



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

LA CONSIDERACIÓN DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN IRREGULAR COMO SUPUESTO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA AL RESPECTO

*Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio
y de 28 de septiembre de 2006*

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

SUPUESTO DE HECHO: Las sentencias de la sala 4.^a del Tribunal Supremo de 4 de julio y de 28 de septiembre de 2006 resuelven sendos recursos de casación por unificación de doctrina en los que la cuestión sustancial versa sobre la calificación como cesión ilegal de trabajadores de las irregularidades en la contratación a través de un contrato de puesta a disposición.

En la primera de las sentencias que comentamos, la STS de 4 de julio de 2006, la misma conoce y estima un recurso de casación para la unificación de doctrina planteado contra la STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2004, que, a su vez, resuelve el recurso de suplicación presentado contra la sentencia de 21 de mayo de 2003 del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona en la que se declaraba la improcedencia del despido de la actora condenando solidariamente a Ranstad Empleo, ETT, SA Noctalia, SL Unipersonal, Adecco, ETT, SA a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opten entre la readmisión de la actora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión sea efectiva, o el pago a la demandante de la indemnización correspondiente más los salarios de tramitación. Recurrida, como decimos, en suplicación, dicha sentencia de instancia, el Tribunal Superior de Cataluña estimó el recurso revocando el sentido de la referida sentencia del juzgado de lo social.

En la segunda de las sentencias, la de 28 de septiembre de 2006, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de marzo de 2005 en la que se declaraba la nulidad de los despidos frente a la improcedencia de que hablaba la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Barcelona.

Hay diferencias entre los antecedentes de una y otra sentencia del Tribunal Supremo. En el primer caso es el Juzgado de lo Social el que condena solidariamente tanto a empresa de trabajo temporal como a empresa usuaria. En este caso, el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, recurrida y casada en unificación de doctrina, revoca la sentencia de instancia entrando en la cuestión llamemos principal sobre la extensión de la responsabilidad en los supuestos de transgresión de lo previsto en los arts. 6 y 8 de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal (en adelante LETT) ¹.

En el segundo caso, sin embargo, no aparece esta cuestión principal en el fallo ni de la instancia ni en la Sala del Tribunal Superior de Justicia (aunque sí fuera argumentación y pretensión de la parte demandante y posteriormente recurrente). En este supuesto, el Juzgado de lo Social declara la improcedencia del despido y condena exclusivamente a la empresa de trabajo temporal. El Tribunal Superior de Justicia revoca el sentido del fallo de instancia pero sólo en cuanto a la calificación del despido (declaración de nulidad del despido frente a improcedencia) no entrando en valorar la extensión subjetiva de la responsabilidad e inadmitiendo, por tanto, la otra pretensión de la parte recurrente sobre la extensión de responsabilidad también a la empresa usuaria ².

En todo caso, pese a la diferencia de los antecedentes, el debate sustantivo sobre la cuestión se centra en aspectos idénticos sobre la extensión de dicha responsabilidad y el fundamento legal de la misma.

¹ Tal como afirma el Tribunal Supremo el objeto del recurso de suplicación interpuesto por las empresas condenadas, se centra en «considerar que la responsabilidad solidaria del art. 16.3 Ley 14/94 no alcanza a las consecuencias legales del despido». De esta forma, en este supuesto, la cuestión principal está bien definida desde el análisis de los diferentes pronunciamientos precedentes. Tal como afirma el Tribunal Supremo en relación con las sentencias de instancia y del Tribunal Superior de Justicia «ambas resoluciones judiciales nos sitúan ante una trabajadora que presta servicios ininterrumpidos para una determinada empresa en virtud de sucesivos contratos de puesta a disposición y para realizar siempre los mismos cometidos laborales; contratos que las dos sentencias califican de fraudulentos, pero respecto de los cuales llegan a dispares consecuencias en orden a la posible caducidad de la acción respecto de la primera ETT contratante, a los sujetos que han de ser condenados y al alcance indemnizatorio y/o solidario de su responsabilidad».

² Como afirma el primer fundamento jurídico de la STS de 28 de septiembre de 2006 «la pretensión actora se concretaba —demanda— en la nulidad de los despidos y en la condena solidaria de la ETT y de la empresa usuaria demandadas, habiendo resuelto el Juzgado que



De esta forma, concurren además aspectos destacables en los hechos declarados probados en instancia. De entre dichos hechos fundamentales, por no ser excesivamente prolijos, destacaríamos los siguientes por su importancia en el planteamiento de los distintos aspectos en que entra : a) la existencia de irregularidades o falta de justificación en la contratación más allá de los supuestos permitidos (o no prohibidos) de contratos de puesta a disposición, principalmente en cuanto hace a la sucesión continuada de una relación laboral de este tipo; b) sucesión, en algunos casos, de distintas empresas de trabajo temporal a través de las cuales se formaliza en los antecedentes de hecho los sucesivos contratos de puesta a disposición; c) irregularidades en la formalización de los contratos de trabajo formalizados por las empresas de trabajo temporal en algunos casos, bien de carácter formal (por ejemplo no especificar el trabajador sustituido en caso de contratos de interinidad) bien de carácter material (formalizar —cuestión específica que merece una mención especial— contratos fijos discontinuos), temas estos que no parecen tener una especial importancia en cuanto al desarrollo argumental del Tribunal Supremo pero que sí ha de ser destacado en nuestra opinión. Y todo esto en un supuesto de controversia judicial ante una acción por despido ante situaciones similares de comunicación de la extinción de los respectivos contratos por finalización del plazo establecido o por inactividad (en el caso de los trabajadores contratados como fijos discontinuos).

RESUMEN: Tras unas previas consideraciones sobre el tratamiento de la interposición en la contratación en nuestro ordenamiento jurídico la cuestión principal se centra, en el ámbito de una reclamación por despido, en si es aplicable la extensión de responsabilidad prevista en el art. 43 del ET y, por tanto, si entran dentro del presupuesto de hecho de esta norma, los casos de irregularidades en la contratación a través de ETT.

Como afirma el Tribunal Supremo en ambas sentencias «es indudable que resulta ilegal la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, lo que comportaría responsabilidades administrativas (arts. 18 y 19 LISOS), penales (arts. 311 y 312 CP), la solidaria respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (art. 43.2 ET) y la adquisición —optativa— de la cualidad de trabajador fijo en cualquiera de las empresas». Sin embar-

el despido era impropio, pero que la condena únicamente incumbía a la ETT que había acordado el cese; y el TSJ resuelve que el despido es nulo [al venir determinado por la solicitud —en forma privada— de fijeza en la empresa usuaria], pero mantiene que el pronunciamiento condenatorio ha de limitarse a la empresa de trabajo temporal, por resultarles inaplicable —se argumenta— las previsiones del art. 43.2 ET».

go, tal como afirma el Alto Tribunal, «más dudosa se presenta la cuestión cuando el defecto se presenta respecto de la segunda exigencia que impone el art. 43.1 ET para la validez del fenómeno interpositorio, esto es, la de que el CPD se hubiese concertado en “los términos que legalmente se establezcan”». En definitiva, respecto a la aplicación a estos casos de la previsión del art. 43 del Estatuto, «el dilema se suscita respecto de si la expresión utilizada por la norma alude a la autorización administrativa, que previamente refiere, o si va dirigida a la regulación legal —léase, requisitos— de la propia cesión a través de ETT».

Y es en este sentido donde se unifica el criterio afirmando la aplicación de la extensión de responsabilidad prevista en el art. 43 ET a estos casos, incorporando dentro del presupuesto de hecho de dicha norma los casos de irregularidades en la contratación de puesta a disposición.

En efecto; la Sala llega a esta conclusión, en primer lugar, por la mera interpretación literal de la norma, dado que si las ETT han de estar «debidamente autorizadas», su válida constitución como tales necesariamente implica que lo han sido —precisamente— «en los términos que legalmente se establezcan», de forma que, como sigue afirmando la Sala, «el segundo inciso resultaría ser —de interpretarse conforme a la tesis opuesta— inútil reiteración del primero». En segundo lugar, porque, a criterio del Tribunal, lo imponen los antecedentes históricos —«radicalmente prohibitivos»— de la regulación legal en la materia. En este sentido, afirma que «...la excepcional admisión de la cesión de mano de obra que rige actualmente no puede ser objeto de interpretaciones extensivas opuestas al principio general prohibitivo en nuestro Derecho, histórico y presente».

Este criterio restrictivo de interpretación basado en datos históricos parece primar sobre el aspecto literal, porque es el propio Tribunal quien reconoce la dificultad de la interpretación sistemática de las normas en cuestión. Tal como afirma, cuando pone en relación la aplicación del art. 43 con la previsión del segundo inciso del primer párrafo del art. 16.3 de la LETT, «...es innegable que el componente sistemático pudiera arrojar ciertas sombras sobre la anterior conclusión». Como se recuerda, esta norma dispone que la responsabilidad de la empresa usuaria respecto «de las obligaciones salariales y de Seguridad Social», será «solidaria» para «el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley». Pues bien, aunque de la norma se deriva claramente que la responsabilidad de empresa usuaria y de empresa de trabajo temporal será solidaria sólo respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, «de forma que dejaría sin efecto —en tanto que regulación singular— las prevenciones contenidas en el art. 43 ET, hasta el punto de que la presencia de una ETT obstaría —cualquiera que fuesen los defectos del CPD— la existencia de cesión ilegal de trabajadores», el Tribunal Su-



premo opta por aceptar el supuesto como una cesión ilegal de trabajadores, ubicando la responsabilidad contenida en el art. 16.3 de la LETT como una especificación a la responsabilidad general de que habla el art. 43 del ET. Tal como afirma, al Tribunal le parece «más acorde a la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores (con la salvedad legal de las ETT: arts. 43.1 ET y 1 LETT) entender que el inciso segundo examinado —declarando la responsabilidad solidaria— no consagra excepción alguna al art. 43 ET, sino que más bien supone excepción al previo inciso primero del mismo precepto, en el que se dispone la regla general de responsabilidad subsidiaria, de forma y manera que con ello la norma no hace sino confirmar la disposición contenida en el art. 43.2 ET, siquiera —por su condicionante inciso primero, al que va referido— con la más limitada expresión de «obligaciones salariales» y no la más amplia de «obligaciones contraídas con los trabajadores» utilizada en el precepto estatutario.

De esta forma, y aclarando algunos términos sobre la extensión de la aplicación del art. 43 a estos supuestos de interposición irregular tales como, por una parte, que «no comprendería —como integrante de cesión ilegal— determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT»; y, por otra, y derivado de lo anterior, que, «en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC», el Tribunal Supremo confirma y reitera en las dos sentencias que comentamos la responsabilidad prevista en el art. 43 del ET a los casos en que se formaliza irregularmente el contrato de puesta a disposición.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CUESTIÓN CENTRAL: UN POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL FENÓMENO INTERPOSITORIO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL
3. UNA CONTROVERSIA ANTIGUA: LA DETERMINACIÓN DEL RESPONSABLE Y DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN IRREGULAR
4. EL PRESUPUESTO DE HECHO COMO UN CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. CONTRATACIÓN IRREGULAR A TRAVÉS DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y NUEVA DELIMITACIÓN DE CESIÓN ILEGAL
5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DERIVADA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y DE EMPRESA USUARIA
6. LA DIFICULTAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN SUSTANTIVA PREVISTA A LOS SUPUESTOS DE DESPIDO DECLARADOS IMPROCEDENTES
7. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, el pronunciamiento de las sentencias que comentamos tiene una especial importancia y una especial significación que trasciende, en gran medida, la propia solución al caso concreto que plantean. Esta importancia que destacamos desde el principio va más allá, en nuestra opinión, del hecho, en sí mismo muy destacable, de resolver en el ámbito jurisprudencial una cuestión ya largamente debatida en el ámbito doctrinal sobre la extensión de la responsabilidad de las empresas de trabajo temporal en los supuestos de irregularidades en la contratación por parte de éstas³, dado que puede suponer, de hecho, una reconfiguración de la propia calificación jurídica de la cesión ilegal de trabajadores y, lo que quizá tenga más importancia, de las consecuencias jurídicas derivadas de la misma.

Como decimos, pues, muchas son las cuestiones que sugieren estas sentencias e importante el debate que pueden suscitar las mismas, dado que importante es el debate que las antecede⁴. No nos vamos a detener en todas ellas dado que serían objeto de un trabajo más detenido; pero, al menos, nos plantearemos la oportunidad y las dificultades técnicas que conlleva una solución jurisdiccional como la que aquí se plantea.

Efectivamente, derivado de los pronunciamientos judiciales que comentamos se pueden plantear una serie de cuestiones muy destacables. Así, al hilo de la ampliación del supuesto de hecho que suponen estas sentencias respecto al presupuesto de hecho contenido en el art. 43 del ET⁵, podríamos plantearnos ciertamente cuestiones desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador (sobre la extensión o no de los diferentes tipos recogidos en la LISOS que gradúan, además, la gravedad de la infracción

³ Una sistematización al respecto, la que hacen SEMPERE NAVARRO y LASAOSA IRIGOYEN; «Los confines jurídicos de las ETTs»; *Aranzadi Social* núm. 17/2004 (BIB 2004/1845).

⁴ Debate general sobre las empresas de trabajo temporal que ha sido tradicionalmente, más que nada, doctrinal, dada la relativamente escasa conflictividad judicial. Al respecto, DEL REY GUANTER; «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal»; *REDT* núm. 100; pág. 903. En todo caso, sobre este tema la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ha sido contradictoria (como, por otra parte, se pone de manifiesto en el propio recurso planteado ante el Tribunal Supremo). Así, baste comprobar los distintos sentidos de los pronunciamientos contenidos en sentencias como las del TSJ Castilla y León de 18 de marzo de 1997, TSJ Madrid de 18 de octubre de 2002, TSJ Cantabria de 31 de octubre de 2005, TSJ País Vasco de 14 de febrero de 2006, entre otras, frente a la contenida en las sentencias del TSJ Valencia de 5 de abril de 2001 o del TSJ Canarias de 22 de diciembre de 2005 que sí admitían como supuesto de cesión ilegal de trabajadores la irregularidad del contrato de puesta a disposición.

⁵ En este sentido, sería interesante recordar la doctrina al efecto. Sobre la cuestión, por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO; «La legalización de las empresas de trabajo temporal en España. Crónica de un fracaso legislativo»; *Temas Laborales* núm. 56; págs. 181 y ss.



según se considere cesión ilegal o mera irregularidad en la contratación a través de empresas de trabajo temporal, cuando precisamente ahora éstas últimas se califican como una forma de cesión ilegal)⁶, hasta de oportunidad en relación con el pretendido objeto del fallo contenido en la sentencia sobre control de la contratación irregular (que ahora tiene una norma central en la nueva dicción del art. 15.5 del ET). Ciertamente, además de las citadas, podríamos plantearnos otras cuestiones, pero, insistimos, sin perjuicio de que puedan ser analizadas en un trabajo más amplio y detallado, ahora queremos poner de manifiesto algunos temas también centrales que nos sugieren estas sentencias; sobre todo en relación con el significado que tienen las mismas respecto al reparto de obligaciones y deberes contenidos en estas relaciones triangulares y en relación con el diferente tratamiento legal que ha merecido esta cuestión desde la cesión ilegal y desde la regulación del fenómeno interpositorio legalizado que suponía la contratación a través de una empresa de trabajo temporal⁷.

2. LA CUESTIÓN CENTRAL: UN POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL FENÓMENO INTERPOSITORIO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Independientemente de la referida trascendencia del contenido del fallo en asuntos como los destacados, la primera cuestión que nos sugiere, y sobre la que volveremos, tiene que ver, sin duda, con la delimitación de responsabilidad que deriva de un supuesto de contratación irregular a través de una empresa de trabajo temporal y, al tiempo, con la efectividad de las normas sobre interdicción de la contratación abusiva e irregular.

Como sin duda es conocido, el art. 6 de la LETT delimita los supuestos en que se permite el contrato de puesta a disposición; siendo el art. 8 del

⁶ Compárense, a estos efectos, el art. 8.2 de la LISOS con lo previsto en el art. 7.2 en materia de irregularidades en la contratación o, más concretamente, con lo previsto en el art. 18.2.c) o 19.2.b) de la misma referidos, ambos, a los supuestos en que se formaliza, respectivamente por la empresa de trabajo temporal o por la empresa usuaria, contratos de puesta a disposición más allá de los supuestos permitidos en el art. 6.2 de la LETT.

⁷ Quizá sea interesante en este sentido, recordar la trascendencia que ha tenido, por sí, la intervención de una empresa de trabajo temporal para *legalizar* el fenómeno interpositorio o la menos para plantear la incompatibilidad entre «prestamismo y ETT», como llaman a esta doctrina SEMPÈRE NAVARRO y LASAOSA IRIGOYEN (*op. loc. cit.*); al respecto, por todos, VALDÉS DAL-RÉ; «Empresas de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición»; *RR.LL. I/1995*; págs. 39 y ss.. En este sentido, son interesantes las reflexiones de PAUVERGNON al distinguir entre relaciones triangulares estables y sobrevenidas; en «Una síntesis sobre las relaciones triangulares»; *Temas Laborales* núm. 56; págs. 11 y ss.

mismo texto legal quien enumera los supuestos en que éste estaría prohibido. Las sentencias que comentamos deciden sobre la extensión de la responsabilidad de las empresas de trabajo temporal (y de las empresas usuarias) en caso de incumplimiento de las referidas previsiones sobre cuándo está permitido formalizar un contrato de puesta a disposición. La discusión se centra bien en admitir exclusivamente la responsabilidad prevista en el segundo inciso del primer párrafo del art. 16.3 de la LETT (según el cual la responsabilidad general subsidiaria de la empresa usuaria respecto de la original de la empresa de trabajo temporal en materia salarial y de seguridad social «será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley») o en incluir dicha transgresión normativa como supuesto de cesión ilegal de trabajadores de conformidad con lo previsto en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

De los antecedentes de hecho de las mismas, que son calificados jurídicamente y que son la base de las consecuencias jurídicas derivadas de los pronunciamientos jurisprudenciales que comentamos, ya se derivan aspectos destacables aunque no parezcan estar especialmente presentes en las referidas sentencias ya que parece primar en la Sala la necesidad de homogenizar la doctrina sobre la cuestión general (frente, incluso, a una doctrina muy consolidada —y, en algunos casos, restrictiva— sobre la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina)⁸.

Sin embargo, pese a la importancia que podrían tener determinados aspectos concurrentes en los antecedentes de hecho (y que, en nuestra opinión, podrían condicionar la imputación articulada de responsabilidad) el Tribunal Supremo se centra en la calificación jurídica de unos determinados incumplimientos en materia de contratación por parte tanto de empresas de trabajo temporal como de empresas usuarias (aun cuando destaca el diferente rol que podrían asumir ambas) para concluir en la inclusión dentro del supuesto de hecho del art. 43 del ET de aquéllos; y ello, siguiendo un hilo argumental que no sólo se fundamenta en la interpretación integradora de unas normas como el propio art. 43 en relación con el art. 16 de la LETT, que pudiera ser discutible, sino partiendo de una interpretación histórica y teleológica ciertamente restrictiva respecto del fenómeno interpositorio que supone el contrato de puesta a disposición.

⁸ En este sentido, un tema añadido es la relativa flexibilidad con que se admite el recurso frente al carácter restrictivo de doctrinas anteriores y frente a la propia opinión del Ministerio Fiscal, que sostiene que los supuestos de hecho de las sentencias aportadas como de contraste no son homogéneos. Pese a ello, la Sala admite el recurso sobre la base de la homogeneidad de las situaciones de contraste pese a la formulación del recurso (al parecer excesivamente parco), y, sobre todo, sobre la base de la «homogeneidad de las pretensiones».



Ya sólo por ello, y sin perjuicio de las consecuencias que antes referíamos, estamos, pues, ante una doctrina jurisprudencial importante, que supone en cierta forma un posicionamiento jurisdiccional frente al fenómeno interpositorio en la que concurren importantes consideraciones.

Así, parece evidente que el objetivo que está presente en la doctrina del Tribunal Supremo se centra en la atribución de responsabilidad tanto a empresa usuaria como a empresa de trabajo temporal en los casos de contratación irregular. Al tiempo, parece que, efectivamente, la solución planteada desde la regulación legal no es suficiente dado que en el art. 16.3 el objeto de la responsabilidad solidaria precisamente para los casos de contratación irregular es «sólo» en materia salarial y de seguridad social. Quizá por ello, la solución que requiere el Tribunal Supremo es calificar jurídicamente la cesión de trabajador como ilegal y situar los antecedentes de hecho como un supuesto encuadrable en el art. 43 del ET con todo el régimen de responsabilidad previsto en él.

Sin embargo, en nuestra opinión, ello tiene consecuencias que han de analizarse más allá de los meros supuestos a que se refieren los antecedentes de hecho de las sentencias comentadas. Efectivamente, según entendemos, la extensión de responsabilidad que implica la calificación de los hechos como un supuesto encuadrable dentro del art. 43.1 ET no sólo puede reducirse a los casos de despido (que, por cierto, ya de por sí presenta dificultades de efectividad) sino que la extensión de responsabilidad ha de aplicarse a cualquier obligación o deber derivado de la relación laboral.

En este sentido, el salto es más que cualitativo dado que, independientemente del debate aparentemente central en este caso sobre si la intervención de una ETT legalmente establecida evita la aplicación o no del art. 43 ET —en el que el Tribunal Supremo opta por la última de las posibilidades—, lo que representa es una diferente forma (legal) de considerar la extensión de responsabilidad. Mientras que en los supuestos de cesión ilegal la atribución de responsabilidad solidaria es genérica, en los casos en que la interposición en que interviene una empresa de trabajo temporal la imputación de responsabilidad se articula según los contenidos obligacionales atribuidos diferenciadamente a empresa de trabajo temporal y empresa usuaria (y así lo es en materia de formación, de obligaciones salariales y de seguridad social, en materia de prevención de riesgos laborales ex art. 28 de la LPRL, etc.).

Por ello, la solución que deriva del Tribunal Supremo, calificando la situación como un supuesto de cesión ilegal, trasciende la mera atribución de responsabilidad concreta en los casos de contratación irregular y de despido; trasciende, así, la atribución de responsabilidad en los casos de sanción a los supuestos genéricos de contratación fraudulenta ex art. 15.3 del ET. De esta forma, siguiendo con este argumento, cualquier supuesto de con-

tratación irregular a través del mecanismo interpositorio conllevaría la extensión de responsabilidad genérica —incluso en materia de prevención de riesgos por ejemplo— prevista para los casos de cesión ilegal.

En este sentido, teniendo en cuenta que los antecedentes de hecho de las sentencias que comentamos parten de supuestos de contratación abusiva o irregular, hubiera sido oportuno, quizá, conectar esta solución jurisprudencial con la nueva previsión del art. 15.5 ET.

Efectivamente, la solución del Tribunal Supremo pretende hacer efectiva la interdicción de fraude y abuso en la contratación cuando en ésta interviene una empresa de trabajo temporal. Ciertamente, la sanción tradicionalmente prevista en el art. 15.3 ET podría ponerse, en algunos casos, virtualmente en cuestión por la interposición en la contratación, dada la concurrencia de sujetos y la imputabilidad a los mismos de los distintos incumplimientos en esta sede. Así, si la cuestión se redujera (reducción que espero se nos permita sólo a este nivel introductorio) a si el Tribunal Supremo ha optado entre garantizar la efectividad del sistema de contratación y la flexibilidad en la contratación que puede suponer la interposición a través de una empresa de trabajo temporal, claramente ha elegido —a costa de la ampliación de la responsabilidad y de la inclusión dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET— por garantizar la efectividad de la sanción sustantiva prevista en el art. 15.3 ampliando el referido ámbito subjetivo de responsabilidad conforme lo previsto en la norma general que prohíbe la cesión ilegal de trabajadores.

Sin embargo, la previsión del referido art. 15.5 ET incide en la atribución articulada de responsabilidad. Atribuyendo a la empresa contratante la obligación o deber de considerar como indefinido al trabajador contratado con sucesivos contratos temporales más allá de los límites temporales establecidos legalmente, aun cuando dichos contratos lo fueran a través de una ETT, es la empresa usuaria quien asume legalmente esta obligación o deber. Esto no ha sido tenido en cuenta por la doctrina jurisprudencial (no podría haber sido por no ser de aplicación esta norma a los supuestos enjuiciados), pero puede condicionar de futuro la doctrina contenida en la misma.

No es el único aspecto legal a tener en cuenta. Esta solución jurisprudencial se presenta en un contexto legal donde, por una parte, se rebaja la penalización en las cotizaciones de seguridad social por desempleo cuando el contrato deriva de un contrato de puesta a disposición; y, por otra, se redefine el propio concepto de cesión ilegal de trabajadores del art. 43 del ET.

De ambas cuestiones, a la que podría unirse la referencia a la contratación a través de ETT en el nuevo art. 15.5 ET con el significado antes referido, quizá tiene una especial significación el hecho de que frente a la extensión del supuesto de hecho del art. 43 que supone la doctrina contenida en las sentencias que comentamos nos encontramos en el RDL 5/2006 (y,



posteriormente, en la Ley 43/2006) con una nueva delimitación, más precisa y, si se quiere, restrictiva, del concepto de cesión ilegal que puede plantear algunas dudas de integración real de esta doctrina jurisprudencial frente a la aparente pretensión del legislador. Esto es más importante cuanto es central en el análisis del Tribunal una interpretación restrictiva en el análisis de las relaciones jurídicas del fenómeno interpositorio. Basta para ello, y creemos que es un dato a tener en cuenta, observar la posición actual del legislador en relación con esta materia y la argumentada interpretación teleológica e histórica que hace el Tribunal Supremo para sustentar su posicionamiento restrictivo sobre la cuestión.

En definitiva, muchas son las cuestiones que pueden sugerirnos la doctrina contenida en estas sentencias. Quizá, en un comentario como el actual, en pocas líneas, simplemente podemos apuntar, como estamos haciendo, algunas de estas. En todo caso, partamos de los aspectos más esenciales en lo que puede ser la significación de la doctrina contenida en estas sentencias.

3. UNA CONTROVERSIA ANTIGUA: LA DETERMINACIÓN DEL RESPONSABLE Y DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN IRREGULAR

Sin duda, como decíamos antes, una de las cuestiones que relativamente ha podido suscitar más controversia ha sido la delimitación del ámbito y extensión de la responsabilidad y del sujeto responsable en los supuestos de contrato de puesta a disposición irregular⁹.

La importancia del tema era proporcional a su relación con el sistema de contratación laboral llamémosle común, dado que en el fondo, una de las cuestiones que subsiste es, en nuestra opinión, la relación que guarda aquella extensión de responsabilidad con la aplicación de la previsión contenida genéricamente en el art. 15.3 del ET. Es decir, lo que está en juego, en gran medida, es la propia efectividad de la sanción prevista con carácter general para los supuestos de fraude en la contratación en los casos en que ésta se lleva a cabo a través de un contrato de puesta a disposición, partiendo del hecho de que los supuestos en que se permite éste son sustancialmente idénticos a los que se permite la contratación temporal por razones estructurales en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores.

⁹ En este sentido, además de los ya citados, *vid.*, por ejemplo, los trabajos de GOERLICH PESET; «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores»; *Actualidad Laboral* núm. 3/2001; págs. 39 y ss.; CAMPS RUIZ; *Las empresas de trabajo temporal*; Tirant lo Blanch, 2001.

Pero, al tiempo, la cuestión se centra en la eficacia o, para ser más precisos, en lo atractivo, si se nos permite la expresión, que puede ser la contratación a través de un tercero interpuesto (la empresa de trabajo temporal) como forma de elusión (legítima, en cierta forma, por legal) de la carga de responsabilidad que conlleva la contratación directa de trabajadores.

Y es en este punto donde las sentencias abordan una cuestión que nos parece importante. Nos referimos al ámbito subjetivo de responsabilidad, a quiénes son responsables en los casos en que se contravengan los supuestos en que se permite el contrato de puesta a disposición y, en definitiva, se disponga fraudulentamente de trabajadores con carácter temporal a través de este mecanismo interpositorio.

Efectivamente, las sentencias que estamos comentando se cuestionan el porqué de la atribución de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal de una transgresión de los supuestos en que se permite la contratación a través de aquella cuyo ámbito de decisión corresponde en principio, en exclusiva, a la empresa usuaria. Corresponden a ésta los supuestos de necesidad de mano de obra temporal que justifica la contratación temporal a través o no de una empresa de trabajo temporal; correspondería, pues, a esta última el deber de cumplir con la norma laboral sobre permisión de dicha contratación temporal. Y en este sentido, como veremos, se pronuncia el Tribunal Supremo, cuestionándose por qué se traslada el ámbito de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal. Pero también correspondería a la empresa de trabajo temporal formalizar correctamente el contrato laboral con el trabajador en misión, así como no concurrir en supuestos irregulares de contratación (como podríamos plantear, en un debate paralelo al hilo de los antecedentes de hecho de una de las sentencias que comentamos, respecto a la contratación como trabajadores fijos discontinuos para atender a diferentes y sucesivos contratos de puesta a disposición pretendidamente asimilados a campañas que darían lugar al correspondiente llamamiento).

Sin embargo, la imputación originaria de responsabilidad en las sentencias recurridas lo es precisamente a las respectivas empresas de trabajo temporal en cuanto su condición de empleador directo de los trabajadores demandantes. En ellas no se plantea la responsabilidad de las empresas usuarias.

De esta forma, se pone de manifiesto, pues, una de las contradicciones intrínsecas del fenómeno interpositorio que se relaciona con la pretendida efectividad de la regla general de interdicción del fraude en la contratación.

Efectivamente, responsable originaria es la empresa de trabajo temporal respecto de sus trabajadores cedidos; dicha responsabilidad —y es el centro del debate— se pretende circunscribir a tenor de lo previsto en el art. 16.3 sólo a las obligaciones salariales y de seguridad social cuando se plantea extender de forma solidaria a las empresas usuarias; pero, al tiempo, el control y la efectividad de cuándo realmente se está ante un supuesto que



justifica (o que no está prohibido) la formalización de un contrato de puesta a disposición correspondería inicialmente a la empresa usuaria. En definitiva, siendo así y siguiendo con esta argumentación la responsabilidad quedaría diluida y difícilmente podría lograrse dar efectividad a una norma como la prevista con carácter general como sanción sustantiva a los supuestos de fraude en la contratación.

Pero, por otra parte, ni en las sentencias recurridas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ni en las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven el recurso de casación para la unificación de doctrina, con diferente sentido como sabemos, se plantea una distribución de la responsabilidad en función de la imputación de los respectivos incumplimientos que, también en materia de contratación, podrían ponerse de manifiesto. Es decir, no se ha planteado, por ejemplo, admitir la responsabilidad hipotética de la empresa de trabajo temporal por las irregularidades en la contratación directa de la misma de los trabajadores en misión y diferenciada de las posibles irregularidades en la formalización del contrato de puesta a disposición cuando el mismo se lleva a cabo en supuestos no permitidos o prohibidos.

No planteándose aquella posible solución sobre una atribución o imputación de responsabilidad en función de los incumplimientos detectados (no otra es la consideración de responsable en definitiva), el Tribunal Supremo, aludiendo a criterios históricos y teleológicos para fundamentar su posición, centra la cuestión en la inclusión de estos supuestos dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET, calificándolos como cesión ilegal de trabajadores. Así, pues se consigue el que en nuestra opinión es paso fundamental que suponen estas sentencias: la ampliación subjetiva de responsabilidad conforme lo previsto para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

De cualquier forma, como decimos, lo evidente es que la extensión de responsabilidad planteada por el Tribunal se sustenta en la calificación jurídica como cesión ilegal de trabajadores, y por tanto, en la inclusión dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET de los supuestos de irregularidades en la contratación a través de ETT.

Sin embargo, son muchas las cuestiones y los matices que nos puede sugerir la solución jurisprudencial.

En este sentido, nos podríamos plantear:

En primer lugar, cómo se ubica esta inclusión dentro del presupuesto de hecho del art. 43 con la reforma que del mismo ha hecho el RDL 5/2006; ¿condicionaría de alguna forma esta solución jurisprudencial dicha especificación de la delimitación de cuándo hay cesión ilegal de trabajadores?, ¿supone que el legislador acota la cesión ilegal de trabajadores justo en el momento en que la jurisprudencial amplía, si se nos permite la expresión, su ámbito también a los supuestos de contratación irregular a través de ETT?

En segundo lugar, y atendiendo a que en los supuestos de contratación irregular a través de ETT pueden ponerse de manifiesto, como en el caso, diferentes supuestos, y tal como hemos avanzado, podríamos cuestionar si la única solución posible es la inclusión en el supuesto de hecho del art. 43 del ET, para buscar y concluir con la imputación solidaria de responsabilidad tanto a empresa de trabajo temporal como a empresa usuaria.

En este sentido, como podríamos fácilmente comprobar en los antecedentes de hecho que dan lugar a ambos pronunciamientos, las irregularidades en la contratación, de distinta naturaleza además, podrían ser imputados diferenciadamente a empresa usuaria o a empresa de trabajo temporal. Siendo así, ¿podría haber sido una solución más acorde una imputación diferenciada de responsabilidad de forma que fuera responsable la empresa de trabajo temporal, en cuanto que empleadora directa, la responsable —si se quiere originaria— de las irregularidades en la contratación directa?; ¿podría serlo la empresa usuaria respecto de los supuestos de irregularidades en la contratación de puesta a disposición más allá de los supuestos permitidos? Esta última solución no es ajena a la propia solución legal contenida en el art. 15.5 del ET cuando computa, como contratación propia a efectos del cómputo de los límites de sucesión contractual temporal, los períodos de prestación de servicios de un trabajador para una empresa a través de contratos de puesta a disposición formalizados por ésta a través de una empresa de trabajo temporal

En los referidos antecedentes de hechos podemos asistir a irregularidades de ambos tipos. Por tanto, bien podría el Tribunal haberse planteado una solución diferenciada para cada supuesto; incluso admitiendo la responsabilidad solidaria si las irregularidades, como también se pone de manifiesto, afectan tanto a la formalización del contrato de trabajo como a la formalización del contrato de puesta a disposición.

Finalmente, en tercer lugar, y en relación con la ejecución del fallo y con el procedimiento donde se ha desarrollado la controversia se plantea un problema de efectividad de la disposición jurisprudencial. ¿Cómo se hace efectiva esta responsabilidad en un ámbito de ejecución de una sentencia como ésta?, ¿qué significado tiene, respecto al trabajador —que no tiene la opción de readmisión o de ser indemnizado— y qué significado respecto a las empresas declaradas responsables solidarias —que han de ejercer la opción de readmisión o indemnización?, ¿cómo se hace efectivo el derecho de opción del trabajador del art. 43?

Vamos a detenernos brevemente en estas cuestiones que, en definitiva, representan lo que es, a partir de la fundamentación del Tribunal Supremo, el presupuesto de hecho, la consecuencia jurídica de la norma aplicada y la efectividad y ejecución de la misma. Seguramente se pueden presentar otras al hilo del pronunciamiento judicial, pero nos parecen espe-



cialmente oportunas en relación con el contenido del fallo y con su fundamentación jurídica.

4. EL PRESUPUESTO DE HECHO COMO UN CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. CONTRATACIÓN IRREGULAR A TRAVÉS DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y NUEVA DELIMITACIÓN DE CESIÓN ILEGAL

Como hemos dicho, el contenido del fallo tiene la virtualidad, entre otros aspectos que estamos destacando, de ampliar el presupuesto de hecho del art. 43 del ET. Dicho de otra forma, aun cuando en la pretensión del Tribunal pudiera entenderse que prevalece la extensión de responsabilidad tanto a empresa de trabajo temporal (en cuanto que empleadora formal) como a empresa usuaria (en cuanto que empleadora recepcionista de la mano de obra del trabajador en misión), lo cierto es que dicha extensión de responsabilidad deriva (o, quizá mejor, se lleva a cabo a través) de la calificación del supuesto de hecho como un caso de cesión ilegal de trabajadores, llegando a tal conclusión tras una interpretación literal y sistemática de las normas concordantes (arts. 43 y 16.3 de la LETT) e histórica y teleológica del fenómeno estudiado.

Sin embargo, el contexto en que se plantea esta cuestión por parte del Tribunal Supremo coincide con la redacción del nuevo apartado 2 del art. 43 que define cuándo se entiende, legalmente, que existe cesión ilegal de trabajadores.

Es cierto que tal definición legal guarda un paralelismo importante con la doctrina jurisprudencial precedente sobre cesión ilegal en relación, fundamentalmente, con los supuestos de contratas y de descentralización productiva¹⁰ y, por tanto, no en relación con los supuestos de empresas de trabajo temporal. Pero también es cierto que, dado el debate precedente sobre la inclusión o no de los supuestos de contratos de puesta a disposición irregulares como un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, bien podría haberse explicitado si hubiera habido alguna intención del legislador en este sentido.

Por tanto, es evidente que no estuvo en la mente del legislador incluir, dentro del presupuesto de hecho del art. 43, ahora más preciso, supuestos como los enjuiciados en las sentencias que comentamos.

¹⁰ En este sentido CALVO GALLEGOS; «La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida»; en AA. VV. (Cruz Villalón coord.); *La Reforma Laboral de 2006*; Lex Nova 2006; págs. 166 y 167.

Evidentemente ello no entorpece en absoluto el criterio del Tribunal. No se plantea, en nuestra opinión, en el plano en el que se establece la nueva definición del art. 43.2 del ET. Pero sí es un referente que no se toma en cuenta ni en la primera ni en la segunda de las sentencias comentadas aun cuando ya estaba en vigor la norma a la que aludimos en este momento.

En todo caso, el Tribunal Supremo sí entra en la interpretación literal de las normas en cuestión, cuestión esta que había centrado todo el debate doctrinal antecedente sobre la aplicación o no, a estos supuestos, de la previsión del art. 43 de la norma estatutaria.

En este sentido, aunque el Tribunal Supremo parte de que «es innegable que el componente sistemático pudiera arrojar ciertas sombras» sobre la admisión acrítica de la solución final a que llega, afirma sin duda la inclusión como un supuesto de cesión ilegal de trabajadores de los casos de contratación irregular o abusiva a través de una ETT. Tal como afirma en ambas sentencias, «aunque sea sostenible que la regla determina específicamente las responsabilidades de la empresa usuaria, que limitaría a las exclusivas obligaciones salariales y de Seguridad Social, de forma que dejaría sin efecto —en tanto que regulación singular— las prevenciones contenidas en el art. 43 ET, hasta el punto de que la presencia de una ETT obstaría —cualquiera que fuesen los defectos del CPD— la existencia de cesión ilegal de trabajadores, lo cierto es que nos parece más acorde a la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores [con la salvedad legal de las ETT: arts. 43.1 ET y 1 LETT] entender que el inciso segundo examinado —declarando la responsabilidad solidaria— no consagra excepción alguna al art. 43 ET, sino que más bien supone excepción al previo inciso primero del mismo precepto, en el que se dispone la regla general de responsabilidad subsidiaria, de forma y manera que con ello la norma no hace sino confirmar la disposición contenida en el art. 43.2 ET, siquiera —por su condicionante inciso primero, al que va referido— con la más limitada expresión de «obligaciones salariales» y no la más amplia de «obligaciones contraídas con los trabajadores» utilizada en el precepto estatutario»

Así relaciona la previsión del art. 43 y con la previsión del art. 16.3, que se había pretendido incompatible para cierto sector importante de la doctrina¹¹, y concluye con una extensión de responsabilidad que era, hasta ahora, ajena al modelo, si se nos permite la expresión, de imputación de responsabilidad en los supuestos de interposición en la contratación a través de una ETT.

¹¹ Por todos VALDÉS DAL RÉ; *op. loc. cit.*



5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DERIVADA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y DE EMPRESA USUARIA

Como estamos diciendo, la doctrina contenida en las sentencias comentadas parte de la aplicación de la consecuencia jurídica derivada de la inclusión como un supuesto de hecho de cesión ilegal de trabajadores: responsabilidad solidaria ex art. 43. Como también aducíamos, seguramente primando la solución jurídica sobre la calificación de los antecedentes de hecho, se concluye con dicha extensión de responsabilidad en los casos de contratación abusiva e irregular cuya solución legal parece insuficiente o inadecuada al Tribunal.

En este sentido, el Tribunal Supremo no distingue entre los posibles incumplimientos en materia de contratación de empresa de trabajo temporal y empresa usuaria ¹².

Así, en nuestra opinión, hay que tener en cuenta, como hemos venido reiterando, que los incumplimientos en materia de contratación pueden darse tanto en la formalización del contrato de puesta a disposición —más allá de los casos permitidos o prohibidos por la LETT— como en la formalización del contrato de trabajo. En uno y otro supuesto, la responsabilidad debería ser respectivamente y según los casos de empresa usuaria o de empresa de trabajo temporal —sin descartar la posibilidad de atribuir, aquí sí solidariamente por conjunta, la responsabilidad a ambas cuando el incumplimiento pueda ser imputable a las dos—. De cualquier forma, en nuestra opinión, la extensión general de responsabilidad, que viene a resultar una solución recurrente, no debería ser la forma más apropiada.

Nos explicamos.

Efectivamente, en abstracto, hay determinados incumplimientos que pueden ser imputables exclusivamente a la empresa de trabajo temporal. Dichos incumplimientos podrían ser los referidos a la formalización del contrato pero, sobre todo los referidos a la contratación irregular en supuestos no previstos o permitidos legalmente.

En los antecedentes de hecho de los distintos casos analizados por las respectivas sentencias se ponen de manifiesto, como vemos, distintos incumplimientos atribuibles a las empresas de trabajo temporal, aunque, merecen distinta consideración desde la perspectiva de la imputación de responsabilidad y de atribución de la sanción sustantiva prevista.

En este sentido, el primero de los incumplimiento a que podríamos aludir genéricamente se refiere a la formalización irregular de los contratos tem-

¹² *Vid.*, en este sentido, lo dicho, por ejemplo, en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia de 4 de julio de 2006.

porales entre trabajador en misión y empresa de trabajo temporal. En estos supuestos, como el caso de formalización irregular del contrato de interinidad —que se formalizan sin especificar la persona sustituida—, se ha de plantear si la mera irregularidad formal —que puede derivar de un desconocimiento efectivo del trabajador sustituido de la empresa usuaria— da lugar, por sí, a la sanción sustantiva prevista y si ésta es imputable a la empresa de trabajo temporal.

En estos casos, la sanción sustantiva de considerar al trabajador como indefinido prevista, por ejemplo, en el art. 8 del ET, admite prueba en contrario de la naturaleza temporal de los servicios, lo cual, en estos casos, es igual que hacerlos depender de la efectiva temporalidad del contrato de puesta a disposición. Es decir, si bien es cierto que, en principio, en estos casos la responsabilidad compete a la empresa de trabajo temporal, se puede poner de manifiesto, al tiempo, irregularidades materiales en la formalización del contrato de puesta a disposición, y la responsabilidad también sería atribuible a la empresa usuaria. Es más, podría defenderse que la atribución de responsabilidad sería imputable sólo a ésta última, dado que el incumplimiento material (formalizar el contrato de puesta a disposición más allá de los supuestos permitidos en el art. 6 de la LETT) podría ser sólo imputable a ésta quedando en un segundo plano la posible irregularidad formal que podría derivar de aquél incumplimiento originario.

La doctrina ahora asentada por el Tribunal Supremo no parece entrar en estas consideraciones. La atribución a la empresa de trabajo temporal de la responsabilidad derivada de la formalización irregular de un contrato de puesta a disposición la hace el Tribunal Supremo sobre la base de una especie de deber *in vigilando* que es extraño a la conformación legal del vínculo contractual entre una y otra.

De esta forma, si continuáramos con el argumento del Alto Tribunal, éste parece partir de una atribución originaria a la empresa usuaria del incumplimiento legal respecto a la formalización irregular del contrato de puesta a disposición que se extiende a empresa de trabajo temporal —pese a la consideración directa de empleadora de ésta—.

Otras consideraciones muy distintas merecería la formalización, en nuestra opinión claramente inadecuada, de contratos fijos discontinuos por parte de la empresa de trabajo temporal para atender distintos contratos de puesta a disposición.

En este caso, presente en los antecedentes de hecho de la sentencia de 28 de septiembre de 2006, pero que nos son considerados por parte del Tribunal Supremo, el incumplimiento de la empresa de trabajo temporal conllevaría la original atribución exclusiva de responsabilidad a ésta. Sin perjuicio, claro está, de que, además, se pudiera poner de manifiesto, en su caso, y de manera concurrente, un incumplimiento sobre los supuestos en que se formaliza el contrato de puesta a disposición.



Efectivamente, en nuestra opinión, la utilización del contrato fijo discontinuo para atender distintos supuestos de contratos de puesta a disposición, basados necesariamente en necesidades temporales de la empresa usuaria, desnaturaliza la naturaleza de dicho contrato. No se da en estas circunstancias la necesidad cíclica de la temporada que justifica el contrato fijo discontinuo y, además, se exige al trabajador un vínculo de disposición con la empresa de trabajo temporal que no se justifica en la referida campaña o temporada que fundamenta la existencia de la prestación. De esta forma, acudir a esta modalidad contractual parece, más bien, un intento de la empresa de trabajo temporal de cubrir fraudulentamente la obligación establecida en el art. 2 de la LETT respecto de un número mínimo de trabajadores con contratos indefinidos o estables¹³.

Por ello, el carácter fraudulento de este contrato en estos casos haría que, en principio, la responsabilidad, aquí, sería exclusiva de la empresa de trabajo temporal.

Distinto es que, tal como decíamos, pudiera, como en el caso analizado en esta sentencia citada, concurrir la contratación irregular a través de puesta a disposición dada la continuación de la prestación de servicios y el carácter injustificado, desde la perspectiva legal, de los supuestos bajo los que se pretende justificar dicha contratación. En estos casos, concurriría efectivamente la responsabilidad de la empresa usuaria dado que se pone de manifiesto, también, un incumplimiento de la misma, pero no sería derivado de un incumplimiento conjunto (una autoría conjunta si manejáramos criterios sancionadores propios del derecho sancionador) de ambos sujetos.

Toda esta diferenciación de casos de los que podrían deducirse distintos supuestos de imputación subjetiva de responsabilidad según a quien pudiera ser atribuible el incumplimiento no se toma en cuenta por parte del Tribunal Supremo. El mismo sólo parte de una imputación conjunta de responsabilidad, incluyendo, para ello, los casos de irregularidades de contratación en estos supuestos dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET. De esta forma, se acude a una fórmula recurrente de extensión de responsabilidad sin analizar los supuestos que pudieran dar lugar a la misma.

Pero hay algunos aspectos que también habría que tener en cuenta.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que es la empresa de trabajo temporal el único empresario formal de la relación laboral entre ésta y trabajador (tal como define el art. 1.2 del ET). Siendo así, se puede cuestionar la imputación de responsabilidad, por estas posibles irregularidades en la formalización del contrato de puesta a disposición, a empresa usuaria ya que es a la misma a quien debería serle imputado el posible e hipotético incum-

¹³ Sobre el tema DEL REY GUANTER; *op. loc. cit.*

plimiento material en la contratación. En ello sí entra en Tribunal Supremo pero justamente para afirmar la aplicación del art. 43 del ET y, así, conseguir el objetivo de ampliar el ámbito subjetivo de responsabilidad.

Efectivamente para estos casos pudiera resultar insuficiente la previsión contenida en el art. 16.3 de la LETT, que parte de la responsabilidad original del empresario formal (la empresa de trabajo temporal), respecto a la extensión de responsabilidad a la empresa usuaria en los casos de formalización irregular del contrato de puesta a disposición, pero que se limita a las obligaciones salariales y de seguridad social (no, como en el caso analizado, a la responsabilidad derivada de la sanción sustantiva propia prevista con carácter general para los casos de irregularidad o fraude en la contratación). Sin embargo, la solución quizá no debería haber sido una extensión general de responsabilidad que, para conseguirla, exige la ampliación del presupuesto de hecho del art. 43; sino indagar en los distintos supuestos que pueden dar lugar, en cada caso, a la contratación irregular o fraudulenta y atribuir la sanción sustantiva prevista con carácter general (aunque no con carácter específico en supuestos de interposición).

Pero, en segundo lugar, aparece otro tema que sí está presente en la solución judicial, tanto de instancia como en casación. Nos referimos a la imputación a las distintas empresas de trabajo temporal que pueden concurrir en el tiempo y que, como en el caso, alegan para descargo de su posible responsabilidad la caducidad de la acción por despido respecto de ellas.

En estos casos, teniendo cuenta que en instancia el Juzgado de lo Social condena solidariamente a todas (empresas de trabajo temporal intervinientes y usuaria) mientras que en suplicación la Sala aplica la solidaridad del art. 16.3 LETT sólo a la última de las ETT aceptando la caducidad de la acción por despido respecto de la primera de las empresas de trabajo temporal implicadas, el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de julio de 2006 condena solidariamente a ambas empresas de trabajo temporal que intervienen en la sucesión de contratos temporales.

Por tanto, respecto a esta cuestión, también el Tribunal Supremo (en la sentencia de 4 de julio, dado que es en este caso donde intervienen distintas ETT) extiende el ámbito subjetivo de responsabilidad; sin perjuicio de las dificultades que conllevaría la efectividad de la sanción sustantiva definitiva sobre la opción que correspondería al trabajador.

Esta solución genérica que llega a tal extremo, por tanto, representa el rechazo, por parte del Alto Tribunal, no sólo de evitar la aplicación del art. 16.3 LETT y del régimen de responsabilidad previsto en el mismo, optando por la solución del art. 43 ET; sino, fundamentalmente, representa el rechazo a adoptar una solución articulada de atribución de responsabilidad más acorde con la atribución de tal concepto de responsable a quien incumpliera efectivamente la norma general sobre contratación.



Y es así, pese a que el Tribunal Supremo es consciente de la dificultad de tal extensión de responsabilidad. Tal como afirma, en un fundamento jurídico clave en el argumento del Tribunal Supremo sobre el que sostiene la atribución de responsabilidad solidaria tanto a empresa usuaria como a empresas de trabajo temporal: «bien pudiera afirmarse que algunos supuestos de ilegalidad son exclusivamente atribuibles a la empresa usuaria y exceden del posible control de la ETT, de manera que las consiguientes responsabilidades serían de injusta exigencia a esta última empleadora. Pero frente a tal consideración cabe argumentar: a) limitar las obligaciones de la ETT —en este aspecto— a que el CPD obedezca formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad —por analogía— de las previsiones del antiguo art. 43 ET (RCL 1995, 997) incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las ya citadas SSTS 26/11/90; 30/06/93; 26/01/98; 21/12/00; 26/09/01; 23/01/02; y 04/04/02); c) aún para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria —e infractora— respecto de las obligaciones de la ETT [art. 12 LETT]; y d) alguna otra garantía —también laboral— correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria (cual es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión: SSTS 11/09/86, 17/01/91 y 08/07/03, en manera alguna excluye la reclamación —de todo orden— que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora)».

6. LA DIFICULTAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN SUSTANTIVA PREVISTA A LOS SUPUESTOS DE DESPIDO DECLARADOS IMPROCEDENTES

Como decíamos, una de las cuestiones que conlleva la doctrina contenida en estas sentencias va más allá de los antecedentes de hecho de las mismas, dado que, tal como hemos dicho, lo verdaderamente trascendente de tal doctrina está en la calificación jurídica que merecen los supuestos de contratos irregulares o abusivos a través de ETT como casos de cesión ilegal de trabajadores.

Siendo así, la sanción sustantiva prevista para los casos de cesión ilegal conlleva la opción del trabajador en misión de elegir entre ser indefinido en la empresa cedente o cesionaria inseparable

En un caso como el analizado de contratación irregular, que conlleva la calificación de la extinción del contrato como despido improcedente, se plantea sin duda problemas interesantes sobre la efectividad de dicha sanción sustantiva, en relación, precisamente, con la prevista en el art. 56 del ET¹⁴.

En este sentido, las preguntas que cabría hacer son muchas e interesantes.

¿Cómo se resuelve la solidaridad cuando la condena no es de cantidad?, ¿cómo se hace efectivo y se concuerda la alternatividad que supone intrínsecamente la solidaridad en la exigencia del cumplimiento de la obligación cuando el deber jurídico del que se predica consiste precisamente en otro derecho de opción de los empleadores condenados —a optar entre la readmisión o el pago de la indemnización? Pero, además, ¿cómo se hacen efectivos los derechos y deberes derivados de la condena con el también derecho de opción que reconoce al trabajador objeto de una cesión ilegal el art. 43 del ET?

Y todas estas cuestiones, además, hay que plantearlas en la medida en que, de conformidad con las sentencias comentadas, el presupuesto de hecho es calificado como tal cesión ilegal, donde la solución jurídica, la sanción sustantiva prevista, es completamente distinta de la prevista generalmente para los supuestos de contratación a través de una ETT.

Intentamos explicarnos a estos efectos. En nuestra opinión, hay, efectivamente, una diferencia fundamental en los tratamientos legales de la cesión ilegal de trabajadores y de la contratación a través de una ETT en cuanto al régimen de responsabilidades establecidos. En el primer caso, la norma opta por una extensión completa de responsabilidad, por una solidaridad basada en la confusión que en cuanto a la propia identidad del empleador conlleva la cesión ilegal. En el segundo caso, la norma siempre parte de una atribución diferenciada de responsabilidades, de obligaciones y deberes jurídicos de los que se derivarían aquella. Así se da en el art. 16 de la LETT, pero también en el art. 28 de la LPRL, por ejemplo, y se traduce, también, a efectos sancionadores administrativos. La calificación como cesión ilegal de los supuestos de contratos de puesta a disposición irregulares implica, también, un cambio cualitativo esencial también a estos efectos y pone de manifiesto, sin duda, las dificultades a que antes aludíamos en relación con el correcto cumplimiento de la condena que conlleva implícita esta declaración en un proceso por despido.

¹⁴ Tal como ya exponía CALVO GALLEGO; «El contrato de puesta a disposición», en AA. VV. (Fernández López y Rodríguez Piñero Royo dir.; Calvo Gallego coord.); *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal. Balances y perspectivas*; CARL, 2004; pág. 135.



Pero ello no es más que una muestra, concreta y específica, aplicable al caso concreto de la solución genérica que supone acudir a la solidaridad sin plantearse —como precisamente se hacía en el ámbito del fenómeno interpositorio que supone la ETT— la atribución articulada de responsabilidades en función de a quién corresponde la obligación o deber jurídicos que se incumplen.

7. REFLEXIÓN FINAL

En fin, nos encontramos ante una posición del Tribunal Supremo que, derivada de una interpretación pretendidamente integradora de dos normas que si no son contradictorias en cuanto a su ámbito de aplicación sí plantean dudas razonables sobre su posible aplicación conjunta (tal como por otra parte reconoce el propio Tribunal), condiciona en gran medida la consideración que a partir de ahora halla de tener la interposición contractual a través de una empresa de trabajo temporal.

Quizá la cuestión a reflexionar no esté tanto en los aspectos más inmediatos y en los que, de alguna forma, nos hemos detenido, como en la trascendencia que de futuro puede tener la calificación jurídica como cesión ilegal de trabajadores de la contratación irregular o, incluso, fraudulenta a través de un contrato de puesta a disposición.

En este sentido, como elementos paralelos a una cuestión principal como la que deriva de tal calificación jurídica y que no han sido tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo aparecen la distinta tipificación sancionadora de los incumplimientos —y, por tanto, la distinta consideración y entidad, incluso identificación, que merecen para el legislador—, la regulación específica de normas para evitar la sucesión en la contratación temporal más allá de la norma genérica contenida en el art. 15.3, la nueva definición legal de cesión ilegal de trabajadores que no participa de estos supuestos, los distintos mecanismos de imputación o atribución de responsabilidad, etc. Estos aspectos concurren en el tratamiento de la cesión de trabajadores y en el tratamiento de la contratación, aun irregular, a través de contratos de puesta a disposición. También merecen una reflexión al hilo del contenido de estas sentencias.

En definitiva, como decíamos al principio, parece que el Tribunal Supremo ha pretendido hacer prevalecer la sanción para los supuestos de contratación irregular sobre el tratamiento del contrato de puesta a disposición conforme la norma legal que los regula (y que sanciona, quizá insuficientemente, eso es cierto, los posibles abusos o irregularidades en la contratación); pero no ha tenido en cuenta todas las consideraciones que planteamos. Por ello, quizá se exija una reflexión importante sobre estas sentencias cuya importancia trasciende, como también decíamos de principio, la propia resolución de un caso ante unos determinados y concretos antecedentes de hecho.