

La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral

◆ Por **Juan Gorelli Hernández**, Profesor Titular de la Universidad de Sevilla.

Uno de los principales retos que se nos presenta en la actualidad a los laboristas es el de la descentralización productiva. Se trata de un nuevo sistema de producción ante el cual nuestro ordenamiento laboral no da aún respuestas adecuadas o suficientes. Ello genera que existan importantes lagunas desde el punto de vista de la tutela de los trabajadores afectados por estos procesos productivos; sobre todo por el hecho de que la regulación laboral solo contempla esta realidad de una manera muy limitada y, consecuentemente, ofrece una tutela también limitada, de manera que hay importantes colectivos laborales que quedan fuera del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. Es esta cuestión la que nos interesa: la existencia de trabajadores afectados por procesos de descentralización productiva que no están regulados de ninguna manera por parte del ordenamiento laboral; de modo que están huérfanos de protección ante situaciones en las que hay una pluralidad de empresarios. Lo que planteamos en este trabajo es la posibilidad de deducir del ordenamiento algún mecanismo de tutela para estos trabajadores.

1. LA DESCENTRALIZACIÓN COMO FENÓMENO PRODUCTIVO

1.1. Configuración jurídica de la descentralización productiva

El sistema de producción fordista, imperante durante buena parte del Siglo XX y caracterizado por el hecho de que cada empresa se han encargado de la totalidad del ciclo productivo, organizando de manera directa los diferentes pasos para producir un determinado bien o servicio ha entrado, sobre todo a partir del último cuarto del Siglo XX, en franca crisis. El problema es la escasa capacidad de adaptación del mismo a las alteraciones del mercado; o mejor dicho, que muestra una excesiva lentitud en sus respuestas ante la acelerada evolución del mercado. Una de las consecuencias de un mundo globalizado e interconectado gracias a los adelantos tecnológicos en telecomunicaciones e informática es el hecho de que haya un continuo proceso de cambio en las necesidades productivas. Desde este punto de vista, la capacidad de adaptación es hoy uno de los elementos, quizás el más importante, sobre los que radica el éxito económico de las empresas. En este sentido la descentralización es un método a disposición de las empresas para adaptarse a un entorno económico cambiante.

Desde una perspectiva conceptual la doctrina laboral ha destacado como la descentralización productiva se plantea fundamentalmente como un mecanismo de externalización; es decir, supone sacar fuera de la empresa una determinada parte del proceso productivo. Así, BLAT GIMENO, estableció por primera vez una delimitación del fenómeno, señalando que «Grosso modo, la descentralización productiva consiste en la transferencia al exterior de la empresa de actividades hasta entonces asumidas internamente o que, según el común modelo de organización empresarial, habrían sido directamente gestionadas» (1). O insistiendo en esta externalización, MONEREO PEREZ se-

(1) BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización productiva», en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 20.

ñalaba que la externalización «consiste en confiar una parte variable de la actividad a empresas o personas que no están vinculadas por un contrato de trabajo, es decir, la sustitución de la producción interna por la colaboración externa» (2). Coincidiendo con la anterior configuración, DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA se refieren a la descentralización como «toda externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por un misma empresa» (3). Pero me limito a señalar tan sólo alguna de las múltiples intervenciones que podemos encontrar entre la doctrina laboral, apuntando, por lo común, todas ellas en este sentido (4).

A tenor de todo lo expuesto con anterioridad, es claro que la idea que preside este proceso de descentralización productiva es fragmentar el ciclo productivo (5): de la empresa que lo asumía completo en todos sus aspectos y dimensiones, que elaboraba un producto y lo comercializaba, se ha pasado a empresas que han ido trasladando diversas partes de ese ciclo hacia el exterior, hacia otras empresas que se encargan de una fase, concreta y determinada del mismo, segmentándolo entre diversas empresas. Se trata de una «desintegración vertical» del proceso de producción (6).

1.2. Heterogeneidad de la descentralización productiva

Tal como vemos el fenómeno de la descentralización productiva es bastante heterogéneo, lo que dificulta reconducirla a categorías jurídicas estándar. En este senti-

(2) «La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos», *Ibidem*, Madrid 1994, pág. 22.

(3) DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *Relaciones Laborales*, Tomo II de 1999, pág. 532.

(4) Así, vid. CRUZ VILLALON, J.: «Outsourcing y relaciones laborales», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid 2000, pág. 253; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: «La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la "crisis" del trabajo subordinado», *Aranzadi Social Tomo V de 2001*, págs. 512 y 513; LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia 2003, pág. 19; MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch Valencia 2004, pág. 35 y 36; GARCIA MONTALBAN, C.: «Ámbito material en las contratas y subcontratas», en AA.VV., *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid 1999, pág. 58; DE VAL TENA, A.: «La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes», en AA.VV., dirigidos por J. Rivero Lamas, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 84; LOPEZ SANCHEZ, C.: «Subcontratación y cesión ilegal: delimitación y responsabilidades empresariales por la cesión ilegal de trabajadores», en AA.VV., dirigidos por J. Rivero Lamas, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 278; CERDA MICO, A.: «La ingeniería laboral y Outsourcing», *Aranzadi Social*, Tomo V de 1998, página 1194.

(5) RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo», en AA.VV., *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS 2000, pág. 22.

(6) En este sentido COSTA, M.T.: «Aproximación a las causas y efectos de la cooperación entre empresas», en AA.VV., *Debates sobre el empleo en España*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1992, pág. 265; de igual modo, MILGROM, P. y ROBERTS, J.: *Economía, organización e management*, Zanichelli, Bologna 1994, pág. 822.

do, un análisis del mismo evidencia como hay distintas vías para alcanzar el resultado de la descentralización productiva.

Debe reconocerse que la contrata o subcontrata de obras o servicios ocupa un papel absolutamente central y básico en el mundo de la descentralización productiva (7), pues la mayor parte de los mecanismos de descentralización se plasman a través de la institución jurídica de las contratas o subcontratas de obra o servicios reguladas por el art. 42 ET. De hecho, como ha destacado la doctrina laboral, pueden darse dos acepciones diferentes de contrata y subcontrata: una noción amplia, que abarcaría cualquier supuesto de descentralización productiva por la vía de remitir al exterior alguna parte del proceso productivo; y en segundo lugar, la interpretación estricta como negocio jurídico a través del cual se contrata a un tercero para que ejecute ciertas actividades o servicios (8). Esto pone de manifiesto uno de los principales problemas de nuestro ordenamiento y al que nos referiremos posteriormente: el ordenamiento laboral no hace frente a todos los mecanismos a través de los que puede desarrollarse la descentralización productiva, sino a unas pocas situaciones que encajan sobre todo en el mencionado art. 42 ET.

Otro mecanismo de descentralización productiva en el que podemos pensar es la constitución de grupos de sociedades en los que la empresa principal cesa en el desarrollo de parte de su actividad productiva, quedándose tan sólo con lo que hemos denominado «*core business*». El resto de la actividad lo desarrollan empresas que mantienen vínculos de control con la dominante (en las diferentes acepciones de los grupos de empresa). Una vez finalizada cada una de ellas su actividad productiva, la dominante o principal se limita simplemente a adquirir los bienes producidos por las auxiliares.

De otro lado, la descentralización productiva supone también un incremento del trabajo autónomo, tanto del autónomo que podemos denominar como típico o tradicional, como del trabajo autónomo en el que existen importantes elementos de dependencia económica. Lógicamente esto supone que las relaciones productivas se reconducen del ámbito del Derecho del Trabajo a mecanismos de carácter civil o mercantil.

Otro de los mecanismos que se están utilizando con mayor éxito por parte de las empresas es adoptar una estrategia de producción en red o redes de empresas, fenómeno económico que admite múltiples tipologías, lo cual hace difícil de aprehender en términos jurídicos (9). Se trata de

(7) Vid. CRUZ VILLALON, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *RL Tomo I de 1992*, pág. 116.

(8) Así, BLAT GIMENO, F.: «Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva», tesis doctoral inédita, Valencia 1989, pág. 53. Este mismo autor en «El marco socioeconómico (...)», op. cit., página 47.

(9) Sobre las notorias dificultades para delimitar este fenómeno y sus múltiples aspectos o tipologías, vid. MOLINA NAVARRETE, C. y GARCIA JIMENEZ, M.: «Las nuevas formas de organización jurídico-económica de la empresa en la negociación colectiva: de los "grupos" a las "redes"». Problemas y expe-

una estrategia a través de la cual las empresas, que no pueden desarrollar la totalidad de su proceso productivo, buscan colaboradores o aliados estables para el desarrollo de proyectos (no permanente pero tampoco puntual). En este caso no hay una empresa que domina todo el proceso productivo, sino que éste se reparte entre varias dentro de un ámbito geográfico concreto, de manera que se integra «la actividad económica de cada uno en una red de relaciones recíprocas, mutuamente ventajosa, pensada para optimizar el esfuerzo colectivo, por lo que el éxito de cada empresa se vuelve más probable» (10).

Quizás el elemento más atrayente de este sistema de actuación a través de una red de empresas sea justamente las relaciones inter empresariales que se establecen entre unas y otras empresas. La cuestión no es sencilla: de un lado, no hay una relación de carácter vertical; es decir, no estamos ante una típica situación en la que se produce un importante nivel de subordinación, sino que se trata de una relación de cooperación, de carácter horizontal, caracterizada por una determinación común de los fines y objetivos que se persiguen (11). No obstante, si bien las relaciones se producen entre iguales, será necesario que, al menos haya una determinación por parte de alguna de las diferentes empresas vinculadas en el sentido de tomar las decisiones estratégicas (12). En la práctica esto implica un cierto nivel de relaciones asimétricas entre las diferentes empresas que forman parte de la red, pues alguna de ellas ha de tomar el papel de líder respecto de las demás (13).

También cabe hacer referencia a la externalización a través de la contratación de empresas de trabajo temporal (ETT). A través de las ETTs puede adquirirse subordinación en el mercado sin necesidad de asumir la posición de empleador de los trabajadores que desarrollan la actividad productiva (14). Este mecanismo hace posible lo imposible, pues facilita externalizar aquello que por definición no es externalizable en Derecho del Trabajo: la estipulación misma del contrato de trabajo (15). De ahí que digamos que en estos casos

lo que se externaliza es el trabajo, pero no la producción.

1.3 La descentralización como fenómeno jurídico fisiológico y no patológico: la licitud general de la descentralización productiva

Tradicionalmente en el ámbito jurídico laboral nos hemos enfrentado a los fenómenos de pluralidad empresarial entendiendo que son fenómenos de carácter patológico, pues se facilita la elusión de la condición de empresario a través de sujetos interpuestos. No es de extrañar, por tanto, que intervención de terceros empresarios en el desarrollo de la prestación de trabajo se observe con tremenda cautela. Podemos recordar, por ejemplo, la opinión de MARTINEZ EMPERADOR que señalaba cómo la utilización de trabajadores sin asumir la condición de empresario era contraria al principio de estabilidad en el empleo (16). Dada la existencia de planteamientos de este tipo, no es extraño que los estudios iniciales sobre esta cuestión se acercasen a la descentralización desde una consideración como fenómeno patológico (17). Además, esa visión patológica inicial se refuerza ante el hecho de que la descentralización implica como fenómeno de organización de la empresa que rompe el esquema tradicional de relación contractual bilateral y se desarrolla en un marco de expansión incontrolada de relaciones triangulares (18), de manera que el trabajador realiza una prestación de trabajo que va a beneficiar a un tercero que no es realmente su empresario; en definitiva, de la bilateralidad en la relación se pasa a una relación contractual caracterizada por una dualización en la figura del empresario.

Sin embargo, desde la perspectiva actual este planteamiento debe corregirse, pues la descentralización productiva no es un fenómeno patológico, sino fisiológico: lo que antes era negativo ahora se considera positivo e incluso necesario para la buena marcha económica de las empresas (19); es decir, la descentralización se integra entre los sistemas ordinarios de gestión empresarial como una de las posibles opciones de las que dispone el empresario a la hora de organizar su empresa de una manera eficiente (20). Dicho de otra manera, se admi-

te que la opción empresarial por organizar su sistema productivo en base a la externalización de funciones no sólo es lícita, sino que no es ni siquiera extraña en el ámbito productivo moderno. Por lo tanto cabe hablar de una auténtica normalización de estos fenómenos, llegando a alcanzar dimensiones insospechadas hace apenas unos pocos años (21).

Desde este punto de vista debemos afirmar que la descentralización es una decisión estratégica de la empresa, que se ampara en la libertad de empresa reconocida expresamente en el art. 38 de la constitución (22). Lógicamente esto supone admitir que la descentralización, como tal, es un fenómeno de carácter lícito (23).

Nuestro ordenamiento no presenta de manera expresa ninguna restricción sobre el fenómeno de la descentralización productiva. En este mismo sentido se ha afirmado por parte de la jurisprudencia laboral que no existe «ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (...) lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores» (24). A tenor de esta jurisprudencia la descentralización es, con carácter general, un proceso lícito, si bien es indispensable establecer los adecuados mecanismos de tutela de los trabajadores.

2. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y ORDENAMIENTO LABORAL

2.1. La reacción del ordenamiento laboral ante la descentralización productiva

Llegados a este punto, hemos de preguntarnos cómo ha reaccionado nuestro ordenamiento ante este fenómeno económico y productivo; y la respuesta es bastante descorazonadora: se trata de una regulación desfasada, que no contempla con carácter general la descentralización productiva, limitada y tremendamente heterogénea.

De entrada, hemos señalado que se trata de una regulación desfasada: vamos a encontrarnos que hay una falta de adaptación por parte de la regulación laboral a estos nuevos fenómenos productivos. El ordenamiento nacional pretende resolver los problemas de la descentralización en base a instituciones jurídicas surgidas con anterioridad a este nuevo sistema de organización productiva y que no están diseñados para hacer frente a esta realidad. En este sentido, tal como señalaba RIVERO LAMAS, el régimen jurídico vigente no es el más adecuado para dar respuestas a las múltiples cuestiones que pueden plantearse entre los trabajadores y las empresas auxiliares y principales. Estamos ante una regulación nacida, en sus aspectos esenciales y básicos, en momentos muy anteriores a la expansión de la descentralización productiva; consecuentemente, no contempla los múltiples aspectos y aristas que puede presentar este fenómeno, caracterizado por el particularismo de sus mecanismos instrumentales (25). En definitiva, estamos ante una regulación del Siglo XX con la que pretendemos resolver problemas del Siglo XXI.

De otro lado estamos ante una normativa que no se enfrenta a la descentralización productiva de manera general, sino que se limita a regular tan sólo alguno de los mecanismos a través de los cuales pueden producirse situaciones de descentralización productiva. La carencia de una regulación general se evidencia ante el hecho de que tanto estatutariamente o en materia de Seguridad Social, se establecen normas diferenciadas en función de cual sea el instituto jurídico elegido por los empresarios (contrata o subcontrata, cesión, transmisión de empresa, etc.). No contamos con una regulación general sobre extensión de responsabilidad en caso de descentralización productiva, sino normas que se refieren a fenómenos puntuales.

El principal mecanismo regulado en nuestro ordenamiento para hacer frente a la descentralización productiva es la contrata y subcontrata de obras y servicios. Su configuración jurídica se contiene en el art. 42 ET, de manera que todos aquellos fenómenos que no encajen en el mismo van a quedar probablemente fuera del ámbito del Derecho del Trabajo. Esto supone que vamos a encontrar todo un conjunto de trabajadores a los que la regulación laboral no ofrece mecanismo alguno de tutela pese a estar sometidos a supuestos de pluralidad empresarial.

Más aún, es una normativa ciertamente limitada: aún cuando pueda realizarse una interpretación flexible de lo que debemos entender por contrata o subcontrata, podemos señalar como el propio art. 42 ET presenta una importante limitación a su ámbito de aplicación: la exigencia de «propia actividad» para que sea de aplicación dicho precepto.

riencias», en AA.VV., *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del Siglo XXI: presente y futuro inmediato*, UGT-Andalucía, Sevilla 2006, pág. 356 y ss.

(10) ESPOSITO, M.: «La movilidad del lavoratore a favore del terzo», Jovene Editore, Napoli 2002, pág. 7.
 (11) En este sentido afirma FERNANDEZ LOPEZ, M.F., que «(...) la relación ascendente/descendente entre las empresas participantes se ve sustituida por la cooperación, la común determinación de objetivos y fines»; «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar», en AA.VV., *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid 2004, pág. 61.
 (12) Tal como señalan BRUNET ICART, I. y ALARCON ALARCON, A., la organización en red «se caracteriza por una jerarquía plana, una elevada independencia de cada una de las unidades de organización y una elevada multiplicidad de formas de organización localmente diferentes»; op. cit., pág. 151.
 (13) En este sentido OJEDA AVILES, A.: «Aspectos laborales (...)», pág. 801.
 (14) CHIECO, P.: «I tratti saliente della somministrazione di lavoro, del distacco e dell'appalto labour intensive», en AA.VV., coordinados por D. Garofalo y M. Ricci, *Percorsi di Diritto del Lavoro*, Cacucci Bari 2006, pág. 513.
 (15) En este sentido LISO, F., en AA.VV., coordinados por F. Liso y H. Carabelli: *Il lavoro temporaneo. Comento alla legge n. 196/97*, Milán, Franco Agnelli 1999, pág. 21.

(16) «El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras o servicios», Madrid, IES, Ministerio de Trabajo, pág. 2.
 (17) En este sentido CORAZZA, L.: «Contractual integration» e rapporti di lavoro, Cedam, Padua 2005, pág. 7; o MOLERO MARAÑON, M.L.: «Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral», *Relaciones Laborales*, Tomo I de 2001, pág. 568.
 (18) Así MOLERO MARAÑON, M.L.: «Sobre la inminente necesidad (...)», op. cit., página 568.
 (19) Sobre la nueva perspectiva fisiológica de la descentralización, vid. LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia 2003, pág. 20; GARCIA MONTALVAN, C.: «Ámbito material en las contratas y subcontratas», en AA. VV., *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid 1999, pág. 58.
 (20) RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: «La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la "crisis" del trabajo subordinado», *Aranzadi Social* Tomo V de 2001, pág. 517.

(21) En este sentido VALDES DAL-RE, F.: «La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa», *RL* n° 18 de 2001, pág. 2; de igual manera señala MOLERO MARAÑON, M.L.: *La descentralización productiva en la Unificación de Doctrina*, La Ley, Madrid 2003, pág. 15. De igual opinión LLANO SANCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid 1999, pág. 4; o LOPEZ SANCHEZ, C.: «Subcontratación y cesión ilegal: delimitación y responsabilidades empresariales por la cesión ilegal de trabajadores», en AA.VV., dirigidos por Juan Rivero Lamas, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El "outsourcing"*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, págs. 278 y 279.
 (22) RIVERO LAMAS, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV., *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El "outsourcing"*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 26.
 (23) RIVERO LAMAS, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva (...)», op. cit., pág. 26.
 (24) STS 27 oct. 1994.

(25) RIVERO LAMAS, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva (...)», op. cit., página 27.

Por otra parte, es importante resaltar su heterogeneidad: el conjunto normativo establecido por el legislador para hacer frente a estos fenómenos es reducido (principalmente los arts. 42, 43 y 44 ET, arts. 104 y 127 LGSS y la regulación de ETTs); pero se establecen reglas que pueden ser muy diferentes. De un lado hay una duplicidad de instrumentos básicos de tutela: la responsabilidad solidaria, pero junto a ella también la subsidiaria. Debemos señalar que el instrumento básico es la responsabilidad solidaria, mientras que la subsidiaria ocupa en la actualidad una posición ciertamente marginal, pues se aplica a supuestos mucho más concretos (responsabilidad ex art. 127.1 LGSS en caso de contrata y subcontratas y en caso de utilización de ETTs). Además, si analizamos el contenido de esos mecanismos de tutela constataremos cómo hay una evidente heterogeneidad entre los mismos: de un lado preceptos que consagran una responsabilidad fundamentalmente salarial (art. 42 ET o el art. 16.3 LETT), frente a preceptos en que se incluyen todo tipo de obligaciones derivadas del contrato de trabajo (arts. 43 y 44 ET). En el ámbito de Seguridad Social hay dos conjuntos normativos diferenciados: las normas de derecho sustantivo (arts. 42, 43 ET o art. 16.3 LETT), en las que se establece una responsabilidad de la empresa principal bastante amplia, referida a las deudas en materia de Seguridad Social en general; frente a otro conjunto normativo, el de las normas específicas de Seguridad Social (arts. 104 y 127 LGSS), donde se establece una responsabilidad más limitada, centrada sobre todo en el abono de las cotizaciones de Seguridad Social y el pago de prestaciones cuando la responsabilidad de su abono recae sobre la empresa auxiliar. Es evidente que el juego de estos elementos (diferente naturaleza de la responsabilidad –solidaria o subsidiaria– y distinto contenido material de la misma), plantea dificultades interpretativas, inseguridades jurídicas que siempre recaen de manera negativa sobre los trabajadores.

2.2. La configuración jurídica de la responsabilidad solidaria en la regulación laboral

Por último, hemos de destacar cómo, aún asumiendo que la solidaridad sea el principal mecanismo de tutela de los trabajadores que establece la regulación laboral, lo cierto es que se plantean importantes problemas desde el punto de vista de su estructura jurídica, pues la normativa laboral antes mencionada en ningún caso establece su configuración. En este sentido surge la duda de si estamos ante una obligación solidaria de las reguladas en los arts. 1137 y ss. del Código Civil.

Desde mi punto de vista, la esencia de la obligación solidaria reside en que hay una pluralidad de deudores, pero todos ellos ocupan una misma posición como deudores principales, pues están obligados al todo: cada deudor debe la totalidad de la prestación. Hay así una pluralidad de deudores, pero con unidad de objeto, pues si bien cada uno de ellos tiene su propia obligación, sin

embargo, todas conducen a una misma prestación, tienen un mismo objeto (26).

Pues bien, esta estructura no encaja con la mayor parte de los supuestos de responsabilidad solidaria contenidos en el ordenamiento laboral. Esto es especialmente evidente en el caso de la responsabilidad solidaria ex art. 42 ET. El dato fundamental es la posición de los sujetos responsables: mientras en la obligación solidaria todos los deudores ocupan su posición como deudores principales; por el contrario en el caso de la contrata o subcontrata vamos a encontrar cómo el contratista o subcontratista es deudor principal, mientras que el comitente lo es de manera secundaria, surgiendo su obligación no de manera originaria, sino sólo ante el incumplimiento del contratista. Por otra parte, mientras que en la obligación solidaria ex art. 1137 y ss del Código Civil los deudores responden por una deuda propia, en el art. 42 ET estamos claramente ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, no por hecho propio (27). Se evidencia, por tanto, que la responsabilidad solidaria del art. 42 ET cumple una función de garantía, lo cual hace que se asemeje a la fianza solidaria, regulada en los arts. 1822 y ss del Código Civil (28).

A la misma conclusión podemos llegar en el caso de la responsabilidad solidaria del art. 44 ET. También en este caso entendemos que estamos ante un supuesto en el que ambos empresarios son responsables solidarios: pese a la subrogación el cedente no se libera totalmente, sino que sigue vinculado por las deudas anteriores a la transmisión. En base a la subrogación entiendo que el cesionario va a ocupar la posición de deudor principal, mientras que el cedente sólo ocupa una posición de carácter secundaria o accesorio.

Si bien es una situación más compleja, también es posible llegar a la misma conclusión en caso de los arts. 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. Parecería que la responsabilidad solidaria en estos casos surge no sólo por el incumplimiento del contratista, sino también por el incumplimiento del empresario principal de su obligación de vigilancia. En consecuencia podría defenderse perfecta-

(26) Tal como afirma JORDANO BAREA, las obligaciones solidarias «serían las obligaciones que, aunque distintas, tienen el mismo objeto, de donde resulta que se tornan interdependientes, manteniéndose sus sujetos en idénticas posiciones jurídicas, salvo posibles excepciones (cfr. art. 1140 CC español)». «Las obligaciones solidarias», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pág. 861.

(27) Esta cuestión ya fue destacada por RODRIGUEZ PIÑERO, M.: «La regulación protectora del trabajo en contrata», RPS nº 93, pág. 51; de igual modo LLANO SANCHEZ, M.: «Responsabilidad empresarial (...)», op. cit., pág. 216.

(28) En este mismo sentido vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M.: «La regulación protectora (...)», op. cit., págs. 56 y 57; CALVO GALLEGU, J.: «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios», *Temas Laborales* nº 56 (2000), págs. 69 y 70; LLANO SANCHEZ, M.: «Responsabilidad empresarial (...)», op. cit., página 223; GARCIA MONTALBAN, C.: «Ámbito material en las contrata y subcontratas», en AA.VV., *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos y CARL, Madrid 1999, pág. 66; o GALA DURAN, C.: «La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de contrata y subcontratas de obras y servicios», en AA.VV., *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 244.

mente que estamos dentro del ámbito de las obligaciones solidarias simples de los arts. 1137 y ss del Código Civil. Sin embargo, en un supuesto de contrata o subcontrata, el contratista es el sujeto obligado al cumplimiento de las obligaciones preventivas respecto de sus trabajadores; es quien debe realizar las evaluaciones, establecer los controles de salud, facilitar formación a los trabajadores, etc. Por el contrario, el comitente tiene funciones de vigilancia. Consecuentemente, el daño que puede haber sufrido el trabajador se debe en realidad al incumplimiento de las obligaciones preventivas del contratista, no al incumplimiento de obligaciones del comitente. Desde este punto de vista se rompe la lógica de que el daño sufrido por el trabajador sea consecuencia de los incumplimientos de dos sujetos, comitente y contratista; pues en realidad el daño sufrido sólo es imputable al contratista, que es el sujeto obligado ante sus trabajadores para cumplir con las obligaciones establecidas en materia de prevención de riesgos laborales (29). Por ello, no hay una posición de paridad entre la empresa principal y las empresas contratistas o subcontratistas respecto del cumplimiento de esos deberes, y por ello mismo no puede haberla desde el punto de vista de la responsabilidad. Empresario principal y contratista no están obligados a lo mismo, no tienen la misma obligación en materia preventiva; consecuentemente no ocupan la misma posición desde el punto de vista de la responsabilidad, de manera que el principal asume realmente una responsabilidad solidaria como mecanismo de garantía, a modo de fianza; estaríamos ante una fianza solidaria.

Para terminar, debemos señalar que en caso de la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET), tampoco estamos ante un supuesto de obligación solidaria ex arts. 1137 y ss. del Código Civil. En realidad, ni tan siquiera estamos aquí ante un supuesto de extensión de la responsabilidad al cesionario: el cesionario, como empresario real, debe hacer frente a esta posición, de modo que una vez declarada la cesión ilegal asume su verdadera posición como empresario del trabajador; razón por la que pasa a ser el deudor principal de las obligaciones laborales. Su responsabilidad es directa, no hay una verdadera extensión de la responsabilidad (30). A quien se va a extender la responsabilidad es al ceden-

(29) En este sentido afirma GARCIA MURCIA, J., que «La empresa principal en su condición de principal, y en relación con los trabajadores de esas otras empresas, no tiene las obligaciones propias del empresario (evaluación de riesgos, planificación de la prevención, formación, vigilancia de la salud, etc.) que le pertenecen en exclusiva a las empresas contratistas o subcontratistas. La empresa principal tan sólo tiene aquí un deber de vigilancia (art. 24.3 LPRL), que ciertamente, puede estar acompañado por otras obligaciones complementarias (...), pero que en ningún caso le otorga, a estos efectos, el papel de empresario de los trabajadores, ni le equipara a éste en las obligaciones de prevención de riesgos laborales. Por ello, no hay una posición de paridad entre la empresa principal y las empresas contratistas o subcontratistas respecto del cumplimiento de esos deberes, y por ello mismo no puede haberla desde el punto de vista de la responsabilidad». «La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales en los supuestos de pluralidad de empresarios», *Alcor de MGO*, nº 1 (2004), pág. 102.

(30) Así, afirma agudamente RODRIGUEZ RAMOS, M.J., que «se produce una extensión de obligaciones típicamente empresariales a un sujeto que no es empresario real de los trabajadores, en este caso el cedente». *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid 1995, página 160.

te, que no mantiene un vínculo contractual real, sino meramente ficticio, y pese a no ser empresario va a responder solidariamente; lógicamente, como sanción al haber intervenido en un negocio ilícito, fraudulento. En todo caso, si podríamos plantearnos que en este caso, en el caso del cedente, pudiera haber un verdadero supuesto de obligación solidaria.

2.3 Principales limitaciones de la normativa laboral: en especial respecto de la contrata y subcontrata

Si nos centramos exclusivamente en la principal manifestación normativa existente en nuestro ordenamiento sobre la descentralización productiva, podemos detectar cómo hay limitaciones evidentes en esta regulación. El precepto es el principal instrumento que dispone nuestro ordenamiento para hacer frente a la descentralización productiva; sin embargo, el déficit de tutela que presenta resulta evidente, y además desde varios puntos de vista. En primer lugar, por el concepto mismo de contrata. El término «contrata» no es precisamente un ejemplo de precisión (31), generando una falta de seguridad jurídica (32), pues no hay claridad sobre el conjunto de negocios jurídicos que se incluyen dentro del art. 42 ET como contrata o subcontratas. El legislador no ha prestado la más mínima atención a esta cuestión, por lo que surge la duda de si cualquier negocio jurídico de descentralización entra dentro de los parámetros del art. 42 ET (todo ello al margen del problema de si contrata y subcontrata son términos de significado sinónimo o diferenciado).

En líneas generales podemos afirmar que cualquier contrato a través del cual pueda realizarse el encargo de hacer frente a una obra o servicio específicos podría ser vía adecuada para estos fines; es decir, el objeto del contrato debe referirse necesariamente a una actividad, a un hacer específico (33). Por tanto, tal como señala GOERLICH PESET, cualquier contrato que tenga una funcionalidad idéntica o similar a los arrendamientos de obra o servicio, podrían ser utilizados para una contrata o contrata del art. 42 ET (34); incluyendo modalidades contractuales de carácter atípico.

Lo cierto es que, aun cuando se tenga una interpretación flexible, no todo mecanismo de descentralización

(31) Así, LOPEZ ANIORTE señala que no está claro cuál es su sentido jurídico, «pues, de una parte, tales expresiones tienen se extraen del lenguaje vivo de la calle, teniendo difícil traducción técnico-legal; y de otro lado, no todos los supuestos de «contrata» utilizados por el empresario –los denominados, en el ámbito económico, contratos de «outsourcing»– tienen encaje en el manto protector del art. 42 ET». *La descentralización productiva (...)*, op. cit., pág. 119.

(32) CALVO GALLEGU, J.: «La regulación laboral (...)», op. cit., pág. 62.

(33) CRUZ VILLALON, J.: «Descentralización productiva (...)», op. cit., pág. 122.

(34) «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios», en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 88. En esta misma dirección se ha manifestado en diversas ocasiones la jurisprudencia del TS; así las SSTs 29 oct. 1998; 18 mar. 1997; 23 dic. 1996; 14 dic. 1996; 18 nov. 1996.

productiva puede encuadrarse dentro de la contrata o subcontrata del art. 42 ET (35). La repercusión es evidente: hay múltiples situaciones de descentralización productiva en las que al no encajar en el art. 42 ET no se ofrece tutela alguna a los trabajadores afectados; se trata de simples relaciones de trabajo entre el empresario auxiliar y sus trabajadores. Pensemos por ejemplo en el *engineering* (36), el *outsourcing* informático (37), *factoring*, los servicios postventa de reparación o atención postventa a la clientela (38), concesión mercantil, franquicias, etc. La consecuencia de una situación de estas características es evidente: hay diferentes negocios jurídicos que son utilizados por las empresas con el objetivo de descentralizar su actividad productiva que están fuera del concepto de la contrata, por lo que no les será de aplicación a los trabajadores los mecanismos de tutela del art. 42 ET.

Dentro del ámbito de la contrata y subcontrata, encontramos otro problema importante: la exigencia de «propia actividad» para aplicar el art. 42 ET. Se trata de uno de los problemas más importantes que plantea el régimen jurídico de la contrata, pues en base a esta exigencia la regulación laboral sólo contempla determinado tipo de contrata: aquellas caracterizadas por versar sobre la propia actividad de la empresa principal. Consecuentemente la tutela que ofrece a los trabajadores se ve limitada por el cumplimiento de dicho requisito. Desde este punto de vista, la configuración de lo que debamos entender por «propia actividad» es esencial. Bien podemos decir que es el elemento clave a la hora de interpretar estos supuestos de extensión de responsabilidad (39).

En cuanto a su interpretación, hemos de señalar que en el inmediatamente anterior, han sido dos las posturas o posiciones interpretativas más importantes (40). De un lado, la teoría de las «actividades indispensables»; se trata de una interpretación amplia de lo que ha de en-

tenderse por propia actividad; a tenor de la cual existía propia actividad (y se aplicaba, por tanto, el art. 42 ET) cuando la contratista desarrollaba una actividad propia del ciclo o proceso productivo de la principal. Es decir, entraban en el art. 42 ET todas aquellas operaciones necesarias para el desarrollo de la actividad productiva. Por lo tanto, se incluirían no solo las actividades esenciales que formasen parte del ciclo productivo de la empresa, sino también las actividades complementarias (la limpieza, mantenimiento, vigilancia, etc.). Éste ha sido el planteamiento predominante entre la doctrina laboral y la jurisprudencia hasta mitad de la década de los años noventa del siglo pasado. Sin embargo, tras la intervención del Tribunal Supremo, la interpretación ha dado un giro hacia posiciones más estrictas, entendiéndose que por la vía de exigir la propia actividad, se pretende por el legislador una cierta reducción de las situaciones que pueden verse protegidas por la normativa en materia de contrata y subcontrata. Concretamente la STS de 18 de enero de 1995, posteriormente refrendada y aclarada por la STS de 29 de octubre de 1998, han introducido una nueva interpretación, que se centra en la «inherencia» de la actividad de la contratista al ciclo productivo de la principal; es decir, aquellas actividades que de manera directa tengan relación con el ciclo productivo de la empresa y no con las tareas complementarias del mismo. Desde este punto de vista se excluirían del ámbito protector de la contrata y subcontrata, todas aquellas actividades complementarias que no se correspondan con la actividad productiva específica de la empresa principal. Es decir, también aquellas que siendo indispensables no son inherentes al ciclo productivo de la empresa (vigilancia, transporte, limpieza, reparación, etc.) (41).

Desde este punto de vista, la «propia actividad» implicaría distinguir entre aquellas actividades que son necesarias para el fin productivo, pero que no forman parte del núcleo productivo central (42). Es decir, probablemente el sentido de la propia actividad sea el de distinguir entre aquellas actividades que ayudan de manera

directa a la consecución de la finalidad productiva y otras actividades, que formando parte del ciclo productivo, sin embargo tienen un carácter puramente complementario o marginal (43).

La delimitación de la propia actividad en un sentido estricto, dejando fuera a las actividades complementarias genéricas, supone una limitación tremendamente importante del ámbito de aplicación de la tutela que puede otorgarse a los trabajadores.

También podemos plantear el problema del encadenamiento de contrata y subcontrata; es decir, si en estos casos de encadenamiento hay también un encadenamiento de responsabilidades. ¿Dónde llega la responsabilidad generada por el incumplimiento de uno de los subcontratistas?, alcanza o no esta responsabilidad al principal; alcanza o no a todos los eslabones de la cadena de subcontrataciones (44). Una primera respuesta es que esta situación genere una responsabilidad en cadena, ya sea un encadenamiento pleno o absoluto, de modo que todos los empresarios, el principal, el contratista y los subcontratistas respondan solidariamente de los incumplimientos del subcontratista de un eslabón inferior; o un encadenamiento parcial, a tenor de la cual responde la principal de cualquier incumplimiento de las auxiliares, pero no responden los empresarios subcontratistas situados en eslabones intermedios; de manera que el trabajador sólo puede dirigirse contra su empresario y contra el comitente o principal.

La segunda respuesta es la negativa a aceptar la cadena de subcontratas; de manera que el principal sólo responde de las deudas generadas por el contratista, éste de las deudas de la empresa con quien haya subcontratado (adoptando así la posición de comitente a estos efectos) y así sucesivamente. En este caso el trabajador puede reclamar contra su empresario y contra el empresario situado en el eslabón superior.

La opinión más extendida es favorable a la extensión de responsabilidad al principal y a todos los empresarios subcontratistas que ocupen una posición superior al eslabón donde se genera la deuda laboral (45). Más extraño

es el supuesto de admitir el encadenamiento parcial, es decir, que el empresario principal sea responsable en caso de subcontratación, pero esa responsabilidad solidaria no alcance a las empresas auxiliares intermedias (46).

Frente a estas opiniones favorables al encadenamiento de responsabilidades, también contamos con opiniones contrarias. Fundamentalmente este posicionamiento se basa en la consideración de que el art. 42 ET está planteando una relación exclusivamente bipolar o bímembre entre dos personas y que no contempla realmente la posibilidad de que tras una contrata el contratista pueda a su vez subcontratar la obra o servicio; de modo que la responsabilidad solidaria es una relación que sólo afecta a cada comitente con su contratista, sin que vaya más allá y sin que la responsabilidad solidaria se extienda a otros eslabones de la cadena (47). Lógicamente esto supone admitir que este precepto, cuando utiliza los términos contrata y subcontrata, los está utilizando como términos sinónimos, y no con carácter técnico jurídico (48).

Es evidente que en función de cuál de las tres opciones se adopte, el nivel de tutela y de protección de los trabajadores afectados será mayor o menor, pues será totalmente distinto el conjunto de patrimonios que puede tener a su disposición. En definitiva, en función de cuál sea la postura que se adopte, a favor o en contra del encadenamiento de contrata y de responsabilidades, la tutela ofrecida a los trabajadores será más o menos amplia. Caso de rechazar el encadenamiento de responsabilidades, los trabajadores afectados tendrían una posición mucho más débil y expuesta. Si, por el contrario, optamos por aceptar el encadenamiento de responsabilidades, su posición jurídica será mucho más fuerte.

3. UNA TEORÍA GENERAL SOBRE LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

3.1 La extensión de responsabilidad como respuesta a la falta de regulación laboral de la descentralización productiva

Tal como hemos visto a través de lo anterior, es evidente que el legislador no ha establecido una regulación general sobre la descentralización productiva, a conse-

GARCIA MURCIA, J.: «El trabajo en contrata y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS* nº 130, pág. 42; OLMO GASCON, A.M.: *Los derechos laborales del trabajo en contrata*, Comares, Granada 2002, pág. 118 y ss; MATEOS BEATO, A. y MARTIN JIMENEZ, R.: *La derivación de responsabilidad por deudas de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid 2003, pág. 42; LOPERA CASTILLEJO, M.J.: op. cit., pág. 159; LOPEZ i MORA, F.: op. cit., pág. 182; MONTOYA MEDINA, D.: op. cit., pág. 182.

(46) LOPEZ ANIORTE, M.C.: op. cit., pág. 252.

(47) CRUZ VILLALON, J.: *Descentralización productiva y responsabilidad (...)*, op. cit., pág. 125; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Cadena de contrata y responsabilidad (...), op. cit., pág. 49; también LLANO SANCHEZ, M.: «El alcance (...), op. cit., página 155; LLANO SANCHEZ, M.: «Responsabilidad empresarial (...), op. cit., página .

(48) Sobre esta cuestión RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Cadena de contrata y responsabilidad (...), op. cit., página 43.

(35) Vid. al respecto la STS 29 oct. 1998.

(36) Se trata de una modalidad del contrato de obra por el cual una empresa de ingeniería se compromete a realizar un proyecto de ingeniería, prestando posteriormente su colaboración para desarrollarlo; incluye, por lo tanto, prestaciones que van desde el asesoramiento, el desarrollo de un proyecto y la ejecución de la obra. Vid. MONTOYA MEDINA, D.: op. cit., pág. 72. Sobre su encaje dentro del art. 42 ET vid. la STS 27 jul. 1998.

(37) Se trata de desarrollar una prestación consistente en la realización de tareas de carácter informático para una empresa principal. Vid. las STSJ Cataluña 16 sept. 1994; y Canarias 16 mar. 2001.

(38) Vid. la STSJ Madrid 9 sept. 1996.

(39) De esta opinión se muestra CRUZ VILLALON, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad (...), op. cit., pág. 126; LUQUE PARRA, M.: «La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras y servicios», en AA.VV., dirigidos por Salvador del Rey Guanter, *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 270; MOLERO MARANÓN, M.L.: «La descentralización productiva (...), op. cit., pág. 78; MONTOYA MEDINA, D.: op. cit., pág. 118.

(40) Podemos ver esta distinción en DEL REY GUANTER, S.: «Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV., *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 36; CALVO GALLEGU, J.: «La regulación laboral española (...), op. cit., págs. 64 y ss; también en DE VAL TENA, A.: op. cit., págs. 95 y 96; MONTOYA MEDINA, D.: op. cit., págs. 129 y ss.

(41) Establece la STS 29 oct. 1998; que «Caben en principio dos interpretaciones de dicho concepto: a) la que entiende que la propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrará el concepto, además de las que constituyen el ciclo productivo de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; b) lo que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán propia actividad de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no nucleares quedan excluidas del campo y, en consecuencia de la regulación del art. 42 ET». Doctrinalmente CALVO GALLEGU, J.: «La regulación laboral española (...), op. cit., págs. 66 y ss; LOPEZ ANIORTE, M.C.: «La descentralización productiva (...), op. cit., pág. 128; LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas», en AA.VV., dirigidos por Juan Rivero Lamas, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «Outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 131; SANTOR SALCEDO, G.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», en AA.VV., dirigidos por Juan Rivero Lamas, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «Outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 202; MARTINEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones*, Fundación Confemetal, Madrid 1998, pág. 133; págs. 40 y 41; LLANO SANCHEZ, M.: «Responsabilidad empresarial (...), op. cit., pág. 80 y ss.

(42) DEL REY GUANTER, S.: op. cit., pág. 39.

(43) En este sentido CRUZ VILLALON, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad (...), op. cit., pág. 130.

(44) Sobre las distintas posibilidades vid. CRUZ VILLALON, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad (...), op. cit., página 124; también GALA DURAN, C.: «La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras o servicios: puntos críticos», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid 2000, pág. 383; por su parte, RODRIGUEZ-PIÑERO plantea los distintos supuestos reducidos sólo a dos, vid. «Cadena de contrata y responsabilidad del empresario principal», *RL* Tomo I de 1986, pág. 48; LOPEZ i MORA, F.: «El alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria en materia de subcontratación», en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 183 y 184; LOPEZ ANIORTE, C.: op. cit., pág. 123; LLANO SANCHEZ, M.: «Responsabilidad empresarial (...), op. cit., pág. 176.

(45) Sobre esta cuestión podemos ver a MARTIN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV., dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo VIII*, EDESA, Madrid 1988, pág. 263; o

cuencia de lo cual hay toda una serie de situaciones de descentralización productiva no contempladas por la normativa laboral. Se generan así toda una serie de vacíos o huecos de tutela para los trabajadores afectados por estos procesos de descentralización productiva. Se hace imprescindible analizar el ordenamiento jurídico para intentar localizar mecanismos a través de los cuales dotar de protección a estos trabajadores.

Desde este punto de vista entendemos que para alcanzar este objetivo hemos de rechazar la posición tradicional existente en nuestro Derecho del Trabajo: en aquellos supuestos en los que se produce una situación de pluralidad empresarial, normalmente se pretende averiguar quién sea el real empresario para, a partir de ahí, imputarle a él la responsabilidad. Creo que este principio no debe ser aplicable a estos supuestos de descentralización productiva, pues el eje sobre el que gira esta concepción es que los fenómenos de pluralidad empresarial se caracterizan por tener un carácter fraudulento; sin embargo, debemos recordar que cuando nos referimos a la descentralización productiva, tal como hemos señalado con anterioridad, estamos ante fenómenos económicos fisiológicos y no patológicos; en mecanismos que con carácter general son lícitos.

Si pretendemos establecer unos mecanismos de tutela adecuada para los trabajadores, considero que el mecanismo más adecuado es la extensión de responsabilidad; es decir, facilitar que el trabajador afectado por un proceso de descentralización productiva no regulado por el legislador pueda dirigirse no sólo contra su propio empresario (la empresa auxiliar), sino también contra la empresa principal. En el fondo no es sino aplicar la misma lógica que contienen los diversos preceptos laborales que regulan limitadamente la descentralización productiva (los arts. 42, 43, 44 ET, el art. 16.3 LETT, 104 y 127 LGSS o 42.3 LISOS) (49).

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de descentralización productiva regulados por la normativa laboral, en los que el legislador establece de manera expresa esa extensión de responsabilidad, estaríamos ante situaciones en las que no hay referencia normativa a esta cuestión. Lógicamente surge una duda, ¿de dónde podemos deducir esa extensión de responsabilidad? Si esta extensión no se establece expresamente por el legislador, tan sólo queda una vía: deducirla de las vinculaciones contractuales que se pro-

ducen en esta situación de prestación de trabajo para una pluralidad de empresarios.

Lógicamente del contrato de trabajo sólo deriva la responsabilidad de la empresa auxiliar como empleador del trabajador. La extensión de la responsabilidad debe deducirse, por tanto, de la otra relación jurídica: la establecida entre el empresario auxiliar y el empresario principal, del contrato civil o mercantil a través del cual la auxiliar se compromete a desarrollar una fase de la actividad productiva de la principal.

Sin embargo, un planteamiento de estas características presenta un importante problema: en nuestra regulación de obligaciones y contratos existe el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), a tenor del cual un contrato sólo puede afectar a las partes que lo otorgan. Si pretendemos una extensión de la responsabilidad a partir exclusivamente del vínculo contractual, esto supone un obstáculo importante, pues pretendemos que un sujeto ajeno al vínculo civil o mercantil pueda dirigirse contra ambos contratantes, no sólo contra su propio empleador, sino también contra la principal; todo ello en base a un contrato del cual el trabajador no forma parte.

Ahora bien, debemos resaltar cómo este principio se encuentra en una situación de evidente relajación (50), cuando no una abierta crisis del mismo (51). El tráfico jurídico, aún basado en la autonomía individual de la voluntad, no puede regularse por principios simples que contemplan una realidad trasnochada. La complejidad y dinamismo del tráfico jurídico implican que se revise esa concepción a tenor de la cual se considera que la relatividad del contrato implica un aislamiento de la relación jurídica que establece el contrato respecto de todos aquellos no han sido parte en el mismo. Ello no sería sino la constatación de algo que es evidente: que la creación de un vínculo jurídico puede afectar a las posiciones jurídicas de terceros que no han sido parte del mismo (52).

Desde este punto de vista la doctrina civil ha resaltado la existencia de distintos terceros a los efectos del contrato: en primer lugar, los terceros plenamente ajenos al contrato; es decir, que ni son obligados ni resultan afectados por el contrato, de manera que nunca entra en conflicto con las partes (53). Pero junto a ellos están

los terceros afectados por el contrato; es decir, aquellos sujetos que no son parte del contrato, pero tienen algún tipo de interés en el mismo, o se ven influidos por la relación jurídica contractual, positiva o negativamente (54). Desde la perspectiva laboral, frente a un supuesto de descentralización productiva, los trabajadores son terceros, pero terceros afectados por el contrato mercantil entre las dos empresas.

A partir de aquí hemos de centrarnos en analizar el ordenamiento jurídico para localizar si existe algún mecanismo a través del cual se pueda establecer una extensión de la responsabilidad hacia esos terceros afectados por el contrato entre ambas empresas; y creo que es posible encontrar instrumentos que facilitan dicha extensión; así, la acción directa consagrada en el art. 1597 del Código Civil.

¿Es aplicable el precepto al ámbito laboral, de manera que quien reclame sus créditos sean los trabajadores? La cuestión es discutida, pero entiendo que la respuesta debe ser positiva. Éste es un precepto cuya redacción es lo suficientemente amplia para permitir que en él se incluyan tanto trabajadores autónomos como subordinados. De otro lado, se trata de un precepto que nunca ha sido derogado, ni expresa ni tácitamente por la regulación laboral (55). Además, aún cuando exista una regulación de derecho especial que se impone a la normativa general o de Derecho común (me refiero al art. 42 ET), lo cierto es que el art. 1597 del Código Civil y el art. 42 ET no tienen el mismo ámbito de aplicación: el art. 42 ET no se refiere a toda obra o servicio, sino exclusivamente a aquellos que pertenecen a la «propia actividad». El art. 1597 Código Civil tiene un ámbito de aplicación distinto, pues no está limitado por la propia actividad. De ahí que haya manifestaciones doctrinales que estimen de aplicación el art. 1597 Código Civil a aquellos supuestos no protegidos por el art. 42 ET (56).

En todo caso, aún cuando seamos partidarios de enten-

(54) RODRIGUEZ GONZALEZ, J.I.: op. cit., pág. 124.

(55) Tal como señala MONTOTOYA MEDINA, el art. 1597 Código Civil no ha sido derogado formalmente, por lo que debe considerarse en vigor, al menos con carácter supletorio, de manera que aquellos supuestos de contratos que no estén protegidos a través del art. 42 ET encuentran que les será de aplicación la garantía establecido en el precepto de derecho común. Op. cit., pág. 84.

(56) Por todos MONEREO PEREZ, quien señala que «Este precepto se ha de considerar vigente, teniendo en cuenta que contempla un supuesto de hecho genérico referente a las ejecuciones de obra, incluyendo las que no correspondan a la propia actividad de la empresa principal (...) el art. 42 LET se reserva en exclusiva solamente el tratamiento normativo de las contrataciones correspondientes a la propia actividad del empresario contratista. De manera que los otros tipos legales de contrataciones, o relación de contrataciones, excluidas del tipo específico ex art. 42.1 LET se someten al régimen más general del art. 1597 CC». *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem, Madrid 1994, pág. 100. De igual manera podemos señalar a MARTIN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV., coordinados por Efrén Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales. Tomo VIII*, Madrid 1988, página 219; RODRIGUEZ PIÑERO, M.: «Cadena de contrataciones (...)», op. cit., pág. 47; GARCIA MURCIA, J.: «El trabajo en las contrataciones (...)», op. cit., pág. 15; o MARTINEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad en caso de subcontrata de obras y servicios*, IES, Madrid, pág. 46; GALA DURAN, C.: *La responsabilidad salarial (...)*, op. cit., pág. 253.

(50) En este sentido GONZALEZ PACANOWSKA, I., en AA.VV. dirigidos por Manuel Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1º*, EDESA, Madrid 1993, pág. 325.

(51) En este sentido RODRIGUEZ GONZALEZ, J.I.: *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho Español*, Colex, Madrid 2000, pág. 15.

(52) Tal como señala DIEZ-PICAZO, L., interpretar que la eficacia relativa implica que los contratos son unidades absolutamente independientes entre sí, sin ninguna posibilidad de encuentro, es «contrario a una contemplación global del universo jurídico, donde diferentes contratos se enlazan, en ocasiones, en una trama compleja, de suerte que no puede decirse que resulten siempre indiferentes para los terceros». *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 434.

(53) Los *penitus extranei* tal como los denomina la doctrina civil, así RAGEL SANCHEZ, L.F.: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pág. 33 y 34.

(49) En este sentido CRUZ VILLALON, J., quien es de la opinión de que la desmembración empresarial propia de las relaciones triangulares, «debería conducir, con naturalidad, a la aceptación de la presencia de un empleador plural, de modo que sujetos diversos asumen responsabilidades laborales respecto de unos mismos trabajadores acumuladas o separadas (...) la línea de tendencia puede ser la de abandonar las categorías formales de identificación o rechazo de la condición de empleador respecto de un concreto sujeto, para atender a una opción pragmática de imputación de responsabilidades laborales a una diversidad de sujetos, sin que constituya premisa para ello la atribución previa de la condición de empleador (...)». «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», en AA.VV., *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid 1999, pág. 56.

der que es factible la aplicación del citado precepto al ámbito del Derecho del Trabajo hemos de resaltar la escasa protección que facilita al trabajador: el propietario de la obra (el empresario principal), tan sólo responde hasta el límite de las deudas que él pueda haber contraído con el contratista (57). De esta manera, si no existen cantidades adeudadas por el comitente al contratista, el trabajador nada tendrá que reclamar contra el empresario principal. En conclusión, el art. 1597 Código Civil no ofrece un alto nivel de protección para los trabajadores.

3.2. La «utilizabilidad» de los contratos

Parece conveniente profundizar en la búsqueda de otros mecanismos a través de los cuales sea posible extender la protección de los trabajadores ante la descentralización productiva, y creo que es posible localizar dentro de la dogmática civil que ha estudiado los efectos de los contratos para terceros algún mecanismo aplicable a la situación de los trabajadores afectados por procesos de descentralización productiva no regulados expresamente por el ordenamiento laboral. Se ha señalado que los contratos tienen distinto tipo de eficacia: de un lado la eficacia directa, que surge entre los propios contratantes. Pero también tiene una eficacia respecto de terceros, existe así una eficacia indirecta de los contratos respecto de los terceros ajenos a las partes (58), existiendo distintas vías a través de las cuales los terceros pueden verse afectados por vínculos contractuales de los que resultan ajenos.

Siguiendo a DIEZ-PICAZO (59), dentro de la eficacia indirecta del contrato o incidencia del mismo en la esfera jurídica ajena a las partes, es posible distinguir entre la eficacia refleja del contrato y la eficacia provocada. En la eficacia refleja estamos ante supuestos de repercusión en los intereses de sujetos ajenos al contrato, repercusión que se debe a la conexión de diferentes contratos existentes entre los distintos sujetos, ya sea por el hecho de que determinadas relaciones jurídicas derivan de otras (un arriendo y un subarriendo) o por el hecho de que ciertas relaciones jurídicas se encuentran subordinadas (una fianza). Este nivel no es el que nos interesa desde la perspectiva de la descentralización productiva.

En cuanto a la eficacia provocada del contrato sobre los terceros (60), será necesario no sólo que haya un vínculo

(57) La perspectiva restrictiva en cuanto al ámbito de aplicación del art. 1597 CC (concretamente en relación a la cadena de contrataciones y subcontratas) se resalta por RODRIGUEZ PIÑERO, que señala cómo la jurisprudencia civil ha establecido que al tratarse de una excepción al principio de eficacia relativa de los contratos, debe ser interpretado restrictivamente. «Cadena de contrataciones (...)», op. cit., pág. 47.

(58) Como señala RAGEL SANCHEZ, L.F., la eficacia indirecta «se refiere al influjo que la actuación jurídica ajena ejerce sobre los legítimos intereses de los terceros, que deberán contar en el futuro con ella, aunque no estén obligados al cumplimiento de lo pactado». Op. cit., pág. 61.

(59) DIEZ-PICAZO, F.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Civitas, Madrid 1993, pág. 401 y ss.

(60) Esta es definida por DIEZ-PICAZO, como aquella que se produce «en relación con los terceros cuando el negocio jurídico es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión a iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego». *Fundamentos (...)*, op. cit., pág. 402.

lo contractual que pueda producir efectos sobre terceros ajenos al mismo, pero interesados, sino que ese contrato sea utilizado como fundamento para defender una determinada pretensión. Si dicho contrato se utiliza por una de las partes frente a un tercero ajeno al mismo, estamos ante la oponibilidad del contrato frente a terceros. Por el contrario, si estamos ante la utilización por parte del tercero del negocio jurídico para defender su pretensión ante una o ambas partes, estamos ante la utilizabilidad del negocio jurídico por parte del tercero (61).

Es esta justamente la vía que nos interesa: la posibilidad de que en aquellos casos en los que el ordenamiento no haya establecido de manera expresa una acción directa, o un mecanismo expreso de extensión de la responsabilidad, de manera que el trabajador cuente con un mecanismo que le permita dirigirse contra el empresario principal. Siguiendo a RAGEL SANCHEZ, estamos ante «la facultad de hacer valer una actuación ajena, en defensa del interés propio. Se caracteriza la utilizabilidad por ser alegada la actuación ajena precisamente por el tercero» (62). Este es un principio que la doctrina civil admite que pueda tener eficacia con carácter general, afirmándose que «El tercero puede siempre servirse del negocio ajeno frente a las personas que lo realizaron» (63).

Desde este punto de vista sería factible reclamar judicialmente por parte de los trabajadores no sólo contra su empresario, con quienes mantienen un contrato de trabajo, sino también frente al empresario principal pues, aún cuando no mantienen un vínculo contractual con él, sin embargo, sí existe un vínculo contractual entre ambos empresarios. Ahora bien, el hecho de que exista una posibilidad deducida de nuestro ordenamiento no implica que deba ser aplicable de manera automática al ámbito de las relaciones laborales en el marco de la descentralización productiva no regulada expresamente por parte del Derecho del Trabajo: es necesario, imprescindible, dotar este razonamiento de un fundamento jurídico suficiente para poder aplicarlo.

Creo que es posible señalar fundamento suficiente para la aplicación de esta doctrina al ámbito de la descentralización productiva, incluso creo que es posible señalar diferentes fundamentos a la extensión de la responsabilidad hacia la empresa principal. De entrada debemos poner el acento en el hecho de que la prestación de trabajo que desarrolla el trabajador beneficia al empresario principal. En los supuestos de descentralización productiva, en los que se manifiesta una relación triangular caracterizada por la pluralidad empresarial, de modo que repercute sobre el empresario principal, ese empresario debe quedar afectado por la respon-

sabilidad frente al trabajador con quien no mantiene relación laboral, pues se beneficia de la prestación de trabajo, percibe el resultado de la misma, lo adquiere, a veces, incluso de manera directa (64). Este es el fundamento de la extensión de la responsabilidad en contratas y subcontratas y es perfectamente aplicable a este otro ámbito de descentralización no regulado por nuestro ordenamiento. Es así como se conseguirá una situación de equilibrio entre los intereses del trabajador, que puede encontrarse sin patrimonio al que reclamar, y el empresario principal, que recibe la prestación de trabajo sin mantener vínculo laboral alguno, sin soportar, por tanto, los riesgos contractuales derivados de un contrato de trabajo (65). Dicho de otra manera, desde la perspectiva de las relaciones laborales, la descentralización productiva implica que la empresa principal va a tener todas las ventajas de la posición de empleador, pero ninguno de sus inconvenientes; pasando a ocupar el trabajador una posición mucho más expuesta. De ahí que la extensión de responsabilidad sea un mecanismo dirigido a equilibrar esta situación.

Pero junto a este primer fundamento encontramos otro de carácter diferente: la empresa principal procede a externalizar fases de su proceso productivo, pero pretende no dejar de controlar esa fase que se ha trasladado a un tercero. Desde este punto de vista es frecuente encontrar cómo los negocios jurídicos a través de los que se desarrollan estos procesos de descentralización productiva se van a caracterizar por el hecho de que se incluyen en ellos mecanismos de control o coordinación de la actividad empresarial que desarrolla la auxiliar. Desde este punto de vista podemos encontrarnos ante auténticas situaciones de «empresario subordinado» (66). Desde este punto de vista, al tener la empresa principal auténticas facultades directivas, es evidente que el vínculo contractual entre empresas afecta a los trabajadores, a sus propias condiciones de trabajo. Esta incidencia fundamenta perfectamente una reclamación dirigida contra la empresa principal.

(64) Tal como señala RODRIGUEZ-PIÑERO respecto de las contratas, «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», «La regulación protectora (...)», op. cit., pág. 48. Este mismo autor sostiene que la extensión de la responsabilidad en caso del art. 42 ET es una «garantía que se justifica por las ventajas económicas mediatas que el empresario principal recibe del trabajo de los trabajadores del contratista en la "existencia de una relación indirecta de aprovechamiento" (...) imponerle un papel de garante a causa del aprovechamiento indirecto del empresario principal de la prestación laboral desarrollada por el trabajador del contratista»; «Propia actividad...», op. cit., pág. 37 y 38. De igual manera, VALDES DAL-RE, F.; «Poderes y responsabilidades...», op. cit., página 27; MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «La descentralización productiva (...)», op. cit., página 125; LLANO SANCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial (...)*, op. cit., pág. 217.

(65) En este sentido VALDES DAL-RE, F.: «En las relaciones contractuales, el fundamento de la imputación de responsabilidad a quien no ostenta la condición contractual de empleador reside en un principio de justicia conmutativa. Cuantos se benefician de los resultados del trabajo por cuenta ajena, han de soportar las correlativas posiciones de débito derivadas de la relación laboral», «Poderes y responsabilidades...», op. cit., pág. 27. También desde una óptica de lograr el equilibrio, MONTOYA MEDINA, D.: Op. cit., pág. 218.

(66) OJEDA AVILES, A.: «Il Diritto del Lavoro oltre il contratto di lavoro subordinato», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º 95 (2002), pág. 469.

(61) Podemos ver esta distinción en RODRIGUEZ GONZALEZ, J.I.: Op. cit., pág. 160.

(62) Op. cit., pág. 72 y 73.

(63) DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos (...)*, op. cit., pág. 403.

Pero además, entendemos que hay un tercer elemento que fundamenta la extensión de la responsabilidad: en la descentralización productiva asistimos a situaciones en las que la empresa principal externaliza parte de su actividad productiva, pero esa fase del procedimiento sigue siendo necesaria para obtener el resultado productivo final de la principal. Desde este punto de vista, la descentralización supone que para alcanzar el mismo resultado productivo que antes lograba la empresa principal por sí sola, ahora intervienen dos empresas diferentes. Pero el dato básico es que el objetivo sigue siendo el mismo; es decir, hay un negocio jurídico entre empresas que articula una unidad de objetivo económico. Es decir, entre empresarios existe un interés común que lleva a desarrollar una actividad productiva en la que interviene el trabajador; actividad productiva en la que participan, en mayor o menor medida, los dos y de la que se aprovechan económicamente ambos (67). Desde este punto de vista ambos empresarios son partes de una misma operación económica (68), no sólo por el hecho de que les vincula un contrato mercantil o civil, sino sobre todo por el hecho de que ese vínculo contractual está diseñado para que ambos participen en el desarrollo de una actividad productiva, segmentada en fases, que ordenadas debidamente conducen a un fin común. De ahí que los dos empresarios resulten responsables: el empresario titular del contrato por esta condición y el principal por recibir también la prestación de trabajo.

Para terminar, entendemos que hay un último fundamento para esta extensión de la responsabilidad hacia el empresario principal: es posible detectar como suele producirse una importante conexión funcional entre el vínculo contractual establecido entre principal y auxiliar, y los contratos de trabajo que esta última establezca con sus propios trabajadores. La auxiliar contrata con la principal la asunción de parte del proceso productivo, para lo cual ha de poner en marcha sus propias capacidades productivas, para alcanzar la finalidad productiva común el auxiliar pone en juego a sus trabajadores; siendo necesarios para alcanzar el fin productivo y satisfacer los intereses de ambos empresarios. Desde este punto de vista se pone de manifiesto la clara conexión existente entre contrato civil o mercantil y contratos de trabajo, aún cuando los contratantes no sean idénticos. Esta circunstancia la podemos verificar con mucha más claridad si tenemos en cuenta que normalmente las auxiliares contratan personal específicamente dedicado a desarrollar la prestación de servicios que ha contratado con la principal.

(67) Tal como señala CORAZZA, «el significado que se pretende atribuir a las obligaciones subjetivamente complejas puede ser plenamente comprendido sólo si se tiene en consideración la unidad del fenómeno económico que hace de fondo a las obligaciones subjetivamente complejas, o lo que es igual, la conexión negocial entre contratos de trabajo y contratos mercantiles». «Contractual integration...», op. cit., página 178.

(68) En similar sentido, pero sobre las contratas y subcontratas, LLANO SANCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial (...)*, op. cit., página 218.

3.3. Configuración jurídica de la extensión de responsabilidad

Pero una vez hemos determinado la posibilidad de un mecanismo a través del cual puede establecerse una extensión de la responsabilidad hacia la empresa principal, hemos de configurar dicha responsabilidad, sobre todo en relación a la naturaleza de dicha responsabilidad y el contenido de la misma.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, me inclino por la solidaridad, pues es el principal mecanismo de responsabilidad que existe en el ordenamiento laboral. Si bien es cierto que las primeras normas por las que se imputa la responsabilidad a un tercer empresario acuden a la subsidiariedad, hemos de constatar cómo la evolución de esta cuestión ha dado un importante giro en sentido contrario. De entrada, entre la misma doctrina civil, se está imponiendo una profunda crítica a la preponderancia de la responsabilidad de carácter mancomunada cuando hay una pluralidad de deudores, se produce así una reinterpretación mucho más adecuada del art. 1137 Código Civil en unos términos en los que se relativiza la responsabilidad mancomunada con carácter cuasiabsoluto e incondicionado (69).

Por su parte, en el ámbito estrictamente laboral también se observa con absoluta nitidez una tendencia hacia la responsabilidad solidaria en los supuestos de pluralidad de deudores: desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976, cuyo art. 19.2 establecía ya una responsabilidad solidaria, y no subsidiaria, ante obligaciones de los contratistas y subcontratista frente a sus trabajadores y frente a la Seguridad Social, nuestro ordenamiento ha adoptado la solidaridad como mecanismo básico de responsabilidad en caso de pluralidad empresarial (70). En la actualidad los supuestos de subsidiariedad ocupan una posición residual (el art. 127.1 LGSS o el 16.3 LETT), y surgen como mecanismo de tutela de carácter secundario, ante la existencia de otras reglas de tutela que se aplican preferentemente (en el caso del art. 127.1 LGSS existe una responsabi-

(69) Sobre esta cuestión vid. CAFFARENA LAPORTA, J.: «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», en AA.VV., *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pág. 15 a 68. De igual manera JORDANO BAREA, J.: «Las obligaciones solidarias», *Anuario de Derecho Civil 1992*, pág. 867 y ss.; de igual manera LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Marcial Pons, Madrid 2002, pág. 39 y ss.

(70) Sobre esta cuestión vid. MARTINEZ LUCAS, J.A.: «La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000, pág. 602 y 603; o como afirma FERNANDEZ LOPEZ, «la extensión de la solidaridad no puede razonablemente entenderse en el área de la jurisprudencia social como una excepción (...) susceptible de ser empleada como respuesta a comportamientos excesivamente graves por parte de los sujetos integrados en el polo jurídico del empleador. Más bien, es una fórmula de articulación de la responsabilidad perfectamente adecuada a todos los casos en que uno de los polos subjetivos del contrato se encuentre constituido por una pluralidad organizada, momento en que la estructura de la obligación genera esa dinámica común que es presupuesto ineludible de la solidaridad».

alidad solidaria ex art. 42 ET en materia de Seguridad Social, y en el caso del art. 16.3 LETT existe la garantía financiera del art. 3.5 LETT).

En cuanto al contenido de la responsabilidad creo que debemos aplicar por analogía la regulación vigente. Ahora bien, ya hemos señalado que la heterogeneidad del contenido de la tutela de estas normas es una de sus notas características: basta comparar los arts. 42 ET o 16.3 LETT con los arts. 43 o 44 ET. Si nos centramos estrictamente en la responsabilidad laboral, encontramos cómo en el caso de contrata y cesión a través de ETTs hay una responsabilidad exclusivamente salarial; por el contrario, en los casos de cesión ilegal o de transmisión de empresas, la responsabilidad alcanza a la totalidad de obligaciones laborales u obligaciones contraídas con los trabajadores.

¿Cuál de las dos lógicas debemos aplicar? Desde mi punto de vista la existencia de tan distinto contenido se debe a la diferente concepción del legislador respecto a las instituciones jurídicas reguladas. En los casos de contrata y subcontrata o en el caso de la cesión a través de ETTs, el legislador los considera mecanismos absolutamente lícitos y ordinarios en la realidad productiva vigente. En este sentido basta analizar la evolución normativa de esta institución: el art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales establecía una responsabilidad solidaria que alcanzaba a «obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores»; en idéntico sentido el art. 4 del Decreto 677/1970, de 17 de diciembre, que se refería a las «obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores». Es decir, la regulación anterior igualaba la responsabilidad de la contrata y subcontrata con la responsabilidad en caso de cesión ilegal de trabajadores. Sin embargo, con el ET en su versión original, se pasaba ya a una responsabilidad sólo salarial. Desde mi punto de vista el cambio se produce cuando el legislador toma conciencia de que los fenómenos jurídicos regulados son fisiológicos y no patológicos (71).

Por el contrario, cuando estamos ante un supuesto de cesión ilegal o de transmisión de empresa, la cuestión cambia radicalmente: aquí la responsabilidad se imputa respecto de las obligaciones de carácter laboral; es decir, se establece una responsabilidad de carácter genérico o amplio. La configuración de la cesión ilegal de trabajadores es evidentemente patológica, por lo que se evidencia la necesidad de imponer una responsabilidad amplia y no restringida exclusivamente a los salarios (72). En cuanto a la responsabilidad en caso de transmisión de empresas, la extensión de la responsabilidad solidaria con carácter genérico o amplio se explica fundamentalmente en base al hecho de que esta regulación, a pesar de la licitud de este tipo de mecanismos, presenta aún hoy una evidente carga de prevención por parte del legislador, que pretende proteger al trabajador ante posibles actuaciones fraudulentas a través de las que el empresario que genera un conjunto de deudas se libre de ellas mediante la transmisión a un tercero de dudosa capacidad económica.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, podríamos llegar a una conclusión: Dado que la descentralización productiva, tal como hemos destacado antes, es (con carácter general) un fenómeno de carácter lícito, fisiológico y no patológico; la lógica que debemos aplicar es la primera, de manera que el contenido de la responsabilidad sea estrictamente salarial. Sólo en situaciones fraudulentas se podría ampliar el contenido de la responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad de Seguridad Social, siguiendo esta lógica sería necesario entender que, al menos, debe existir una protección relativa al abono de cotizaciones de Seguridad Social, así como una responsabilidad en materia del pago de prestaciones cuando el empresario auxiliar sea declarado responsable del mismo.

(71) LLANO SANCHEZ, M.: *La responsabilidad empresarial (...)*, op. cit., pág. 229.

(72) Tal como señala MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «En este sentido, la responsabilidad solidaria encuentra su justificación en el hecho de que con su imposición se trata de neutralizar el fenómeno de interposición que se produce en el contrato de trabajo, haciendo aflorar al empresario del trabajador que por recibir efectivamente la prestación de servicios del trabajador, mantiene en realidad la posición de empresario real. Consecuentemente, la responsabilidad que se dispone se extiende a la totalidad de las deudas laborales —y no únicamente a las salariales— del trabajador, pudiendo tener incluso la empresa cesionaria la obligación de hacerse cargo del trabajador, incorporándole a su plantilla, si así se decide por este último. De esta forma, se restablece la auténtica relación laboral concertada aplicándose, a todos los efectos, la normativa que se trató de eludir con la interposición fraudulenta del empresario cedente». *La responsabilidad empresarial (...)*, op. cit., pág. 61.