundamento de la acción, pero tal fundamento es equivocado como la doctrina civil se ha cuidado detenidamente de demostrar. Menos fundamento tienen aún los intentos de fundar la acción directa en una pretendida representación o gestión de negocios o equiparar la acción directa a un mero privilegio (16). Quizás el punto de partida moderno para el examen del fundamento de la acción directa haya de verse en la crisis del principio de la relatividad de los convenios, poniendo en sus justos términos la afirmación de Scialoja de la existencia de una compenetración o conexión entre los contratos de trabajo y el propio contrato de obra (17), que se justifica sociológica y económicamente en favor de los prestadores de trabajo y suministradores, y como garantía de su efectivo cobro (18).

En la acción directa del artículo 1.597 se hace valer, pues, un derecho sobre el crédito del contratista. deudor, a su vez, del trabajador, que acciona la satisfacción por el dueño de la obra al contratista de su crédito antes del ejercicio de la acción libera al primero de toda responsabilidad, ya que sólo puede ejercitarse la acción sobre la deuda existente. No se trata aquí, pues, de una genuina responsabilidad por otro, ni hay una sobrecarga ni exceso de responsabilidad del comitente. Este sólo debe una cantidad del precio de la obra y puede liberarse de esa deuda, pagando, sea el genuino acreedor, sea, en caso de ejecución de la acción directa, a los propios trabajadores del contratista.

2.1.3. *Funcionamiento.*—Es lógico que la acción directa presuponga la colocación en mora del contratista que deja de abonar puntualmente los salarios, aunque no parece necesaria, por carecer del carácter subsidiario, la previa

(15) Cfr. DE ANGEL, Loc. cit., pág. 58.

(16) *Proyecto de Código civil*, tomo III, pág. 488, citado por SÁNCHEZ FONTÁN: *El contrato de construcción*, Montevideo, 1952, pág. 455. Sobre las diversas tesis sobre la acción directa, vid. Op. últ. cit., págs. 455 y sigs.; COZIAN, Loc. cit., págs. 67 y siguientes; DE ANGEL, Op. cit., págs. 62 y sigs.

(17) Cfr. S. T. S. de 30-6-1920, cit. por DE ANGEL, Loc. cit., pág. 56, n. 77.

(18) Cfr. DURAND y VITU, Loc. cit., págs. 668 y sigs.; CROIZARD, Loc. cit., pág. 98; SÁNCHEZ FONTÁN, Loc. cit., págs. 455 y sigs.

«persecución infructuosa del deudor» o su declaración formal de insolvencia. Aún más, como acción que es, sólo tiene su juego en el ámbito procesal, en cuyo proceso ha de intervenir o ser llamado necesariamente no sólo el comitente, sino el propio contratista; su crédito será directamente perjudicado con el ejercicio de la acción, y la litis se centrará tanto sobre ese crédito como sobre la deuda que él tiene frente a sus trabajadores (19).

La concurrencia conjunta en el proceso de contratista y comitente tiene importantes efectos en el juego de la acción directa. En sede teórica, la intervención del contratista debiera ser accesorio, de mera intervención en el proceso más que propiamente de demandado, y la condena, en su caso, limitarse sólo al comitente. Sin embargo, como el trabajador quiere asegurar el pago efectivo del salario, lo que hará será demandar conjuntamente al comitente y al contratista, siendo para él indiferente quién le abone en última instancia la deuda que reclama. Por esa demanda conjunta, la condena, si existen los presupuestos del artículo 1.667, será conjunta y solidaria al abono de la correspondiente deuda salarial, de modo que se ejercita conjuntamente la acción del 1.597 con la acción genérica que del contrato de trabajo deriva frente al contratista. Acumulación posible dado que en el fondo es idéntico el crédito cuya ejecución judicialmente se demanda, aunque a través de la vía normal frente al contratista y por medio de la vía especial o excepcional de la acción directa frente al comitente. Nuestro Tribunal Supremo ha admitido expresamente la posible acumulación en el mismo proceso de ambas acciones, y en virtud de ello condena solidariamente a contratista y comitente al pago de la única deuda, de modo que el comitente, en virtud de la condena solidaria, cubre solidariamente, pero a cargo de la deuda que tiene con él el contratista, el posible incumplimiento de éste de la condena salarial (20).

De este modo, la acción directa en la práctica se ha traducido, por la labor doctrinal y jurisprudencial, en una responsabilidad solidaria comitente-contratista de las deudas salariales, pero limitada y sobre los créditos pendientes de la contrata.

(19) Vid. DE ANGEL, *Loc. cit.*, págs. 71 y sigs.; CROIZARD, *Op. cit.*, págs. 191 y siguientes.

(20) DE ANGEL, *Loc. cit.*, pág. 79. Según CROIZARD: «il est admis de façon unanime que l'exercice de l'action directe engendre une obligation in solidum du débiteur et du sousdébiteur envers de créancier direct» (*Loc. cit.*, pág. 276). Sin embargo, no se trata de una auténtica solidaridad pues los deudores no están en una situación de igualdad, sino de jerarquía: «El acreedor directo tiene dos deudores, de los que uno es, a su vez, deudor de otro», y el pago efectuado por el «subdeudor» libera a éste a la vez frente a su acreedor inmediato y frente al acreedor directo (pág. 278).

(21) Cfr. DURAND VITU, *Op. cit.*, II, págs. 601 y 609.

2.2. *La legislación de contratos de obras públicas*

También las primeras medidas especiales que existen en la legislación de contratos de obras públicas en favor de los trabajadores del contratista están inspiradas, como la acción directa, en la especial preocupación de que se han satisfecho realmente los salarios de esos trabajadores, teniendo en cuenta la función económica del sistema que cumple (21). Así ya el artículo 60 de la ley sobre Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1 de julio de 1911, establecía el incumplimiento genérico por los contratistas de sus obligaciones y las garantías y medios fijables en los contratos para compeler al cumplimiento de esas obligaciones. Y aún antes, y más directamente, el Real Decreto de 12 de marzo de 1903, que establece el pliego general para la contratación de obras públicas en su artículo 65, apartado b), condiciona la devolución de la fianza al no haber existencia de reclamación alguna contra el contratista por deuda de jornales o por indemnizaciones derivadas de accidentes ocurridos en el trabajo (22). Se trata, pues, aquí de medidas paralelas a las existentes en otros ordenamientos, como *garantía de que la ejecución de la contrata no se realice en perjuicio de los trabajadores*.

Sin embargo, en materia de contrato de obras públicas, la especialidad fundamental radica no tanto en esas especiales garantías, sino en una regulación indirecta que tiende a evitar que el deseo de abaratar el precio de la contrata para obtenerla perjudique a los trabajadores, sometiénolos a condiciones poco ventajosas. En Francia, los Decretos Millerand de 10 de agosto de 1899 habían dispuesto la inserción en todos los pliegos de condiciones, además de ciertas causas sobre *marchandage*, la duración del trabajo y el empleo de trabajadores extranjeros, de una cláusula de garantía de un salario normal, es decir, un salario similar al medio practicado en la localidad (23).

De forma similar, y posiblemente por la influencia francesa, se van a establecer entre nosotros, aunque con menos alcance, disposiciones especiales para el trabajo en las contratas. Disposiciones, sin embargo, de especial importancia histórica como forma indirecta de fomento estatal de la negociación colectiva (24). Siguiéndose un camino paralelo al de otros países, de introducción indirecta de reformas en la legislación laboral al hacer adoptar a las

(22) Vid. ALARCÓN: *Código de trabajo*, Madrid, 1967, pág. 157.

(23) LYON-CAEN: *Le salaire*, «Traité de Droit du Travail», de CAMERLYNCK, II, París, 1967, pág. 15.

(24) Cfr. GALLART FOLCH: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones española y extranjera*, Barcelona, 1932, pág. 238; ALONSO OLEA: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid, 1955.

Empresas sometidas a su influencia normas que esperarían ver imputadas de forma más global (25), el artículo 7.º del Código de Trabajo obligaba a los contratistas de casas baratas construidas con préstamos estatales, a efectuar contratos colectivos de trabajo. Y para el caso concreto de la concesión de obras públicas, el artículo 25 imponía que en el pliego de condiciones de las mismas se estableciera la obligación del rematante de realizar un contrato con los trabajadores en que se fijara la duración, los requisitos para su denuncia, suspensión, el número de horas de trabajo y el precio del jornal, así como procedimiento de colocación o avenencia de la reclamación (26). En la ley de Contrato de trabajo de 1931, la disposición se amplía y se aclara al establecerse claramente que se trata de un convenio colectivo, aunque *sui generis*, en que se establecen disposiciones interesantes sobre el pago y la cuantía salarial. Respecto a esto último, no sólo el convenio debe fijar la lista de tarifas salariales por oficio y categorías, sino que dichas remuneraciones mínimas tienen que fijarse en relación con los tipos que a la sazón rigen en las zonas o localidades en que las obras hayan de realizarse, garantizándose así *un nivel de igualdad* que evita el abaratamiento de la contrata a costa de los trabajadores.

La L. C. T. vigente, aunque suprime la mención contrato colectivo, recoge sustancialmente la regulación de la ley Republicana con una importante corrección, respecto a la equiparación fáctica en la fijación de los tipos salariales, al hacer referencia ahora, en una auténtica norma neutra, a las normas establecidas en las Reglamentaciones de Trabajo, y sólo en su defecto a las condiciones mínimas que rigen en la localidad, con lo que da lugar se altere el sentido originario de igualdad efectiva perseguida en la ley anterior. En todo caso, queda clara la idea genérica de *buscar una equiparación*, en un caso fáctico en otro normativo, de los trabajadores del contratista con los que realizan en la misma localidad actividades similares (27).

(25) Sobre la *regulation by indirection* imponiendo el gobierno *standards* a las industrias que entran en contacto con la Administración, vid. por todos SELZNICK: *Law, Society, and Industrial Justice*, New York, 1963, pág. 215 y sigs.

(26) Cfr. ALARCÓN, Op. cit., pág. 157. Las diferencias entre el Código de trabajo y la L. C. T. de 1931 en HINOJOSA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1932, pág. 142; GALLART FOLCH: *Derecho español del trabajo*, Madrid, 1936, pág. 97.

(27) Cfr. LÓRIGA, Loc. cit., págs. 163 y sigs.

2.3. La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra en los accidentes de trabajo

2.3.1. Origen.—Una medida importante en favor de los trabajadores del contratista y frente al dueño de la obra, se contenía ya en el Reglamento de 28 de julio de 1900 de la ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900.

Esta ley, en su artículo 1.º, definía como patrono, a efecto de accidentes de trabajo, al «particular o compañía, propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste». Se trataba de una definición muy progresiva que parecía imputar la responsabilidad del accidente, al margen de las posiciones formales, al titular de la organización donde se prestara el trabajo y, por ende, al dueño de la obra o de la industria, aun en el caso de la existencia de contratistas. Como además esa definición suponía una novedad respecto al proyecto originario de Dato —que definía al patrón como aquél por cuya cuenta, bajo cuya dirección o por cuyo mandato o encargo se realizaban los trabajos—, podía llegarse a la conclusión de que la ley de Accidentes zanjaba de forma radical las dudas al respecto, considerando a efectos de la ley al principal como empresario (28). La solución no hubiera sido distinta de la existente en otros ordenamientos, ya sea mediante la aplicación de la figura jurídica de la relación mediata (29), o ya sea por la imputación legal de la responsabilidad directamente al principal, como hacía, por ejemplo la ley inglesa de 1906, cuyo artículo 4.º obliga al principal «a pagar al obrero empleado en la ejecución del trabajo la indemnización prevista por la ley, y que habría debido pagar si el obrero hubiera estado empleado directamente por él», considerando a esos efectos como patrono al empresario principal, y sin perjuicio el derecho reconocido al principal a repetir contra el contratista (30).

La fórmula legal posiblemente hubiera permitido una solución similar a la británica, sin embargo, la rigidez e incluso el progresismo de la fórmula legal chocaban con las ideas dominantes de la época, la misma jurisprudencia inicial, poco dispuesta a admitir la superación del concepto de culpa, y tendente, además, a aplicar muy restrictivamente, por su carácter privilegiado, la nueva legislación es muy rigurosa en la admisión de existencia de contrato de tra-

(28) Cfr. Instituto de Reformas Sociales: *Proyecto de reforma de la ley de Accidentes de trabajo de 1900*, pág. 55. Según LOUBAT, el *chef d'entreprise* es el propietario de la industria (*Traité sur le risque professionnel*, París, 1906, pág. 134).

(29) Cfr. WANNAGAT: *Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts*, I, Tubinga, 1965, páginas 206 y 231.

(30) Vid. texto en *Proyecto de Reforma*, cit., pág. 612.

bajo, produciendo con frecuencia una confusión entre destajista y contratista de obra, y sin admitir quiebras al principio de relatividad de los convenios en materia de accidentes de trabajo. De ahí que se aceptaran demasiado fácilmente la existencia de contratos de obra, y que en caso de accidente de los auxiliares del calificado como contratista se imputará la responsabilidad sólo al contratista (31).

Esta solución tenía, sin embargo, un enorme peligro y es que con mucha frecuencia los calificados como contratistas no eran en realidad socialmente sino auténticos operarios, sin un patrimonio para responder de las indemnizaciones relativamente elevadas que la ley establece. El riesgo de que el trabajador o sus beneficiarios vieran sin satisfacer su crédito frente al contratista empresario era así muy considerable, aún más teniéndose en cuenta la absoluta falta de garantía que el sistema liberal y poco progresivo de aseguramiento que la ley de 1900 estableciera. El Reglamento, por ello, en una postura realista que rectificaba, desde luego, la solución literalmente recogida en la ley, pero que, a su vez, atemperaba los efectos de la posible solución práctica, imputaba la responsabilidad directa del accidente al contratista y sólo a él (Cfr. Real Orden de 6 de noviembre de 1902), pero establecía, como garantía en caso de falta de pago por el contratista, una responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria (32).

Parece que la medida fue aceptada sin demasiadas reticencias, quizá precisamente por ese carácter intermedio entre las dos posturas extremas posibles. Estasen comenta el precepto, aunque deforme el alcance de la que él llama «segunda responsabilidad», al afirmar que «la responsabilidad subsidiaria sólo alcanza, sólo debe y puede alcanzar al dueño o propietario de la obra o industria, cuando por sus acciones u omisiones pueda ser causante del accidente» (33), es decir, fundamenta en la culpa o en la evitabilidad del accidente el surgimiento de la responsabilidad subsidiaria, un poco paralelamente a la primera jurisprudencia que sigue muy anclada en los dogmas civiles de la responsabilidad culposa (34). Es muy significativo que en el Proyecto de Reforma de la ley de 1900 en los años inmediatamente siguientes a ésta y en el seno del Instituto de Reformas Sociales, aparte del intento de corregir la

(31) Cfr. ALARCÓN: *Código de trabajo*, cit., II, págs. 163 y sigs.

(32) Esta solución de considerar como patrono al contratista, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o de la industria, pasa luego a otros ordenamientos. Así, la ley argentina 9.688, de 1915. Vid. POZZO en *Tratado de Derecho del trabajo*, de DEVEALI, págs. 334 y 335.

(33) *Los accidentes de trabajo y el seguro de accidente*, Madrid, 1903, pág. 40.

(34) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Culpa de la víctima y accidente de trabajo*, «Anuario de Derecho civil», XXIII-III, págs. 553 y sigs.

tesis jurisprudencial de considerar ciertos destajos como contratos de obra (35), la cuestión de la responsabilidad subsidiaria del contratista no planteará especiales dudas, y tan sólo se propusiera su inclusión como más apropiado en la propia ley, lo que «fue aprobado sin discusión» (36) (pág. 216). La única voz que pidió un paso más fue la del señor Rinar en nombre de varias sociedades obreras de Barcelona, que además de señalar los problemas de la identificación del verdadero patrono propuso la reforma «consistente en establecer la responsabilidad solidaria en vez de la subsidiaria de todo lo que con cualquier carácter hubieran contratado con el obrero» (37). Prevalece, sin embargo, la idea originaria de la responsabilidad subsidiaria, que pasó a las sucesivas normas sobre accidentes de trabajo (38).

2.3.2. *Fundamento*.—Se trata de una regla, la de la responsabilidad subsidiaria, que ha dado un gran juego entre nosotros y, por ende, existe una jurisprudencia relativamente copiosa sobre la misma, sobre todo dada la corriente jurisprudencial que admite fácilmente contratas y da lugar a la imputación de las responsabilidades directas al contratista, y sólo subsidiariamente al beneficiario de la prestación (39).

El fundamento de la responsabilidad subsidiaria en ningún caso puede ser buscado en una culpa o en una presunción de culpa sino que tiene claramente una *finalidad de garantía* y un *fundamento estrictamente objetivo*. Así lo ha visto la jurisprudencia cuyas máximas contienen explicaciones muy clarificadoras. Así, la sentencia de 25 de octubre de 1927 afirma:

«Inspirándose la ley de accidentes de trabajo en el propósito saludable de asegurar el obrero la efectividad de las responsabilidades pecuniarias en ella establecidas en su favor, de cada accidente surgen dos sujetos responsables: el patrono o contratista y el propietario de la obra o industrial; el primero como uno de los dirigentes del contrato de trabajo, a quien además incumbe el tomar las medidas con-

(35) Vid. *Proyecto de Reforma*, cit., págs. 24-25 y 191.

(36) Loc. últ. cit., pág. 216.

(37) Vid. *Proyecto de Reforma*, cit., pág. 340.

(38) Artículo 1.º de la L. A. T. de 10 de enero de 1922; artículo 141 del Código de trabajo; artículo 2.º del D. L. A. T. Industria de 8 de octubre de 1932, y artículo 2.º del Reglamento de 31 de enero de 1933; artículo 2.º, T. R. A. T., y artículo 7.º, R. A. T., de 1956.

(39) La sentencia de 11 de diciembre de 1933 habla de «no ser directa ni indirectamente patrono del obrero lesionado» para excluir la responsabilidad subsidiaria pues «los trabajos de descuarjar leña no se realizaban para el propietario por medio de contratista».

venientes para evitar todo riesgo a los trabajadores cuyos servicios contrató, y el segundo como asegurador o garante, por ministerio de la ley, de la insolvencia del primero; por tanto, la causa de pedir contra el contratista es el vínculo jurídico contractual y el hecho del accidente, y contra el propietario de la obra o industria es el imperativo de la ley y el hecho del incumplimiento de la obligación del deudor principal.»

Por su parte, la sentencia de 30 de marzo de 1929 nos dice que el legislador

«... se propone asegurar la efectividad de la indemnización al obrero perjudicado en caso de insolvencia del principal responsable, sujetando subsidiariamente a esta responsabilidad la obra o industria con arreglo al principio jurídico que *sentit commodum sentire debet incommodum*, o sea: el que se lucra con los beneficios debe estar a los perjuicios.»

Se trata, evidentemente, de una responsabilidad *ex lege* de carácter objetivo, como expresamente afirma alguna sentencia que además sostiene que «tiene su antecedente en la teoría civil de la culpa extracontractual, que declara para el empresario el párrafo 4.º del artículo 1.593 del Código Sustantivo» (40). Algunas sentencias, sin embargo, parecen referirse a un criterio subjetivo de culpa, al aludir que debe tener cuidado el dueño de la obra de enterarse si se ha hecho o no el seguro de accidentes precisamente en evitación de los efectos de la responsabilidad subsidiaria (41). Sin embargo, lo más exacto es admitir el carácter objetivo de la responsabilidad, y estimar que la amenaza de esa responsabilidad objetiva puede dar lugar a un especial celo y vigilancia en la elección del contratista, buscando tanto que sea solvente, como en especial que cumpla sus obligaciones en materia de accidentes de trabajo (42).

2.3.3. *Alcance*.—Según reiterada jurisprudencia, para la existencia de la responsabilidad subsidiaria es necesaria una especial *conexión negocial* entre el empleador del trabajador accidentado y el propietario de la obra o indus-

(40) Sentencia de 4 de abril de 1955.

(41) Sentencia de 12 de abril de 1958.

(42) Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, 4.ª edición, Madrid, 1972, página 134.

tria «contratada», o aún más, entre el trabajo prestado por el trabajador y el propio dueño de la obra o industria.

Algunas sentencias aluden al respecto a un criterio material de mera vinculación fáctica o beneficio económico directo de la prestación; así, por ejemplo, se dice en la sentencia de 19 de junio de 1955 que el dueño de la obra se beneficiaba con el trabajo del accidentado «al quedar éste incorporado a estos elementos de los que es dueño» o (aludiendo a un caso muy posible de mera interposición, que hoy se incluiría en el marco del artículo 1.º del Decreto) la sentencia de 25 de febrero de 1961 establece la responsabilidad subsidiaria «de la entidad que utilizaba dichos trabajos o servicios prestados por el accidentado en beneficio propio».

Sin embargo, el criterio general es, por decirlo con la sentencia de 4 de abril de 1955, que la obra o industria «está contratada», aludiéndose con ello a la figura de la llamada «contrata» e incluso, por ello, al carácter «indirecto» de patrono del dueño de la obra o industria (43); como dice la sentencia de 9 de mayo de 1960 es necesario que el propietario de una obra o industria contrate su ejecución y «que el contratista por razón de su designación ocupe el lugar del propietario de la obra o industria con los derechos y obligaciones durante la contrata». Esta idea de sustitución y titularidad de la explotación lleva a excluir la existencia de responsabilidad subsidiaria a una serie muy variada de supuestos, por no existir una relación derivativa o indirecta entre el propietario y el trabajo que se presta; se ha excluído, por ejemplo, de toda responsabilidad subsidiaria al propietario del local, del terreno o de la finca respecto a los trabajadores del arrendatario (44) o al propietario de los objetos transportados respecto a los trabajadores del transportista (45). Aun cuando se ha extendido la responsabilidad a algunos supuestos de más allá del contrato de ejecución de obra propiamente dicha (46). La tendencia jurisprudencial no ha sido en modo alguno ampliadora, sobre todo porque frente a la insolven-

(43) Cfr. sentencia citada de 11 de febrero de 1933.

(44) Caso distinto del de la aparcería, vid. sentencia de 24 de marzo de 1935.

(45) Las sentencias de 30 de marzo de 1929 y 17 de abril de 1932, consideran que no es responsable el dueño de los géneros transportados del accidente acaecido a los obreros del transportista. Igual criterio siguen las sentencias de 25 de abril de 1940, 12 de febrero de 1951 y 9 de abril de 1960. En un caso diverso, la sentencia de 15 de diciembre de 1969 condena directamente al dueño del tractor, cuyo conductor sufrió un accidente, y subsidiariamente para el caso de insolvencia de éste al arrendatario de la finca. El arrendatario había contratado con el dueño del tractor el transporte de unos cereales.

(46) Así, el propietario de nave arrendada (sentencias de 30 de marzo de 1929 y 18 de abril de 1956), la C. T. N. E. por la contrata de aviso de conferencias telefónicas, sentencia de 25 de febrero de 1961.

cia del empresario responsable, como recuerda la sentencia de 11 de diciembre de 1963, responderá en todo caso el Fondo de Garantía.

También es firme el criterio jurisprudencial de la regla de la subsidiariedad se aplica en los casos de subcontrata y precisamente no sólo frente al contratista principal, sino también frente al mismo dueño de la obra (sentencia de 31 de enero de 1958), de otro modo sería fácil, como razona la sentencia de 3 de mayo de 1955, eluden esa responsabilidad subsidiaria montando una cadena de contratos sucesivos. Aún más si se tienen en cuenta, como recuerda Alonso Olea que el precepto quiso evitar el incumplimiento por los empresarios en materia de accidentes de trabajo y de su aseguramiento «mediante la interposición de testaferros bajo la capa de contratistas o subcontratistas que a la postre resultaban insolventes» (47). Por ello, en caso de subcontrata la responsabilidad subsidiaria de las prestaciones es más amplia al existir una auténtica cadena sucesiva de responsables subsidiarios.

La responsabilidad subsidiaria como su nombre indica es *accesoria* y *sustitutiva* sucesivamente a la del empleado principal. Esta idea ha servido de criterio para estimar que se extiende a todas las indemnizaciones a abonar por el contratista no asegurado, incluso el recargo de indemnizaciones por falta de medidas de Seguridad Social (48). También se ha estimado que la expresión falta de seguro no alude sólo a la ausencia completa de aseguramiento, sino incluso a la insuficiencia del mismo (49).

2.3.4. *Funcionamiento*.—Se trata de una responsabilidad evidentemente subsidiaria, como se cuida de aclarar la propia jurisprudencia, así la sentencia de 24 de marzo de 1953 dice que «el obligado subsidiario suple al principal, reforzando su solvencia, por lo que su responsabilidad no puede ser conjunta con la del principal, sino *supletoria*, aclarándose, además, que no existe «vínculo de solidaridad o indivisibilidad de prestación» (50). Es necesario por ello, para el surgimiento de la responsabilidad subsidiaria, tanto que el contratista resulte, en primer término responsable por falta o insuficiencia del seguro, como que se produzca una situación de no satisfacción por el responsable principal de las indemnizaciones debidas al accidentado o a sus causahabientes.

Es interesante reflejar las dudas de la evolución jurisprudencial y normativa sobre cuál debe ser el alcance del incumplimiento para generar la responsabilidad subsidiaria. En un primer momento hablaba la jurisprudencia de in-

(47) *Instituciones de Seguridad Social*, cit., 3.ª edición, pág. 93.

(48) Sentencia de 4 de abril de 1955.

(49) Sentencia de 9 de diciembre de 1960.

(50) Sentencia de 3 de abril de 1932.

solvencia, aún cuando ya, desde muy pronto se insistió en el carácter fáctico de la *insolvencia*, dejando la apreciación del hecho de la insolvencia al juez sentenciador (51). De ahí se pasó muy pronto a afirmar que la causa de pedir contra «el propietario de la obra o industria es el imperativo de la ley y el hecho del incumplimiento de la obligación del deudor principal» (52).

En esta línea, el texto refundido de 1932 y, sobre todo el inciso final del párrafo 2.º del artículo 2.º del Reglamento de 3 de enero de 1933 hace pensar en la actuación de la responsabilidad subsidiaria ante el mero hecho del *incumplimiento*, lo que explica el *derecho de repetición* del responsable subsidiario contra el responsable directo. Es decir, la responsabilidad subsidiaria realiza entonces no sólo una función de reforzar la solvencia sino de *adelantar la indemnización*, evitando molestias, retrasos, en una cuestión en que tan importante es la celeridad y la rapidez. Así, la sentencia de 3 de mayo de 1955 expresamente decía que la ley «quiso garantizar la pronta percepción de la indemnización por el accidente laboral». Por otro lado, en el plano procesal se había resuelto de forma unánime que no vinculaba al propietario de la obra la sentencia dictada contra el responsable directo, cuando no haya tenido «citación y audiencia», porque lo impiden los principios de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio, y que las decisiones judiciales no perjudican a terceros que no litigaran (53). Esta jurisprudencia inicial provocó lógicamente la citación a juicio, en todo caso del propietario de la obra, para evitar los inconvenientes y el riesgo de un segundo juicio. Ello suponía su condena, aunque subsidiaria, ya en ese mismo juicio, de forma similar al caso muy paralelo del Fondo de Garantía.

Un giro importante supuso el Reglamento de Accidentes de 1956, que establece una clara distinción entre la responsabilidad subsidiaria que se imputa al Fondo de Garantía, la cual existe por el mero hecho del incumplimiento por el patrono de las obligaciones que le corresponde en caso de falta de seguro, es decir, por la mora de éste en su cumplimiento (artículo 1.º, párrafo último, Reglamento de 22 de junio de 1956), y la del propietario de la obra o industria cuya responsabilidad, en caso de falta de seguro, sólo existe en el caso de que el contratista resulte insolvente (artículo 8.º, inciso 1.º, párrafo último del citado Reglamento). No basta así un mero incumplimiento sino una persecución infructuosa del contratista que termine con una situación constituída de insolvencia, aunque quizá no sea necesaria una declaración for-

(51) Sentencia de 3 de febrero de 1913.

(52) Sentencia de 25 de marzo de 1927.

(53) Sentencia de 7 de diciembre de 1914. Vid. GARCÍA ORMAECHA: *Jurisprudencia sobre accidentes de trabajo*, Madrid, 1935, pág. 182.

mal (54), sólo entonces puede dirigirse derivativamente contra el propietario de la obra o industria, que habrá sido normalmente condenado en forma subsidiaria en el proceso originario.

La ley de Seguridad Social sigue la misma línea, aunque extendiendo la medida a toda responsabilidad directa de pago de prestaciones, pero con dos especiales matizaciones, primeramente la exigencia expresa de la declaración de insolvencia (55), y, en segundo lugar, la exclusión de esa responsabilidad subsidiaria en los casos de trabajos de mera reparación de vivienda que ocupa el amo de casa y respecto a éste (56). Puede así afirmarse que la responsabilidad directa de prestaciones por falta de constitución de la relación de Seguridad Social y del cumplimiento de los deberes de cotización, se imputa ahora para cual sea prestación, al dueño de la obra o industria, extendiéndose con mucho su responsabilidad más allá de los estrechos límites del accidente de trabajo, aunque condicionado ahora a esa declaración de insolvencia.

Algún efecto reflejo ha tenido la norma de accidentes de trabajo en el marco propio de lo laboral y alguna sentencia aislada ha aplicado análogicamente la regla de la responsabilidad subsidiaria deudas estrictamente laborales. Así, la sentencia de 14 de abril de 1941 establecía la responsabilidad subsidiaria e imponía el hacer efectivo las reclamaciones por salarios al Ayuntamiento que encargó las obras a un contratista, que luego desapareció, y con el cual había contratado el obrero reclamante. Sin embargo, de forma indirecta y, en general, en materia de aplicación del artículo 79,1, de la ley de Contrato de trabajo, la jurisprudencia llega justamente a la solución contraria (57). Exigiendo para que pueda imputársele responsabilidad la existencia de pacto expreso o precepto legal que impongan la responsabilidad indirecta, tal ocurre, por ejemplo, cuando se constituyó fianza (58).

(54) Una problemática paralela de responsabilidad civil subsidiaria es la prevista en los artículos 21 y 22 del Código penal. vid. sobre la cuestión, por todos, SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, págs. 361 y sigs.

(55) Artículo 97, 1, de la L. S. S., I.

(56) Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones*, cit., 4.ª edición, pág. 134.

(57) «No puede considerarse patrono ni imponer responsabilidad solidaria respecto a las consecuencias laborales del cese de los empleados, al propietario del local que acredita en autos era ajeno a la industria instalada en el inmueble que recupera vacío en juicio del desahucio, sin existir pacto expreso ni precepto legal que la determine y, por tanto, sin estar obligado, ni directa ni indirectamente con aquellos empleados.» (Sentencia de 8 de abril de 1960.)

(58) Sentencia T. C. T. de 21 de abril de 1964. Implícitamente parece admitir una responsabilidad subsidiaria de los sucesivos accidentes de la industria la sentencia del T. C. T. de 16 de diciembre de 1967. Por su parte, la sentencia de 21 de diciembre de 1966 afirma que «al no establecer el artículo 79 de la ley de Contrato de trabajo res-

2.4. *La subcontratación de personal en la normativa sectorial de la construcción*

El antecedente más directo del artículo 4.º del Decreto, se contiene, sin duda, en la normativa sectorial aplicable a la construcción, sector en que con más gravedad se han dado los fraudes en la materia, y los peligros de insolvencia de contratistas de escasos medios, como afirma Herrero Nieto, «es precisamente en esta rama de la construcción donde el fraude se ha consumado con más frecuencia» (59). Cabe decir que lo mismo que para las prestaciones de Seguridad Social, igual fundamento de imputación subsidiaria de responsabilidad al tercero beneficiario de la prestación laboral, existía, y existe, respecto a la obtención de la no menos importante prestación salarial, o en su caso las indemnizaciones por despido o extinción (60). Esta idea donde primeramente va a plasmarse es en ese sector más necesitado de protección que es el de la construcción.

Una primera medida tendió a eliminar del mercado de trabajo a Empresas sin la debida solvencia u honorabilidad; para ello se implantó el carnet de Empresa con responsabilidad para las Empresas de construcción y obras públicas. La regulación que de dicho carnet establece el Decreto de 26 de noviembre de 1954, aparte de establecer importantes excepciones para pequeños contratistas, no fija suficientes garantías para eliminar a empresarios indeseables o insolventes, pero, en todo caso, fue un «primer jalón de una serie de disposiciones futuras» (61).

En ejecución de las normas de dicho Decreto, la Orden de 29 de marzo de 1956 establecía una serie de medidas sumamente significativas. Por un lado, la renovación anual del documento, condicionado al parecer a la justificación por los empresarios «de que sus trabajadores disfrutaran todos los derechos que por su trabajo les otorgan las disposiciones laborales y de Previsión Social en vigor» (art. 3.º). En segundo lugar, y más importante en la línea de este estudio, el artículo 9.º disponía que «las Empresas de la construcción u obras públicas son *subsidiariamente responsables* de todas las obligaciones laborales y de previsión que contraigan los destajistas o subdestajistas con los

ponsabilidad solidaria entre el antiguo y el nuevo empresario..., ha de concluirse siguiendo la jurisprudencia mantenida por esta Sala en su sentencia de 1 de diciembre de 1954, que la responsabilidad de la propietaria del inmueble debe ser subsidiaria».

(59) *La simulación y fraude a la ley en el Derecho del trabajo*, Barcelona, 1958.

(60) Vid. artículo 176 de la L. S. S. y artículos 17 y 20 de la Orden de 5 de mayo de 1967, y ALONSO OLEA: *Instituciones*, cit., pág. 180.

(61) Cfr. HERRERO NIETO, Loc. cit., pág. 465.

que hubiese establecido los correspondientes conciertos». Esta última medida tiene, por un lado, el notable inconveniente de admitir supuestos interpositivos, hoy felizmente prohibidos; pero por otro lado, rectificar los defectos de la admisión de la figura al *imputar a la contratista principal* (pues, la responsabilidad se imputa no al dueño de la obra, sino a la contratista principal de obras), disminuyendo la peligrosidad social de esa figura *una responsabilidad subsidiaria por el incumplimiento de sus obligaciones* de esos pseudoempresarios, destajistas o subdestajistas.

Un paso más, adelante, es el dado por el artículo 59 de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 29 de agosto de 1970, que establece para las Empresas que subcontraten con otras la realización de obras o trabajos la obligación de exigir a las mismas el citado carnet y el estar al corriente del pago de las cuotas de Seguridad Social, añadiendo que, «en todo caso, las Empresas que subcontraten serán responsables subsidiariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas, respecto de sus trabajadores. Al parecer, se está pensando, siguiendo la línea de la Orden de 29 de marzo de 1956, en una responsabilidad limitada a las Empresas de la construcción y, por ende, en general, a fenómenos más bien de subcontratación.

2.5. Cuadro normativo

En resumen, la regulación protectora de los trabajadores del contratista, en las vísperas de la aprobación del Decreto, suponía tres grados de garantías concedidos a esos trabajadores: un nivel mínimo de garantía, el establecido en el artículo 1.597 del Código civil aplicable a todas las ejecuciones de obra; un nivel de responsabilidad subsidiaria de pago de prestaciones y de cotizaciones en la Seguridad Social, que excluye las reparaciones domésticas; un tercer nivel de responsabilidad subsidiaria ya en lo laboral a cargo de la constructora principal.

En lo demás, nuestro ordenamiento permanecía firme en la extrañidad y falta de conexión alguna directa e indirecta entre los trabajadores del contratista o subcontratista y el dueño de la obra o contratista principal. Por otro lado, la equiparación de tratamiento fáctico, iniciada en materia de contrataciones públicas, cambió radicalmente de signo con la L. C. T. de 1944, sin llegar, por ello, a ser punto de partida para una regulación de carácter más general.

3. EL SUPUESTO REGULADO

3.1. *Interposición y contrata*

El Decreto que venimos examinando parte, según sabemos, de una bipartición de régimen jurídico, dedicando sus tres primeros artículos al tratamiento de la interposición y mediación en las relaciones de trabajo, y refiriéndose sólo al artículo 4.º al objeto de nuestro estudio. Ambas regulaciones, si bien son distintas, no puede decirse que no tengan conexión entre sí. En efecto, para la delimitación del supuesto contemplado en el artículo 4.º, tiene especial interés, y es incluso imprescindible, tener en cuenta la delimitación que por su parte hace el artículo 1.º de la disposición, ya que los supuestos contenidos en uno y otro artículo son sustancialmente incompatibles y se excluyen entre sí: si hay interposición no hay contrata, y viceversa (62). Por ello, el ámbito de la contrata depende muy mucho del ámbito que se haya fijado para la interposición. A ello se une la radical diferencia de tratamiento jurídico (prohibición e ineficacia del diafragma interpositorio en su caso, licitud, pero garantías adicionales en la contrata), lo que hace especialmente delicado y muy trascendente el trazado de la diferenciación.

Una definición estricta y restringida de la interposición traerá consigo una notable ampliación del ámbito de la contrata, con lo que se facilitaría, como ocurrió con el Decreto-ley de 15 de febrero de 1952 (63), una fácil elusión de las garantías y prohibiciones contenidas en los primeros artículos del Decreto. Para evitar este peligro, la norma reglamentaria se ha cuidado de describir muy genérica y extensivamente los supuestos de interposición, como combinación negocial que puede basarse en convenios, pactos y estipulaciones muy distintos, mientras que en el artículo 4.º da por sabida y no establece ni definición ni siquiera descripción de lo que entienda por contrata. El texto de

(62) Cfr. MARTÍN VALVERDE: *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*, cit., pág. 32.

(63) Y ello pese a la labor clarificadora de la doctrina, vid. ALONSO GARCÍA: *Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra*, «R. P. S.», 45, págs. 7 y siguientes. Según él, «la razón diferenciadora estriba en que cesión y contrato de ejecución de obra con figuras jurídicas radicalmente distintas que, por consiguiente, responden a relaciones diferentes» (pág. 39). «El subcontratista de obra, en cuanto titular de una actividad organizada y sistemática, o sea en cuanto auténtico empresario», se contraponen al cedente «sin personalidad jurídica reconocida, sin actividad lícita admitida... que opera, en definitiva, como auténtica oficina clandestina de colocación, sin personal fijo, y con su actividad permanentemente dirigida a la cesión de personal, cuya única actividad lícita constituye su razón de ser» (pág. 42).

dicho artículo sigue muy de cerca la letra del párrafo primero del artículo 59 de la Ordenanza de la Construcción, en el que introduce sustanciales modificaciones, que afectan, sin embargo, más al contenido de la regulación que a la delimitación del supuesto. Cuando habla de «las Empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad» el precepto establece dos presupuestos para su aplicación, la existencia de una contrata o subcontrata de obras o trabajos, y que además esas obras o trabajos correspondan a la misma actividad que la Empresa comitente.

El negocio base es, pues, la contrata o subcontrata, de modo, aunque luego se hable sólo de trabajadores del subcontratista, que el negocio central es la contrata, y derivativamente la subcontrata. La utilización del poco académico término «contrata», responde a una muy directa conexión con la praxis negocial que ha tipificado tales contratas, pero, a su vez, la utilización de un término no técnico puede encerrar el peligro de que en esa propia praxis negocial, sobre todo en materia laboral, el término se utilice para aludir no a genuinas contratas, sino a ciertas formas de interposición canalizadas a través de pretendidas contratas o subcontratas, así la llamada por la doctrina pseudocontrata de mano de obra (64).

Por ello conviene insistir, aun antes de delimitar la noción de la contrata, que no debe ser el nome o el instrumento jurídico utilizado por las partes el que decida la aplicación de uno u otro régimen jurídico, sino que lo decisivo habrá de ser el resultado final obtenido por el mecanismo negocial. Siempre que exista una «utilización directa» de mano de obra sin asumir la posición jurídica de empleador, sea cual sea el acuerdo formal que ampare dicha utilización, hemos de reconocer la existencia de una interposición y no de una contrata, puesto que una y otra se excluyen, y no sólo en el marco del Decreto, sino también dogmáticamente, ya que, como veremos a continuación, tal utilización directa de mano de obra no tiene lugar en la contrata, y dado que no cabe «que el objeto de la contrata sea la provisión de trabajo ajeno» (65).

(64) Cfr. PRETE: *Il divieto di appalto di mano d'opera*, cit., pág. 93, que critica que la ley haya utilizado la terminología al uso, para mencionar lo que CANELÜTTI llamó *noleggio della mano d'opera altrui* (Op. cit., pág. 504); SPANO: *Il divieto di inaeerposizione*, cit., pág. 65; PALERMO: *Lavoro a favore di terzi...*, cit., pág. 282. La doctrina es unánime en sostener que el mero suministro de prestaciones subordinadas de trabajo a otro es incompatible con el esquema negocial del *appalto*. Vid., por todos, BENEDETTI: *Profili civilistici...*, cit., pág. 1521; CESSARI: *L'interposizione fraudulenta*, cit., págs. 103 y sigs.; RUDAN, Op. cit., pág. 856 y sigs.; LÓRIGA: *La disciplina giuridica*, cit., pág. 102-106.

(65) MARTÍN VALVERDE, Loc. cit., pág. 66.

Con ello encontramos ya un primer dato, aunque negativo, para la delimitación del supuesto: no tiene que consistir en un mecanismo interpositorio, o sea, que a través de una combinación negocial, de la que formen parte contratos de trabajo, consiga una disponibilidad y utilización directa de mano de obra ajena, sin adquirir la posición jurídica de empleador (66).

3.2. Ejecución de obra y contrata

En la praxis negocial se utiliza el término contrata, como es sabido, para aludir a un tipo específico de ejecuciones de obra (67). El término, que tiene en la regulación de Obras Públicas una larga tradición (así, por ejemplo, artículo 5.º de la Real Orden de octubre de 1845, hablaba ya de las obras por contrata), no ha encontrado idéntica acogida en la legislación civil, pues nuestro Código, siguiendo el modelo napoleónico, sólo conoce la figura genérica de la ejecución de obra, que se incluye dentro de la disciplina de los arrendamientos y con la denominación de arrendamiento de obra. Ni qué decir tiene que la construcción unitaria de inspiración romanista de una *locatio conductio rei operarum y operaris* no es, ni siquiera, aceptada unánimemente por los propios romanistas, y se encuentra más que superada por la doctrina civil moderna (68). Pero no sólo dogmática, sino también normativamente, la regulación del Código, en materia de la ejecución de obra, es, desde luego, insuficiente y superada por la complejidad de problemas que presentan en la realidad la gran variedad de contratos de la ejecución de obra. Tampoco existe una construcción jurisprudencial o doctrinal sólida y sistemática que permita superar dichas dificultades (69).

Según nuestro Código, en el contrato de obra, una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto (art. 1.544). Tal «obra» no tiene que ser, sin embargo, una construcción, aunque quizás sea este el caso socialmente típico que ha servido de modelo al legislador; según la mejor doctrina, lo que define al contrato no es la causa o tipo de la obra, sino la forma de configu-

(66) Cfr. BENEDETTI, *Loc. cit.*, pág. 1503; NICOLINI: *La simulazione*, cit., páginas 168-170.

(67) Cfr. PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1945, págs. 105 y sigs.; GULLÓN BALLESTERO: *Curso de Derecho civil. Contrato en especial*, Madrid, 1968, páginas 261.

(68) Vid. RUBINO, voz *Appalto*, «Nov. dig. It.», I, págs. 687 y sigs.; RIEZLER: *Der Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung*, 17 *RechtsZ.*, 1952, págs. 523 y siguientes; STOLFI: *Appalto*, *Enciclopedia del Diritto*, II, pág. 129.

(69) Cfr. GULLÓN, *Loc. cit.*, pág. 261.

rar el compromiso contractual, de tal manera que una actividad humana venga a configurarse como objeto de una obligación de resultado (70).

Sin entrar en el frondoso tema de la distinción entre obligación de actividad y obligación de resultado (71), cabe decir que en el contrato de obra se da el supuesto más típico, aunque no el único, de la obligación de resultado. Ese resultado deducible como obligación en el contrato, tiene que ser consecuencia de una actividad productiva (72), pues se trata de un contrato de producción, en concreto de realización de un producto.

Su ámbito en el actual mundo económico eminentemente productivo es notablemente amplio e incluso excesivamente genérico, posiblemente la Codificación civil no previó el favor que gozarían estos contratos, pero el progreso técnico ha incrementado considerablemente su importancia práctica y numérica (73). Según Nart, al ser la actividad humana, desde la perspectiva de su resultado, el objeto del contrato, esta figura contractual «es una especie de cajón de sastre, donde tienen cabida las cosas más intrínsecamente dispares» (74). Por ello, Rubino afirma que el arrendamiento de obra no constituye un tipo contractual unitario, sino sólo una categoría que comprende, a su vez, varios tipos contractuales similares (75). Algunas de esas especies contractuales ya han sido objeto de una tipificación específica, como ha ocurrido, por ejemplo, con el transporte, que figura como apéndice del de obra en el Código civil, pero que en el ámbito mercantil ha adquirido una plena consagración autónoma. Otras veces existe una mera tipificación por el uso social, como ocurre, por ejemplo, con el contrato de edición.

Estas reflexiones nos sirven para plantear si el ámbito del artículo 4.º es el genérico contrato de ejecución de obra o es necesaria una delimitación dentro del mismo de supuestos típicos a que dicho precepto hace referencia. La finalidad perseguida por la interposición y el propio examen de la realidad, por un lado, y la dicción del precepto, por otro, llevan, a nuestro juicio, a afirmar que el supuesto del artículo 4.º no es propiamente el genérico contrato de ejecución de obra, sino una *especie del mismo* que nuestra praxis conoce como «contrata», y nuestra doctrina, por «contrato de Empresa», la

(70) Cfr. CORRADO: *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, páginas 53 y sigs.

(71) Vid., por todos, MENGONI: *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, «Riv. dr. comm.», 1954, I, págs. 184, 280, 360 y sigs.

(72) Cfr. RUBINO, Loc. cit., pág. 687.

(73) FLAMME y LEPAFFE, Loc. cit., pág. 63.

(74) *Contrato de obra y empresa*, «R. D. P.», 1951, pág. 816.

(75) *L'appalto, Trattato di diritto civile italiano*, de VASSALLI, 3.ª edición, VII, tomo 3.º, Turín, 1958; *Appalto*, cit., pág. 687.

cual, a diferencia de lo que existe en otros ordenamientos, si no ha sido objeto de una expresa tipificación legal autónoma, sí que ha encontrado admisión positiva de forma indirecta, y una nueva forma de admisión indirecta es precisamente la que el propio artículo 4.º contiene (76).

3.3. *Concepto de contrata*

Utilizando como modelo la definición del Código italiano del *appalto*, podemos definir la contrata como un contrato en que una parte asume, a través de una organización de medios necesarios y con una gestión a propio riesgo, la obligación de realizar para la otra (principal o comitente) una obra o un servicio por una remuneración dineraria (77). El contratista se caracteriza así, no sólo por el hecho de que asume el riesgo de su actividad y es deudor de resultado, sino también porque ese resultado se consigue *no por una actividad prevalentemente propia, sino a través de una organización productiva de la que es titular*, de ahí la denominación imprecisa, de contrato de Empresa, pues existe normalmente una Empresa que funciona para el beneficio y a los riesgos de su titular el contratista.

Ello hace decir a Nart una afirmación algo extrema, pero ejemplificadora, y es que mientras que el contrato personal de obra o la actividad humana se tome contractualmente en consideración en el contrato de Empresa se atiende exclusivamente al resultado, aunque aquella actividad sea de hecho un presupuesto necesario para éste (78). En verdad, el comitente está obligado a realizar, por su propia cuenta, una obra o a prestar un servicio, pero la actividad de trabajo de contratista se considera en su resultado (Opus) y no en relación con la actividad necesaria para conseguir ese resultado (79).

Se subraya la autonomía del contratista, pero dicha autonomía no tiene sólo un sentido dialéctico negativo frente al trabajo subordinado; sino un sentido fundamentalmente positivo, es decir, significa no sólo un sometimiento al principal, sino también especialmente *el gravar sobre el contratista la organización de los medios necesarios y la gestión de los mismos para la realización a su propio riesgo del resultado*, pues quien se obliga a ejecutar

(76) Cfr. NART, Loc. cit., pág. 815 y sigs.

(77) Cfr. artículo 1.655 del Código civil italiano. Un análisis del texto del precepto en MIRABELLI: *Dell'appalto*, en «Il nuovo codice civile commentato», libro cuarto (Delle obbligazioni), tomo 2.º, Nápoles, Jovene, 1952, págs. 153 y sigs.

(78) Loc. cit., pág. 816.

(79) STOLFI: *Appalto-trasporto. Trat. di. dirit. civ.*, de GROSSO-SANTOORO, V, fascículo IV, Milán, 1961, pág. 31.

por contrata una obra o un servicio, se obliga también a suministrar normalmente otros medios (art. 1.588 del Código civil) y a dirigir el proceso productivo para la realización de los resultados previstos. Por ello, la contrata tiene como elemento definitorio y presupone necesariamente *la existencia de una organización productiva, empresarial del contratista*, lo que coloca en un segundo plano la posible pero normal prestación personal del trabajo de este último. A través de dicha organización que el contratista crea y gestiona a su propio riesgo, se consigue un resultado contractual previsto. Esto es, precisamente, la nota que hace hablar de la contrata como *contrato de Empresa*. El propio artículo 1.588 parece hacerse eco de esta fundamental idea como contraponen dos tipos de contrata de ejecución de obra en que según se ponga trabajo o se ponga «industria». Pues bien, este poner industria, este proporcionar una organización productiva propia es el supuesto propio de la contrata y el que además impide que pueda calificarse el posible supuesto como interposición, ya que no reúne las notas de ésta, muy especialmente no tiene lugar la utilización directa de la mano de obra ajena: los trabajadores trabajan para el contratista que les dirige y ordena su trabajo, con el cual cumple la obligación de resultado a la que se había comprometido, aunque económicamente al obtener el contratista ese resultado esté beneficiando directamente al comitente (80).

3.4. *Contratas de obras y contrata de servicios*

La contrata puede tener por objeto, como el Decreto menciona, tanto «obras» como «trabajos». Se sigue con ello también la práctica contractual que ha sobrepasado el modelo explícito del Código, cuyos redactores, siguiendo el modelo napoleónico, contemplaban expresamente sólo a las obras, es decir, la transformación de una materia real, sea una edificación (art. 1.591) o la fabricación de una cosa nueva (art. 1.600). Pero el propio contrato de obra, y, desde luego, la contrata, están lejos de reducirse al espécimen de la construcción o fabricación de cosas corporales, e incluyen, además, tanto la reparación, transformación, etc., como trabajos, incluso, intelectuales (81). De ahí que se distinga hoy dentro de la genérica contrata, y no sólo por razones de sistemática, entre contrata de obras y contrata de servicio, de lo que se hace eco el Decreto que quizás con la buena intención de evitar equívoco que

(80) Cfr. SPANO, Op. cit., pág. 66.

(81) Cfr. por todos FLAMME y LEPAFFE, cit., págs. 77 y sigs.; STOLFI: *Appalto. Trasporto*, cit., pág. 24.

el ordenamiento de servicios, sustituyendo el término servicios por el de trabajo, sustitución que cara a lo laboral puede ser, sin embargo, también equívoca. En efecto, las contratas o subcontratas de trabajo pudieran dar a entender la admisión de pseudocontratas de meras prestaciones de trabajo, en la que se proporciona sólo meras prestaciones de trabajo, es decir, trabajadores para ser utilizados por el empleador, sin embargo, es claro que a ello no hace referencia el artículo 4.º, pues tales supuestos están absolutamente vedados por el artículo 1.º (82). Debe ser interpretada la referencia a contratas de trabajos, como contraposición simplemente a contratas de obra, como especies, ambas, de la genérica contrata según cual sea la naturaleza del resultado previsto en cada una de ellas.

Por contrata de obras debería entenderse por la mejor doctrina, aquélla que supone una actividad del contratista dirigida a un resultado consistente en la modificación sustancial del estado material de cosas preexistentes (83). Esta transformación de la materia puede ser la producción de un nuevo bien material, ya se trate de la producción de nuevos bienes ya de la creación de una obra funcionalmente nueva, modificando bienes existentes que den lugar, en todo caso, a la producción de una *res novae*, o pueda consistir en una mera modificación de bienes existentes en los que la actuación del contratista es menos decisiva por tratarse de mantenimiento o reparación de determinados bienes o una simple modificación para su mejora (84).

Las contratas de servicios tienen una nota caracterizadora más bien negativa: cual sea utilidad valorable económicamente que pueda suministrarse como resultado de un trabajo humano organizado, siempre que no sea una modificación del estado sustancial de cosas preexistentes constituirá una contrata de servicio (85). Aunque la variedad es grande, y puede tratarse tanto del resultado de actividades de carácter material (por ejemplo: servicio de grúas, carga o descarga de mercancía), servicio de distribución (más allá del mero transporte, limpieza), como intelectuales (servicio de gestión de personal, estudios técnicos, etc.). Tanto las contratas de obras como estas contratas de trabajos o servicios pueden incluirse, pues, dentro del supuesto definido en el artículo 4.º

(82) Cfr. MARTÍN VALVERDE, Loc. cit., pág. 54; LÓRIGA: *La disciplina giuridica*, cit., página 102; CESSARI: *L'interposizione fraudulenta*, cit., pág. 117. Sobre la diferencia entre la contrata y el destajo, vid. CESARANI: *La disciplina giuridica del cottimo*, Milán, 1952.

(83) Cfr. RUBINO: *Appalto*, cit., pág. 691.

(84) Cfr. STOLFI, voz *Appalto*, pág. 647, y *Appalto-Transporto*, cit., pág. 24.

(85) Cfr. RUBINO, Loc. últ. cit., pág. 691.

3.5. *La subcontrata*

El artículo 4.º menciona expresamente la «subcontrata» al lado de la contrata, y además se refiere en concreto a la Empresa «subcontratista».

La problemática de la *subcontrata* es especialmente delicada, puesto que en lo laboral los abusos que se han dado en la materia de la utilización de personal ajeno, con mucha frecuencia lo han sido a través del sistema de aparentes subcontratas; aún más en nuestra praxis, la mayor parte de las interposiciones se han utilizado formalmente bajo el nombre de subcontrata, y el intermediario adquiere externamente con frecuencia la vestidura de subcontratista. A partir de ahora, dicho riesgo va a ser grandemente eliminado por la descripción objetiva de la figura de la interposición, lo que hace incluir la mayor parte de dichos supuestos en las prescripciones prohibitivas de los tres primeros artículos del Decreto. Sólo existirá propiamente subcontrata cuando precisamente se den en el supuesto concreto las características antes expresadas de la contrata, de la que la subcontrata no es sino una forma especial por la que el contratista consigue el resultado a que se ha comprometido. La subcontrata es una consecuencia directa de la no consideración del *intuitu personae* en la contrata, lo que permite al contratista hacer ejecutar toda o parte de la obra o trabajo a través de contratas en las que él asume ahora el carácter de comitente, pactando con otros contratistas (subcontratistas) la realización de determinadas partes e incluso todo el resultado por él propiamente comprometido (86). La subcontrata es, pues, una contrata por la que un contratista de una contrata con el comitente principal confía a un contratista (subcontratista) la ejecución de trabajos u obras asumidas por aquél en el originario contrato, es, por decirlo con Rubino, un contrato de segunda mano (87), en el que el originario contratista asume el carácter de comitente. En principio, el comitente originario permanece ajeno a ese negocio, pues es el comitente originario el que responde, en todo caso, frente a él, directa y exclusivamente de las obligaciones contractuales (art. 1.596 del Código civil).

De igual modo que se tolera la contrata se tolera la subcontrata como modalidad de la ejecución de la propia contrata. Para ello se toma en cuenta además la progresiva especialización de los trabajos que hace necesaria con frecuencia la parcelación de la actividad productiva, a la vez que su unifica-

(86) Así, expresamente, FLAMME y LEPAFFE, Op. cit., pág. 148 y sigs. Cfr. GULLÓN: *Curso*, cit., pág. 277. En el Derecho italiano se requiere, sin embargo, la autorización expresa, vid. artículo 1.686 del Código civil italiano, y STOLFI: *Appalto-Transporto*, cit., página 20.

(87) *Appalto*, cit., pág. 682.

ción; es más conveniente para el comitente contratar con un único contratista que se encargue a su vez de la búsqueda y contratación de contratistas especializados en los diversos sectores en que tengan que diversificarse las actividades necesarias para la producción de resultados. La subcontrata no persigue otra cosa, pues, sino facilitar al contratista la ejecución de la contrata dividiendo el propio proceso productivo, y la subcontrata no es sino una contrata; su carácter *derivado* o *accesorio* es, en cierto sentido, externo al propio contrato (para que pueda hablarse de subcontrata debe, pues, ponerse todas las notas propias de la contrata, y en especial la existencia de una organización productiva propia), el subcontratista, además, se compromete a un resultado producto de la organización que él dirige con un riesgo que él propio asume, es decir, el subcontratista tiene una actividad laboral propia, aunque se desarrolla a través de subcontrata, y en este sentido son acogibles las razones de Alonso García en favor de la licitud de la actividad del subcontratista. Según él, «el subcontratista de obra, en cuanto titular de una actividad organizada y sistemática, o sea, en cuanto auténtico empresario cuya condición ostenta, lo es de unas personas determinadas, de unos trabajadores que, como *personal fijo* al servicio del subcontratista, forman parte de la Empresa que el subcontratista es, constituyen una plantilla dentro de la misma y ofrecen múltiples formas o posibilidades de control por parte de la Administración para probar la licitud de actuaciones del primero». En suma, «la subcontrata de obras constituye una figura jurídica perfectamente admisible, y que responde, desde el prisma de la persona titular —el subcontratista— a una actividad lícita y ajustada en derecho, por entero diferente de la mera cesión de personal, ilícita y prohibida como actividad permanente» (88).

Para que haya subcontrata debe, pues, existir una actividad organizada propia con personal propio regido autónomamente por el subcontratista bajo su control y órdenes, de modo que suministre no personal, sino un resultado laboral autónomo (89).

3.6. *Contratas privadas y contrataciones públicas*

Nada dice en forma expresa el Decreto del carácter privado o público de la contrata, pudiéndose plantear por ello si también las contrataciones públicas entran en el ámbito del mismo, de forma que el Estado respondiera solidariamente de todas las deudas laborales de los que con él celebraran contratos de

(88) Op. cit., págs. 42-43.

(89) FLAMME y LEPAFFE, Op. cit., pág. 149.

obras de los regulados en la ley de Contratos del Estado. El problema es delicado, y a falta de normas especificadoras, por lo genérico del texto del Decreto, cabría tanto una solución positiva como negativa.

El contrato de obra pública es, desde luego, un contrato; en su estructura y contenido se conservan en sustancia los caracteres y la estructura fundamental de la contrata; aún más, ha sido ese contrato el modelo de ésta. La posición del contratista que se obliga a ejecutar una obra pública no es diversa a la del contratista privado, pues su compromiso contractual es similar. Las particularidades de la disciplina de la contrata de obra pública con frecuencia son garantías frente a la propia Administración, a su independencia e integridad por un lado, o la perfección de la ejecución de la obra con una intervención en su realización de funcionarios públicos, sin que modifique ello, de modo alguno, la sustancia propia de la contrata. Difícil, incluso, es el tema de la naturaleza pública o privada del contrato de obra pública. En la doctrina comparada, en especial la italiana, cada vez se está más de acuerdo en sostener que la figura de la contrata es idéntica para el Derecho privado y para el Derecho público, sirviendo, por ello, como subsidiarias las normas del Código civil, pues se piensa que se trata de una actividad de carácter instrumental de la Administración pública no dirigida al interés público, sino con una causa idéntica a la que mueve al comitente privado a conseguir un *opus* a través de este contrato (90). Esa identidad de la causa hace afirmar tanto que la Administración no asume en el contrato el carácter de autoridad, sino la del contratante como el carácter de negocio privado de la contrata de obras (91).

Sin embargo, la doctrina española, influida muy de cerca por la noción francesa del *contrat administratif*, afirma sin excepciones la *naturaleza pública* y el carácter administrativo del contrato de obras en cuanto afecte a un interés público. Más que razones sustanciales o dogmáticas, en el fondo son, por un lado, razones formales en cuanto a los procedimientos de constitución del contrato, y por otro, y sobre todo, la vía jurisdiccional competente para el conocimiento de estas contratas, los fundamentos de esta unánime tesis, que encuentran además un expreso reflejo en la exposición de motivos de la ley de Bases de Contrato del Estado de 28 de diciembre de 1963. Por eso puede afirmar Garrido Falla que en el Derecho español el contrato de obras públicas no es sólo un contrato claramente administrativo, sino que incluso puede decirse que es el contrato administrativo por excelencia (92). Este

(90) Cfr. MICCOLI: *Appalto pubblico*, «Nov. Dig. It.», I, pág. 703.

(91) STOLFI: *Appalto*, E. de dir. cit., pág. 665.

(92) *La figura del contrato administrativo*, «Studi in memoria di Zanobini», II, Mi-

carácter administrativo del contrato de obras públicas en nuestro ordenamiento, unido a la utilización por el Decreto del término «Empresa», hacen más previsibles entre nosotros la solución negativa, en el sentido de que la garantía que establece el artículo 4.º no lleva a imputar al Estado o ente público una responsabilidad solidaria por los créditos laborales. Por ello, siempre que la entidad comitente sea de naturaleza pública y actúe investida de este carácter, persiguiendo una finalidad e interés público, las contrata que realicen quedan excluidas de la protección del artículo 4.º en cuanto al establecimiento de la responsabilidad solidaria que en el mismo se establecen. La afirmación antedicha significa a *contrario sensu*: que si se aplica el Decreto a las entidades públicas cuando éstas actúen *iure privato*; y además que sólo se extienda a las entidades públicas la inaplicación del Decreto, una Empresa nacional, por ejemplo, o un concesionario de servicio público si respondieran en las contrata que realicen en los términos expresados en el Decreto (93).

En los contratos de obras públicas se permiten expresamente y dentro de ciertos límites la subcontratación como fórmula de ejecución indirecta de la contrata, aunque no falten opiniones para afirmar la naturaleza administrativa de las relaciones entre contratistas y subcontratistas cuanto menos a efectos laborales y frente a los trabajadores el carácter privado es claro, lo que permite afirmar como más probable la aplicación del artículo 4.º a la cadena de subcontrata con todos sus efectos (94).

3.7. Obras o trabajos correspondientes a la propia actividad

Según se ha dicho para la aplicación del artículo 4.º del Decreto no basta la existencia de una contrata, sino que es, además, requisito sustancial el que el objeto de dicha contrata sea precisamente la realización de obras o trabajos correspondientes a la propia actividad de la Empresa comitente. El criterio es equitativo, pero no dejará de plantear delicados problemas de interpretación, dado lo genérico de su descripción.

lán, 1965, págs. 637 y sigs. Cfr. BOQUERA: *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española*, «R. A. P.», núm. 23, y *Poder administrativo y contrato*, Madrid, 1970, págs. 45 y sigs.

(93) Ello resulta, además de la cláusula 11 del pliego de condiciones de contratos de obras del Estado aprobado por Decreto 3.854/70, de 31 de diciembre. Sin embargo, como comenta ALONSO OLEA, esta «autoexención» es «de legalidad y validez dudosa», al menos frente a la L. S. S., *Instituciones*, cit., pág. 135.

(94) Cfr. LÓRIGA: *La disciplina jurídica*, cit., págs. 223 y sigs.

El interés del empleador a hacer funcionar una organización técnico-productiva laboral normalmente satisfecho a través de contratos de trabajo cuando se hace sustitutivamente por medio de contrata o subcontratas permitirá la aplicación de las especiales garantías contenidas en la nueva regulación. Este carácter sustitutivo de una serie de contrata directas de trabajo, consecuencia de una descentralización organizativa de la Empresa, es posiblemente el fundamento del especial trato, pues uno de los fines del Decreto es, precisamente, impedir fáciles economías a las Empresas en daño o perjuicio de los trabajadores (95). A la vez que se estima que con tal contrata no se persigue un intento ilícito ni la creación de un diafragma entre el trabajador y el que lo emplea, ya que jurídicamente la satisfacción del interés del comitente no se obtiene sino hasta la realización y perfección del *opus* comprometido, no se quiere, sin embargo, que la conveniencia de la Empresa a servirse de la organización productiva de otras y no utilizar directamente su organización propia se realice precisamente a costa o en perjuicio de los trabajadores, de forma que se excluyera aquí, por completo, el riesgo del empresario comitente, que incluso en el plano de la responsabilidad extracontractual se intenta hoy imputar en base a una interpretación elástica de la relación de preposición (96). En efecto, en última instancia las prestaciones laborales, aunque sean mediatamente, se insertan en la Empresa y benefician al menos materialmente al titular de la Empresa (97). La agravación de responsabilidad que contiene el artículo 4.º se justifica así especialmente cuando se acude a la contrata para obras o trabajos no ocasionales y extraños, sino que por su propia naturaleza podría dar lugar a la existencia de medios propios de la Empresa. En este sentido conviene recordar la opinión un tanto extremada de Epano, que afirma que tanto la regulación de la interposición como la de la contrata, están informadas en una regla general única de prohibición de toda intervención de terceros entre aquellos que obtienen de la relación laboral la inmediata satisfacción de los propios intereses (98).

El Decreto pone el acento en la naturaleza de las obras o trabajos que deben ser correspondientes a los fines de producción o de intercambio de bienes o servicios que constituya el fin de la Empresa. Se trata, en principio, de un problema eminentemente fáctico el de configurar y determinar cuáles sean las actividades propias de la Empresa principal; en unos casos, cuando se dé una unidad y seguridad de la actividad será fácil esa delimitación; en otros

(95) Cfr. G. BRANCA: *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milán, 1965, página 62.

(96) TRIMARCHI: *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., págs. 139 y sigs.

(97) Cfr. sentencia de 12 de febrero de 1961.

(98) *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., págs. 118 y 139.

casos, al contrario, cuando el ciclo productivo o de actividad de la Empresa comitente sea complejo y variado los problemas de tal fijación serán mucho más delicados.

En efecto, podría distinguirse actividades principales (por ejemplo, productivas) y accesorias (por ejemplo, reparaciones, distribución, etc.). Esta posible flexibilidad de la actividad principal de la Empresa podría, incluso, hacer estimar sólo como propio la que se realiza directamente, y como no propia, la que se ceda o contrate con contratistas. Sin embargo, la referencia del Decreto parece impedir dicha interposición poniendo el acento en la naturaleza de la actividad misma, diríamos en un criterio merceológico o de rama de actividad. Desde el punto de vista técnico tendría, pues, que distinguirse entre la Empresa económica y las unidades productivas, haciendo corresponder el criterio de la actividad más a la primera que a la segunda. En este sentido cabría afirmar, con Lóriga, que no se puede negar al empresario la libertad de dimensionar y estructurar la organización productiva de la que se sirve, para desarrollar la actividad económica empresarial y no se le puede imponer el deber de organizar la propia organización productiva de forma autosuficiente, de modo que provea toda la fase que constituya normal y contenidamente el ciclo productivo, ni mucho menos las exigencias ocasionales que se puedan presentar, pero que todo ello sin que ocasione perjuicio al trabajador (99).

El carácter fáctico de la actividad empresarial hace difícil cualquier intento de una indagación sistemática de qué puede entenderse por actividad propia, siendo una delicada labor del intérprete y del juzgador la decisión en cada caso de cuando se está dentro o fuera de la propia actividad. Quizá el resultado final para el que la organización empresarial se establece y esta *idea sustitutiva de contratos de trabajo y de organización propia* aludida anteriormente pueden ser criterios básicos a tener en cuenta en esta delimitación. Siempre que el empresario pudiera conseguir el mismo resultado sin recurrir a los terceros contratistas, existe una participación en el ciclo productivo de la Empresa, una estrecha conexión funcional con la misma (100). Así, la participación de los trabajadores en el ciclo productivo de una determinada Empresa y su colaboración con la misma o en el ámbito de la misma es un punto de referencia necesario para describir el criterio que examinamos. Esta descomposición del ciclo productivo de la Empresa y la identificación de sus diversas fases por medio de las que se consigue el resultado final perseguido por el

(99) *La disciplina giuridica*, cit., pág. 151.

(100) Cfr. SPANO, Op. cit., pág. 76; FORNARI, en *Problemi di interpretazione*, cit., página 97; CORRADO: *Trattato*, cit., II, pág. 45.

empresario, a nuestro juicio puede ser intentar delimitar de acuerdo a tres criterios interpretativos sintomáticos de especial relieve: uno locativo, otro temporal y otro material.

3.7.1. *El lugar de la prestación de trabajo.*—Desde el punto de vista locativo el lugar donde los trabajadores presten efectivamente su trabajo puede tener una especial importancia. Si se trabaja en la factoría del comitente, supuesto que no haya una interposición porque exista una contrata en sentido propio, es presumible que se trata de una actividad propia de la Empresa en cuyos locales se trabaje, de modo que las prestaciones de los trabajadores del contratista que integran la ejecución de la obligación de resultado asumida por éste se insertan directamente en el ciclo productivo y organizativo de la Empresa misma. Precisamente el que los trabajadores del contratista trabajaran locativamente «hombro con hombro» con los del empresario comitente ha sido una de las razones que ha dado lugar a una disciplina del trabajo de las contratas del tipo de las que el Decreto contiene (101). La idea de comunidad de vida del trabajo por trabajarse dentro de un mismo perímetro territorial (102), que hace sentirse a unos y a otros en una situación idéntica, aunque formalmente sus vinculaciones sean distintas, ha sido, pues, un factor muy tenido en cuenta. Sin embargo, el Decreto se ha cuidado bien de poner el acento en el dato locativo, posiblemente teniendo ya en cuenta la propia experiencia italiana en la que la expresión *interno dell'azienda* por lo equívoca ha tenido en última instancia que interpretarse como en actividades propias de la Empresa.

Por ello *ni es necesario ni suficiente el aspecto locativo* para decidir la aplicación del artículo 4.º del Decreto. Pueden existir contratas que por su propia naturaleza, y pese a corresponder, sin duda alguna, al ciclo productivo propio de la Empresa comitente, se desarrollen, sin embargo, fuera de los locales propios y de las instalaciones de la Empresa comitente; así, por ejemplo, si en un determinado proceso productivo una fase completa del mismo se ha contratado con un contratista y éste lo realiza en sus propias instalaciones. A su vez, muchos trabajos dentro de los locales pueden ser, sin embargo, ajenos a la actividad propia de la Empresa, no integrándose, por ello, la labor del contratista dentro del ciclo productivo de la Empresa; así, por ejemplo, una reparación de albañinería en los locales de una Empresa de industrias químicas.

(101) Cfr. *Relazione al Senato*, de DE BOSIO, en «Problemi di interpretazione», cit., página 140; NAPOLETANO: *Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., pág. 23.

(102) Cfr. RUDÁN: *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., pág. 870; CATALANO: *Divieto di intermediazione ed interposizione*, cit., pág. 413.

Sin embargo, pese a no ser un criterio calificador firme debe ser, sin embargo, *un elemento importante a tener en cuenta* en la fijación que en cada caso de si se está o no ante la actividad propia exigida por el artículo 4.º, siendo más bien positiva la circunstancia de la coincidencia de lugar y, al contrario, índice negativo, pero repetimos no decisivo, la externidad a los locales de la Empresa comitente de la actividad desarrollada por los trabajadores del contratista.

3.8. *Ocasionalidad y permanencia*

El segundo factor al que hay que hacer referencia es el *temporal*, o más exactamente el *frecuencial*, en este punto podrían contraerse actividades episódicas y ocasionales de actividades normales y perdurables. Estas últimas por su naturaleza lo más posible es que vengan a incluirse en el ciclo productivo de la Empresa, al ser indispensables para que ésta funcione íntegramente, de manera que diríamos, con Lóriga, que aún constituyendo la ejecución de la contrata el cumplimiento de la obra o servicio que es el objeto de la Empresa del contratista, ello viene a insertarse en la del comitente para devenir un elemento de ella (103).

Es decir, el recurso habitual o permanente a ciertas contratas permite intuir que éstas son por su naturaleza necesarias incluso condicionalmente para el ejercicio de la Empresa del comitente, de ahí que pueda afirmarse que forma parte incluso del complejo de bienes organizados para el ejercicio de la Empresa, es decir, que forma parte, sea cual sea su naturaleza, del ámbito del normal ciclo productivo de la Empresa, por decirlo con Fornari, no es una actividad accidental o vinculada a la actividad productiva por una relación de causalidad externa sino influye sobre ella directa e inmediatamente (104). Es evidente que el significado sustitutivo que la contrata del artículo 4.º tiene, trae consigo, junto a su formal licitud, la cautela que la propia regulación del artículo contiene, y que dicha cautela adquiere ese significado para todos aquellos trabajos sin los cuales el normal ciclo productivo de la Empresa no podría conseguirse, incluso aun cuando materialmente sea una labor complementaria, especializada, de naturaleza diversa a la finalidad principal perseguida por la Empresa. Piénsese, por ejemplo, como supuesto típico, el de la limpieza.

Cuando no se trata, como ocurre con demasiada frecuencia, de una pura

(103) *La disciplina giuridica*, cit., págs. 153 y 154.

(104) En *Problemi di interpretazione*, cit., pág. 99. Cfr. NICOLINI: *Il divieto*, cit., página 178; CORRADO: *Trattato*, cit., II, pág. 45; PRETE: *Il divieto di appalto di mano d'opera*, cit., pág. 79.

interposición en una seudocontrata de limpieza, y se contraten, efectivamente, servicios de limpieza a una Empresa dedicada a estas labores como organización, gestión y medios propios, no cabe duda que cuando tal limpieza sea la ordinaria, la diaria precisa para mantener los locales en condiciones higiénicas adecuadas, tales trabajos forman parte del ciclo productivo de la Empresa comitente, puesto que de no realizar las contrata tendrían que tener trabajadores especializados en la materia, es decir, la contrata viene a sustituir un haz o conjunto de relaciones de trabajo (105). Lo mismo cabe decir de otras actividades de mantenimiento ordinario de la Empresa. Por tanto, aun cuando los trabajadores del contratista desarrollan una actividad material distinta de la desarrollada por los trabajadores del comitente, si se trata de una actividad accesoria respecto a la principal desarrollada por la Empresa, pero imprescindible y necesaria para la consecución de ésta se habrá de entender que se trata de obras y trabajos correspondientes a la propia actividad de la Empresa. Esta afirmación no puede ser interpretada a *contrario sensu* como excluyendo de las actividades propias de la Empresa a todas las excepcionales y ocasionales, pues algunas de ellas, como se verá seguidamente, por su propia naturaleza habrán de estimarse incluídas en el ciclo productivo de la propia Empresa, pero, desde luego, ya la ocasionalidad puede ser un factor interpretativo negativo en la aplicación al caso concreto de la norma.

3.9. La naturaleza del trabajo

El tercer factor o criterio al que aludíamos era el *material*, es decir, la naturaleza misma de la obra o trabajo prestado por el comitente, y traslativamente la de las prestaciones laborales desarrolladas por los trabajadores. Se ha dicho ya que tampoco este criterio pueda ser del todo decisivo, en la medida en que ciertas labores accesorias, como son la del normal mantenimiento, pese a su distinta naturaleza, deben entenderse forman parte de la actividad propia de la Empresa. Sin embargo, ello no obsta para admitir la importancia y lo decisivo de este criterio material, que parte del objeto de la actividad misma de la Empresa, es decir, de la finalidad productiva directa de la Empresa principal. Pongamos un ejemplo: una Empresa de industria química necesita la construcción de una nave para ampliar la fábrica; ha adquirido una nueva maquinaria que necesita ser instalada por técnicos adecuados;

(105) Cfr. PALERMO: *In materia di appalto di prestazioni di lavoro subordinato*, cit., página 264; LÓRIGA: *La disciplina giuridica*, cit., pág. 241; CORRADO: *Trattato*, cit., página 448.

decide instalar aire acondicionado en las oficinas, etc.; en todos estos casos estamos, en principio, ante trabajos que no tienen carácter continuado, que son, por ello mismo, extraordinarios, y que en ningún caso justificaría la existencia de una organización laboral propia para la realización de dichos trabajos, no forman así una actividad propia en el ámbito del normal ciclo productivo, sino que se trata de actividades ocasionales, accidentales o vinculadas a la actividad productiva, una mera relación de causalidad externa (106). Cabe afirmar, con Lóriga, que la excepcionalidad del mantenimiento extraordinario no justificaría ni sobre el plano económico ni sobre el plano organizativo la existencia de personal especializado y de los medios de obra necesarios que encontrarían empleos no continuados, sino simplemente ocasionales o periódicos (107). Por tanto, las contratas para dichos trabajos quedarán claramente fuera del ámbito del artículo 4.º

Sin embargo, la anormalidad y la discontinuidad no serviría para excluir particulares actividades productivas cuando las mismas, pese a su ocasionalidad, se insertan por su naturaleza material en los trabajos propios de la Empresa principal. En tales casos, en efecto la vía natural más propia sería la utilización ante un exceso de trabajo o de trabajadores eventuales, y la contrata temporal por ocasional que sea viene a sustituir a dichos contratos. Por ello, cuando existan trabajos que no tengan una continuidad de ocupación pero que sean atinentes al típico ciclo productivo de la Empresa, las contratas respectivas entran, a nuestro juicio, dentro del ámbito del artículo 4.º Aún más implícitamente, en el propio texto se intuye la temporalidad, al aludirse al «período de vigencia de la subcontrata». Además, el antecedente de la norma, precisamente la Ordenanza de la Construcción se dirigía a un sector productivo en que lo normal, o al menos lo muy frecuente, sean las contratas de breve duración encomendadas en la parcelación de fases de la construcción a Empresas especializadas, las cuales desarrollan una actividad continua, pero precisamente con diversas Empresas a las que prestan esa labor especializada, muchas veces de muy breve duración. Pero mientras que en la construcción por su propia característica, cabría entender que pese a su breve duración esas actividades pertenecen al normal ciclo productivo de la Empresa, en que lo normal es precisamente la sucesión de fases, y lo mismo podría decirse

(106) Cfr. FORNARI, *Loc. cit.*, pág. 99; FRANCO SCACCIA: *La fornitura di mano d'opera*, cit., pág. 118; FOGLIA: *L'Appalto di opere e di servizi*, cit., pág. 196; PUCCI: *Pretesa intermediazione*, cit., pág. 269.

(107) *La disciplina giuridica*, cit., pág. 240. Cfr. CORRADO: *Trattato*, cit., página 448; VENTURA: *Oscurità delle legge*, cit., pág. 112.

en la construcción naval (108), también habría de llegarse a la misma conclusión en otras actividades donde pudiera distinguirse un ciclo productivo completo normal y una ampliación del ciclo productivo propio, que se lleva a cabo precisamente a través de contrataciones ocasionales.

El juego delicado de estos tres criterios servirá para la aplicación en cada caso de la existencia o no de una actividad propia, labor interpretativa que será, a veces, extraordinariamente fácil, por ejemplo, cuando se den conjuntamente las tres notas, pero otras no será tan fácil, sobre todo cuando exista cierta complejidad de actividad en la Empresa principal que no lleve a cabo unívocamente un concreto y único proceso productivo. Ello por la importancia y trascendencia de la aplicación del precepto, no dejará de plantear conflictos en la práctica, pero corresponde a la jurisprudencia el ir sentando criterios más firmes y concretos del quizá necesariamente genérico del Decreto.

3.10. *El carácter de empresario del comitente*

Una última nota adicional para completar la delimitación del supuesto consiste en el carácter de empresario del comitente. Ello parece deducirse del texto reglamentario que para aludir a aquél habla de «Empresas». Lo impreciso, aunque frecuente, utilización del término empresa para aludir al empresario (109) se repite una vez más aquí, pero esa imprecisión terminológica no impide reconocer un especial significado de esa mención en el contexto de una disposición que cuida de tener distinguidas Empresas y empresarios de otras «personas naturales o jurídicas» a los que no concede tal apelación.

El Decreto no está pensando en cuál sea comitente, sino en un comitente cualificado por su carácter de empresario, dedicado profesional y lucrativamente a la actividad que precisamente para su realización pacta la contrata. Cuando el «dueño de la obra» no es un empresario, y por ello no tiene una actividad empresarial propia, aunque estemos ante una contrata, estimamos no entraría en juego el artículo 4.º Ello resultaba ya de su antecedente, pues la Ordenanza de la Construcción claramente estaba imputando responsabilidades sólo a Empresas de Construcción. Y está claro en el propio texto de aquel artículo, que va más allá en la exclusión del ámbito que el artículo 97 de la ley de Seguridad Social: no sólo excluye como expresamente ésta hace

(108) En el Derecho italiano la conclusión habría de ser diversa, por haberse así expresamente regulado. Cfr., por todos, LÓRIGA, Op. cit., pág. 248.

(109) Cfr. por todos, BAYÓN CHACÓN, PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del trabajo*, 8.ª edición, Madrid, 1969, págs. 294 y sigs.

a los amos de casa para las reparaciones en el hogar, sino, a nuestro juicio, a todo comitente que no sea empresario. Así, por ejemplo, si el dueño de un terreno contrata con una constructora la edificación de una casa para su uso, es claro que el «dueño de la obra» en este caso no se encontraría incluido en la regulación protectora contenida en el artículo 4.º, pues ni es empresario ni es actividad propia la de construcción de vivienda.

4. EL CONTENIDO DE LA REGULACIÓN

4.1. La diligencia "in contrahendo"

El Decreto, en su artículo 4.º, contiene una primera regulación que impone a las Empresas que contraten o subcontraten (no es por ello necesario se trate de subcontratas) el deber de exigir de las Empresas contratistas o subcontratistas la posesión del carnet de Empresa con responsabilidad, cuando así esté previsto —remitiéndose así a una normativa que no innova—, así como que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Al igual que hemos dicho comentando el artículo 59 de la Ordenanza de la Construcción, parece imponerse aquí una especial diligencia en el empresario principal en la elección de los contratistas, de manera que cuide y vigile porque se posea el requisito formal documental del llamado carnet de Empresa con responsabilidad; con ello se refuerzan indirectamente las disposiciones reglamentarias que lo han establecido.

Pero no sólo eso sino que, además, en los momentos anteriores a la contratación ha de comprobar el empresario, mediante los oportunos justificantes, que se está al corriente del abono de las cotizaciones de Seguridad Social. La finalidad evidente es conseguir que cumplan los contratistas sus deberes laborales, y que quienes no lo hacen no accedan al mercado y entren en competencia con los contratistas cumplidores. Se evitan así «fáciles economías por parte de la Empresa a costa de los trabajadores» (110).

Lo que no está claro es el alcance y sentido de este deber, y consiguientemente de su incumplimiento, pues nada de ello se dice en el precepto. Desde un plano jurídico privado lo más probable es que haya que hablar aquí de una auténtica carga «forzando al dueño de la obra de que se cerciore en su propio interés» (111) de que el contratista cumple los requisitos establecidos,

(110) SPANO: *Il divieto d'interposizione*, cit., pág. 139.

(111) ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, cit., 3.ª edición, pág. 93.

ya que, de otro modo, resultarán para él mismo las consecuencias perjudiciales del párrafo segundo del mismo artículo. Desde el punto de vista de la creación de específicos deberes, posiblemente el artículo 4.1, presupone más bien deberes del contratista y del subcontratista, al que la buena fe le obliga en las negociaciones previas al contrato el informar verazmente al dueño de la obra o contratista del estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales, con los consiguientes deberes de información por un lado, y deber de secreto por parte del receptor. Y, muy probablemente, dado el grave alcance del artículo 4.2, los deberes de corrección y la buena fe contractual influyan hoy en materia de contrata y subcontratas un específico deber contractual frente a la otra parte del exacto cumplimiento de la legislación laboral para evitarle los perjuicios que su inobservancia puede traer consigo (112). En qué medida el incumplimiento de sus deberes laborales frente a los trabajadores por el contratista puede repercutir en la relación principal con el dueño de la obra, e incluso suponer un específico incumplimiento que permita la resolución o denuncia de la propia contrata, es una materia sobre la que posiblemente pronto hayan de pronunciarse nuestros Tribunales civiles.

Frente al empresario principal el contenido del párrafo primero del artículo 4.º tiene un significado preferentemente jurídico-administrativo, en la medida que el incumplimiento del deber de exigencia y comprobación puede ser específicamente sancionado por los órganos competentes de la Administración laboral, como incumplimiento que es de las disposiciones laborales (aparte de que la falta de estos datos puede llevar, incluso, a esos órganos a presumir la existencia de interposición). Se trata de un caso peculiar en que la responsabilidad administrativa va más allá de la persona del titular directo de las relaciones laborales.

4.2. *La responsabilidad solidaria: alcance y objeto*

De mucha mayor importancia es lo dispuesto en el artículo 4.º según el cual «en todo caso» la Empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y de Seguridad Social contraídas por la subcontratista durante el período de vigencia de la subcontrata.

(112) Cfr. M. GRECO: *La tutela dei lavoratori contro le interposizioni nel lavoro*, «Quaderno Rass. lav.», pág. 48, que sostiene que la nueva normativa impone al empresario principal un verdadero y propio *obbligo* de garantizar la observación de las disposiciones laborales, atribuyéndole a la vez un poder deber de vigilancia del cumplimiento por el contratista de sus obligaciones como empleador.

Antes de estudiar tan fundamental regulación es necesario hacer una aclaración previa sobre su alcance, ya que literalmente se habla de «subcontrata» y «subcontratista», por lo que a primera vista pudiera parecer se aplica la regla sólo a los casos de subcontrata, y la responsabilidad se limitaría a la Empresa contratista dejando fuera siempre al dueño de la obra. Sin embargo, esta interpretación no puede, a nuestro juicio, acogerse, pues sería dar demasiada trascendencia a una imprecisión terminológica, producida por la inercia de seguirse el texto del antecedente normativo, la Ordenanza de la Construcción. El primer párrafo del artículo 4.º del Decreto establece, en abierto contraste con la citada Ordenanza, un alcance notablemente más amplio al aludir expresamente a Empresa (principal), contratista y subcontratista, lo que evidencia que cuando el párrafo segundo alude a Empresa principal, lo está haciendo refiriéndose a la que como tal figura en el párrafo primero del mismo artículo, con lo que se evidencia que la regulación se aplica no sólo a las subcontratas sino también a las contratas, o diciéndolo con una terminología más tradicional, el dueño de la obra o industria responde frente a los trabajadores del contratista, así como, y a la vez que este último, frente a los trabajadores de su subcontratista. Aunque no se diga expresamente cabe sostener, aplicando analógicamente los criterios jurisprudenciales sobre la responsabilidad subsidiaria en accidentes de trabajo, que en los casos de subcontrata existe una cadena de responsabilidades, ahora solidarias, en la medida que responderá el contratista con el subcontratista de las obligaciones laborales de éste, e igual responsabilidad alcanzará al dueño de la obra, siempre que sea empresario en la misma actividad.

La responsabilidad solidaria alcanza bastante más allá de lo previsto en el artículo 59 de la Ordenanza de la Construcción, es decir, no sólo las obligaciones laborales frente a los trabajadores, sino también las «obligaciones contraídas con la Seguridad Social». Evidentemente, el Decreto lo que ha intentado es reforzar y garantizar el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones laborales, de ahí la muy genérica descripción que de las mismas se hace en el precepto. En materia contractual y frente a los trabajadores bastante claro es que tales obligaciones son las derivadas de la relación de trabajo y que tienen por titular pasivo al contratista y por titular activo al propio trabajador. Precisamente por ello se puede plantear la duda de si se incluye aquí la materia de seguridad e higiene, cuyas obligaciones son fundamentalmente de naturaleza pública, y la responsabilidad no es en este punto sino frente a los trabajadores (113). Debe tenerse en cuenta, además, que se habla

(113) La doctrina italiana, apoyándose además en los antecedentes de su ley, suele

no tanto de la constitución de específicos deberes sino de la imputación de responsabilidad de, según veremos, deberes ajenos, por lo que la situación pasiva del empresario principal tiene un significado directa y específicamente patrimonial, de ahí que propiamente no habrá de correr a su cargo la garantía de inobservancia de las disposiciones de seguridad e higiene o como no corren las sindicales relativas a Jurados de Empresa, etc., ya que ninguna responsabilidad administrativa puede serle exigida en esta materia. Sin embargo, el artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene del Trabajo amplía expresamente el ámbito originario del Decreto al establecer una responsabilidad solidaria de la «Empresa principal», con los contratistas y con los subcontratistas, del cumplimiento de las obligaciones que dicha disposición establece en materia de seguridad y limitada sólo «respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los Centros de trabajo de la Empresa principal». La disposición muestra claramente, sirviendo de contraste al propio texto del Decreto, la relevancia del lugar de la prestación; se toma en cuenta la disponibilidad, y los poderes organizativos del titular del Centro de trabajo, y por ello se le impone el velar dentro del mismo no sólo a los propios trabajadores sino a cual sea persona, más allá incluso, en el marco del artículo 12 de la Ordenanza, de los propios trabajadores del contratista. Muy probablemente estemos aquí ante obligaciones *iure proprio*, y por ello ante un supuesto de auténtica solidaridad (114).

En materia de Seguridad Social el texto del Decreto parece ser muy genérico y extenso, por un lado, a la vez que muy restringido por otro. Habla de responsabilidad «de las obligaciones contraídas... con la Seguridad Social». En la referencia genérica podrían considerarse amparadas todas las responsabilidades derivadas por la falta de cumplimiento de las obligaciones que al empleador competen ante la Seguridad Social, incluyendo las sanciones que se imponen por esos incumplimientos, por ejemplo, por la falta de afiliación y alta. Sin embargo, al no mencionarse a la Administración y hablarse sólo de «responsabilidad», debería estimarse, a nuestro juicio, el significado exclusivamente pecuniario y económico de esa responsabilidad, limitada por ello sólo al pago de las correspondientes cotizaciones, no respondiendo el empresario principal de las multas o sanciones que se impongan al contratista, por sus defectos de cumplimiento. Al contrario, la sola referencia de la Seguridad So-

mantener una postura positiva, afirmando que se incluyen también las normas de seguridad e higiene. No faltan, sin embargo, opiniones contrarias, así CATALANO: *Diritto*, cit., pág. 426.

(114) Vid. CIPRESSI: *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Milán, 1967, páginas 106 y sigs.

cial parece limitar, en principio, la responsabilidad solidaria a las deudas contraídas frente a las entidades gestoras, y que no alcanzan a los débitos y responsabilidades frente a los beneficiarios, especialmente la responsabilidad por el pago directo de las prestaciones que, con carácter subsidiario, establece la propia ley de Seguridad Social. Sin embargo, esta conclusión no resulta en modo alguno admisible, primero porque la referencia a obligaciones con la Seguridad Social tiene un sentido no tanto de imputación subjetiva como material, es decir, obligaciones contraídas en el régimen de Seguridad Social, tanto frente a las Entidades gestoras como, en su caso, frente a los beneficiarios. Pero es que, además, en la genérica referencia a las obligaciones contraídas por los trabajadores habríamos de estimar también incluidas las obligaciones derivadas frente a ellos por el no cumplimiento puntual de las obligaciones de cotización y alta, y que genera la responsabilidad empresarial de pago directo de las prestaciones (115).

El párrafo final del artículo 4.º limita temporalmente la responsabilidad al «período de vigencia de la subcontrata». La regla, en principio, es clara y equitativa y sólo responderá, lógicamente, el empleador de las deudas laborales o de Seguridad Social contraídas durante el período de vigencia de la contrata y no las deudas anteriores o posteriores, a ese período. Puede, ocurrir, sin embargo, que en el período de duración de la contrata el contratista asuma deudas laborales pero en trabajos diversos con trabajadores ocupados también en la misma contrata. Lógicamente, la responsabilidad no puede alcanzar a las deudas laborales por trabajos ajenos a la contrata; por ello debe aclararse que la responsabilidad alcanza a *las deudas laborales surgidas durante y para la ejecución directa de la contrata*, y sólo a ellas. No existe ningún límite especial de caducidad o prescripción a diferencia de lo que existe, por ejemplo, en la ley italiana, que establece un plazo de caducidad de un año desde la terminación de la contrata para el ejercicio del oportuno derecho, frente al comitente. Al contrario, entre nosotros se aplicará el plazo general de prescripción de tres años del artículo 83 de la ley de Contrato de trabajo, salvo el especialísimo plazo de caducidad de las reclamaciones de despido, y los plazos especiales de prescripción y caducidad existentes en la Seguridad Social.

(115) Vid. DIÉGUEZ: *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad social*, Pamplona, 1968.

En la doctrina italiana se llega a la conclusión similar, vid., por todos, LÓRIGA, Op. cit., páginas 221 y sigs.

4.3. *Origen de la solidaridad*

Examinando el contenido y alcance de la responsabilidad que impone el artículo 4.º, debe estudiarse ahora el significado y el ejercicio de esa responsabilidad, calificada por el precepto como solidaria.

Por de pronto, el *origen* de esa responsabilidad no está tanto en la actividad negocial que da lugar a la constitución del contrato de ejecución de obra, pues no deriva de una promesa o asunción personal voluntaria de garantía del comitente, sino de la disposición reglamentaria que establece automáticamente esa responsabilidad más allá de la intención y de la posición formal de las partes en el negocio principal de la contrata; de ella derivan así unos perfectos reflejos hacia y en favor de los terceros trabajadores.

Desde el plano de las relaciones de trabajo supone, por su parte, imputar a un tercero una responsabilidad por deudas laborales, ampliándose así el círculo personal del deudor originario; pero tampoco por voluntad negocial en el marco del propio contrato de trabajo, pues ni es necesario ni se supone que tal responsabilidad se ha prometido por el comitente, o se ha exigido por el trabajador. Se trata, pues, en todo caso, de un efecto "*ex lege*", producto de una valoración normativa y no de una intención presunta o tácita del comitente, del contratista o de los trabajadores (116).

Esa valoración normativa viene a decir que quien se beneficia de una prestación laboral no puede quedar fuera por completo de las responsabilidades derivadas de la posición del empleador. Se trata, pues, de un mecanismo sustraído al poder dispositivo de las partes y por ello no es excluible por las mismas, de modo que ni en el propio contrato de ejecución de obra puede convenirse la exclusión de la responsabilidad del comitente, ni tampoco en el marco de la relación laboral puede el trabajador disponer el no surgimiento o la exclusión de esa responsabilidad, y, por ello, la pluralidad subjetiva pasiva que establece el citado precepto; se evitan así acuerdos fraudulentos o renunciaciones unilaterales en perjuicio de los derechos del trabajador. El carácter *ex lege* de esa responsabilidad significa, además, que funciona *automáticamente*, de modo que ni es necesario la adhesión o asunción voluntaria de la responsabilidad por el comitente, ni tampoco la adhesión explícita o implícita del trabajador a la misma. Por ello mismo, también es la norma y no la voluntad de las partes la que ha de servir de criterio para fijar la extensión de esa responsabilidad (117).

(116) Vid., para el supuesto paralelo de la transmisión de Empresa, FONTANA: *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milán, 1970, pág. 447. Cfr. SPANO: *Il divieto di interposizione*, cit., págs. 71 y sigs.

(117) Así, FONTANA: Loc. cit., pág. 482.

4.4. *La solidaridad y sus clases*

La calificación como solidaria de la responsabilidad no nos resuelve, sin más, su significado y alcance puesto que el movimiento de extensión de la solidaridad ha traído consigo, en especial respecto a la solidaridad pasiva, una variación tan considerable de supuestos de aplicación con particularidades propias que hacen muy difícil fijar una nota genérica a las diversas formas de solidaridad establecidas y una aceptación unánime de la misma; más que de solidaridad se puede hablar por eso de solidaridades, al no existir una disciplina uniforme común que se aplique, sin más, a todos los supuestos de solidaridad pasiva que en los diversos sectores del ordenamiento cada vez con más frecuencia aparecen (118).

Según Rubino, tres son los requisitos básicos para la existencia de las obligaciones solidarias: la pluralidad de sujetos en este caso de solidaridad pasiva, la pluralidad de deudores; la misma prestación, esto es, una *eadem res de vita* y, finalmente, la *eadem causa obligandi*, es decir, que surjan de un mismo hecho jurídico o de un complejo unitario de hecho la obligación para los diversos deudores (119). Cuando estos elementos, sobre todo también el último, se dan en su plenitud, ha de pensarse consecuentemente en la existencia de una comunidad de intereses entre los diversos coobligados (120); lo que explica que estén obligados en un único débito, y paralelamente que estén obligados a cuota, o sea, parcialmente, aunque frente al acreedor responden externamente de la entera obligación.

Cada deudor está, pues, interesado en la operación que ha dado nacimiento a la deuda, y en esa deuda está parcialmente comprometido, de tal manera que si no existiera la solidaridad sólo tendría que abonar una cuota o parte. Aún más, el resultado último de las diversas operaciones una vez liquidada las relaciones externas e internas debe ser *el que cada uno de los deudores vea disminuído su patrimonio, sólo en la cuota que le corresponde. Lo*

(118) «En realidad, la solidaridad corresponde a exigencias de la vida moderna que ha llevado, con el ritmo dinámico impuesto por el progreso técnico, a un crecimiento enorme de los deberes, enrollados, incluso, en complicados supuestos, de modo que la tutela del acreedor se ha conseguido legalmente mediante la extensión de las hipótesis de solidaridad. Baste pensar en la relevancia de tal instituto de materias importantes, como la extracontractual, comercial y fiscal» (AMORTH: *L'obbligazioni solide*, Milán, 1959, pág. 1.

(119) En *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA y BRANCA: *Delle obbligazioni*, artículos 1.285-1.320, Bologna-Roma, 1960, págs. 129 y sigs.

(120) AMORTH: *Loc. cit.*, págs. 63.

que caracteriza, pues, a la solidaridad es una cierta contradicción, por evidentes razones de garantía y comodidad en favor del acreedor, entre las relaciones internas a cuota de los deudores solidarios, y la relación externa de la que resulta frente al acreedor que todos los deudores están obligados por la misma prestación, de manera que cada uno de ellos puede ser constreñido al cumplimiento por la totalidad y, en consecuencia, está legitimado para el pago, y ese cumplimiento libera a los otros frente al acreedor, sin perjuicio de que las relaciones internas tengan, a su vez, que satisfacer en la parte de los otros el deudor que ha pagado la totalidad (121).

Precisamente por ser ese dato externo el más llamativo y por producir, además, una particular comodidad para el acreedor, se utiliza, con cada vez más frecuencia, esta forma externa de solidaridad para asegurar la satisfacción de créditos de naturaleza muy diversa (por ejemplo en materia tributaria), e incluso si faltan las notas de comunidad de intereses y de relaciones internas a cuota que son las típicas de la solidaridad en su sentido más común y tradicional. Se ha podido, por ello, afirmar, que «el nombre continúa pero cubre un instituto diverso al haberse ampliado legalmente la extensión de las hipótesis de responsabilidad (122).

La discrepancia entre una situación formal antagónica entre comitente y contratista y la imposición legal de la solidaridad no ha dejado de plantear dudas y perplejidades en la doctrina comparada que ni con mucho ha sido unánime en la calificación de la responsabilidad del contratista. Aunque no han faltado, como Franco y Scaccio, quienes hablan sin más de la obligación solidaria, aunque aclarando que ello no supone adquirir la condición de empleador del comitente (123), en general la doctrina italiana sobre la base de su ley número 1.369/60, ha formulado diversas explicaciones a la norma legal,

(121) BAUDRY-LACANTINERIE: *Traité de droit civil. Des Obligations*, 3.^a edición, tomo II, París, 1907, págs. 316 y sigs. Por eso entre nosotros se habla de una fungibilidad de los sujetos, así PUIG-BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, I, volumen II, Barcelona, 1964, pág. 176.

(122) Así, AMORTH: Loc. cit., pág. 1. «La doctrina francesa, como es sabido, ha distinguido entre la solidaridad propiamente dicha y las obligaciones *in solidum*, en la que las deudas tienen el mismo objeto frente al acreedor, y éste puede exigir, por el todo, de cada deudor, el pago de ese objeto.» «Pero cada deuda tiene su origen y su vida propia. Los deudores no se representan los unos a los otros, aunque el que paga el objeto de la deuda agota el crédito y libera a los otros, lo que le permite hacerse indemnizar por los otros.» (SAVATIER: *La theorie des obligations*, 2.^a edición, París, 1969, pág. 17.

(123) *La fornitura di mano d'opera*, cit., págs. 118 y sigs. Cfr. RUDAN: *L'interposizione*, cit., pág. 689; CATALANO: *Divieto di intermediazione*, cit., págs. 425 y siguientes.

hablándose así de una obligación subsidiaria (124) o de una asunción de deuda *ex lege* (125), o de una fianza *ex lege* (126). Estas posiciones doctrinales nos sirven de testimonio para afirmar la «anormalidad» o «diversidad» de esta solidaridad respecto a la establecida en el artículo 1.537 de nuestro Código civil, lo que justifica que hayamos de adentrarnos un tanto en el examen de la misma.

4.5. *Solidaridad y responsabilidad solidaria del comitente*

A nuestro juicio, el punto de partida para el examen de la naturaleza de esta responsabilidad solidaria debe ser no tanto la solidaridad cuanto la responsabilidad misma. Es decir, la disposición del artículo 4.º es más innovativa en el establecimiento de la responsabilidad que en la calificación como solidaria de esa responsabilidad que establece. La novedad fundamental, no debe olvidarse, está en la constitución de la responsabilidad del comitente; que, además, se establezca la solidaridad no es sino como una medida, diríamos, secundaria o accesorio tendente a fortalecer esa responsabilidad.

Un segundo punto de partida debe ser el constatar que el objeto directo de la disciplina, aunque aparentemente no lo parezca, no sean tanto los contratos de trabajo, sino el propio contrato de ejecución de obra, como se evidencia, por ejemplo, si observamos el artículo 1.597 de nuestro Código civil que contiene una disciplina bien diversa pero paralela. Diríamos que esa responsabilidad es más consecuencia del contrato de obra que de la existencia misma de las relaciones de trabajo, las cuales conservan su marco objetivo propio, como se evidencia con la simple lectura del artículo 4.º, donde expresamente se habla de las obligaciones del contratista. La propia terminología utilizada es muy significativa, pues en contraste con la ley italiana, el Decreto habla de «solidariamente responsable», lo que parece indicar una responsabilidad sin deuda propia o por el incumplimiento de obligaciones ajenas,

(124) MOFFA: *La disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi*, «Quaderno rass. lav.», 21, pág. 17, y loc. cit., pág. 440.

(125) Así, ASQUINI: *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, cit., pág. 280; BRANCA: *Osservazioni sulla solidarietà del committente per le obbligazioni di cui all'art. 3 della legge 23 ottobre 1960*, núm. 1369, en «Boll. Scuola Perf. Un. Trieste», abril, 1964, pág. 13. Una tesis similar para la transmisión de Empresa, en GUERRERI: *Reflessi trasferimenti d'azienda sul rapporto di lavoro*, «Dir. Lav.», 1970, pág. 253.

(126) Así, NICOLINI: *Il divieto*, cit., págs. 198 y sigs.; LORIGA: *La disciplina giuridica*, cit., págs. 212 y sigs.; FANFANI, en *Problemi di interpretazione*, cit., pág. 80.

duplicándose así, a efectos de garantía, el lado pasivo de la obligación. Esto no significa, desde luego, propiamente, la existencia de una responsabilidad sin deuda, pues cuando se está obligado por una deuda de otro, tal débito no es ya sólo del otro sino también propio (127).

A todas estas reflexiones hay que añadir, además, una nota, diríamos, de equidad, que supone el no gravar más allá de los límites de la equidad la posición del dueño de la obra. Una cosa es eliminar fraudes y sancionar tanto a los comitentes desaprensivos como a los incautos que hayan tenido la imprudencia de contratar con un contratista incumplidor en materia laboral, imputándoles una responsabilidad que garantice en todo caso a los trabajadores del cobro de sus créditos, y otra cosa es olvidar la figura misma del contrato principal, en cuyo precio lógicamente van incluidos ya los costes laborales, de manera que si se llevara a sus últimas consecuencias la paridad de grado y la facultad electiva de los trabajadores como acreedores, podría llegarse a consecuencias muy poco equitativas, y quizá innecesarias, para el propio funcionamiento de la garantía que el artículo 4.º establece. A nuestro juicio, la distinción dogmática entre las relaciones internas comitente-contratista y las relaciones externas con los trabajadores no puede ser tan completa como para impedir interferencias entre uno y otro y, por ello, en la propia conformación de esa responsabilidad solidaria (128).

Con todos estos datos podemos ya sentar una primera afirmación: la responsabilidad solidaria del artículo 4.º no es una solidaridad pura, primero porque no existe una misma causa de obligación, ya que es distinto el interés en la prestación laboral del contratista y del comitente, a éste sólo interesa el resultado global, mientras que para el primero es un medio necesario para llegar al resultado a que se ha comprometido, o lo que es lo mismo, el comitente siempre tendrá cuanto más un interés indirecto hacia la prestación, mientras que el contratista, por definición lo tendrá directo (129), en ningún caso

(127) Cfr. AMORTH: *Op. cit.*, pág. 87; HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 84.

(128) Cfr. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, II, págs. 564 y sigs.

(129) Cfr. LORIGA: *La disciplina giuridica*, cit., pág. 203. Según NICOLINI, se ha atribuido el máximo significado a la circunstancia que la actividad prestada por el ejecutor de la obra o del servicio constituye una fase del proceso productivo desarrollado por el comitente, de forma similar a lo que ha ocurrido en materia de responsabilidad en que se tiende a individuar al sujeto responsable, atribuyendo la máxima importancia al hecho de que la actividad prestada por el autor material entre en el círculo productivo de la Empresa del comitente (*La simulazione*, cit., págs. 179-181), sin embargo, no se ha llegado, a diferencia del supuesto de la interposición, a la imputación de la posición jurídica del empleador al empresario principal. Cfr. BENEDETTI: *Profili civilistici*, págs. 1536 y sigs.

adquiere el comitente una posición directa en la relación de trabajo, sino que sólo se extiende a él responsabilidades que, en principio, no son propias. Diríamos, con Spano, que en el artículo 1.º se atribuye al tercero formal la posición jurídica y los relativos deberes asumidos por el contratista, mientras que en el artículo 4.º se extiende al tercero (comitente) sólo los deberes, pero con particulares límites temporales y funcionales (130), se trata en todo caso de una «responsabilidad de un tercero en las relaciones de trabajo de otro» (131).

No existe, tampoco, un único y mismo fundamento, ya que la posición subjetiva pasiva del contratista deriva del contrato de trabajo, y la del comitente deriva de la norma y toma como supuesto de hecho la existencia de la contrata y la coligación jurídica de la misma con los contratos de trabajo, lo que produce ese vínculo de responsabilidad solidaria. Ello se muestra, por ejemplo, en que pueden surgir esas responsabilidades en momentos temporales distintos y pueden tener, incluso, un límite temporal diverso, dado el período limitado que, según hemos visto, se extiende la responsabilidad. Puede suceder que en el curso de una relación de trabajo ocasionalmente se preste trabajo a un comitente y entonces surgirá, y para ese período sólo, esa responsabilidad. Es claro que el comitente no es un «deudor parcial» de tal manera que si se renunciara a la solidaridad habría de pagarse sólo la cuota (132). Además, la verdadera responsabilidad solidaria es recíproca.

Todas estas razones permiten, pues, concluir que esa solidaridad no es una solidaridad sin más, sino algo específico y concreto que tiene la nota común con la solidaridad genérica de la obligación y legitimación del comitente al abono completo de la deuda laboral del contratista, en la forma que más adelante examinamos. Podemos hablar así de solidaridad en el sentido genérico de la mera extensión del área de responsabilidad, directa para reforzar la posición del acreedor. No se da solidaridad en el sentido específico de que cada deudor asuma la responsabilidad de su propio débito y la del débito de sus codeudores, de forma que todos los deudores aceptan la total responsabilidad del cumplimiento de cada uno de ellos (133). Lo que sucedería si tanto el contratista como el comitente adquirieran la posición de empleador y si las obligaciones asumidas por el comitente la fueran como tal empleador; tal posición no la asume el comitente, ni tales obligaciones que en cualquier caso

(130) *Il divieto d'interposizione*, cit., pág. 136.

(131) BRANCA: *La prestazione di lavoro in società collegate*, cit., pág. 166.

(132) Cfr. RUBINO: *Commentario*, cit., pág. 316; AMORTH: *L'obbligazione solidale*, cit., pág. 101; FONTANA: *La successione dell'imprenditore*, cit., pág. 519; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, I, págs. 419 y siguientes.

(133) Cfr. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, cit., págs. 176 y sigs.

siguen siendo originariamente del contratista, único empleador. Además, su responsabilidad es estrictamente pecuniaria y no se extiende a todos los deberes, cargas y responsabilidades propias del empleador, se limita a responder de un débito originariamente propio del contratista y sólo en su pura vertiente pecuniaria.

4.6. Naturaleza de la responsabilidad solidaria

La entrada en una deuda ajena ha hecho hablar a algunos autores de una *asunción de deuda*, y precisamente "ex lege" y de carácter acumulativo (134). Pero, al menos en nuestro ordenamiento, esta configuración es difícilmente aceptable. Primeramente porque la asunción de deudas, pese a su extensa tradición, es una figura desconocida en nuestro Código, y recibida más bien por la influencia doctrinal comparada, no sin resistencia de un sector de nuestra doctrina (135). Pero incluso de admitirse entre nosotros como figura atípica, por el juego de la autonomía de la voluntad, sus rasgos propios nunca coincidirán con el supuesto del artículo 4.º.

En efecto, la asunción acumulativa supone la entrada de un nuevo deudor sin la salida del deudor anterior, pero, por así decirlo, esa no liberación es «anómala» o cuanto menos accesoria por cumplir la función de garantizar al acreedor la satisfacción por el nuevo deudor de su crédito. Salvo que exista una comunidad de intereses, en cuyo caso nos acercamos a la solidaridad en sentido propio, con la asunción se ha transmitido normalmente el interés al nuevo deudor que deviene ahora el deudor directo. De ahí que en el Derecho italiano se establezca que aunque «cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de la totalidad de la deuda», el acreedor tiene la carga de dirigirse al nuevo deudor antes de actuar contra el deudor originario (136), de modo que «en todo caso de asunción acumulativa de deuda la responsabilidad del deudor originario degrada a responsabilidad subsidiaria (137).

(134) ASQUINI: Loc. cit., pág. 280; BRANCA: *Observazioni*, pág. 13; PROSPERETTI: *Il lavoro subordinato. Trattato di diritto civile*, GROSSO y SANTORO PASSARELLI, VI, III, Milán, 1964, pág. 89.

(135) Cfr., por todos, DÍAZ PICAZO: Op. cit., pág. 819.

(136) RESCIGNO: *Voz Acollo*, «Novissimo Digesto Italiano», I, pág. 142.

(137) RESCIGNO: *Studi sull'acollo*, Milán, 1958. Según GUERRERI, en el acollo acumulativo *ex lege*, la ley añade la adquisición de un nuevo obligado para el acreedor, sin que sea necesaria ninguna actividad por parte de éste. La solidaridad del deudor originario debe entenderse no en el sentido que el acreedor pueda dirigirse indiferentemente a aquél o al que asume la deuda, sino en el sentido que el acreedor tenga la

En la asunción acumulativa de deuda suele suceder que una persona que ha perdido su interés en el contrato es sustituida por un nuevo titular y para que este cambio no perjudique al acreedor queda aún sin interés ya propio en el negocio como garante del nuevo deudor (138), pero, en todo caso, el interés en el negocio lo tiene el nuevo deudor, y la deuda en todo caso en la relación interna grava sobre él. Por ello, en el supuesto del artículo 1.º se podría pensar en una asunción acumulativa de deuda en la medida en que el deudor auténtico en la relación interna es el empresario principal, pero en el supuesto del artículo 4.º del Decreto ocurre precisamente lo contrario, pues las obligaciones son, según el propio Decreto del contratista.

La dificultad de encuadrar la función de garantía que cumple el comitente tanto en la solidaridad pura como en la asunción acumulativa de deuda ha sugerido, a algunos, la idea de la *fianza "ex lege"*. La dificultad mayor en la doctrina comparada la ha planteado el carácter contractual de la fianza, aunque quizá entre nosotros sea menos problema al hablar del artículo 1.823 de una fianza legal, aunque con un sentido diferente de esta fianza *ex lege* que no cuenta en ningún caso con la voluntad del fiador (139). Al contrario, entre nosotros se plantea una dificultad adicional importante por la extremada confusión que nuestro ordenamiento e incluso nuestra propia doctrina ha supuesto lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.822 (140).

Sin embargo, hoy se generaliza la opinión de que es posible una auténtica fianza de carácter solidario que presente en su solidaridad una posición intermedia e incluso espúrea respecto a la solidaridad pura. Según Mazeaud, el co-deudor solidario es un deudor principal, interesado en la operación que ha dado nacimiento a la deuda, mientras que la fianza no ha asumido sino un compromiso accesorio «no está interesada en la deuda; garantiza una deuda que es de otro, es obligado "por otros" y no con otros... asimilar plenamente en este dominio la fianza solidaria al deudor solidario es ir demasiado lejos y desco-

carga de suscitar el cumplimiento a éste (aunque no necesita proceder ejecutivamente frente a él) antes de dirigirse al deudor originario, cuya responsabilidad sería así de carácter subsidiario, y sin que esta subsidiariedad sea incompatible con la noción de solidaridad (Op. cit., págs. 253-254).

(138) RESCIGNO: *Studi*, cit., pág. 248; LORIGA: *La disciplina giuridica*, pág. 212; CICALA: *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Nápoles, 1968.

(139) Cfr. MAZEAUD (H. L. y J.): *Lecons de Droit Civil*, III, volumen I, 3.ª edición, por JUGLART, París, 1968, pág. 46.

(140) Por eso la opinión más generalizada afirma que existe solidaridad y no fianza cuando se garantice solidariamente el cumplimiento, por un tercero, de una determinada obligación (Cfr. Díez PICAZO: Op. cit., pág. 585). Sin embargo, esta opinión choca con datos normativos de nuestro propio ordenamiento, de ahí que no sea aceptada por nuestros mercantilistas, así GARRIGUES: *Tratado*, II, págs. 569 y sigs.

nocer la intención de las partes» (141). «Si el fiador se ha declarado solidario no por ello ha perdido la cualidad de deudor accesorio, no se debe perder de vista esta idea cuando se interprete el sentido del artículo 2.021... la fianza solidaria establece la solidaridad en las relaciones del acreedor y del fiador para dejar a éste, incluso frente al acreedor, el título de obligado accesorio» (142). Según Von Tuhr entre el deudor principal y el fiador no media un régimen de solidaridad aunque la ley hable de «fianzas solidarias» dando a la relación creada entre deudor principal y el fiador no subsidiario el nombre de solidaridad (143). Por su parte la doctrina italiana, cuyo Código parte de la solidaridad como nota normal de la fianza, afirma que tal solidaridad en la fianza «es una forma de solidaridad completamente impropia, que responde al esquema abstracto de la solidaridad y sólo reproduce de la solidaridad verdadera y propia el dato más inmediato externo consistente en el hecho de que varios deudores son obligados al cumplimiento y el cumplimiento de uno libera a los otros (144).

También, entre nosotros, se abre paso la idea de la no coincidencia estricta entre la obligación solidaria y la fianza solidaria, que se acerca a la primera sólo en la relación externa, así Puig Brutau sostiene que la solidaridad de la fianza no elimina las reglas peculiares de la relación entre deudor y fiador. Su carácter solidario se manifiesta en la relación interna, frente al acreedor, al poder dirigirse éste directamente contra el fiador, prescindiendo del deudor principal» (145). Pero aún incluso esta afirmación es sometida a restricciones por nuestros mercantilistas al afirmarse, en materia de solidaridad cambiaria que es muy dudoso que se den las características de la verdadera solidaridad incluso en el aspecto externo, pues, «en definitiva, los firmantes de una letra no se obligan solidariamente, sino que garantizan solidariamente el pago de la letra...» se trata, en suma, de una relación de fianza solidaria más que de una relación de solidaridad (146). Por tratarse de una figura específica lo más probable es que la responsabilidad del comitente haya de calificarse genéricamente como una fianza *sui generis*, pues al garantizar el comitente el pago por el contratista de sus deudas laborales lo está afianzando con una situación evidentemente accesoria la obligación del deudor principal que en cualquier

(141) Op. cit., págs. 45 y 47.

(142) BAUDRY LACANTINERIE y BARDE: *Traité*, cit., II, págs. 385-386.

(143) *Tratado de las Obligaciones* (trad. de V. ROCES, Madrid, 1934, II, pág. 256).

(144) RAVAZZONI: *La fideiussione*, Milán, 1957, pág. 82.

(145) *Fundamentos*, cit., tomo I, volumen II, pág. 202. Cfr. sentencia de 21 de abril de 1931.

(146) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, pág. 305, nota 5.

caso es la contratista (147). La solidaridad en este afianzamiento no lo es, pues, *stricto sensu* sino sólo en su sentido más general, desde luego, externo, en ello, pues, se dan los tres datos caracterizadores del afianzamiento solidario: la inclusión en el esquema externo de la solidaridad con las especialidades que veremos a continuación; la accesoriedad en cuanto al contenido de la obligación se especifica sobre la base del contenido de la obligación principal y un cierto *favor fideiussoris* (148).

4.7. *El carácter sustitutivo y accesorio de la responsabilidad solidaria del comitente*

El carácter accesorio de la responsabilidad del comitente no puede dejar de influir pese a la solidaridad, en el funcionamiento de esa responsabilidad, y consecuentemente en el ejercicio por el trabajador de las correspondientes acciones frente al empresario principal comitente. Si recordamos el supuesto de la responsabilidad subsidiaria, éste no podía ejercitarse sino tras la insolvencia declarada del contratista, la novedad que viene a suponer la solidaridad es, por de pronto, el permitir su ejercicio sin necesidad de esta previa exclusión infructuosa en los bienes del contratista, solución ésta que tendría el inconveniente del relativo alargamiento de la satisfacción del crédito del trabajador. A su vez, no puede estimarse la inexistencia de esta previa exclusión y la pérdida de la eventualidad propia de la obligación subsidiaria del dueño de la obra (149), como una completa y absoluta equiparación de las situaciones pasivas de comitente y contratista, de tal manera que exista una total facultad electiva y una, diríamos, fungibilidad de los deudores.

A nuestro juicio, no significa la innecesidad del previo intento del procedimiento ejecutivo del contratista que pueda prescindirse por completo de éste en la ejecución, diríamos preferente, de la obligación que le es propia. De ahí que no pueda afirmarse una completa paridad de grado aunque tampoco puede hablarse de una auténtica responsabilidad subsidiaria. El trabajador, o en su caso la entidad de Seguridad Social, no tienen la carga antes de poder dirigirse al contratista de realizar en sus diversas fases la ejecución forzosa frente al contratista; pero sí tienen, al menos, la carga de solicitar el cumplimiento al deudor principal, esto es, al contratista (150) y la mora o impago

(147) Así, GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1968, I, pág. 785.

(148) RAVAZZONI: *Op. cit.*, pág. 83.

(149) Así, BO: *Contributo alla dottrina della obbligazione fideiussoria*, Milán, 1934, página 46.

(150) Cfr. RESCIGNO: *Studi*, cit., pág. 68; GUERRERI: *Op. cit.*, pág. 254.

por éste de su propia obligación les permite inmediatamente, por haber sido infructuosa la petición directa, dirigirse inmediatamente al contratista. En favor de esta idea, además, está la reflexión de Lóriga de que sólo el contratista puede satisfacer todas las prestaciones y obligaciones, mientras que el comitente sólo puede realizar un cumplimiento sustitutivo de carácter pecuniario en principio subsidiario; por ello no puede sostenerse que el trabajador o las entidades aseguradoras puedan dirigirse indiferentemente al comitente o al contratista (151).

Es cierto que la norma es demasiado genérica al mencionar la responsabilidad solidaria y que al dictarse precisamente en favor del trabajador para hacer más segura e incluso más cómoda la satisfacción de su crédito duplicando garantía patrimonial, podría estimarse que se aplicaría, sin más, el mecanismo de la obligación solidaria que trata a los coobligados como un complejo subjetivo y diferenciado y uniforme respecto al acreedor, pues «no parece lícito al interpretar, en el silencio de la ley, limitar la tutela del interés del acreedor y, con ella, la *ratio* de la norma, aportando restricciones a aquella facultad de elección que la disciplina común de la obligación solidaria, en su formulación típica y normal, atribuye al acreedor mismo de modo pleno y absoluto» (152).

Sin embargo, al hablar el propio Decreto de *responsabilidad* por las obligaciones *contraídas por la subcontratista con sus trabajadores*, está dejando clara una posición diversa de contratista y comitente, no siendo éste el obligado principal ni siendo aquéllos «sus» trabajadores. Antes bien, de la letra de la disposición, y más aún, y sobre todo, de la *ratio*, de la norma parece derivar que la existencia de un impago por el deudor principal deviene condición necesaria para el ejercicio y la exigencia de la responsabilidad del comitente, y ello, como es sabido, no empece en modo alguno a la admisión dogmática de una solidaridad en sentido genérico, pues la doctrina admite la compatibilidad de solidaridad y accesoriedad, sobre todos los casos de solidaridad contraída en el interés exclusivo de un coobligado (153). Lo esencial para que exista solidaridad en sentido genérico, es que cada uno esté obligado al todo, y, por ello, legitimado al entero pago, y que el pago de uno libera a los otros frente al acreedor (154), sin que esta concreta limitación de la facultad de

(151) *La disciplina giuridica*, cit., págs. 211-212. MOFFA: *La disciplina giuridica*, citado, pág. 433.

(152) FONTANA: *La sucessione*, cit., pág. 469.

(153) BINDER, cit. por RAVAZZONI: *La fideiussione*, cit., pág. 8, nota 7. La compatibilidad entre solidaridad y subsidiariedad se admite hoy, generalmente, en la doctrina, vid. AMORTH: *L'obbligazione solidale*, cit., pág. 13.

(154) Cfr. AMORTH: *Op. cit.*, pág. 14; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 176; DÍEZ PICAZO: *Op. cit.*, pág. 419.

elección del acreedor, y la no total paridad de grado entre los coobligados, suponga quiebra de esa solidaridad. Aún más cuando esa concreta limitación que sugerimos se limita a la mera carga del trabajador o la entidad de Seguridad Social de intentar el cobro del empleador directo, y que en caso de que no satisfaga el crédito, su no cumplimiento lo coloca ya en mora, y esa mora le permite al trabajador ya dirigirse frente al comitente. Se atenúa así, pero no se suprime la libertad de elección del deudor: «al no poder ser cumplida la prestación originaria sino por el deudor principal, el crédito deberá primero exigirse a éste, y, una vez que su requerimiento resulte infructuoso, podrá, para el resarcimiento del dueño, elegir entre el deudor principal y el fiador» (155).

La necesidad de reforzar el crédito del contratista en favor del trabajador, junto al efecto indirecto de imponer al contratista la carga de vigilar para evitarse perjuicios del contratista cumpla sus obligaciones laborales y de Seguridad Social, se consigue con esta solución, que, a la vez permite el funcionamiento normal del régimen de contrata que sería imposible si de verdad se estableciera dos deudores principales y un completo *ius variandi* del trabajador en la elección de quién tiene que pagarle. La regulación es, desde luego, un punto de equilibrio entre el régimen liberal de la contrata, que deja al margen al comitente en las relaciones del contratista con sus trabajadores, con el sólo límite de la acción directa en su reducido ámbito, y un régimen prohibitivo como el del artículo 1.º Según hemos dicho, la contrata es lícita, pero se establece una especial cautela en favor de los trabajadores. En el caso de que el contratista deudor principal no cumpla, el trabajador tendrá abierta, sin necesidad de intentar previamente la ejecución de los bienes de ese deudor principal, la vía de exigencia de la responsabilidad del comitente, al lado o sustitutivamente, cuando estime que le va a ser más dificultoso cobrarse forzosamente del contratista. En este sentido de «preventiva exigencia, y no de preventivo intento del procedimiento ejecutivo» por no requerirse la infructuosa persecución del contratista, puede afirmarse con Loriga que se trata de «una garantía fideiusoria, por la que el comitente puede ser llamado a cumplir en vía subsidiaria y por las prestaciones pecuniarias, o que admitan un cumplimiento sustitutivo de carácter pecuniario» (156).

(155) LORIGA (siguiendo a ROTONDI), en: *La disciplina giuridica*, cit., pág. 215. Sin embargo, la expresión «resarcimiento» es poco feliz, ya que no se trata de un sustitutivo del cumplimiento.

(156) *La disciplina giuridica*, cit., pág. 215.

4.8. *Ejercicio de la responsabilidad solidaria*

El contenido de la obligación del comitente por el carácter sustitutivo y accesorio de su responsabilidad se determina *per relationem* sobre la base del contenido de la obligación principal. Ello hace muy difícil el determinar a espaldas del empleador contratista el contenido del crédito. Desde el punto de vista procesal supondrá esto que el trabajador (o, en su caso, la entidad de Seguridad Social) tendrá que dirigirse conjuntamente al comitente y al contratista en el oportuno proceso laboral.

La citación conjunta, prevista en el artículo 1.834 del Código civil, traerá consigo la condena solidaria de ambos y, en consecuencia, en caso de no satisfacción de esa condena, la facultad de elección del trabajador para ejecutar la relativa condena sobre los bienes de uno o de otro o sobre los de ambos; es entonces, en el plano de la ejecución, cuando el aspecto externo de la solidaridad recobra todo su significado. Puede suceder también que el trabajador se dirija primeramente sólo a su empleador, y al no haber satisfecho su crédito, pretenda luego dirigirse contra el comitente.

El problema aquí se reduce a decidir el efecto de cosa juzgada frente al comitente de la sentencia dictada en un proceso en que no ha sido parte ni ha tenido intervención. En la fianza pura habría de llegarse a una solución negativa, como ha ocurrido entre nosotros, según una firme jurisprudencia, en los casos de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra en accidentes de trabajo. Sin embargo, precisamente *a contrario sensu* de esta jurisprudencia, que se basa en el carácter no solidario de la obligación del dueño de la obra, y aplicando además el párrafo tercero del artículo 1.882 de nuestro Código civil, habríamos de estimar que le vinculará el efecto de cosa juzgada en lo relativo a la declaración de existencia de la deuda, de la que el comitente solidariamente tiene que responder, al margen de que en el específico proceso puedan declararse nuevas excepciones (por ejemplo, el pago posterior por un contratista, excepciones personales, o incluso la existencia o no de la responsabilidad solidaria por darse o no los requisitos del artículo 4.º). Al contrario, la transacción entre contratista y trabajador, y paralelamente la avenencia conciliatoria, no vinculan al contratista sino en cuanto lo favorezcan (157).

Por vincularse el efecto de cosa juzgada el comitente está legitimado al pago de la deuda del contratista, fijada en la sentencia, sin tener la respon-

(157) Artículo 1.835, 1.º, del Código civil. Cfr. RAVAZZONI: Op. cit., págs. 39 y siguientes.

sabilidad del comitente que realizarse necesariamente en la vía judicial, ni mucho menos en la ejecutiva, aunque, en todo caso, habrá de notificarse al contratista ese pago (art. 1.842 del Código civil). De igual modo aún, sin existencia de cosa juzgada, pero con el conocimiento previo del contratista, podrá pagar el comitente a los trabajadores que lo hayan intentado infructuosamente del contratista.

Lo que no es claro es que el trabajador pueda formular una demanda frente al comitente sin haberse intentado antes, o sin intentarse a la vez, una acción frente al contratista, porque con el carácter accesorio de la deuda, difícilmente, sin su intervención en el proceso, puede ésta acreditarse por completo, sobre todo en lo referente a las deudas estrictamente laborales. Aun cuando, según nuestra doctrina civil, es admisible, en base al artículo 1.832, una demanda contra el fiador que no haya sido precedido de una demanda contra el deudor (158). En el marco propio de las relaciones de trabajo por su carácter de duración y por la complejidad frecuente en la liquidación de la deuda, es muy difícil sostener, sin más, esa opinión, puesto que el comitente es responsable de una deuda que originariamente no es propia, y en una relación que no es tampoco propia. La solución práctica, posiblemente en los casos en que la acción se dirija sólo contra el comitente, es que éste, a su vez, solicite la citación del contratista y se establezca así un litis consorcio pasivo.

4.9. *El reintegro del comitente*

Una vez que haya satisfecho el comitente el crédito del contratista, podrá ejercer las acciones correspondientes para la recuperación de la cantidad abonada en interés exclusivo del contratista (159). En este sentido podríamos decir con Garrigues que el pago no tiene tantos efectos extintivos, sino subrogatorios, en cuanto al comitente que ha pagado le son atribuidas las acciones correspondientes para cobrarse del contratista lo que ha abonado al trabajador, de modo que ese contratista sólo queda liberado frente al trabajador, pero no ha visto enriquecido su patrimonio con la actuación del comitente. Según el artículo 1.838 del Código civil, el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste, y no sólo por la cantidad saldada, sino además por

(158) Ello siempre que el acreedor haya dirigido un requerimiento de pago al fiador y éste no haya opuesto el beneficio de exclusión, señalando bienes del deudor suficientes para hacer frente al pago de la deuda. Vid. DÍEZ PICAZO: Op. cit., pág. 593.

(159) Así, CATALANO: *Divieto di intermediazione*, cit., pág. 1068; FRANCO y SCACIA: *La forniture*, cit., pág. 125.

los intereses, los gastos e incluso los perjuicios que en su caso hayan resultado. Se trata de una acción de regreso o de reembolso similar a la existente en otros casos frente a aquél en cuyo interés se ha satisfecho un crédito y que también tiene su contrapartida en la relación interna de los deudores solidarios (160). A su vez, el artículo 1.839 del Código civil dispone que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía con el deudor.

Esta dualidad de medios jurídicos, la acción de regreso y la acción subrogatoria tienden a facilitar y a asegurar el efectivo cobro por el fiador de la cantidad satisfecha. No es clara la relación que pueda existir entre ambos y la concordancia entre las mismas. Algunos llegan a identificarlas, lo que, desde luego, no responde a la naturaleza de las mismas; otros piensan la subrogación aun siendo una acción de naturaleza diversa, no es sino de un reforzamiento de la acción de regreso (161), en cuanto ambas se complementan por la unidad de fin que persiguen. Otros autores mantienen, al contrario, la diferencia funcional entre ambas, su diferente contenido específico (162), de modo que el fiador que ha pagado «se le concede simplemente la facultad de elegir entre el ejercicio de uno de ellos» (163), que «el fiador puede obstar entre ejercitar la acción de reembolso o la subrogación en el crédito, pero, elegida una de las dos vías, queda descartada la otra» (164). Esta solución es, especialmente, interesante en lo laboral, porque posiblemente una y otra acción tendrían una diversa vía jurisdiccional, ya que la acción de regreso tendrá que ventilarse en la jurisdicción ordinaria, mientras que es pensable, aunque es, desde luego, bastante dudoso, que la acción subrogatoria puede ejercitarse en el marco de la jurisdicción laboral, lo que de admitirse pudiera ser muy conveniente para el propio comitente.

Además, en el marco de las relaciones comitente-contratista podrá el primero, para cobrarse, ejercitar la oportuna compensación entre los créditos laborales satisfechos por el primero y las deudas pendientes con el contratista.

Particular complejidad podrá plantear en la práctica la condena de responsabilidades en los casos en los que, a su vez, haya condena de contratas y

(160) *Tratado*, cit., II, pág. 562.

(161) Cfr. VON TUHR: *Op. cit.*, pág. 157. Cfr. BO: *Contributo*, cit.

(162) En el caso del artículo 1.838 del Código civil, la indemnización es más amplia; en el artículo 1.839, es más reducida; una es una acción originaria; la otra, derivativa. Confróntese, por todos, GULLÓN: *Curso*, cit., págs. 423 y sigs.

(163) RAVAZZONI: *Loc. cit.*, pág. 216.

(164) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos*, cit., pág. 598.

subcontratas, puede pensarse la existencia de una auténtica solidaridad entre los diversos contratistas comitente y el comitente principal, como cofiadores, aunque quizás la solución más acertada sea la de una cierta gradación entre ellos en la medida que cada uno garantice a los que le siguen, pero no recíprocamente, de forma similar a como ocurre en la llamada obligación cambiaria (165).

4.10. *El problema del tratamiento normativo*

La salvaguardia y la protección de los derechos del trabajador en los casos de contrata lleva a otros ordenamientos no sólo a estas especiales garantías de la responsabilidad solidaria del comitente, sino, además, a asegurar a esos trabajadores unas condiciones de trabajo no inferiores a las que corresponden a los trabajadores propios del empresario principal (166). La oportunidad de justificación de esta medida es la de evitar fáciles economías al empresario, de modo que éste eluda, mediante la contrata, la aplicación a un conjunto de trabajadores de un determinado tratamiento normativo, más favorable, en especial, las normas aplicables a su Empresa, de este modo la especial tutela a los trabajadores del contratista se extiende precisamente a asegurarles un tratamiento normativo y garantizar además su incumplimiento mediante la responsabilidad solidaria.

En base a ello, a esos trabajadores no se les aplicará la normativa laboral «de origen», es decir, la aplicable, teniendo en cuenta la pertenencia de su Empresa contratista al ramo económico de que se trate, o allí donde exista libertad sindical también a la pertenencia sindical de la misma, sino que si le es más favorable se aplicará la propia de la Empresa principal en que la contrata se desarrolla, se suprimen las diferencias que en la práctica se muestran entre unos y otros trabajadores, cuando trabajen con frecuencia en el mismo lugar y en actividades similares, y cuando, a la postre, al margen de

(165) Cfr. GARRIGUES: *Tratado*, II, pág. 257.

(166) Vid., por todos, RUDAN: *L'interposizione*, cit., pág. 867; LORIGA: *La disciplina giuridica*, cit., pág. 134. El artículo 3.º de la ley de 23 de octubre de 1960, número 1.369, habla de «assicurare un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti». Es ese, precisamente, el que se garantiza con la responsabilidad solidaria, es decir, primero se asegura el tratamiento normativo adecuado, y luego, se garantiza el efectivo goce del mismo mediante la imputabilidad de la responsabilidad solidaria. Cfr. CATALANO: *Divieto*, cit., pág. 424.

las diferencias formales de imputación, el resultado final de la actividad de unos y otros se integran en el ciclo productivo de la Empresa principal. «La razón principal que legitima la disciplina especial en los casos de contrataciones de obras y servicios a realizarse en la Empresa, reside, sobre todo, en el hecho que los trabajadores dependientes de la Empresa contratista trabajan hombro con hombro con los trabajadores dependientes de la Empresa principal, viven en el mismo ambiente, vienen a encontrarse en una evidente y estridente condición de inferioridad frente a sus compañeros de trabajo, incluso realizan prestaciones iguales a la de sus colegas, y en todo caso tienen la convicción de contribuir al resultado final de la Empresa comitente (167); no debe consentirse que el trabajador, por efecto del diafragma constituido por la relación de contrata, que ligue a su empleador con el empresario comitente, venga a encontrarse en una situación salarial y normativa inferior respecto a la reconocida a su compañero de trabajo, directamente dependiente del comitente, cuando su obra, aunque sea a través del contratista, llegue al primero» (168).

La legislación, prescindiendo de los criterios normales del juego de la autonomía de la voluntad individual, e incluso de la misma autonomía colectiva, realiza así una función sustitutiva del tratamiento de origen por el tratamiento de la Empresa principal en la medida en que éste puede favorecer a los trabajadores. Más exactamente, no se trata tanto de extender una normativa más allá de su ámbito propio de origen (lo cual encontraría dificultades en los sistemas de libertad sindical y autonomía colectiva privada), sino de excluir la diferencia o discriminación entre las condiciones realmente gozosas por unos y otros trabajadores (169).

(167) *Relazione al Senato*, de DEL BOSIO, loc. cit., pág. 140, que cita, además, como argumento de autoridad, el siguiente texto de la Comisión parlamentaria: «aun prescindiendo de planteamientos ideológicos, un hecho es cierto: el complejo de quienes trabajan en una Empresa constituye una comunidad humana; independientemente de la existencia o no de una relación jurídica directa con la Empresa, hay afinidades que nacen de la comunidad de vida en el trabajo, existen vínculos de solidaridad que derivan del común objetivo final que, en el campo económico, la Empresa tiende a conseguir, hay un directo conocimiento personal, hay, en el fondo de cada uno, una tendencia insuprimible a considerar comparativamente la posición propia con la de quienes lo circundan. El perímetro de la Empresa constituye no sólo una delimitación territorial, sino el confín dentro del cual una comunidad de hombres se reúne y opera, con la misma vocación, con una intensidad de relaciones humanas, con una identidad de ansias y de esperanzas, en las que los problemas, los ideales, los sentimientos, las aspiraciones, las necesidades de cada uno, aunque sea en parte, se expresan. Y por todos tiene que advertirse necesariamente la exigencia de que sea única la ley en la misma comunidad».

(168) Así, LORIGA: *La disciplina giuridica*, cit., pág. 135.

(169) SPANO: *Il divieto*, cit., pág. 86.

Estas ideas, pese a su indudable fundamento, no han sido tenidas en cuenta por los redactores del Decreto, que se han limitado a establecer unas garantías de pura solvencia económica, pero no han fijado ninguna medida de evitación de estas situaciones de desigualdad, y traslativamente frente al «fenómeno de evasión al tratamiento legal o contractual de los trabajadores» (170), y ello aunque esta preocupación ya preocupara hacía bastantes años en el campo concreto de las contratistas de obras públicas. La omisión de una medida de este tipo es, además, especialmente criticable si se tiene en cuenta que la igualdad de trato, pese a las notables aportaciones de la doctrina (171) no han llegado a calar en nuestra jurisprudencia, ni siquiera en su marco propio de comparación entre las condiciones de trabajo de los trabajadores de un mismo empleador; ello hace, en todo caso, impensable que a través de la jurisprudencia se complete esa regulación, evitándose las diferencias entre los trabajadores del contratista y los del empresario principal.

Sin embargo, hay que reconocer que el problema entre nosotros puede ser menos grave que en los países en los que a la disciplina colectiva le falta la eficacia *erga omnes* que tienen entre nosotros, y además por la existencia de las reglamentaciones y ordenanzas de trabajo, cuya eficacia general puede asegurar si no una igualdad fáctica de condiciones, sí, al menos, la aplicación de un mínimo nivel normativo de condiciones (172), más allá, incluso, de

(170) DEL BOSIO: *Relazione*, cit., pág. 140.

(171) Cfr. CREMADES: *El tratamiento igual en la Empresa*, REVISTA POLÍTICA SOCIAL, número 83, págs. 15 y sigs.

(172) En la *Relazione* del senador DEL BOSIO, se decía: «si bien tal fenómeno (el de la evasión) deberá próximamente, a menos en gran parte, cesar con la efectiva actuación de la ley que hará obligatorio *erga omnes* los convenios colectivos de trabajo», loc. cit., pág. 140. Incluso el nivel normativo mínimo de condiciones puede ser desigual, dado el gran juego que entre nosotros tiene el convenio colectivo de Empresa, e incluso el Reglamento de régimen interior. Por ello, no son infrecuentes los casos de una desigualdad de tratamiento, en contra de las ideas antes aceptadas, piénsese, por ejemplo, en el personal de contrata de limpieza en actividades con niveles salariales rectoriales relativamente altos, como la banca. Existe el peligro de utilizar precisamente la contrata para eludir normas sectoriales y de Empresa. Ello, sobre todo, cuando no haya exigencias técnicas que pongan esa forma, cuya finalidad única puede quedar así en un mero ahorro en el coste de la mano de obra. No es ningún secreto que existen estudios de costos al respecto que demuestran, por la inexistencia de una regla que imponga la igualdad de tratamiento, un considerable ahorro en costes sociales por la utilización de la contrata, ahorro, lógicamente, en perjuicio directo de los trabajadores.

Sobre la diferencia entre tratamiento mínimo y tratamiento efectivo, vid., SPANO: *Op. cit.*, págs. 87 y sigs.

una aplicación rígida del principio de unidad de Empresa, precisamente en perjuicio de los trabajadores y en elusión de una normativa más favorable y más apropiada para la naturaleza de la actividad que desempeña. Ello sí que puede preverse que puede ser aceptado por nuestra jurisprudencia y nuestra praxis administrativa (173).

MIGUEL RODRÍGUEZ - PIÑERO

(173) Por lo reciente de la disposición no cabe hacer aún balance de su aplicación. Hasta el momento, parece que el Decreto se ha intentado aplicar fundamentalmente a supuestos de interposición, habiéndose publicado en la prensa decisiones de Magistratura, que al hilo de la información periodística parece aplicar restrictivamente el Decreto. No conocemos, al contrario, ningún caso de aplicación del artículo 4.º