



Trabajo Fin de Grado

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

Autor

Jesús Luesma Yago

Directora

Pr. Dra. D^a M^a José Lopera Castillejo

Facultad de Derecho de Zaragoza
2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
I.- INTRODUCCIÓN	4
II.- MARCO NORMATIVO DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.....	6
III.- CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE CONTRATA, SUBCONTRATA Y CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES	10
1.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES TIPIFICADORES DE LA CESIÓN ILEGAL	13
1.1 REALIDAD EMPRESARIAL DEL CONTRATISTA	15
1.2 EJERCICIO DE LOS PODERES EMPRESARIALES	17
1.3 APORTACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN	18
1.4 AUTONOMÍA DE SU OBJETO	18
2.- SECTORES DE DIFÍCIL DELIMITACIÓN, EMPRESAS DE MULTISERVICIOS	19
IV.- CESIÓN ILEGAL Y CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES DENTRO DEL MISMO GRUPO DE EMPRESAS.....	23
1.- CASOS DE CESIÓN ILEGAL EN GRUPO DE EMPRESAS.....	25
1.1 PRESTACIÓN INDIFERENCIADA Y SIMULTÁNEA	25
1.2 PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MANERA SUCESIVA	26
1.3 CONTRATAS DENTRO DEL GRUPO DE EMPRESAS	27
1.4 CALIFICADAS COMO CESIÓN ILEGAL.....	28
1.5 SUCESIÓN DE EMPRESAS	29
V.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CESIÓN ILEGAL	30
VI.- CESIÓN DE TRABAJADORES DENTRO DEL MARCO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	32
1.- EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL LEGALMENTE ACREDITADAS COMO AGENCIAS DE COLOCACIÓN.	36
2.- OTRAS FORMAS DE CESIÓN LEGAL DE TRABAJADORES.....	40
VII.- CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILÍCITA	41
1.- EFECTOS LABORALES DE LA EXISTENCIA DE CESION ILEGAL	41
2.- RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y PENALES	48
VIII.- TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CESIÓN ILEGAL	49
IX.- CONCLUSIONES	51
X.- BIBLIOGRAFÍA	54

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre., por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
ETT	Empresa/as de Trabajo Temporal.
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 20 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.
LJS	Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
LEm	Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.
LMCEm	Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.
RETT	Real Decreto 417/2015 de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal.
RDAC	Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.
RD 7/2015	Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.
RRHH	Recursos humanos.
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

I.- INTRODUCCIÓN

Actualmente, las empresas se enfrentan a un mercado cada vez más competitivo y exigente que hace de la flexibilidad organizativa un elemento que ha dejado de ser voluntario para convertirse en una opción necesaria y obligatoria, que marcará en gran medida la supervivencia de la empresa.

Uno de los exponentes más importantes de esta flexibilidad organizativa es la externalización de gran parte de la actividad productiva. Dicha externalización que permite abaratar costes y una capacidad de adaptación a las posibles fluctuaciones de la oferta y la demanda del mercado. En este contexto, uno de los elementos externalizables en la empresa es su mano de obra, que posibilita un ajuste de las necesidades de personal para cada momento concreto. Es por ello, que el fenómeno de la externalización se ha incrementado considerablemente en los últimos años, variando también de manera profunda, la forma de organización del sector, alcanzando incluso a las Administraciones Públicas.

No obstante la empresa se enfrenta a la hora de aplicar la externalización de su personal con un derecho del trabajo más rígido, que intenta defender los derechos de los trabajadores, cada vez más deteriorados por la aplicación de técnicas flexibilizadoras en el seno de la empresa. Es por ello que, el ordenamiento laboral sigue respondiendo a su tradicional carácter tuitivo de los intereses del trabajador, que le lleva a establecer una serie de garantías para su protección.

Aparecen, por tanto, figuras ilícitas como la “cesión ilegal de trabajadores”, con el ánimo de eludir las obligaciones que toda relación jurídico-laboral conlleva. La típica relación de trabajo donde existen dos sujetos, empresario y trabajador, en la que el primero a cambio de los servicios del trabajador, a los cuales se ha comprometido, está obligado a realizar una retribución; coexiste con otras relaciones donde se interpone un tercer sujeto, que interviene en la relación. Surgen, en este momento, dos relaciones: una formal fruto del contrato de trabajo y otra real vinculada con la persona a la cual efectivamente presta sus servicios el trabajador.

En términos generales, la interposición en las relaciones laborales se encuentra prohibida en el artículo 43 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, exceptuando la cesión de trabajadores realizada por las Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas (artículo 43.1 ET).

En este marco, y como posteriormente desarrollaremos, uno de los problemas jurídicos que se nos plantea, en este contexto de descentralización productiva, es el de determinar la licitud de la cesión de trabajadores por parte de las nuevas empresas contratistas de servicios o multiservicios externalizados, al ser difusa la frontera entre la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 ET, y la subcontratación de obras y servicios del artículo 42 ET.

La Administración es consciente del grave problema que genera este tipo de situaciones, lo que le llevo a aprobar el 27 de abril de 2012 el Plan de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Fruto del mencionado Plan, la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ha aprobado en el año 2015 el Criterio Operativo sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de las empresas de servicios¹. Este Criterio ha sido aprobado con la finalidad de fijar las instrucciones para clarificar las posibles pautas inspectoras a seguir en el cumplimiento de la función inspectora en este campo.

En lo relativo al concepto de cesión de trabajadores, algunos autores lo definieron como: “el negocio jurídico triangular que se articula entre cedente, cesionario y trabajador, cuyo objeto es la cesión de posición jurídica a un empresario que no asume esta cualidad, siendo el cedente de mano de obra el que conserva formalmente la cualidad de empresario de los trabajadores.”². En definitiva, el fenómeno de la cesión o interposición consiste en la sustitución del empresario real por un empresario formal que figura en el contrato de trabajo, implicando varios negocios jurídicos³. Siguiendo el propio artículo 43 ET en su punto segundo, donde establece que, en todo caso se

¹ Criterio Operativo 96/2015, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de las empresas de servicios.

² RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J., *La cesión ilegal de los trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 30.

³ STS de 17 de enero de 2002 (RJ 2002,9355).

entiende que incurre en cesión ilegal de trabajadores, cuando se producen alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores en la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

A lo largo del presente trabajo intentaremos abordar distintos aspectos jurídicos, estrechamente vinculados con la figura de la cesión ilegal de trabajadores. Comenzando por su marco normativo, iremos tratando entre otros, los criterios determinantes para la delimitación de la figura de la cesión, la cesión en el grupo de empresas, las empresas de trabajo temporal, como única forma permitida de cesión de trabajadores, las consecuencias que conllevan el incumplimiento de la norma en esta materia etc.

II.- MARCO NORMATIVO DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

El empresario es aquel que recibe la prestación de servicios de las personas referidas en el artículo 1.1 ET (trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario), tal y como establece el artículo 1.2 de la misma norma. Por lo tanto, el trabajador estará bajo la dirección y organización del empresario, el cual se hace dueño de los frutos y asume los riesgos de la actividad empresarial. De manera que, en la figura de la cesión ilegal aparece un empleador interpuesto, que obtiene los frutos del trabajo desarrollado por el trabajador, pero sin asumir ninguna de las responsabilidades y obligaciones que derivan de la relación laboral. A este respecto, la cesión ilegal consiste en una simulación contractual que puede darse desde sus inicios, o bien a través de un tráfico ilícito entre el empresario real y el posteriormente interpuesto.

El Estatuto de los Trabajadores regula, en su artículo 43, la cesión ilegal de trabajadores, dividiéndose el mismo en cuatro puntos. En el primero de ellos, se recogen los supuestos autorizados de cesión ilegal, limitando dicha cesión, como después

veremos, únicamente a las Empresas de Trabajo Temporal. Posteriormente en su punto segundo establece el concepto de cesión ilegal, el cual incorpora los criterios jurisprudenciales que tradicionalmente delimitaban esta figura. En lo que se refiere a los efectos, tanto para la empresa cedente y cesionaria (responsabilidad solidaria en cumplimiento de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social), como para el trabajador afectado (elección de la condición de fijos a su criterio, bien en la empresa cesionaria o en la cedente), están regulados en los puntos tres y cuatro del mencionado artículo 43 ET respectivamente.

En este sentido, la cesión de trabajadores está prohibida, a diferencia de la figura de la contrata o subcontrata, que como se manifiesta en el artículo 38 de la Constitución Española, en el cual se recoge el derecho a la libertad de empresa, está admitida en nuestro ordenamiento jurídico. Esta figura de la contrata o subcontrata regulada en el artículo 42 ET es el principal problema que se plantea a la hora de delimitar cuándo nos encontramos ante una auténtica contrata, admitida legalmente, y cuando ante una cesión ilegal de trabajadores, prohibida en nuestra legislación. De tal manera, habrá que puntualizar que subcontratar actividades que integran la actividad esencial de la empresa no conlleva la existencia de una cesión ilegal, siendo este aspecto definitorio en el caso de la contrata por razón de la actividad⁴.

De esta forma, el artículo 43.2 ET delimita la cesión ilegal de trabajadores en los siguientes términos: “En todo caso, se entiende que se incurre en cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objetivo de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

A la vista de este precepto y de la jurisprudencia podemos extraer que la cesión ilegal se da entre una empresa real o cesionaria y otra aparente o cedente, situación ésta

⁴ STS de 15 de abril de 2010 (RJ 2010, 2480).

denominada como interposición. Pero no sólo produce en el caso de empresas aparentes, también denominadas ficticias, sin patrimonio o estructura productiva relevantes. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea lo frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial. Así la cesión también puede tener lugar, aun tratándose de dos empresas reales, si los trabajadores de la una trabajan permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta⁵.

En este orden de ideas, para que estemos ante la figura de la cesión ilegal no es necesaria la contratación de los trabajadores con la finalidad de cederlos. Basta para que exista cesión, que se produzca un fenómeno interpositivo sin que se exija un ánimo fraudulento o especulativo, puesto que esta es una de las modalidades de cesión ilegal y no la única. El artículo 43.2 ET establece un supuesto de interposición en el contrato de trabajo, en virtud del cual, el empresario real, que ejerce el poder de dirección y hace suyo la utilidad patrimonial del trabajo, aparece sustituido en el contrato de trabajo por el empresario formal⁶. Esta situación implica varios negocios jurídicos coordinados: en primer lugar, un acuerdo entre dos empresarios (real y otro formal); en segundo lugar, un contrato de trabajo simulado (empresario formal y trabajador), por último, un contrato efectivo entre el trabajador y el empresario real, pero oculto detrás del contrato formal.

Cuando la cesión se produzca entre empresas reales los problemas consistirán en diferenciar la cesión de la contrata. En este sentido, los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudir con tal fin delimitador a la concurrencia de los criterios de valoración que no son excluyentes sino complementarios, y que trataremos en el punto siguiente.

Como ha expresado el Tribunal Supremo, la finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden,

⁵ STSS 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7548), 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 835).

⁶ STSS de 20 de julio de 2007 (RJ 2007, 5913), 4 de marzo 2008 (RJ 2008, 1180), 19 junio 2012(RJ 2012, 4700).

evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes⁷. Por otra parte, la dispersión de la mano de obra que conlleva la práctica de la cesión ilegal provoca una disminución de los elementos de defensa de los trabajadores.⁸

También, nos parece preciso remarcar, dentro del marco normativo de la cesión ilegal de trabajadores, que existen dos tipos de cesión, en una interviene una empresa ficticia, también llamada testafarro y en la otra forma de cesión, ambas empresa intervinientes son empresas reales a todos los efectos, lo que no impide el efecto interpositorio, que fundamenta la figura de la cesión ilegal.

Respecto del primer de tipo, cesión en la empresa cedente es ficticia y la cesión se realiza con claro ánimo fraudulento, con la misión de eludir responsabilidades a través de una empresa interpuesta. En este caso, los órganos de la jurisdicción cuando tengan conocimiento de ello, procederán a desmenuzar la simulación realizada en fraude de ley, fundamentándolo con base en los artículos 1 y 8 ET, confirmando si ello queda acreditado, como empresario al que realmente recibe la prestación de servicios y bajo cuya dirección se encuentra el trabajador⁹.

Otra corriente jurisprudencial ha dispuesto que por una parte, no se trata de una verdadera cesión en los términos del artículo 43 ET, al faltar en la persona interpuesta la condición de empresario en realidad, calificándola de testafarro o empresario ficticio y de otra parte, estaríamos ante una cesión de carácter permanente, con intención de permanencia, por lo tanto no se trataría en principio de cesión temporal, tal y como establece el punto 1 del artículo 43 ET. En cualquier caso, el mencionado artículo prohíbe tanto la cesión temporal como la indefinida¹⁰, aunque emplea el término temporal en el apartado 1.

⁷ STS de 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 582).

⁸ MARTINEZ GARRIDO, L. R., op. Cit., pag. 234.

⁹ STS de 3 de febrero de 2000 (RJ2000, 721).

¹⁰ STS de 4 de marzo de 2008.(RJ 2008, 1180).

El artículo 18.4 LGSS, regula las responsabilidades de Seguridad Social, cuando nos encontramos ante las denominadas empresas aparentes o ficticias, que se basa en la teoría del empresario efectivo, al disponer que podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee.

III.- CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE CONTRATA, SUBCONTRATA Y CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

Actualmente, uno de los instrumentos de la flexibilidad laboral es la descentralización productiva, actuación empresarial que comporta cambios estructurales de la actividad productiva y en su organización. La descentralización productiva tiene su base constitucional en el artículo 38 CE¹¹. No obstante, para que la empresa se beneficie de las indudables ventajas de una gestión externalizada (reducción de costes, flexibilidad y eficacia de un equipo altamente especializado), es preciso estudiar detenidamente el marco en que se va a encuadrar el arrendamiento de servicios, puesto que la legislación, en el ámbito laboral, no establece una delimitación nítida entre la cesión de trabajadores y la subcontratación de obra o servicio.

Sobre la cuestión, podemos añadir que el último factor evolutivo de la descentralización productiva es que ha pasado de utilizarse en áreas específicas y por empresas dotadas de cierta especialización, a su generalización a cualquier sector del mercado y además, a ser prestadas por empresas no especializadas¹².

En este sentido, la contrata se ha definido como aquel tipo contractual en virtud del cual una parte llamada contratista, asume la obligación de realizar una obra o servicio determinado a favor del empresario principal o continente, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio. Por su parte, subcontrata será el acuerdo contractual por el que un contratista o titular de un encargo de contrata encomienda a

¹¹ LOPEZ SÁNCHEZ, C., “Subcontratación y cesión ilegal: delimitación y responsabilidades empresariales por la cesión ilegal de trabajadores”, en RIVERO LAMAS, J. (Dir.), Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El “outsourcing”, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 278.

¹² ESTEVE-SEGARRA, A., “Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pag. 12.

otro contratista la ejecución de determinadas obras o servicios que forman parte del encargo productivo más complejo que aquel se ha comprometido a realizar.¹³

La contrata y subcontrata son, por tanto, figuras lícitas en la organización de las actividades empresariales. No obstante, estas fórmulas de organización productiva pueden ser utilizadas, con una finalidad fraudulenta: elusión de las responsabilidades empresariales por parte de quien utiliza los servicios de los trabajadores, pero sin aparecer como empleador. En estos casos, el que figura como contratista no es el empresario más que en apariencia, consistiendo su intervención solamente en prestar su ficticia personalidad como tal para desplazar hacia él las responsabilidades empresariales que corresponden al empresario principal, que es el real, al recibir directamente los servicios de los trabajadores contratados por el otro. Es en estos casos cuando incurre en la figura ilícita de la cesión de trabajadores, prohibida por el artículo 43 ET.

De esta manera, la utilización de la contrata y de la subcontrata de obras y servicios es el mecanismo comercial más frecuente para eludir de forma indirecta y artificiosa la norma prohibida de la cesión, defraudando su espíritu mediante una apariencia de licitud. Mediante esta forma, se posibilita que la empresa principal consiga obtener unos servicios canalizados a través de un negocio jurídico que, desde un punto de vista empresarial, ofrece menos obstáculos para su articulación¹⁴.

La admisión en 1994 de un cauce permitido para la cesión, como es el proporcionado con las empresas de trabajo temporal, no ha hecho disminuir este fenómeno, sino que ha posibilitado su incremento y potenciación, a raíz del fenómeno creciente de huida de las ETTs.¹⁵

El reforzamiento garantista de la regulación jurídica de las empresas de trabajo temporal, la rigidez de los requisitos empresariales para acceder a su reconocimiento y

¹³ SALINAS MOLINA, F., “*Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, núm. 38, 2002, pág. 204.

¹⁴ *Vid.*, LOPEZ SÁNCHEZ, C., op. Cit., pag.

¹⁵ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., *La descentralización productiva en unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2003, pag. 100.

el mismo régimen legal en su conjunto han impulsado la huida hacia la subcontratación para el suministro de los servicios temporales a las empresas usuarias¹⁶.

Amparados por la figura de la contrata de servicios, aparece un sector de progresiva implantación, como son las denominadas empresas de servicios y multiservicios. Estas mercantiles por razón de la actividad que desarrollan consiguen realizar, bajo la apariencia de una subcontratación de servicios, una función análoga a la realizada por las empresas de trabajo temporal, pero consiguiendo eludir el marco normativo actual de regulación. Tales empresas de servicios o multiservicios no han de observar el conjunto de garantías ordenadas legalmente a las empresas de trabajo temporal, tanto para su configuración como para su funcionamiento ordinario¹⁷

El éxito de este tipo de empresas reside en dar respuesta ágil a las necesidades del mercado, en lugar de acudir a los servicios que proporcionan las empresas de trabajo temporal, evitando así el cumplimiento del régimen jurídico laboral más rígido y gravoso que se impone a dichas entidades de gestión del trabajo temporal, a la vez que se liberan de cargas y costes salariales¹⁸.

El precepto legal clave en este sentido es el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores, que limita la contratación de trabajadores para su cesión a otra empresa, al establecer que: “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá afectarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”.

La Ley prohíbe tanto la actuación del cedente (si no está autorizado como ETT), contratando trabajadores para cederlos, como la del cesionario. Todo ello, tanto si la cesión se realiza abiertamente como si se produce bajo la apariencia de una contrata de obra o de servicio, que pretenda cubrir una mera contrata de mano de obra.

La línea divisoria entre el artículo 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores queda marcada en el hecho de que, mientras el primero tutela la descentralización de

¹⁶ LOPEZ SÁNCHEZ, C., op. Cit., pag 100.

¹⁷ LOPEZ SÁNCHEZ, C., op. Cit., pag 285.

¹⁸ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., op. Cit., pag. 100.

determinadas fases del proceso productivo al amparo de la libertad de empresa (artículo 38 CE), el segundo prohíbe y sanciona la injustificada alteración en la configuración normal de la relación laboral, especulando a tal efecto con el factor trabajo mediante un abaratamiento.

Conviene tener presente que, hasta el año 2006 con la aprobación de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, no se establecieron de forma detallada las conductas que debían considerarse cesión ilegal de trabajadores. Esta ley dio una nueva redacción al artículo 43 en su punto 2 del ET, incorporando los criterios jurisprudenciales que hasta la fecha regían la determinación de la existencia de esta figura ilícita. Dicha inclusión fue fruto de la concertación social que generó la mencionada Ley del 2006¹⁹.

La nueva redacción del artículo 43.2 podríamos resumir su contenido de la siguiente forma:

- a) Se lleva a cabo una definición expresa del concepto de cesión ilegal identificando cuatro circunstancias concretas que dan lugar a la cesión ilegal de trabajadores. Esta valoración deja poco margen de valoración al intérprete.
- b) La identificación de las cuatro conductas se realiza de forma desigual, pues dos de ellas se realizan de forma precisa y concreta, siendo redactadas de forma muy genérica las otras dos.

1.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES TIPIFICADORES DE LA CESIÓN ILEGAL

La labor jurisprudencial realizada en torno a la delimitación entre la genuina contrata y la cesión prohibida de trabajadores se nos presenta con una relevancia decisiva, habiéndose construido todo un cuerpo doctrinal que, con el paso del tiempo, fue ganado en matices, enriqueciéndose su fundamentación jurídica a la vista de las

¹⁹ OLMO GASCÓN, A.M., *El reclutamiento y la cesión ilegal de trabajadores tras la alteración del sistema de intermediación laboral*, Bomarzo, Albacete, 2015, pag. 30.

cada vez más sutiles prácticas empresariales bajo cuya cobertura se esconde el tráfico prohibido de trabajadores²⁰. Hasta la aprobación de la LMCEm el ET no establecía los requisitos diferenciadores entre una fraudulenta cesión ilegal de trabajadores y una verdadera contrata. Siendo la jurisprudencia, la encargada de cubrir el vacío legal²¹.

Lo que no hacía el artículo 43, ni el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores era delimitar la frontera entre ambas figuras, es decir, entre verdadera contrata de obras y servicios y la pseudocontrata, contrata de mano de obra o cesión de trabajadores, siendo esta una labor llevada a cabo por la jurisprudencia de los tribunales.

Con respecto a la actuación de los tribunales, algunos autores lo trataron de indicios. Se justificaba esta afirmación, puesto que la regulación legal hasta la aprobación de la LMCEm se caracteriza por la imprecisión de los límites entre la descentralización productiva a través de las contratas (actividad lícita, aunque sujeta a responsabilidad) y la cesión ilegal de mano de obra (forma de actuación ilícita y sujeta a otras especiales responsabilidades previstas en el artículo 43 ET). Al no existir criterio legal de precisión del concepto de cesión ilegal, las resoluciones judiciales se basaban en indicios de una actividad fraudulenta²².

Se puede comprobar cómo nos hallábamos ante una jurisprudencia típicamente de indicios, que se construía sobre el análisis de las causas individuales de cada uno de los procesos de subcontratación que se presentaban, frente al que se enjuicia en todo su conjunto, de circunstancias de carácter fáctico que permitan distinguir la verdadera contrata de la mera cesión de trabajadores²³.

El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación a las contratas, estas vienen amparadas por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que les reconoce su licitud. No es fácil diferenciar la cesión ilegal cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o

²⁰ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., op cit., pag. 101.

²¹ LÓPEZ ANIORTE, M^a. C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003, pag. 131.

²² MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., “*Contrata, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 38, 2002, pag. 232.

²³ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., op. Cit., pag. 102.

arrendataria. Esto se agrava, porque en la práctica, se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario, por lo tanto, es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la jurisprudencia recurrió a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes sino complementarios, y que tiene un valor indicativo u orientador. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo del año 2003, sintetiza y sistematiza la cuestión, con referencias a las sentencias más relevantes sobre la delimitación de la cesión ilegal de la subcontratación legal, hasta entonces dictadas. Dicha sentencia arranca diciendo que: “se ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración, que no son excluyentes, sino complementarios, y que tiene un valor orientador, considerando elementos determinantes de la existencia de contrata (legal)²⁴:

- a) La justificación técnica de la contrata.
- b) La autonomía de su objeto.
- c) La aportación de medios de producción propios.
- d) El ejercicio de los poderes empresariales.
- e) La realidad empresarial del contratista (tener en cuenta datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...)

1.1 REALIDAD EMPRESARIAL DEL CONTRATISTA

Quiere hacer referencia, con ello, al criterio de la realidad o autenticidad empresarial que ha de reconocerse en la empresa contratista para entender que nos hallamos ante una verdadera y genuina contrata. Por tanto, se trata de la forma más tradicional de diferenciación entre cesión y contrata fundamentándose sustancialmente en el análisis del sujeto contratista.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo recoge en sus pronunciamientos dicho criterio de distinción, precisando en sus sentencias el alcance y significado que

²⁴ STS de 16 de junio de 2003 (RJ 2003, 4146), también entre otras STSS de 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 582), de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 3755), de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4882)

representa la autenticidad empresarial. Para el citado Tribunal existe contrata:” Cuando la empresa contratista ejerce su actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndose imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro de ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador”²⁵.

La previa existencia, como la efectiva aplicación de la organización empresarial de la empresa contratista, constituyen necesariamente una condición para la existencia de una verdadera contrata, implicando en la realización de la obra o servicio la puesta en funcionamiento de una estructura organizativa, y de unos medios suficientes para desarrollar el trabajo al que se hubiese comprometido²⁶.

Ocurre, sin embargo, que no se estará ante un supuesto de cesión ilegal cuando la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa²⁷. Bien por el contrario, cuando se trate de una empresa aparente o ficticia, sin estructura ni entidad propias, ni verdadera organización patrimonial y su objeto no es otro que el proporcionar mano de obra a otras empresas²⁸. En este caso, ello constituye un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

Todo lo cual, no significa que se esté únicamente ante empresarios aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevante para que exista cesión ilegal. Dado que, la cesión puede darse como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, actuando completamente al margen de la realidad o solvencia de la empresa, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial.²⁹ Constituye, igualmente un supuesto de cesión ilegal de trabajadores

²⁵ SSTS 17 de enero de 1991 (RJ 1991, 58), de 31 de enero de 1995 (RJ 1995, 532), y de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8152).

²⁶ LOPEZ SÁNCHEZ, C., op. Cit., pag. 289.

²⁷ SSTS de 11 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 7588), y de 11 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1177).

²⁸ SSTS de 17 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1177), de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8693), y de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2672).

²⁹ SSTS de 14 de septiembre de 2001 (RJ2002, 582), y de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 3755).

cuando la ejecución de los servicios acordados con la empresa contratista no pone en juego su organización empresarial, tratándose por tanto de una nueva externalización del empleo por parte de la empresa principal. Según el Tribunal Supremo. “la ejecución de servicios acordada al no poner en juego la organización empresarial, quedó convertida en una apariencia de cesión de trabajadores no permitida por el ordenamiento vigente. Lo que se realizó en el caso enjuiciado no fue, por tanto, una verdadera contrata sobre la propia actividad de la empresa comitente, sino una nueva externalización aparente del empleo en el servicio de comunicación con la clientela...”³⁰

1.2 EJERCICIO DE LOS PODERES EMPRESARIALES

En cuanto este criterio delimitador, no radica tanto en la existencia real de la empresa cedente, sino en la verificación de su actuación como verdadero empresario, ejerciendo los poderes que le son propios. Así el Tribunal Supremo establece: “Aunque nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de este en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman la estructura empresarial...”³¹

El término ficticio no describe un hecho o conjunto de hechos, sino que es en gran medida una calificación jurídica o una valoración intermedia. La expresión puede referirse, tanto a la posición en el contrato de trabajo (empresario ficticio frente a empresario real), como a la infraestructura empresarial (empresa ficticia como empresa sin un soporte empresarial, económico u organizativo)³².

Respecto al concepto de empresa, en el ámbito de la economía que es donde surge, se define como la organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado. Así mismo, se puede enunciar como la organización de los factores de la producción (capital/trabajo) con el fin de obtener ganancias. Por lo tanto, la empresa se caracteriza esencialmente por ser organización, o lo que es lo mismo, gestión de factores personales y reales de

³⁰ STS de 19 de enero de 1994 (RJ 1994, 352).

³¹ SSTs de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315), de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8152), y de 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 352).

³² STS de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 3755).

producción para la consecución de un fin determinado. De lo anterior, se deduce que uno de los elementos propios del concepto de empresario es la asunción de todos los riesgos que puede conllevar el negocio por parte de éste. Se puede afirmar que, cuando en una explotación o negocio existen unos elementos principales de capital y trabajo, así como unos medios materiales de producción, será el empresario quien ostente sobre todos ellos el poder de mando, dirección, decisión y gestión, sea cual sea su vínculo jurídico entre ellos³³.

1.3.- APORTACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN

Por lo tanto, aunque la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, debemos tener en cuenta que el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista en ocasiones no será suficiente para no declarar la cesión ilegal. Lo que sucede, a pesar del ejercicio de funciones de dirección y organización, es que esta se puede llevar a cabo al margen de una organización empresarial propia, puesto que los medios materiales, de producción, así como las relaciones comerciales pueden estar bajo el poder de la empresa principal³⁴

De todo ello, se deduce que el fenómeno interpositorio ilícito puede producirse siempre que en el caso concreto no se pongan en juego los elementos materiales necesarios para el desarrollo del servicio concreto. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo manifiesta que: “El hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo del tal servicio”³⁵.

1.4.- AUTONOMÍA DE SU OBJETO

El objeto de la contrata debe ser una obra o servicio correspondiente a la “propia actividad” de la empresa principal, es decir, aquella actividad que, si la contrata no se

³³ STS de 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 5688).

³⁴ STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8693).

³⁵ STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315).

concertará, debería realizarse por el empresario pudiendo perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. Por esta razón, la jurisprudencia, ha excluido determinados servicios, como el de vigilantes, que, en muchos casos, no son esenciales de la actividad de la empresa.

Ello no significa, sin embargo, que las actividades del comitente y contratista deban ser necesariamente distintas (se ha admitido, por ejemplo, “la realización en el mismo buque de otros trabajos similares (no contratados) con obreros de la plantilla propia”³⁶, ni excluye que el contratista pueda prestar su actividad a un solo empresario principal sin perder su condición de tal³⁷.

2.- SECTORES DE DIFÍCIL DELIMITACIÓN, EMPRESAS DE MULTISERVICIOS

El concepto de empresa de servicios es muy amplio, pues dicho sector ha incrementado su peso social y productivo frente al sector industrial de forma muy importante. En este sentido, de las distintas tipologías de las empresas de servicios, en los últimos años se está consolidando una eclosión de las denominadas empresas de gestión integral, también llamadas gráficamente multiservicios³⁸.

A este respecto, estas empresas multiservicios operan, además, en muchos casos, al mismo tiempo como ETT, agencias de colocación y gestión de RRHH, además de como agencias de externalización. Se ha ampliado así notablemente el abanico de los servicios que ofrecen. De aquellas actividades originarias centradas en la vigilancia y seguridad, y en la limpieza de instalaciones, se ha pasado a ofrecer servicios de todo tipo. Esta cuestión, se pone de manifiesto de la lectura del ámbito funcional de alguno de los convenios de ámbito empresarial más reciente, como servicios de logística y transporte, servicios socio-sanitarios, servicios administrativos e informática, tele-servicio, mantenimientos industriales etc.³⁹

³⁶ STC de 9 de julio de 1981 (RJ 1981, 4850).

³⁷ *Ibidem* nota anterior.

³⁸ ESTEVE-SEGARRA, A., op. Cit., pag. 13.

³⁹ VICENTE PALACIO, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Atelier, Barcelona, 2016, pag.13

A diferencia de, las empresas de servicios especializadas en una actividad y sometidas, por lo general, a un solo convenio colectivo, nos encontramos con empresas multiservicios que se caracterizan por su versatilidad en el objeto social. Su actividad lucrativa estará en función del servicio/os contratados. Esta falta de adscripción, rompe uno de los aspectos clásicos del ordenamiento laboral, que ubicaba las empresas en función de la actividad que desarrollaban, lo que determinaba el convenio colectivo aplicable o determinadas normas de prevención de riesgos laborales que se debían tener en cuenta⁴⁰.

Podemos establecer, respecto del éxito de este tipo de empresas multiservicios, entre otras causas las siguientes: permiten obtener servicios especializados, con la consiguiente mejora de la productividad, que proporciona una ventaja competitiva; permite reducir el coste unitario y el interés de no contar con personal propio (aligera gestión de RRHH, reduce costes laborales, desplazamiento del riesgo como empleador etc.); además de un beneficio fiscal, al facturar los servicios como gastos de explotación.

A propósito de la reducción del coste unitario, como beneficio para las empresas que contratan este tipo de multiservicios, esta se consigue incluso teniendo en cuenta el margen de beneficio comercial de la empresa multiservicios. Claramente este menor coste se consigue mediante el abaratamiento de las condiciones laborales de los trabajadores contratados por la empresa multiservicios y por la no aplicación del convenio colectivo de la empresa contratante.

Centrándonos en la cuestión de la cesión ilegal de trabajadores, podemos establecer que, el sector servicios presenta una serie de rasgos y características propias y determinantes, que provocan la aparición de una zona gris, entre la contrata y la cesión ilegal de trabajadores⁴¹. Ya en su día, los sectores de seguridad y limpieza generaron dudas jurisprudenciales a la hora de determinar la violación o no de la prohibición general de cesión de trabajadores⁴². Por todo ello, diremos que los criterios jurisprudenciales tratados en el punto anterior (criterios que han dado origen a la actual

⁴⁰ ESTEVE-SEGARRA. A., op. Cit., pag 14.

⁴¹ LOPEZ SANCHEZ, C., op. Cit., pag 290.

⁴² STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997, 497).

redacción del artículo 43 ET), pueden resultar insuficientes para distinguir la existencia de cesión ilegal de trabajadores, o por el contrario, ante una lícita subcontrata, amparada por el artículo 42 ET.

Por lo tanto, la delimitación entre contrata y cesión ilegal obliga a un análisis de la relación entre la empresa de servicios y la empresa que contrata a los mismos y después la relación concreta del trabajador. Puede haber dentro de una misma empresa cesión ilegal para unos trabajadores y no para otros⁴³.

En este sentido, deberemos indagar sobre cómo los distintos tribunales tratan la cuestión de los indicios delimitadores en relación a este tipo de empresas de multiservicios. En lo que se refiere al indicio de la existencia real de la empresa, se descarta la cesión ilegal por el hecho de que, la empresa contratista tenga una elevada plantilla en relación con los trabajadores empleados en la contrata, y preste servicios similares para otras empresas⁴⁴.

Si el indicio utilizado es la justificación técnica de la contrata, tendremos que tener en cuenta, si la actividad de la empresa multiservicios se despliega dentro del proceso productivo de la principal, utilizando su maquinaria y utensilios y siendo organizado y controlado el trabajo por la empresa principal, por lo tanto, no existe autonomía técnica de la contrata⁴⁵. En el supuesto de que la actividad realizada por la empresa auxiliar se agota en el mero suministro de mano de obra se produce prestamismo laboral⁴⁶. Por otra parte, la fórmula de pago entre empresario principal y contratista, será indicio de cesión ilegal, en el supuesto de que se incremente o reduzca el precio de la contrata, en función exclusivamente del aumento o disminución de trabajadores necesarios para atenderla⁴⁷.

En lo relativo al indicio de puesta en juego de la infraestructura propia de la empresa contratista para desarrollar la contrata, el Tribunal Supremo consideró que la empresa multiservicios no puso en juego su organización empresarial para la prestación

⁴³ STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2013 (REC. 2629/2003).

⁴⁴ STSJ de Asturias de 14 de abril de 2004 (REC 2475/03.).

⁴⁵ STS de 14 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 6784).

⁴⁶ STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2010 (REC 2865/2009).

⁴⁷ STS de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1976).

del servicio, porque además era esta la que proporcionaba el equipo necesario, además de organizar, planificar y supervisar la actividad de los trabajadores de la contratista, siendo la intensidad de control muy notable frente al escaso control ejercitado por la empresa multiservicios⁴⁸. Sobre la cuestión, cuando la naturaleza del servicio no exige la localización, un indicio de la falta de soporte empresarial es que la empresa principal facilite el local para la prestación del servicio a la empresa cedente⁴⁹.

En relación a lo anterior, existen otros indicios como podrían ser: la coincidencia de horario de trabajo del personal de la contrata con la empresa principal, y que ésta sea la que se encargue de la organización de los turnos de trabajo, vacaciones y demás criterios de tiempo de trabajo de la plantilla del contratista; la confusión de plantillas en la provisión de sustituciones, ausencia o cambios de turnos tanto de la empresa principal como de la contrata; que la empresa principal tome las decisiones sobre sanciones del personal de la contrata o decida qué trabajador de la contrata sigue o no en el servicio, así como que designe el número de trabajadores adscritos al servicio, o se encargue de su selección; la coincidencia de sistemas retributivos o de incentivos de la empresa principal y la contrata etc.

Por último, y aunque no afecte de forma directa a la cuestión de la cesión ilegal de trabajadores, sí nos gustaría resaltar la importancia que tiene la determinación del convenio colectivo en empresas multiservicios, que carecen de convenio de empresas, para evitar la desprotección de los trabajadores (así como la competencia desleal), con empresas especializadas y sometidas de forma clara a un convenio colectivo sectorial. La solución a esta cuestión ha sido hasta ahora la de aplicar en estas empresas multiservicios, varios convenios colectivos según el ámbito territorial y funcional. No obstante, el Tribunal Supremo parece haber apostado por una interpretación distinta, delimitando de forma más concreta el convenio aplicable a las empresas multiservicios⁵⁰. Bien es cierto que este criterio, planteado por el TS, de un único convenio delimitado por la actividad principal pudiera aplicarse a algunas empresas multiservicios con una estructura plurifuncional simple, o con actividades más o menos

⁴⁸ STS de 26 de abril de 2004 (RJ 2004, 2720).

⁴⁹ STS de 16 de junio de 2006 (RJ 2006, 4146).

⁵⁰ STS de 17 de marzo de 2015 (RJ 2015,1539)

homogéneas, no será factible con aquellas empresas multiservicios con prestaciones laborales muy diversas⁵¹.

IV.- CESIÓN ILEGAL Y CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES DENTRO DEL MISMO GRUPO DE EMPRESAS

Muchos de los procesos de contratación y subcontratación empresarial se deben a una estrategia de empresas de grupo para flexibilizar la capacidad empresarial de adaptación al mercado y de gestión del personal. Por ello, es relativamente habitual que la creación de una empresa en el contexto del grupo, supone a continuación la contratación empresarial entre algunas de las que ya conforman el grupo y la nueva, utilizando para ello técnicas de descentralización productiva.

En este sentido, la jurisprudencia determina que, la circulación de trabajadores en el seno de un grupo de empresas, como una práctica en principio lícita, siempre que se establezca las necesarias garantías para el trabajador, salvo que responda a una finalidad fraudulenta, como la constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías, por parte del trabajador⁵². Sobre el mismo razonamiento, establece que, salvo supuestos especiales que actúan como auténticas excepciones a la regla general, los fenómenos de circulación dentro del grupo, no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para así ocultar al empresario real⁵³.

En relación a lo anterior, la licitud de la circulación de los trabajadores en el seno de los grupos de empresas, se manifiesta en una concepción subjetiva de la prohibición de cesión de mano de obra., que ante la ausencia de un ánimo específico de contratar al trabajador para cederlo a otra empresa, es lo que legitima la circulación de trabajadores en el seno del grupo. Esta cuestión, supone una excepción a la prohibición legal de cesión ilegal de trabajadores.

Respecto a los efectos que la jurisprudencia ha dispuesto ante estas situaciones de cesión legal en el seno de los grupos de empresas, aunque ha tenido en cuenta los

⁵¹ ESTEVE-SEGARRA, A., op. Cit., pag.

⁵² STS de 14 de febrero de 2010 (RJ 2011, 835)

⁵³ STS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 9434).

enumerados en el artículo 43.2 ET (responsabilidad solidaria de las empresas, reconocimiento al trabajador de una antigüedad desde el inicio de la relación con cualquier empresa del grupo⁵⁴), lo más habitual es llegar a la consideración de la responsabilidad solidaria por otra vía, que consiste en reconocer la consideración del grupo como unidad a efectos laborales, es decir, como si estuvieses ante un solo empresario, tomando como dato relevante la prestación de servicios por los trabajadores afectados por la situación, para diversas empresas del grupo y habitualmente sin hacer distinciones sobre si esa prestación para diversas empresas del grupo ha sido simultánea o sucesiva⁵⁵. Sobre la misma cuestión, otras sentencias han determinado que, la prestación de servicios de forma indiferenciada para las distintas sociedades de un grupo no es en principio una práctica ilícita, sino que responde a razones técnicas u organizativas. A efectos laborales el grupo es tratado como un único empresario, partiendo de la existencia de confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa unitaria y unidad de dirección⁵⁶

Sobre lo expuesto, la SSTSJ de Aragón de 19 de abril de 2010 (275/2010) sintetiza y aclara de forma muy precisa, la diferencia entre cesión ilegal de mano de obra y la existencia de un grupo de empresas, que de manera real opera como unidad de empresa, que asume como tal los efectos jurídicos materiales de las relaciones laborales que se establecen en su seno. En este caso, las empresas constituían un grupo con unidad de dirección, confusión patrimonial y prestación indiferenciada de servicios por los trabajadores de las empresas que constituían el grupo de empresas. A modo indicativo para la justificación de la unidad de empresa, es que contaba con un servicio de prevención mancomunado y régimen de consolidación fiscal, compartiendo los mismos centros de trabajo. La estructura del personal u organigrama seguía un diseño piramidal, encontrándose en la cúspide de la pirámide para abajo, los jefes o directores de proyecto, luego los analistas funcionales y técnicos. A continuación los programadores. Los primeros dependen de la matriz, que adquiere también la consideración de sociedad holding, perteneciendo los programadores a cualquiera de las tres empresas que conforman el grupo. El diseño de grupo prevé que las empresas operan como un grupo empresarial en la que los trabajadores prestan servicios de forma

⁵⁴ Ibidem nota anterior.

⁵⁵ STSJ de Aragón de 19 de abril de 2010 (275/2010).

⁵⁶ STS de 14 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 5908) y SSTSJ de Galicia de 3 de junio de 2005 y de Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 21 de octubre de 2005.

indiferenciada para cualquiera de las tres empresas, por lo que originariamente el grupo había sido diseñado como una sola empresa real, que organiza y distribuye el trabajo entre sus trabajadores, basándose en criterios de especialización y eficiencia empresarial.

La reiterada jurisprudencia y doctrina legal ha venido interpretando el artículo 43.2 ET, sobre la base de que el supuesto de hecho ordinario de existencia de cesión ilegal de mano de obra, se construye externalizando servicios, pero a través del suministro de mano de obra. En el supuesto de hecho analizado, no existía contrato alguno entre las empresas que conforman el grupo, es decir, no se había procedido a llevar a cabo una contratación empresarial a través de una contrata. De tal forma que el juzgador considera que no es posible la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre las empresas de grupo, porque los trabajadores contratados por cualquier de ellas, prestaban servicios de manera indiferenciada y conjunta para todas ellas. Y todas ellas, las empresas que conforman el grupo, tienen como objetivo la consecución de un resultado común.

El empresario es el grupo en sí, de tal forma que las empresas que lo componen tienen responsabilidad solidaria frente a los trabajadores, lo cual determina la innecesidad de la figura de la cesión ilegal de los trabajadores, en cuanto que se llega a un efecto práctico de protección de los trabajadores similar al previsto para la cesión.

1.- CASOS DE CESIÓN ILEGAL EN GRUPO DE EMPRESAS

Sobre lo tratado, cuando analizamos una situación de posible cesión ilegal de trabajadores dentro del grupo de empresas, nos podemos encontrar con diferentes casos que se nos plantean en la práctica:

1.1 PRESTACIÓN INDIFERENCIADA Y SIMULTÁNEA

Prestación de servicios laborales para diversas empresas del grupo, dando lugar a una situación de plantilla única. En este supuesto el grupo de empresas único, y por lo tanto la responsabilidad a efectos laborales están aseguradas, al ser ésta solidaria y por definición no existir ni cedente ni cesionario, al considerarse empleador único. Se debe

tener en consideración que, en estos casos, se puede calificar tanto la cesión ilegal como la existencia de grupo, puesto que, la responsabilidad solidaria no incluye la declaración de fijeza de trabajador, según establece el artículo 43.3 del ET, ni la posibilidad de imponer sanciones administrativas⁵⁷.

1.2 PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MANERA SUCESIVA

En este caso, la prestación se lleva a cabo de manera sucesiva para varias de las empresas del grupo, sin demasiada claridad del porqué de esa movilidad de trabajadores pertenecientes a diferentes empresas en el seno del grupo de empresas al que todas ellas pertenecen.

Estamos, por lo tanto, ante una situación en la que la prestación laboral se realiza de manera sucesiva, existe un evidente simulación con la cesión ilegal, pero su finalidad no es defraudatoria o especulativa, sino que está justificada por razones organizativas, aplicándose la analogía del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores para tutelar los derechos de los trabajadores en caso necesario, en orden a la responsabilidad solidaria⁵⁸. Así el Tribunal Supremo establece que: “en todo caso queda claro que el problema que aquí se plantea es el que, con carácter general, se conoce como el de la circulación de trabajadores dentro de las sociedades del mismo grupo, en el que resulta apreciable en la práctica una válida fenomenología, desde la situación de plantilla única y la actuación como empresario de todas las empresas del grupo a la sucesión de contratos o a la puesta a disposición del trabajador de otras sociedades del grupo manteniendo el contrato inicial con una de las sociedades de éste... Pero, aparte de que las consecuencias de la cesión son, en principio, las que establece el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, las diferencias entre misión en el grupo y cesión son también notables y han sido destacadas por la doctrina científica más autorizada: salvo supuestos especiales aquí no concurrentes, los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones

⁵⁷ En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.; SALA FRANCO, T., “*contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores*”, en VV.AA., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: Estudio en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 124.

⁵⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.; SALA FRANCO, T., op cit., pag. 121).

técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en la empresas del grupo en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 ET⁵⁹.

Cabe advertir como, la cesión ilegal necesita de una finalidad fraudulenta y una especulación interpositoria, para poder establecer la ilicitud de la relación. En este sentido, si la movilidad entre empresas de un mismo grupo no responde a razones técnicas y organizativas sino al propósito de mermar los derechos de los trabajadores, ha de calificarse como cesión ilegal⁶⁰

1.3 CONTRATAS DENTRO DEL GRUPO DE EMPRESAS

En estos supuestos de contratas dentro del grupo de empresas, nos encontramos ante lo que supondría una situación diferenciada de la contemplada en el supuesto de prestación simultánea, y por tanto, el impedimento en principio de la calificación de plantilla única.

En este tipo de circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas, se nos plantea, si la contratación empresarial a través de una contrata o subcontrata, pertenecientes a un mismo grupo es en principio posible y por lo tanto lícita. Por lo expuesto hasta ahora, habrá que considerar cada situación de manera individualizada para poder calificarla, en orden a descartar que tales contratas escondan cesiones ilegales de trabajadores. En atención a los criterios e indicios jurisprudenciales entre contrata y cesión de trabajadores ya tratados, habrá de valorarse si la empresa que actúa como contratista, tiene una entidad propia como empresa, si ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores empleados en la contrata y si asume el propio riesgo en la ejecución de la misma⁶¹. Por lo tanto, los criterios delimitadores aplicados a las empresas en el campo de las contratas y subcontratas, son empleados de igual forma en los grupos de empresas.

⁵⁹ STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8605).

⁶⁰ STSJ Asturias de 10 de septiembre de 2004

⁶¹ STSS de 25 de junio de 2009 (RJ 20009, 9434), de 14 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 582) y de 17 de enero de 2002 (RJ 2002,3755).

1.4 CALIFICADAS COMO CESIÓN ILEGAL

Dentro del grupo de casos que se nos pueden plantear, en el análisis de la figura de la cesión ilegal y los grupos de empresas, este podría ser una de las calificaciones con las que nos podemos encontrar. En este sentido, serán todos aquellos supuestos en los que pese a contemplarse un grupo de empresas, la situación debe ser calificada de cesión ilegal de mano de obra, debidamente simulada mediante la técnica de la descentralización productiva a través de la contratación entre empresas.

Ante lo expuesto, sirva de ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarrasa, por la que el Juez justifica de una forma clara y tremendamente coherente, porque considera que las empresas que conforman un “grupo patológico” que no tienen una existencia real en el mercado; y que su única función era suministrar mano de obra a la mercantil SALVESEN LOGÍSTICA, S.A. En el caso el juez acredita que en aplicación de los elementos distintivos, así como de los indicios (no existían mandos por parte de las subcontratas que dirigieran a los trabajadores de estas, no existía contrato escrito de la subcontratación, las rutas, las cargas, los horarios, las vacaciones; la organización total del trabajo era función de SALVESEN etc.), declara que en ningún caso la empresa acredita una existencia real en el mercado. Por cuanto, su único objetivo era ceder los trabajadores a la mercantil SALVESEN⁶².

En relación a lo anteriormente expuesto, hay que decir que con más frecuencia nos encontramos con el fenómeno interpositorio en el ámbito de los grupos de empresas. En este sentido, además en ocasiones se observa que la empresa principal actúa como empresa holding en el contexto del grupo, creando con capital propio la otra empresa, con el fin expreso de externalizar sus actividades hacia aquella otra⁶³. Es por ello, que hay autores que han criticado la inaplicación del artículo 43 ET, a la cesión de trabajadores entre diferentes empresas del grupo, cesiones que vienen justificadas por su ámbito organizativo y no por el ánimo fraudulento. Para estos autores, el artículo 43 ET prohíbe “objetivamente una conducta muy claramente determinada y que la dislocación subjetiva del empresario que se produce en estos supuestos provoca inseguridad jurídica

⁶² Sentencia del Juzgado nº 1 de Tarrasa de 29 de octubre de 2015 (442/2015).

⁶³ STS de 13 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9782).

al trabajador, pues precisamente el elemento de innovación legislativa que se incorpora en la legislación laboral, respecto de la prohibición civil del fraude de ley, con la prohibición de la cesión de trabajadores, es el de la objetivación del ilícito y, con ello, la supresión de la necesidad de demostrar perjuicio singular o voluntad defraudatoria...⁶⁴.

1.5 SUCESIÓN DE EMPRESAS

Estaríamos ante el supuesto en el que una empresa transmite una o varias unidades productivas autónomas, de las enunciadas en el artículo 1.5 ET, caracterizadoras del concepto de centro de trabajo, pero con la finalidad de desgajarlo patrimonialmente de la empresa y adscribirlo a otra que se crea con ese sustrato patrimonial. En el presente supuesto, será de aplicación el artículo 44 ET, que regula una situación lícita (la transmisión de un conjunto de elementos productivos que pasan de una empresa a otra sucesivamente). Para la operatividad del mecanismo jurídico de la subrogación prevista en el artículo 44 ET, es precisa la concurrencia de dos requisitos: que la unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales dotado de suficiente autonomía funcional, lo que llamaríamos autonomía y una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios.

En lo relativo a la cesión de los trabajadores, la subrogación no opera de forma automática, siempre teniendo en cuenta que la sucesión sea lícita, sino que requerirá la aceptación de los trabajadores afectados. En el supuesto de que los trabajadores no aceptasen la subrogación, se mantendrá la relación de trabajo inicial, sin perjuicio de las facultades de la empresa de modificación o en su caso extinción del contrato por causas objetivas. No cabe en estos supuestos, la anulación de las subrogaciones, pues estas al considerarse lícitas serán válidas, debiéndose gestionar aquellas negativas que los trabajadores realicen de forma individual⁶⁵.

Uno de los ejemplos más claros de cesión ilegal de trabajadores se da cuando, una empresa “externa” va cediendo trabajadores a otras empresas (que controla la misma persona) y así, el empresario, va distribuyendo a los trabajadores como conviene. En este supuesto será de aplicación el régimen del ilícito del artículo 43 ET.

⁶⁴ OLMO GASCÓN, A.M., op cit, pag 40.

⁶⁵ STS de 23 de octubre de 2001 (RJ 2001,8150).

Por lo antes expuesto, el artículo 44 ET se aplica a situaciones consideradas lícitas, mientras que la cesión ilegal parte de una situación fraudulenta (en la que hay un empresario interpuesto y uno real actuando simultáneamente). Por ello, no cabe el planteamiento conjunto de ambas cuestiones en la misma demanda. En este sentido los tribunales establecen que la cesión ilegal y la sucesión de empresas se proyectan en distinta dirección. La primera hacia el pasado, afecta al sujeto responsable y precisa de una declaración de carácter fraudulento de la relación. La segunda, sucesión de empresas, afecta a la esencia misma del acto extintivo. Por lo tanto, en un litigio resulta incompatible el planteamiento conjunto, que no subsidiario, de las cuestiones referentes a posible cesión ilegal y sucesión empresarial⁶⁶

V.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CESIÓN ILEGAL

La externalización de servicios, a través de contrata y subcontratas llevadas a cabo por las distintas administraciones públicas, es una práctica perfectamente lícita en nuestro país. En este sentido, podemos ver en alguna sentencia que, la contrata y subcontrata entre empresas (también entre Administraciones Públicas y empresas) es un medio perfectamente lícito de colaboración que viene impuesto por la dinámica de la economía, pero lo que el ordenamiento jurídico laboral, no tolera es el tráfico de mano de obra⁶⁷.

Por lo tanto, al ser una forma de gestionar lícita, la administración pública local, autonómica o estatal, y dado que, se dotan de un volumen muy elevado de empleo de naturaleza temporal, recurre a las empresas de servicios y multiservicios de forma muy importante. Este traslado de prestación de servicios por medios materiales y personales propios de la administración, hacia empresas de servicios y multiservicios se ha visto favorecido por las políticas de adelgazamiento de la administración pública con el fin de ahorrar costes, y evitar incrementos de plantilla. Se trata de la aplicación de una nueva

⁶⁶ STSJ Canarias, Las Palmas de 23 de junio de 2005 y en el mismo sentido STSJ Canarias de 11 de octubre de 2005.

⁶⁷ STSJ Canarias, Las Palmas de 13 de junio de 2005 (640/2005)

forma de gestión pública, que considera más eficaz la acción administrativa a través de la gestión indirecta, mediante la contratación con el sector privado⁶⁸.

Sobre la cuestión, conviene tener presente que la huida hacia las empresas de servicios por parte de las Administraciones Públicas ha llevado a una creciente mala praxis, que han llevado a estos entes a caer en el ilícito del artículo 43 ET. Tal fue la situación que, el 9 de febrero de 2009 el Tribunal de Cuentas elevó a las Cortes Generales una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales. La mencionada Moción, motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010, por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En dicha Resolución se insta a las Administraciones Públicas a instrumentar los mecanismos necesarios para atajar aquellas prácticas, que se venían llevando a cabo durante esos últimos años, en las contrataciones de servicios, por cuanto la declaración de la cesión ilegal, que ofrece al trabajador el derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, da lugar, en caso de decantarse por la cesionaria, en este caso una Administración Pública, a adquirir la condición de personal indefinido no fijo.

Se pretendió, con esta iniciativa, conformar unas instrucciones que garantizaran en su aplicación práctica, la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quedase clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse cesión ilegal de trabajadores. En este sentido, los entes y organismos que forman parte del sector público, conforme al artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, tendrían que dictar, en sus respectivos ámbitos de competencias, las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran de contratar, dando cumplimiento de esta forma a la mencionada Resolución de 27 de octubre de 2010.

En relación a lo anteriormente expuesto, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad

⁶⁸ ESTEVE-SEGARRA, A., op. Cit., pag. 18.

presupuestaria y de fomento de la competitividad, determina las consecuencias para los trabajadores, para el caso de que la ejecución de los servicios externos de una Administración que hubiera contratado, no se hubieran hecho por el cauce adecuado, en tanto que la prestación de esos servicios se llevan a cabo por los trabajadores sujetos a la contrata, directamente con la propia administración contratante, apareciendo el contratista como un mero mecanismo interpositorio. La mencionada Disposición Adicional Primera en su párrafo primero establece que: “En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias”.

Por último, otra cuestión a considerar, se refiere a la inaplicación del artículo 43.2 ET, respecto de la cesión de personal laboral entre Administraciones Públicas. Se construye una teoría al efecto similar al supuesto referido de los grupos de empresas, en donde se refuerza la licitud de tales prácticas por el principio de coordinación, cooperación y colaboración entre Administraciones que prevé el artículo 103.1 CE⁶⁹

VI.- CESIÓN DE TRABAJADORES DENTRO DEL MARCO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En los procesos de racionalización y reestructuración productiva que se han llevado a cabo en los últimos tiempos se ha recurrido de manera generalizada a dos prácticas: la externalización de la actividad productiva y de gestión de personal por medio de la subcontratación y de la utilización de ETTs, y la utilización masiva del empleo temporal (según datos del servicio público de empleo, durante el año 2015 de los 18,6 millones de contratos realizados, se han formalizado más contratos temporales que nunca en nuestro país, 17,07 millones, así mismo en este año se han firmado 6,5 millones de contratos a tiempo parcial). Ello ha permitido una flexibilización de los procesos de producción, una reducción de costes laborales y una disminución del poder sindical de control y negociación colectiva.

⁶⁹ STSJ de Canarias de 23 de julio de 2008

De esta forma, la cesión de trabajadores que se realiza mediante las ETTs, se inserta plenamente en el proceso de externalización de la organización productiva, formalizando la disociación ente quien contrata y remunera la prestación y quien la utiliza efectivamente. Bien es cierto, que a través de las ETTs se canaliza un volumen muy importante de empleo, cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales.

La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa está prohibida con carácter general en el ordenamiento jurídico, tanto para el cedente como para el cesionario, con la única excepción de los supuestos en los que la cesión se efectúe a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas para actuar como cedentes en los términos legalmente establecidos, tal y como dispone el Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 43.1: “La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legamente se establezcan”. El ET, por tanto conceptúa la cesión ilegal de forma negativa, puesto que permite la cesión temporal que realizan las ETTs autorizadas, siendo ilegal las efectuadas fuera de estas limitaciones, por lo tanto la cesión solo se permite de forma excepcional y condicional⁷⁰.

Tras la legalización en España a través de la reforma del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, las ETTs fueron reguladas por la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Posteriormente esta norma ha sido desarrollada y modificada por diversa normativa, siendo la última de ellas la aprobación de la Orden ESS/1680/2015, de 28 de julio, por la que se desarrolla el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal. Las principales novedades que recoge el mencionado Reglamento del 2015 RETT son en materia de autorización administrativas de las ETTs que tendrán eficacia en todo el territorio nacional, entendiéndose concedida por silencio administrativo; en materia de garantía financiera para responder frente a posibles incumplimientos de sus obligaciones salariales, indemnizatorias con sus trabajadores y

⁷⁰ STS de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1180).

del pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social; y la creación por primera vez de una base de datos central de Empresas de Trabajo Temporal.

La exposición de motivos de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal señala cómo desde finales de la década de los sesenta los países centrales de la Unión Europea, teniendo ratificado, al igual que España el Convenio nº 96 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), han venido regulando la actividad de las ETTs, por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados pueden canalizar un volumen muy importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicio, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales.

Denominaremos, por tanto, a las Empresas de Trabajo Temporal y siguiendo el artículo 1 de la LETT, como aquellas empresas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados y previamente seleccionados. Las ETTs no realizan una función de colocación o de mera puesta en contacto entre la oferta y la demanda de mano de obra (agencias de colocación), ni tampoco asumen la ejecución de una obra o servicio de la empresa principal con sus propios trabajadores (empresas contratistas o auxiliares). La función específica es la de contratar previamente a trabajadores para cederlos temporalmente a empresas usuarias.

De este modo, la interposición en el contrato de trabajo a través de la ETT da lugar a una relación triangular que rompe con el esquema normal (con base en el contrato de trabajo bilateral) de la regulación jurídico-laboral, en virtud del cual, el trabajador presta servicios remunerados dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, que directamente le contrata (artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores), produciéndose, en el cuadro de una situación jurídica caracterizada por la existencia de una pluralidad de empleadores. Nos encontramos, por tanto, ante una escisión entre titularidad jurídica del poder de dirección que corresponde formalmente a la ETT como empleador, y el ejercicio de las facultades de dicho poder por la empresa usuaria también, titular del mismo durante el periodo de puesta a disposición.

Entre las ETTs (entidades privadas) y las empresas usuarias hay un contrato mercantil previo, para que la primera capte, forme y contrate de forma temporal a trabajadores para que, posteriormente desarrollen sus funciones en la segunda; o lo que es lo mismo actúa de intermediaria y proporciona los trabajadores que la empresa usuaria necesita. En este sentido, el contrato de puesta a disposición, tal y como lo establece el artículo 6 LETT, será el celebrado entre la ETT y la empresa usuaria, teniendo por objetivo la cesión del trabajador por la ETT a la usuaria, quedando incorporado el trabajador en la estructura organizativa de ésta y a cuyo poder de dirección se debe. Los frutos del trabajo desarrollado por el trabajador, pertenecen a la empresa usuaria.

La aceptación de la excepción legal de autorizar a las ETTs como vía para la cesión de trabajadores, no impide que pueda apreciarse cesión ilegal en el supuesto de vulnerar las condiciones previstas legalmente para los contratos de puesta a disposición (artículos 6 a 9 de la LETT y artículo 15 RETT). Especialmente se determinará como cesión ilegal, aquellos casos en los que se conciertan contratos de puesta a disposición para supuestos prohibidos legalmente, o cuando incurre en fraude de ley al encadenar sucesivos contratos de puesta a disposición de un mismo trabajador en misión, se cubran necesidades permanente en la empresa usuaria, de tal manera que para estos supuestos, la responsabilidad solidaria entre la ETT y la empresa usuaria no sólo se limita a las obligaciones salariales y de Seguridad Social (artículo 16.3 LETT), sino a las obligaciones laborales y de Seguridad Social por ser de aplicación el artículo 43.3 ET⁷¹.

Hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 (RJ 5727/2006), se abogaba por la inaplicación del artículo 43 ET, puesto que la LETT ya establecía un régimen sancionador específicos, para el caso de incumplimiento o utilización irregular de los trabajadores por parte de las ETTs. En dicha sentencia, el TS unifica doctrina determinando que la interpretación adecuada del artículo 43.1 ET, permitiendo solo la cesión de trabajadores que se ajusten a derecho. En el caso de incumplirse, tiene como consecuencia las sanciones previstas en el mismo precepto, o lo que es lo mismo la aplicación del artículo 43.3 ET. Esa aplicación no excluye la aplicación del propio artículo 16.3 LETT. Dicha sentencia se pronuncia sobre la cuestión de la cesión

⁷¹ SSTs de 4 de julio 2006 (RJ 2006, 5727), de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6519) y 19 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1502)

permanente, estableciendo que, en aplicación del artículo 6.4 del Código Civil constituyen conductas ilícitas, puesto que: “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”⁷².

1.- EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL LEGALMENTE ACREDITADAS COMO AGENCIAS DE COLOCACIÓN.

En el desarrollo de este apartado, quisiera analizar la cuestión de si las ETTs pudieran incurrir en un ilícito de cesión ilegal de trabajadores cuando en ella concurren, además de su labor propia de cesión legal de trabajadores a la luz del artículo 43.1 ET, una labor de reclutamiento laboral, orientación, formación e intermediación, cuando esta es legalmente acreditada como Agencia de Colocación.

La posibilidad de que las empresas de trabajo temporal puedan actuar también como agencias de colocación es atribuida por el artículo 33.2 de la Ley 3/2015, de 23 de octubre, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, cuando dice: “las personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas de trabajo temporal, que deseen actuar como agencias de colocación...” Por lo tanto las ETTs podrán actuar como agencias de colocación con el único requisito de la presentación, con carácter previo, de una declaración responsable ante el Servicio Público de Empleo Estatal, si el ámbito de actuación es de varias Comunidades Autónomas o del Servicio de Empleo Autonómico si solo actúa en una Comunidad Autónoma.

A este respecto, se enuncian expresamente a las empresas de trabajo temporal en el artículo 33.6 LEm (la anterior Ley 56/2003 de Empleo, lo recogía en su disposición adicional 2ª) estableciendo que las mismas podrán actuar como agencias de colocación, si se ajustan a lo establecido en el propio LEm para las agencias de colocación, incluida la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios.

⁷² STS de 4 de julio 2006 (RJ 2006, 5727).

Como vemos, las agencias de colocación vendrán reguladas, entre otras, por la ya referida Ley 3/2015 LEm y en lo no contemplado en la misma, por el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación y que las desarrollan reglamentariamente. De este manera, el RDAC define las agencias de colocación, en su artículo 2.1 como: “a efectos de lo previsto en esta norma, se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que, en coordinación y, en su caso colaboración con el Servicio Público de Empleo correspondiente, realicen actividades de intermediación laboral...” Por lo tanto, a la vista de esta definición, así como de la recogida en el artículo 33 LEm podemos distinguir dos tipos de agencias de colocación: aquellas colaboradoras de los SEPEs, y las que desarrollan su labor de forma autónoma pero de forma coordinada con dichos Servicios. Como ya hemos dicho la nueva regulación dada por el artículo 33.2 LEm elimina la obligación de la autorización previa, sustituyendo la misma por una declaración responsable. No obstante y a la vista del artículo 33.5 LEm en su párrafo segundo, las agencias consideradas entidades colaboradoras deberán articular la misma a través de un instrumento jurídico. Este tipo de agencias cobrará sus servicios a las empresas, siendo gratuito en todo caso para los trabajadores.

Respecto a las funciones que deben llevar a cabo esta agencias de colocación, siguiendo el Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, podemos mencionar que en su artículo 6.1 párrafo segundo establece que: “en la prestación de servicios se procurará la coordinación entre los agentes públicos y privados... En particular los Servicios Públicos de Empleo promoverán la colaboración con las agencias de colocación...”. Por su parte el artículo 7 de la misma norma, enumera como servicios a prestar, dentro de la Cartera Común del Sistema Nacional de Empleo, siendo los siguientes: Servicio de orientación profesional, servicio de colocación y de asesoría a empresas (intermediación), servicio de formación y cualificación para el empleo etc.

El referido servicio de orientación, tal y como recoge el artículo 8 del RD 7/2015 tiene como objeto informar, diagnosticar al trabajador, asesorarle, motivarle y el acompañamiento, implicando para ello un seguimiento individualizado de cada trabajador al que se le asigna un tutor.

Respecto al servicio de colocación y de asesoría de empresa o intermediación, el artículo 31 LEm establece una definición de intermediación laboral como: “el conjunto de acciones que tiene por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo para su colocación”.

Otra de las funciones de las agencias de colocación con el SEPE es el de formación y cualificación para el empleo, así el artículo 10 del RD 7/2015 define esta acción como aquella que tiene por finalidad promover la formación, cualificación profesional, recualificación y actualización permanente de las competencias profesionales, facilitando la transición al empleo, ajustando la oferta formativa y de los proveedores de formación a las necesidades del mercado de trabajo. En este punto resaltar que las ETTs en cumplimiento del artículo 12.3 LETT, tienen obligaciones específicas en materia de formación, en este sentido, tienen la obligación de destinar anualmente el 1% de la masa salarial a la formación; de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias (artículo 12.2 LETT). Por lo tanto al permitirse que una ETT actúe a su vez como agencia de colocación que lleva a cabo acciones de formación y cualificación, puede darse confusión y confluencia de acciones, así como situaciones de incumplimiento de obligaciones legalmente determinadas, lo que puede resultar muy grave para los trabajadores⁷³. Además pueden producirse situaciones en las que la formación, a la que vienen obligadas las ETTs, para lo cual deben destinar unos fondos determinados, sea financiados con fondos públicos a través de los convenios establecidos entre el SEPE y la agencia de colocación propiedad de la ETT.

Es cierto que permitir a las ETTs actuar a su vez como agencias de colocación puede provocar muchas situaciones irregulares, así pueden darse situaciones, además de las enumeradas en el párrafo anterior en materia de formación, otras como la falta de correspondencia entre la orientación, la formación y el puesto ofertado, hecho este de especial importancia para aquellos perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, en el supuesto de rechazar una oferta de trabajo (no acorde con su formación), pudiendo incurrir en infracción leve o grave (en este supuesto la sanción puede suponer la pérdida de la prestación). Además el trabajador no tiene cauces de

⁷³ OLMO GASCÓN, A.M., op, Cit., pag. 78

reclamación de su derecho a ocupar el puesto para el que fue formado, produciendo una situación de clara indefensión.

Siguiendo con lo anterior, otra posible infracción es la inadecuada transferencia de datos entre la ETT y la agencia de colocación, incumpliendo de la ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El hecho de que la ETT sea al mismo tiempo agencia de colocación, no justifica el intercambio de información entre ambas, no garantizando de forma efectiva el respeto por la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos.

Respecto a la circulación de trabajadores entre la agencia de colocación y la ETT, titular de la primera puede acarrear situaciones susceptibles de infracción. Podemos estar ante el supuesto de que una agencia de colocación colaboradora remita a un desempleado a su propia ETT, para que ésta ceda a una tercera empresa al trabajador mediante contrato de puesta a disposición. En este caso la agencia de colocación, aunque de forma indirecta está cobrando por sus servicios. Lo realiza a través de la ETT propietaria, pudiendo considerarse un fraude de ley.

Estas situaciones irregulares descritas no son las únicas, pudiéndose dar algunas otras, pero utilizar el artículo 43 ET para sancionar estas actividades, lo consideramos poco acertado. Dado que este artículo del ET regula situaciones de cesión ilegal, en el que el objeto es defender los salarios, cotizaciones y condiciones laborales, fruto del contrato legal suscrito. Su utilización en acciones de intermediación, en los que aún no se ha formalizado un contrato de trabajo resulta inadecuada. Así como, al no haberse suscrito ningún contrato de trabajo en estos momentos es imposible su aplicación. No se puede ceder ilegalmente lo que no se tiene contratado formalmente. No obstante el legislador debería valorar la posibilidad de declarar de forma indefinida, el contrato de un trabajador que ingresa en la empresa mediante una acción formativa irregular y/o operación de colocación ilegal.

En este sentido, apuntar que, sigue presente y más concretamente el artículo 43 ET cuando la infracción venga realizada por una ETTs autorizada como agencia de colocación, puesto que debe estar presente la labor tutelar que el Estatuto de los trabajadores persigue. Por ello aunque se trate de una ETTs y se aleguen razones

sistemáticas se deberá seguir aplicando el mencionado artículo 43 ET. Nos referimos a la posibilidad de que la ETT incumpla tanto la LETT, en sus artículos 7 y 8, así como cuando incurre en fraude de ley, por el encadenamiento de sucesivos contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades permanentes de las empresas usuarias⁷⁴

Si bien hay que apuntar que la tradicional actividad de las ETTs relativa a la puesta a disposición se ha unido a otras como la intermediación, formativas, asesoría y consultoría en materia de recursos humanos, etc. Esto hace que se deba replantear el artículo 43.1 ET al recoger y regular las causas permitidas de cesión ilegal. Además, y como ya hemos comentado que exista la posibilidad de que una agencia de colocación colaboradora con el SEPE, pueda adscribir (a los cuales les ha orientado y formado) de forma temporal a trabajadores dentro de su propia ETT, para su posterior puesta a disposición de empresarios, fomentando la precariedad de los trabajadores afectados. Estas situaciones de intermediación en la que pueden darse la confusión entre ETTs y agencias de colocación hubiesen necesitado un régimen específico de control y sanción para una mejor defensa de los derechos y garantías de esta situación precontractual. Estamos ante una “zona gris” del derecho del trabajo, en el que la aplicación de la regulación en materia de cesión ilegal del artículo 43 ET se estima ineficaz, debiendo encontrar un sistema alternativo que recoja estos supuestos⁷⁵

2.- OTRAS FORMAS DE CESIÓN LEGAL DE TRABAJADORES

Además de las empresas de trabajo temporal, existen también otras formas que excepcionalmente permiten la cesión legal de trabajadores, autorizadas por expresa habilitación legal o normativa, que en otro caso constituirían cesión ilegal. Estas formas son:

a) La cesión de trabajadores portuarios, sujetos a relación laboral especial, en la medida en que su empresa, la Sociedad Anónima de Gestión de Servicios (SAGEP), puede destinarlos a prestar servicios laborales en favor de las empresas usuarias titulares

⁷⁴ STS de 29 de septiembre 2006 (RJ, 2006, 6925)

⁷⁵ OLMO GASCÓN, A.M., op, Cit., pag. 119-121

de las licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, cesión prevista en el artículo 151 de la Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

b) Otro de los supuestos admitidos sería la cesión por una cooperativa agraria o del campo de sus trabajadores a las explotaciones agrícolas de sus socios, autorizada por el artículo 93.2.d) de la Ley 27/1999 de 16 de julio, según redacción dada por la Ley 2//2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible (disposición final segunda). En dicho artículo se establece que, para el cumplimiento de su objeto, las cooperativas agrarias podrán desarrollar, entre otras, las siguientes actividades: d) Cualesquiera otras actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral o ecológico de las cooperativas o de las explotaciones de los socios, entre otras, la prestación de servicios por la cooperativa y con sus propio personal que consista en la realización de labores agrarias u otras análogas en las mencionadas explotaciones y a favor de los socios de la misma. Esta modificación supone que se posibilita la contratación de trabajadores por cuenta ajena para la prestación de servicios a los socios de la cooperativa.

c) Por último, tenemos la cesión admitida en la prestación de servicios en empresas ordinarias, por parte de trabajadores discapacitados, contratados mediante una relación laboral especial por centros especiales de empleo, que en virtud de un enclave laboral son destinados a trabajar en una empresa ordinaria del mercado de trabajo (artículo 3 a 10 del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero que regula los enclaves laborales como medidas de fomento de empleo de los discapacitados).

VII.- CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILÍCITA

1.- EFECTOS LABORALES DE LA EXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL

En cuanto a las consecuencias laborales garantizadas típicamente se pueden diferenciar tres cuestiones: la adquisición de fijeza en la empresa cedente o cesionaria, las consecuencias salariales de la cesión ilegal y por último las responsabilidades en materia de Seguridad Social. Tres aspectos que a continuación trataremos de analizar.

Con carácter general, toda vulneración de la norma provoca como efecto jurídico la nulidad radical del acto jurídico prohibido. No obstante, el artículo 43.3 ET establece un efecto diferente en caso de contravenirse la prohibición general de cesión de mano de obra. Dicho artículo proporciona una consecuencia más directa al establecer que:” Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria...”.

La relación surgida podría calificarse de extracontractual, puesto que la relación laboral surgida de la aplicación del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores carece de la libre decisión del empresario, existiendo tan solo la declaración de voluntad del trabajador. Por tanto, no se da el fundamento contractual del consentimiento de ambas partes sobre la causa y el objeto del contrato⁷⁶.

Con respecto al derecho de opción establecido en el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores por el cual los trabajadores cedidos ilegalmente adquieren la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, esta solo tendrá sentido cuando hay dos empresas reales, puesto que si una de ellas fuera mera apariencia, la mencionada opción se desvanece ante la imposibilidad de que el trabajador opte por adquirir la condición de fijo en una empresa inexistente.

En este sentido, ya hemos advertido la necesidad de distinguir entre cesiones de personal realizadas por empresarios reales, que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral, y las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento⁷⁷.

Sobre esta cuestión, el alto Tribunal, se ha pronunciado en diversas sentencias, al determinar que, el ejercicio del derecho de opción solo podrá ejercerse si las dos empresas, cedente y cesionaria, tiene entidad real, así el derecho de opción en el supuesto de que la empresa cedente, aún actuando como interpositoria, tuviera entidad

⁷⁶ LOPEZ SÁNCHEZ, C., op. Cit., pag. 310.

⁷⁷ STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2612).

real, pues, cuando fuera mera apariencia, mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador fijo en empresas que no existen⁷⁸.

De no ser así, se condicionaría el ejercicio formal de la opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, convirtiendo esta opción en una medida de protección del mecanismo interpositorio y no en lo que realmente se pretende que es una garantía para el trabajador⁷⁹. Es decir, lo que se pretende realmente con la interposición de un contrato de trabajo es eludir la aplicación de las normas más favorables al trabajador, colocando a un tercero en lugar del verdadero empresario, por lo que eliminar ese resultado sólo se cumple si se aplican las normas correspondientes al trabajo realmente realizado⁸⁰.

Por otra parte, el derecho de opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores solo puede ser eficazmente ejercido mientras subsiste la cesión ilegal: “Esta facultad del trabajador para obtener la condición de fijo en una u otra empresa, con los derechos y obligaciones que precisa la norma y a elección del trabajador; ha de ejercitarse mientras subsista la cesión”⁸¹. No obstante, al estimar que la empresa principal es la empresa real y no la que figura en el contrato de trabajo, resultando ser la principal el verdadero empresario y la cedente una pura ficción, los trabajadores tendrán derecho a que el empresario verdadero les reconozca la cualidad de trabajadores suyos incorporados a la plantilla, aunque el trabajador no haya ejercitado la opción⁸².

Si durante la vigencia de la cesión ilegal se produce el despido disciplinario del trabajador en la acción del despido puede alegarse la existencia de la cesión ilegal, sin que se acumulen indebidamente esas dos acciones procesales, para conseguirse la condena solidaria de las dos empresas⁸³.

Como ya hemos comentado ante la cesión ilegal, la opción a integrarse en la plantilla fija de la empresa cedente o cesionaria corresponde al trabajador, pero una vez producida la opción, si media también despido y se declara improcedente, la opción

⁷⁸ STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1600).

⁷⁹ LOPEZ ANIORTE, M^a. C., op. Cit., pag. 135.

⁸⁰ STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2612).

⁸¹ STSS de 29 de octubre de 2012 (RJ 2012, 7925), 11 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 9132).

⁸² STS de 17 de enero de 1991 (RJ 1991, 58).

⁸³ STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2515), 14 de octubre de 2009 (RJ 2009,7823).

entre la readmisión o la indemnización corresponde a la empresa⁸⁴. De este modo el Tribunal Supremo establece el criterio a seguir para armonizar lo dispuesto en el ET en sus artículos 43 y 56, respecto a los efectos de la cesión ilegal y los del despido declarado improcedente. En definitiva, salvo que el trabajador despedido tenga la condición de representante legal de los trabajadores, estamos ante derechos independientes, el primero previo, que determina la integración del actor en una u otra empresa, y el segundo atribuido a la empresa. Por lo tanto, verificada la cesión ilegal, siendo el despido improcedente, una vez haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del artículo 43 ET, corresponde a la empresa, como ya he mencionado, elegir la opción entre readmisión o indemnización, en los términos previstos en el artículo 56.1 ET⁸⁵

En lo que afecta a la antigüedad, el artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores establece que la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal. Este precepto prevé que la antigüedad sólo se computará en la empresa cesionaria, desde el inicio de la cesión ilegal, y con ello se excluye la imputación a esta empresa de la antigüedad anterior con el empresario decente, pero no impide que ejercitada la opción por el trabajador, la prestación de trabajo para el empresario real, produzca todas las consecuencias, porque la opción es una garantía para el trabajador y una medida de protección del mecanismo interpositorio⁸⁶. No obstante, en el supuesto planteado en el párrafo anterior, en los casos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad de vínculo laboral, se computará la totalidad de la contratación (reconoce al trabajador una antigüedad desde la fecha del primer contrato y no del último), para el cálculo de la indemnización por despido improcedente⁸⁷.

Sea cual sea la forma de incorporación del trabajador a la empresa cesionaria, bien por el ejercicio expreso de la opción, bien por la ruptura de la simulación, al trabajador se le garantizará las condiciones laborales y así el mencionado artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores establece que “...Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste sus servicios en el mismo o equivalente puesto de

⁸⁴ STS de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008, 764), 3 noviembre de 2008 (RJ 2008, 6508).

⁸⁵ STS de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 2470).

⁸⁶ STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1600).

⁸⁷ STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6508).

trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”. Por lo tanto, en lo que afecta a la categoría profesional que debe disfrutar el trabajador que opta por la condición de fijeza en la cesionaria, tradicionalmente se ha defendido que debe ser la que corresponda a un trabajador que ocupe el mismo o equivalente puesto de trabajo⁸⁸.

Cuando la cesión se produce en la Administración Pública, los trabajadores cedidos adquieren la condición de trabajadores con relaciones laborales indefinidas, pero no son fijos de plantilla, pudiéndose extinguir el contrato al cubrirse reglamentariamente la plaza ocupada, todo ello para salvaguardar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 14; 23.3 y 103.3 de la Constitución Española), en el acceso al empleo público⁸⁹.

En lo que se refiere a las a los efectos salariales, una de las consecuencias que se suelen derivar de la declarada existencia de cesión ilegal, es el planteamiento posterior por parte del trabajador cedido de una reclamación de cantidad interesando las diferencias habidas entre lo percibido y la retribución resultante del Convenio Colectivo aplicable en la empresa cesionaria. Para el Tribunal Supremo, en estos casos debe analizarse la categoría real con arreglo al Convenio Colectivo de la cesionaria. El mandato del artículo 43 ET dirigido a las empresas cedente y cesionaria, en función de la opción que el interesado ejercite, no es atribuir una categoría sino que las funciones que haya desempeñado surtan efectos, económicos, y de todo género en la empresa en la que adquiera la fijeza o el carácter indefinido, habrá que estar a la efectivamente realizadas y de haber optado por la cesionaria, otorgarle la categoría que en ésta corresponda coincidente o no con la categoría de la empresa cedente⁹⁰.

Sobre el tema de los efectos que se derivan necesariamente de la declarada existencia de cesión ilegal, se pronuncia el Tribunal Supremo sobre la cuestión suscitada, determinando las condiciones retributiva corresponden a una trabajadora sometida a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fija en la empresa cesionaria, en concreto si cabe mantener en esta las condiciones salariales superiores

⁸⁸ STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2009, 339).

⁸⁹ STS de 19 de junio de 2002 (RJ 2002, 4508), 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 2926), 10 de junio de 2009 (RJ 2009, 4541).

⁹⁰ STS de 25 de enero de 2011 (RJ 2011, 486).

que tenía en la empresa cedente. El alto Tribunal afirma en síntesis, en reiterada doctrina que a partir de la opción ejercitada en ejecución de la sentencia que declara la nulidad del despido, los derechos y obligaciones del trabajador no pueden ser otros que los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, aunque la antigüedad, como ya hemos comentado haya de computarse desde el inicio de la cesión ilegal⁹¹. Así se ha pronunciado en sentencia más reciente el citado Tribunal, al declarar que la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa cesionaria, entre los que se encuentran los efectos económicos, tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha optado⁹².

En relación con los efectos de la cesión ilegal y de la opción por la reincorporación en la plantilla de la cesionaria, prosiguiendo la relación realmente existente, los efectos no pueden producirse sólo a partir del ejercicio de la opción, sino que se retrotraen a todo el tiempo que haya durado dicha situación. De tal manera que la reclamación de las diferencias salariales no podrán limitarse a los devengos posteriores a la declaración de la existencia de cesión, sino también a los anteriores⁹³

El apartado 2 del artículo 43 ET establece, expresamente, que los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior, responderán solidariamente de las obligaciones, contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. Ello hace posible que éstos se dirijan contra uno u otro, o contra ambos indistintamente, para hacer efectivos sus derechos como tales: de esta forma, el empresario que recibe la prestación laboral de los trabajadores prestados o cedidos en contra del a prohibición legal, aun cuando no haya contratado con ello, queda equiparado jurídicamente al sujeto de contrato, garantizándose de esta manera la satisfacción de los derechos de los trabajadores.

Por lo que afecta a las obligaciones contraídas en materia de Seguridad Social el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 20 de octubre por el que se aprueba

⁹¹ STSS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3470), 25 de enero de 2011 (RJ 2011, 997).

⁹² STS de 17 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1378).

⁹³ STS de 24 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7281).

el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, establece quién será sujeto responsable de cotización: “El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad. Responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o mortis causa las personas o entidades sin personalidad a que se refiere los artículos 18 y 168 1 y 2 LGSS”.

El mencionado artículo 168 LGSS, en su punto segundo, señala:” En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece ente el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo”.

El artículo 13.3 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, determina la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, ingresando las aportaciones del empresario y de los trabajadores, en su totalidad, así como el pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, cuando el causante hubiere sido declarado responsable, en todo o en parte del pago de las mismas.

Esta responsabilidad solidaria, que se exige conforme a lo dispuesto en los artículos 142.1 y 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social, existirá entre los empresarios, cedente y cesionario, en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, si aquellos infringieren lo señalado en el apartado 2 del artículo 43 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sobre cesión de estos, la cual solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos legalmente establecidos. La responsabilidad solidaria a que se refiere este número se entiende sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

Por su parte, tal y como ya se ha mencionado, en el supuesto de encontrarnos ante las denominadas empresas aparentes, siendo de aplicación el artículo 28.4 LGSS. Este precepto se basa en la teoría del empresario efectivo, pudiéndose dirigir el procedimiento recaudatorio contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios. En este sentido se comunicará a la Tesorería General de la Seguridad Social el alta de los trabajadores en la empresa cesionaria con fecha de efectos desde el inicio de la cesión ilegal. Se practicará acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta de los trabajadores afectados por falta de alta en la empresa real, o sea, en la cesionaria desde el inicio de la cesión ilegal.

Por último, sobre la cuestión de la aplicación del principio “non bis in ídem”, el artículo 3 LISOS, en el caso de concurrencia con el orden jurisdiccional penal, dispone que no podrán sancionarse los hechos que haya sido sancionados penal o administrativamente en el supuesto identidad de sujetos, de hechos y de fundamento. En los casos en el que la infracción pudiera constituir un ilícito penal, la Administración pasará el procedimiento al órgano judicial competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento.

2.- RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y PENALES

Frente a la injustificada alteración en la configuración normal de la relación laboral que la cesión ilegal implica, el ordenamiento reacciona frente al incumplimiento de esta prohibición legal, estableciendo un conjunto de sanciones tanto administrativas como penales. Sobre esta cuestión, resaltar que los supuestos de hecho respecto de la cesión ilegal de trabajadores, merecen el doble reproche, administrativo sancionador y del Derecho Penal, siendo la nota diferenciadora entre ambas la gravedad de hecho incurrido.

En cuanto a la responsabilidad administrativa cedente y cesionario incurren en infracción muy grave según el artículo 8.2 LISOS, se considera infracción muy grave la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación.

Dentro de la responsabilidad penal, el Título XV del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, de los artículos 311 a 318 recoge los “delitos contra los derechos de los trabajadores”. El mencionado articulado describe actos o incumplimientos en el ámbito laboral que por su trascendencia merecen el correspondiente reproche social y la correspondiente reacción de la jurisdicción penal.

Así pues, el artículo 311 CP, al establecer que: atentan contra los derechos de los trabajadores, quienes mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan, los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contratos individuales. Igualmente aquellos que en caso de transmisión de empresas mantengan las citadas condiciones. A dicho delito se le imputa una pena de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses.

Respecto a la cesión ilegal de trabajadores, será de aplicación el artículo 312.1 CP, que establece penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, para los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

VIII.- TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CESIÓN ILEGAL

En primer lugar, y respecto a la legitimación para ser parte en un proceso de cesión ilegal de trabajadores, como regla general deberá tener un interés legítimo en el proceso. Respecto a la misma, tendrán legitimación activa:

- a) Los trabajadores, que podrán concurrir de manera individual, de acuerdo al artículo 17.1 LJS, o en conjunto con otros, es decir, en este último caso, por la que se denomina legitimación plural (artículo. 19 LJS).
- b) Los sindicatos, tal y como recoge el artículo 17.2 LJS, tanto cuando afecten a intereses de sus afiliados, como cuando resulten afectados intereses colectivos del conjunto de los trabajadores de la empresa⁹⁴.

⁹⁴ STC de 29 de octubre de 2001 (RJ 2001/215).

- c) De oficio, es decir promovido por la autoridad laboral. Se trata de una práctica generalizada en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, que el proceso se inicie como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Basta que el trabajador este trabajando cuando se produzca la actuación inspectora, que suponga el levantar un acta de infracción de mano de obra, tal y como establece el artículo 148 LJS.

En lo que se refiere a la legitimación pasiva en los procesos por cesión ilegal de mano de obra, podremos citar los siguientes:

- a) El empresario hipotéticamente “real” como el cedente, cualquier que sea la figura que puedan adoptar, según el artículo 1.2 ET. Para la constitución adecuada de la relación jurídico-procesal, tendrán que ser codemandados.
- b) El grupo de empresas, si la pretensión es que les afecte la resolución judicial de que se trate⁹⁵.
- c) La Administración Pública, cuando actúa como empresario, sobre todo cuando acuden a la contratación externa, supuesto como hemos visto muy frecuente en estos últimos años.

Respecto al procedimiento, no existe modalidad procesal concreta para el caso de la cesión de mano de obra, por lo que el trabajador demandante cuya pretensión sea el reconocimiento de su condición de trabajador en la empresa cesionaria, deberá interponer la demanda en la instancia a través del proceso ordinario o declarativo. Sobre el mismo, el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, tal y como establece el artículo 25 LJS, aplicándose a estos supuestos la regla general.

Por último, y en relación a la litispendencia, comentar que no existe litispendencia entre una demanda declarativa de cesión ilegal, que no ha devenido firme, y otra posterior de despido; o viceversa. En tal sentido, la única identidad apreciable afecta al elemento subjetivo, o sea a las partes, pues el objeto de la pretensión es distinto, es decir la reclamación por cesión ilegal y reclamación por despido.

⁹⁵ STSS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009,4934).

IX.- CONCLUSIONES

El objetivo principal de la cesión ilegal de mano de obra es eludir responsabilidades laborales, provocar insolvencias empresariales, o la reducción artificial de la mano de obra de la empresa con cualquier propósito. Estas relaciones de trabajo triangulares en el contrato de trabajo buscan la no aplicación de las normas más favorables al trabajador, creando un claro perjuicio para éste, poniendo a un tercero en el lugar del verdadero empresario.

Las empresas deben de contar con un patrimonio, organización y medios propios, entendiéndose en caso contrario que se trata de una mera “apariencia de empresa”. Cuando falla este elemento, nos encontramos ante un supuesto de cesión de trabajadores por interposición de un testaferro o empleador aparte que figura como sujeto del contrato de trabajo, pese a no tratarse del verdadero titular de la relación laboral. Existe mayor problema cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias. En este caso, la cuestión que se plantea es si ésta actúa como un verdadero empresario respecto de la obra o servicio contratado con la empresa principal y en relación a los trabajadores ocupados en tales trabajos.

Lo que se pretende con esta práctica no es sacar fuera de la empresa una determinada parcela del proceso productivo, pues ésta se mantiene, de hecho se conservan intactos los elementos materiales y organizativos afectos a la misma, así como los poderes empresariales, sino tan sólo tiene por objeto externalizar a los trabajadores ocupados en ella, sin utilizar a tal efecto la vía lícita que el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores ofrece, incurriendo así en el ilícito laboral de la cesión ilegal de trabajadores..

En cuanto a la cesión de trabajadores, es fundamental tener claro que, en la actualidad, la única vía mediante la cual una empresa puede disponer de mano de obra ajena es a través de la contratación con una Empresa de Trabajo Temporal, siendo ilegal cualquier otro tipo de puesta a disposición de trabajadores, de acuerdo con el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, conviene tener presente que el solo hecho

de subcontratar los servicios a través de una ETT no elimina la posibilidad de que se entienda que se está ante una cesión ilegal de mano de obra cuando, por ejemplo, no se acredite por la empresa usuaria las necesidades temporales que se tratan de satisfacer con los contratos de puesta a disposición.

En este sentido, resaltar el auge de las empresas multiservicios en estos últimos años, coincidiendo éste con la mejora del estatuto jurídico de los trabajadores contratados para su cesión en el marco de las ETT. El proceso de equiparación con los trabajadores de las empresas usuarias ha producido una pérdida de interés hacia las ETT, las cuales han perdido cuota de mercado a favor de las empresas multiservicios. Éstas últimas, a diferencia de las ETT, sí que pueden suponer menores costes en aquellos aspectos con una inmediata cuantificación económica (salarios y tiempo de trabajo). Es por ello que las empresas multiservicios se encuentran en clara situación de ventaja respecto de las ETT, lo que no es de extrañar que ETT vinculadas a grandes multinacionales han constituido sus propias empresas multiservicios. Existe por lo tanto, un traspaso desde el trabajo temporal hacia la subcontratación de servicios, lo que supone graves efectos sobre los derechos laborales de los trabajadores.

En el desarrollo del trabajo, hemos podido comprobar cómo siendo lícito la “contrata” de obras, servicios o multiservicios, su límite o transgresión de su régimen jurídicos, es la figura de la cesión ilegal de mano de obra, configurada en el artículo 43.2 ET. En este sentido, se hace preciso, por lo tanto, delimitar adecuadamente la figura legal de la contrata, lo que supone constituir adecuada y válidamente la empresa, que deberá tener infraestructura propia, para la realización de la actividad que constituye su objeto, que disponga de medios propios de organización, y realice el poder de dirección y control sobre su mano de obra. También deberá acreditarse que efectivamente, asume los riesgos propios y naturales del ejercicio de una empresa en el ámbito del mercado, que puede ser resumido diciendo que asume el riesgo y suerte en la gestión de su actividad empresarial, haciendo suyos los beneficios o las pérdidas que deriven de ello.

En relación a lo anteriormente expuesto, conviene advertir que determinar la licitud o la ilicitud de una contrata supone un elemento interpretativo que genera una dificultad importante en muchas de las ocasiones. La economía actual ha creado

fórmulas de externalización tan variadas que han hecho que la jurisprudencia haya adquirido nuevos criterios que determinen la existencia o no de una cesión ilegal de trabajadores. La cada vez más extendida utilización de empresa de servicios y multiservicios, como forma de descentralización de la actividad de la empresa, han generado aparición de elementos como: la asunción del núcleo de procesos productivos por la empresa principal sin justificación técnica de la contratista; la prevalencia de la operación de suministro de trabajadores con localización de la actividad en las instalaciones de la empresa principal, el criterio del mantenimiento del volumen de producción, los turnos y horarios de la empresa principal a través del suministro de personal de la empresa auxiliar o el criterio de la forma de pago del contrato de subcontratación del artículo 42 ET. Todos estos indicios son circunstancias que no siendo completamente inéditas en nuestra práctica judicial, sí que han sido valoradas individualmente y sin necesidad de confluir con otras, para ser consideradas como constitutivas de cesiones ilegales.

Convine señalar que la aparición de nuevas formas en materia de operaciones de tráfico de trabajadores y las anomalías que estas conllevan, han evidenciado la falta de adaptación del artículo 43 ET. Este precepto conserva una concepción de la cesión ilegal tradicional, en la que se debe dar un empresario cedente y cesionario, bajo un vínculo contractual que pretende evita impagos salariales y de cotización de la Seguridad Social, insuficiente para la regulación a estas nuevas situaciones que surgen a la luz de las nuevas formas empresariales y de la reciente regulación en diversas materias como la de las agencias de colocación.

Sobre la cuestión tratada, nos gustaría resaltar el importante aumento, en aras de una mejor gestión pública, de la huida hacia la subcontratación dentro de la Administración Pública. Este incremento, en muchos de los casos esconde la falta de ampliación de las relaciones de puestos de trabajo de las propias administraciones, con la subsiguiente selección de personal mediante convocatoria pública. En este sentido, podríamos encontrarnos en muchos de los casos en los que se recurre a la subcontratación, ante una vulneración del ordenamiento administrativo en materia de acceso al empleo público, sometido a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

En lo referente a la responsabilidad en materia de cesión ilegal de trabajadores, nos gustaría expresar que el Derecho Penal ha de ser el último recurso a utilizar a falta de otras sanciones menos lesivas. Entendemos que el Derecho Penal ha de ser subsidiario al Derecho Administrativo sancionador laboral, desplegando sus efectos en los casos en los que los derechos de trabajadores se vean afectados de manera importante.

Por último, y para finalizar decir que la cesión ilegal priva al trabajador de las condiciones de trabajo que le corresponden por razón del empresario para el que realmente presta el servicio. El efecto interpositorio suele derivar en condiciones laborales abusivas, careciendo el trabajador cedido de la protección que en condiciones normales le brida el Derecho.

X.- BIBLIOGRAFÍA

GARCIA MURCIA, J.: “*Contratas y subcontratas*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, 2004.

ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

LOPEZ ANIORTE, M. C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003.

LOPEZ SÁNCHEZ, C.: “*Subcontratación y cesión ilegal: delimitación y responsabilidades empresariales por la cesión ilegal de trabajadores*”, en RIVERO LAMAS, J. (Dir.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El “Outsourcing”*, Aranzadi, Navarra, 2003.

MARTINEZ FONS, D.: “*Los límites en la descentralización productiva: La frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores*”, en REY GUANTER, S. (Dir.), *Descentralización productiva*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

- MARTINEZ GARRIDO, L. R.: “*Contrata, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 38, 2002.
- MARTIN VALVERDE, A. (Dir.); GARCIA MURCIA, J. (Coord.): “*Tratado práctico de derecho del trabajo volumen III*”, Aranzadi, Madrid, 2012.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a. L.: *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2003.
- MONEREO PEREZ, J. L.; MORENO VIDA, M^a. N.: “*Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, 2004.
- OLMO GASCÓN, A.M.: “*El reclutamiento y la cesión ilegal de trabajadores tras la alteración del sistema de intermediación laboral*”, Bomarzo, 2015.
- RAMÍREZ MARTINEZ, J. M.; SALA FRANCO, T.: “*Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores*”, en VV.AA., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: Estudio en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995.
- SALINAS MOLINA, F.: “*contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 38, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; ARETA MARTINEZ, M^a.: “*El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario*”, Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, 2004.
- VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajo subcedido*, Atelier, 2016.

