



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

CESIÓN DE TRABAJADORES EN FRAUDE DE LEY:
PASADO Y PRESENTE

UNLAWFUL LOANING OF WORKERS: PAST AND PRESENT

Autora:

ROSA MARÍA MARTIN RODRIGO

Directora

CARIDAD LÓPEZ SÁNCHEZ

Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo
Año 2016

INDICE

1. Introducción.....	3
2. Evolución histórica y normativa.....	4
3. Cesión legal de trabajadores.....	6
4. Cesión ilegal de trabajadores y falsas contrataciones.....	11
4.1. Elementos de hecho.....	11
4.2. Consecuencias Jurídico-Laborales.....	24
5. Bibliografía y Webgrafía.....	27

1. INTRODUCCIÓN

El presente proyecto tiene por objeto analizar la figura de la cesión ilegal de trabajadores. La elección de este tema es debida al interés que suscitó en mí desde un principio esta materia en los estudios del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos: nos hallamos ante nuevas formas organizativas que constituyen una ruptura de ese modelo de relación bilateral tradicional y que operan con una estructura triangular, estructura que ha abierto numerosos espacios para la “huida” de las normas garantistas y de protección de los derechos trabajadores y, en particular, para eludir las responsabilidades empresariales establecidas en la legislación laboral.¹

Aunque el legislador y la doctrina jurisprudencial han intentado corregir esas consecuencias, la estructura triangular que caracteriza a la subcontratación de obras y servicios favorece un uso fraudulento, convirtiéndose en muchos casos en un instrumento jurídico a través del cual, en la práctica, se realiza la cesión de trabajadores prohibida (artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores).

Más recientemente, la lectura de un artículo publicado el periódico “El País”, de fecha del 11 de enero de 2015, también atrajo mi atención. En dicha publicación, fuentes de los sindicatos CCOO y UGT, así como de la Inspección de Trabajo señalaban el descenso de las denuncias de cesión ilegal de trabajadores, hecho que en Cataluña se concreta en una reducción de los expedientes abiertos en 2014 a 28, frente a los 74 iniciados en 2010, según la Inspección de Trabajo.

Las razones que avalan estos datos, según se exponen en el citado artículo son el temor al despido por parte de los trabajadores que sufren esta situación, así como la ausencia de campañas de detección por parte de la Administración, más preocupada en la vigilancia de los desempleados que en la de las propias empresas.

Además de las razones expuestas en el artículo que he comentado anteriormente, considero que otra razón importante a resaltar es el desconocimiento sobre este tema, ya que muchas personas no saben que están siendo objeto de una cesión ilegal, y por lo tanto no tienen el conocimiento de las acciones que pueden emprender y los derechos que les amparan.

¹ Moreno González-Aller, Ignacio. *Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores*. Páginas 1 y 2.

Desde un punto de vista metodológico y a fin de proceder al análisis de la cesión ilegal, he efectuado una lectura de los antecedentes normativos y de la actual regulación legal y reglamentaria, para, posteriormente, profundizar en la investigación mediante la búsqueda y estudio de diferentes artículos doctrinales documentados en revistas científicas de ámbito nacional y el examen de la jurisprudencia y de la doctrina judicial.

A continuación voy a hacer una breve evolución histórica normativa del tema para analizar hasta su regulación actual.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA

Con la consolidación del Derecho del Trabajo en el siglo XIX y el siglo XX se empezó a luchar contra las prácticas fraudulentas. En España la regulación comenzó:²

- Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, creada para la regulación de las responsabilidades derivadas del incumplimientos de las normas laborales, se incluyeron sanciones para los que cedieran temporalmente todo o parte de su personal a otros empresarios, tanto por una compensación económica o cuando fuese a título gratuito de servicios benévolos o de buena vecindad.

- Decreto 3677/ 1979, de 17 de diciembre. En el artículo 1 se establece: “... *las personas naturales o jurídicas que contraten o recluten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las empresas cualesquiera que sean los convenios, los pactos o estipulaciones que al efecto se concierten incurrirán en las responsabilidades establecidas*”. En este decreto se prohíbe cualquier tipo de cesión, fuese o no fraudulenta y se mantenía la responsabilidad solidaria propugnada en el Decreto del 1952 del cedente y cesionario, introduciendo la adscripción obligatoria del trabajador, sin posibilidad de opción en la empresa donde prestase sus servicios.

- Ley 16/1976, de 8 de abril de Relaciones Laborales, sustituye el derecho de adscripción forzosa del trabajador a la empresa para la que prestará sus servicios, por el «*ius electionis*» o derecho del trabajador a elegir entre la empresa cedente o la cesionaria, para proteger al trabajador en los casos en los que una de las empresas implicadas fuese ficticia.

² García Ros, Amador. *La cesión ilegal, pasado presente y futuro: su análisis jurisprudencial*. Páginas 2-24.

- Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores, que aprueba el primer Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 43 prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresarios, sin considerar la razón de dicho tráfico de mano de obra, y el uso de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de las empresas en las que trabajan. Con ellos, se quiere conseguir acabar con cualquier tipo de triangulación de la prestación laboral, que además declara ilegal.

- La reforma del Estatuto de los Trabajadores operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. La reforma, legaliza la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a un tercero, a través de Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas que procederé a explicar posteriormente y a las que atribuía el monopolio de la cesión legal. La regulación de la cesión temporal de trabajadores creó un nuevo modelo normativo que permite nuevas formas de organización de los procesos productivos y que permite la gestión flexible de la mano de obra especializada.

- La Ley 11/1994 fue desarrollada por Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, recientemente derogado por el vigente Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal.

- Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, cuya exposición de motivos describe la evolución normativa debida, entre otros, a los cambios sociales en España: *“la contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades coyunturales ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos, por estimar que ambas figuras podían atentar contra derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, desde finales de la década de los sesenta, los países centrales de la Unión Europea, teniendo ratificado, al igual que España, el Convenio 96 de la OIT, han venido regulando la actividad de las empresas de trabajo temporal 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 servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales.*

Nuestro país se ha mantenido ajeno a todo el proceso expuesto, al prohibir en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan, pese a admitir otras fórmulas de descentralización de la actividad laboral y del concepto clásico de empresa como son las contratas o subcontratas, a que hace referencia el artículo 42 de dicho texto legal.

Sin embargo, no puede olvidarse que el mercado de trabajo español no debe, ni puede, funcionar sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en la Unión Europea, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras instituciones sean homologables.

Desde el convencimiento de que los riesgos que se han imputado a las empresas de trabajo temporal no derivan necesariamente de la actividad que realizan sino, en todo caso, de una actuación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo capaces de eludir sus obligaciones laborales y de seguridad social”.

3. CESIÓN LEGAL DE TRABAJADORES: REGULACIÓN ACTUAL

La contratación y subcontratación de obras y servicios y la cesión de trabajadores son muy semejantes en cuanto a su morfología.

Son técnicas de descentralización productiva que constituyen modalidades lícitas para organizar la actividad productiva con el fin de atender funciones necesarias para la consecución de la actividad empresarial, respetando los presupuestos, garantías mínimas y cautelas jurídicas establecidas.

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, regula los mecanismos de garantía de los trabajadores empleados en contratas y subcontratas de obras y servicios de “propia actividad”.

El artículo 43 regula la cesión de trabajadores, como se refleja a continuación:

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 legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca 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 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.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Según la Ley 14/1994 en el artículo 1, se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas.

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico contempla algunas excepciones a esta regla general:

En primer lugar, la cesión de trabajadores portuarios, sujetos a relación laboral especial, pueden prestar servicios laborales en favor de las empresas usuarias titulares de las licencias del

servicio portuario de manipulación de mercancías, cesión prevista en los artículos 140 a 143 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Económico y de la prestación de servicios de los Puertos de Interés General.

El segundo supuesto admitido, es la cesión por una cooperativa agraria o del campo de sus trabajadores a las explotaciones agrícolas de sus socios, autorizada por primera vez en el artículo 93 apartado 2 letra d) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, según redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Se aprueba la contratación de trabajadores por cuenta ajena para la prestación de servicios a los socios de la cooperativa.

El tercer supuesto de cesión admitido jurídicamente, es la prestación de servicios en empresas ordinarias, por parte de trabajadores discapacitados contratados mediante una relación laboral especial por centros especiales de empleo, destinados a trabajar en una empresa ordinaria del mercado de trabajo (artículos 3 a 10 del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero.)

El último supuesto admitido es el de los jugadores de clubs de futbol, ya que a los futbolistas siempre se les ha tenido la consideración como a los trabajadores de alta dirección por lo que tienen una relación laboral especial que no requiere de las garantías proteccionistas del trabajador como una relación laboral ordinaria.

Además, tras la modificación operada por Ley 18/2014, de 15 de octubre, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, las empresas de trabajo temporal pueden actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo. Asimismo, podrán desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos (art. 1 Ley 14/1994).

En su relación, tanto con los trabajadores como con las empresas clientes, las empresas de trabajo temporal deberán informar expresamente y en cada caso si su actuación lo es en la condición de empresa de trabajo temporal o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas.

Los requisitos que deben cumplir las empresas de trabajo temporal para un correcto funcionamiento son los siguientes: según el artículo 2, se nombra que deberán tener una

autorización administrativa; según el artículo 3, deberán tener garantía financiera; en el artículo 4 manifiesta la obligación de registro; y por último en el 5, exige la obligación de informar a la autoridad laboral competente.

El artículo 6 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal 14/1994 limita la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, ya que el contrato de puesta a disposición únicamente podrá celebrarse en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores o el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores. Esos supuestos son para:

- La realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta.
- Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.
- Sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- Cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción de personal.
- En los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, o un contrato de primer empleo joven según lo establecido en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y en las disposiciones adicional 5ª y transitoria 1ª de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

También aparecen los supuestos en los que no podrá celebrarse desarrollados en el artículo 8 Ley de Empresas de Trabajo Temporal 14/1994 los cuales son los siguientes:

- Sustitución de trabajadores en huelga en la empresa usuaria.
- Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo.
- Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las

causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c) del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.

– Cuando mediante sucesivos contratos de puesta a disposición de un mismo trabajador en misión, se cubran necesidades permanentes en la empresa usuaria.

Antes de realizar el contrato de puesta a disposición, las empresas usuarias deberán informar a la empresa de trabajo temporal sobre las características del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria.

La celebración de un contrato de puesta a disposición solo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales. Con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, deberán informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención contra los mismos. Son responsables de la protección en materia de seguridad y salud laboral según el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Seguridad e higiene en el trabajo, los trabajadores cedidos deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios y recibir, del mismo modo, información sobre los riesgos a los que vayan a ser expuestos, así como una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir.

De las obligaciones en materia de protección e información es responsable la empresa usuaria, mientras que a la ETT se le asigna la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia periódica de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 de este artículo.

Cuando las empresas de trabajo temporal funcionen normalmente, responderán subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, y de la indemnización económica correspondiente a la extinción del contrato de trabajo. En el caso de que el contrato se haya realizado para supuestos o actividades no permitidas la responsabilidad será solidaria según el artículo 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal 14/1994.

Asimismo, el abono de las prestaciones, hay que señalar que las consecuencias previstas en el artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en las que se establece una responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal 14/1994.

4. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y FALSAS CONTRATAS

Las prácticas empresariales de las contrata y subcontrata son legítimas pero en ocasiones pueden ocultar al verdadero empresario y facilitar fraudes tanto a los trabajadores de la empresa contratista como a la Seguridad Social.

La cesión ilegal en fraude de Ley es aquélla que se produce al amparo de una falsa contrata la observamos sobre todo cuando los trabajadores del contratista prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal.

Por esta razón, el ordenamiento ha previsto una serie de criterios legales indicativos del comportamiento fraudulento (art. 43.2 Estatuto Trabajadores), a fin de garantizar tanto los derechos de los trabajadores como los derechos en Seguridad Social.

4.1. ELEMENTOS DE HECHO

El empresario según nuestro ordenamiento jurídico no tiene prohibido recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, así lo reiteraba la STS de 4 de marzo de 2008³ (reiterada por la del TS de 8-4-2009) que en su Fundamento Jurídico Cuarto señala que: *“hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (así lo pone de manifiesto el artículo 42.1 TRET) lo que supone -con carácter general-*

³ Sentencia número 1180/2008

que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores”.

En este sentido, la contratación y subcontratación de obras y servicios (regulados en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores) y la cesión de trabajadores (regulado en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores) son técnicas de descentralización productiva lícitas para organizar la actividad productiva con el fin de atender funciones necesarias para el logro de la actividad empresarial, siempre que las partes que intervienen respeten los presupuestos, garantías mínimas y cautelas jurídicas establecidas.

Sin embargo, ambas técnicas poseen características muy similares, lo que facilita que la cesión prohibida de trabajadores no se efectúe normalmente de forma evidente y manifiesta, sino que se realiza a través de una figura jurídica que amparada en una norma jurídica le sirve de cobertura -falsa contrata- y con la que se consigue un resultado antijurídico.

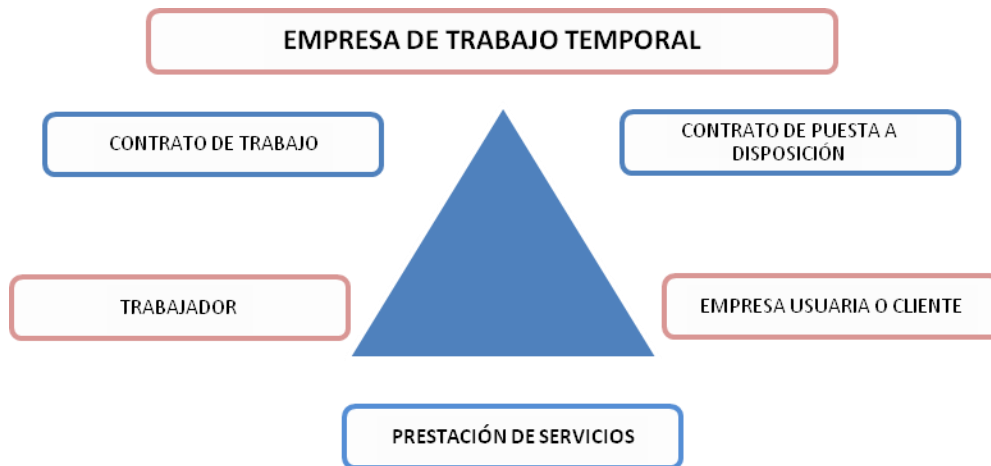
En efecto, tanto la cesión legal, como la falsa contrata poseen una estructura triangular en la que encontramos:

- La empresa que proporciona el trabajo (empresa real).
- La empresa que contrata a los trabajadores (empresa ficticia).
- Y los trabajadores contratados por la segunda empresa, que prestan sus servicios en la primera, a través de la falsa contrata (en caso que existiera).

La empresa real aparenta ser ajena a las relaciones laborales que se establecen entre los trabajadores contratados y la empresa ficticia, para así no verse obligada por la normativa laboral y de Seguridad Social.

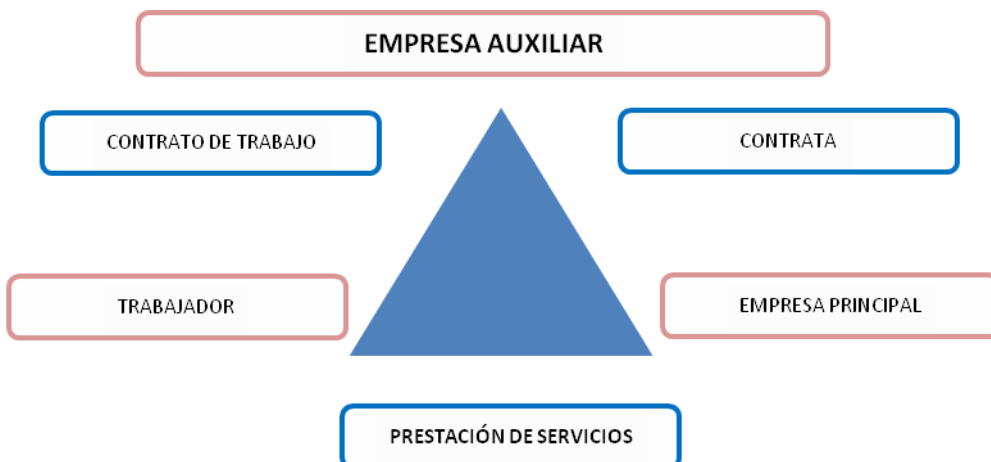
A continuación se puede ver reflejada la gran similitud en la estructura triangular de las Empresas de Trabajo Temporal y de las contratas y subcontratas:

ESTRUCTURA TRIANGULAR DE LA CESIÓN DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE E.T.T.:



Fuente: elaboración propia

ESTRUCTURA TRIANGULAR DE CONTRATAS O SUBCONTRATAS DE SERVICIOS:



Fuente: elaboración propia

Hasta la reforma realizada por Ley 43/2006, de 29 de diciembre era la jurisprudencia la que establecía los criterios de distinción entre ambas figuras jurídicas. Las siguientes sentencias de casación unifican la doctrina del tribunal Supremo para diferenciar cuando estamos ante un subcontrata o ante una cesión ilegal, a continuación pongo algunos ejemplos de ellas:

- 1. La STS 17-1-1991⁴: *“La Jurisprudencia ha sentado criterios para distinguir entre la auténtica contrata y los negocios jurídicos simulados que encubren interposición. En tal sentido tiene declarado que existe lo primero cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele 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 del 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”*.

- 2. La STS 17-7-1993⁵: *“De lo que expresa en los números 1 y 2 del art. 1 ET, se desprende que, en el área del Derecho Laboral, es empresario toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma. Cuando en una determinada explotación o negocio existen unos elementos primordiales, unos medios materiales de producción, es el empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión... Por ello mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal cualidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial”*.

- 3. La STS 18-3-1994⁶: *“El concepto de empresa, en el ámbito de lo económico que es donde ésta surge, ha sido definido como “organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado”, y también como “organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias”*.

La característica esencial de la empresa es ser organización, es decir, ordenamiento de los factores reales y personales de la producción para la consecución de un fin.

- 4. La STS 21-3-1997⁷, establece que *“debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidad de la legislación laboral y las cesiones*

⁴ Sentencia número 16440/1991

⁵ Sentencia número 5445/1993

⁶ Sentencia número 1855/1994

⁷ Sentencia número 2150/1997

con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento”;

-5. La STS 12-12-1997⁸, según la cual *“existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial. El hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio”*.

Estos criterios jurisprudenciales distintivos fueron incorporados, a través de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en el apartado 2 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, dotándolos de rango de Ley; de este modo, cuando concurre alguno de los supuestos establecidos en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (*“que el objeto 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”*) se produce una cesión prohibida, sin que recaiga sobre el trabajador la carga de probar que se ha producido un fraude de Ley.

He procedido a sistematizar en tres los ilícitos anteriormente comentados, que son los siguientes;⁹

1. La falta de una verdadera organización empresarial.
2. La mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria.
3. El ejercicio de la empresa contratista de las funciones inherentes a su condición de empresario.

⁸ Sentencia número 7630/1997

⁹ Moreno González-Aller, Ignacio. *Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores*. Página 6.

López Sánchez, Caridad. *Cesión ilegal de trabajadores: tipificación y consecuencias jurídicas*. Páginas 5, 6 y 7.

A continuación, voy a proceder a explicar cada uno de ellos y para conseguir una mayor claridad exponer sentencias en las que se ha declarado cesión ilegal de trabajadores.

1. La falta de una verdadera organización empresarial

La infracción legal, en este caso, se produce cuando la empresa cesionaria no dispone de estructura, bienes o entidad propia, como: instrumentos, maquinaria, una organización empresarial mínima, capital social o que no cuenta con los bienes inmateriales o el nivel de especialización necesarios para la ejecución de la obra o servicio.

Me parece importante nombrar al empresario aparente que es aquel que aparece y se identifica como empleador ante los trabajadores y carece de todo lo anteriormente expuesto. Este riesgo lo encontramos en el caso de las contratas cuando quien concierta la realización de la obra, lo único que hace es suministrar al empresario final, el personal necesario para el desarrollo de la actividad.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 20/10/2014¹⁰

Resumen del caso: La demandante se incorporó a la empresa Emergía Contact Center S.L., que sucedió a la empresa Tletech Customer Services Spain S.L. y prestó los servicios para Yell Publicidad S.A, como teleoperadora mediante la suscripción de un contrato denominado de trabajo de duración determinada para obra y servicio de venta telefónica de espacios publicitarios para los siguientes productos del cliente Yell Publicidad S.A, páginas amarillas, páginas amarillas online, de bolsillo, habladas, blancas, guía de la construcción y cualquier producto y o servicio que incorpore Yell Publicidad S.A., tanto para la cartera de clientes de Yell como para potenciales clientes así como todas aquellas tareas administrativas inherentes a la actividad principal que resultasen necesarias para la correcta prestación del servicio.

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara la existencia de cesión ilegal de la trabajadora demandante por las siguientes razones:

¹⁰ Sentencia número 6960/2014

- Prestaba sus servicios como teleoperadora para Yell Publicidad S.A. cuando se subrogó en la posición de la anterior empresa, Telectech y la codemandada Emergia, en el mismo centro de trabajo.

- Trabajaba con el código de Yell Publicidad S.A., podía acceder a sus bases de datos y actuaba en nombre de Yell.

- El sistema de premios, incentivos y objetivos los fijaba Yell Publicidad S.A., de lo que se infiere que la gestión del trabajo y la remuneración final del mismo los determinaba esta empresa.

- El poder de dirección lo ejercía Yell Publicidad S.A. que tenía ubicada a la jefa de ventas en un despacho en el mismo espacio que ocupaban los trabajadores contratados por Emergia encontrándose la gerente de Yell en un despacho con salida a dicho espacio.

La única implicación de la denominada empresa proveedora era la de aportar trabajadores puesto que ninguno de los medios tecnológicos y de producción eran suyos.

Sentencia del TSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2014¹¹

Resumen del caso: La demandante prestaba sus servicios por cuenta y orden de la empresa Tecnologías y Serevicios Agrarios S.A. (en adelante TRAGSATEC), como Licenciada en Derecho. La empresa encargó trabajos a la Confederación Hidrográfica del Segura, y la trabajadora empezó a prestar servicios para ésta.

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara la existencia de cesión ilegal de la trabajadora demandante por las siguientes razones:

- La demandante realizaba las tareas para las que fue contratada en las dependencias de la Confederación Hidrográfica del Segura, donde disponía de ordenador facilitado por Trasagtec, mesa y teléfono.

- En el Área de Recursos Humanos no tenía acceso a la base de datos ni a programas específicos; remitía a Trasagtec fichas mensuales de control de presencia en el trabajo en las que se consignaban las horas de entrada y salida del trabajo cada día, que eran supervisadas por su superior jerárquico de la citada empresa, con quién la trabajadora mantenía una comunicación frecuente a través del correo electrónico. El Jefe de grupo acudía a las dependencias como mínimo una vez al

¹¹ Sentencia número 1030/2014

mes y mantenía reuniones cada dos semanas con los directores facultativos de la Confederación Hidrográfica del Segura para verificar el adecuado cumplimiento de la encomienda.

- Otra razón es que la trabajadora disponía de cuenta correo usuario de Trasagtec, y de una cuenta de usuario PC Confederación.

De lo anteriormente expuesto se deduce la existencia de actividad limitada a suministrar mano de obra, ya que realizaba la actividad en las instalaciones de Confederación Hidrográfica del Segura, con sus medios, bajo su dirección y sin ninguna intervención empresarial relevante de la entidad contratista.

2. La mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria

La infracción legal en este caso es evidente cuando la contratista posee una organización y medios propios pero no son aportados para la ejecución de la obra o servicio del objeto del contrato celebrado, por lo que sólo existe una provisión ilícita de trabajadores.

Sentencia TSSJ de Madrid de 21/10/2014¹²

Resumen del caso: La empresa pública AENA adjudica un servicio a otra empresa y ésta a su vez contrata a otra empresa para cumplir dicho encargo, contratando a su vez a nueve trabajadoras para ello. Posteriormente, AENA comunica a la primera empresa que se había adjudicado este encargo a una nueva empresa y que, por consiguiente, cesaría en la prestación del citado servicio. Por ello, la empresa procede a extinguir el contrato de las nueve trabajadoras por causas productivas al amparo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Las trabajadoras impugnan el despido y demandan tanto a la primera empresa como a AENA (por entender que había habido cesión ilegal en su contratación y que su verdadero empresario era AENA) como también a la nueva empresa (por considerar que, en cualquier caso, esta última empresa estaba obligada, como nueva adjudicataria del servicio en cuestión, a subrogarse en sus contratos de trabajo y que, al no hacerlo así, todos ellos eran despidos improcedentes).

¹² Sentencia número 4526/2014

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara que ha existido cesión ilegal entre AENA y la primera empresa.

Los hechos probados realizados por parte de AENA son:

- Determinar los horarios de apertura y cierre del servicio.
- Establecer los uniformes de las trabajadoras, uniformes que deberían llevar visible el logotipo de AENA, al mismo tiempo que impedía a la primera empresa identificarse en modo alguno o realizar publicidad.
- Establecer el perfil de los trabajadores de la primera empresa, el nivel de conocimiento de idiomas exigible, incluso la posibilidad de que AENA comprobase ese nivel de conocimiento de idiomas en el personal de la primera empresa.
- Establecer minuciosamente la forma de prestar el servicio_(recogida de enseres, de los ejemplares de prensa, frecuencia de la limpieza de las instalaciones...).

Fundamenta el Tribunal que la primera empresa, pese a ser una empresa real, no ha puesto su organización y sus facultades de gestión empresarial en la prestación del servicio que le fue adjudicado por AENA sino que es ésta quien de forma minuciosa organiza dicho servicio en todos sus aspectos y asume el riesgo de explotación del mismo, reservándose un estrecho control respecto a los trabajadores que lo prestan, aun cuando los mismos sean formalmente trabajadores de la primera empresa, pero que en realidad siguen las instrucciones y se han de adecuar a las prescripciones profesionales e incluso de imagen establecidas por AENA.

Sentencia TSJ de Murcia de 27/10/2014¹³

Resumen del caso: El trabajador prestaba sus servicios en dependencias del Ministerio de Defensa en Cartagena, en los servicios de Cocina del Acuartelamiento "Tercio de Levante de Cartagena", con la categoría profesional de Ayudante de Cocina, su contrato se había celebrado con la empresa Atlas.

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara la existencia de cesión ilegal del trabajador demandante por las siguientes razones:

¹³ Sentencia número 859/2014

- El trabajador en el desempeño de su trabajo, y codo con codo junto a personal laboral y militar de Defensa (cocineros), siempre recibió instrucciones por parte de responsables del Ministerio de Defensa destacados en las mismas dependencias en las que prestaba sus servicios.
- Para realizar su trabajo siempre ha utilizado medios y mercaderías puestas a su disposición por el Ministerio de Defensa y utilizaba instalaciones militares como taquillas.
- El trabajador demandante venía disfrutando el mismo régimen de vacaciones, puentes, permisos etc., que el resto del personal destinado en la dependencia militar y se ajustaba en la jornada laboral a las necesidades del servicio que prestaba siguiendo especialmente las instrucciones del Jefe de Cocina, que es personal civil de Defensa y que organizaba el trabajo en función de la rutina diaria del establecimiento y también en los acontecimientos extraordinarios correspondientes.

De lo anteriormente expuesto vemos como la empresa empleadora sólo suministra la mano de obra sin poner los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial.

3. El ejercicio de la empresa contratista de las funciones inherentes a su condición de empresario:

En los supuestos de subcontratación de obras y servicios, la empresa contratista asume el poder de dirección sobre los trabajadores pese a que los servicios se desarrollen en un ámbito distinto de organización.

La empresa contratista con la celebración de la contrata ha de poder ejercitar los poderes de movilidad funcional y geográfica y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, expresiones del poder de organización laboral ligadas al poder de dirección.

En los casos en que por la naturaleza de la fase de actividad productiva las actividades subcontratadas deban realizarse en el empresa principal, ésta podrá dictar instrucciones de carácter general, pero las deficiencias o indicaciones en la ejecución de la obra o servicio se informará a la empresa contratista para que adopte las medidas oportunas, sin que exista una comunicación directa

con los trabajadores de la contratista ya que ello constituye un indicio de subordinación al empresario principal.

El poder de dirección es un elemento importante para delimitar una cesión ilegal puesto que hay muchas actividades que no requieren de medios materiales, o los medios materiales usados son de poca envergadura, por lo que al no poder usar esos medios para delimitar la cesión ilegal nos centraremos en el poder de dirección.

Sentencia del TS de 19 junio 2012¹⁴

Resumen del caso: La demandante llevaba a cabo su actividad de ingeniero técnico agrícola en las dependencias de Alicante de la Consejería de Agricultura, junto con otros trabajadores de las empresas Tragsa, Tragsatec y Vaersa, y también con el personal funcionario de la Generalidad, todos ellos mezclados. Realizaba idénticas tareas que desarrollaban los ingenieros técnicos agrícolas que tenían la condición de funcionarios de la Consejería, lo que revelaba que la insuficiencia de plantilla.

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara la existencia de cesión ilegal por las siguientes razones:

- Era el jefe de la sección -personal de la Generalidad- el que controlaba el quehacer diario, líneas de trabajo y dirección real y supervisión de todo el personal de la sección.

- Los puestos de trabajo se encontraban mezclados con los del personal funcionario, con total confusión de plantillas en la sección, sin que existiese información en materia de coordinación de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo, y desempeñándose el trabajo con medios materiales propios de la Consejería, salvo pequeñas excepciones.

Por lo que se concluye que la actividad se producía únicamente desde el punto de vista formal para Vaersa, de la que es cierto que percibía el salario y le concedía las vacaciones, pero en realidad todas las funciones que llevaba a cabo, eran dirigidas, orientadas, examinadas y en realidad aprobadas finalmente por la Administración, que realmente era la destinataria de su actividad profesional.

¹⁴ Sentencia número 4919/2012

Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid de 16/10/2014¹⁵

Resumen del caso: El demandante contratado por Volconsa llevaba a cabo su actividad de peón en la Fundación Municipal de Deporte del Ayuntamiento de Valladolid.

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara la existencia de cesión ilegal de trabajador demandante por las siguientes razones:

- La prestación de servicios se realizaba en el centro de trabajo de la Fundación Municipal de Deporte del Ayuntamiento de Valladolid (en adelante FMD) usando medios de ésta y siendo dirigida y organizada por el Capataz de FDM, sin que ningún encargado de Volconsa interviniera, transcurriendo largos periodos sin que encargado alguno de Volconsa se personase en el centro donde el trabajador prestaba sus servicios.

- Se coordinaba con el resto de personal de la FMD_y con el resto de trabajadores de Volconsa a fin de mantener suficiente personal para mantener el servicio (confección de cuadrantes).

- En la confección del cuadro de vacaciones, que los trabajadores de Volconsa realizaba, se coordinaban con el resto de personal de la FMD, a fin de mantener suficiente personal para el mantenimiento del servicio.

El trabajador prestó sus servicios no dentro de la organización y dirección de la mercantil Volconsa, que formalmente le había contratado, sino de la Fundación Municipal de Deporte del Ayuntamiento de Valladolid. La realizaba al margen de cualquier aportación de dirección empresarial por parte de la empresa Volconsa, que aparecía formalmente como empleadora y le retribuía. Ésta no ha puesto en juego ni su organización productiva ni su gestión empresarial

Sentencia del TSJ de Galicia de 28/11/2014¹⁶

Resumen del caso: La demandante es contratada por el Instituto Médico de Medicina Técnica-MEDTEC, para presatar sus servicios para la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061.

¹⁵ Sentencia número 4408/2014

¹⁶ Sentencia número: 5975/2014

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara la existencia de cesión ilegal de la trabajadora demandante por las siguientes razones:

- Los medios materiales son suministrados por la Fundación 061, siendo el centro de trabajo el Hospital Psiquiátrico de Conxo.
- A la trabajadora se le suministró una tarjeta para el acceso al centro de trabajo.
- La trabajadora aparece en el apartado de *Xestión e Servizos Xerais* dentro del Área de Facturación y Clientes en el directorio de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061.
- El correo electrónico de la demandante es corporativo.
- Su horario en nada difería de los empleados de la Fundación.
- Las órdenes e instrucciones se las daba la persona de la fundación, que supervisaba su trabajo.
- Ninguna persona dependiente de las empresas adjudicatarias se ha personado en las dependencias para dirigir, coordinar o controlar la actividad de la demandante.
- No existía ningún control de las empresas adjudicatarias sobre las vacaciones y permisos de la demandante.
- La trabajadora consta en la memoria de la Fundación como trabajadora de la misma y aparece en las publicaciones de la misma como coordinadora del 061.

Como conclusión, cuando las empresas para las que aparentemente ha prestado servicios son empresas reales, con objeto social propio, en el caso concreto no se ha puesto en juego su propia organización empresarial, de acuerdo con su objeto social, es decir, no han ejercido un real poder de dirección del empresario, habiéndose limitado a suscribir los contratos de trabajo, dar de alta a la trabajadora en la seguridad social y a abonar los salarios y las cotizaciones de la seguridad social, por lo que se produce el denunciado fenómeno interpositorio

Sentencia del TSJ de Galicia de 13/10/2014¹⁷

Resumen del caso: Una trabajadora contratada por TRAGSA para prestar servicios en la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia, en sus dependencias y con sus medios materiales.

¹⁷ Sentencia número 4993/2014

Existencia de cesión ilegal de trabajadores: El Tribunal declara la existencia de cesión ilegal de la trabajadora demandante por las siguientes razones:

- La actora desempeña tales tareas bajo la dirección, supervisión y control de los encargados y técnicos del Laboratorio. Sus funciones son las mismas que las de otros trabajadores del Laboratorio con la condición de personal laboral de la Xunta de Galicia.
- El horario de trabajo es el mismo que el del restante personal del Laboratorio.
- Los medios materiales utilizados en el desempeño de sus tareas, en cuanto a dependencias y mobiliario, equipos de análisis, material de oficina y sistemas informáticos, son los propios del Laboratorio y los proporciona la Xunta de Galicia.
- Los desplazamientos de la demandante necesarios para el desempeño de sus funciones los organiza el Laboratorio y se efectúan de ordinario en vehículo oficial, sin perjuicio de que Tragsa y Tragsatec asuman gastos de desplazamiento y dietas.
- La trabajadora ha realizado las actividades de Formación para el desempeño de sus funciones facilitadas por la Xunta de Galicia.
- La trabajadora comunicaba a Tragsa y Tragsatec, que autorizaba, vacaciones, licencias y permisos. También remitía a dichas sociedades partes de asistencia diarios e informes mensuales resumen de la actividad desarrollada. Por la Dirección del Laboratorio se coordinaban permisos y vacaciones, con el resto del personal.

La empleadora en todo momento mantuvo la dirección y control de la actividad de la trabajadora, fue la Xunta y no la empresa que formalmente contrató a la trabajadora, quien efectuó una cesión de trabajadores pese a tratarse de una empresa real y con actividad propia. La Xunta dirigía la actividad de la trabajadora, que desarrollaba el trabajo junto con empleados de la Xunta, siendo todos los medios puestos a disposición para la realización del trabajo de la Xunta y efectuando únicamente la TRAGSEGA autorización de los períodos de vacaciones y poniendo a disposición los medios de prevención de riesgos laborales.

4.2. CONSECUENCIAS JURÍDICO LABORALES

El trabajador objeto del tráfico prohibido por la cesión podrá dirigirse contra el empresario cedente, contra el empresario cesionario o contra ambos para hacer efectivos sus derechos.

La acción para declarar una cesión ilegal sólo podrá ejercitarse durante el período en que se mantenga la cesión ilegal, siendo el término temporal de referencia la fecha de presentación de la demanda. En otro caso, se presupone que el trabajador consiente esa cesión y se pierde el derecho de reclamar tal como se declara en la Sentencia del Tribunal Supremo del 11 septiembre 1986¹⁸.

Si durante la vigencia de la cesión ¹⁹se produce el despido disciplinario del trabajador en la acción del despido puede alegarse la existencia de la cesión, sin que se acumulen indebidamente esas dos acciones procesales –cesión y despido–, para conseguirse la condena solidaria de las dos empresas tal como se declara en la sentencia del Tribunal Supremo del 22 abril 2010²⁰.

Una vez interpuesta la demanda, en caso de que se declare la existencia de cesión ilegal, de los apartados 3 y 4 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores señala las siguientes consecuencias jurídicas:

- Derecho de opción, el trabajador puede adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria (art. 43.4 y 43.3 del Estatuto de los Trabajadores). Por tanto, el trabajador adquiere los derechos y obligaciones que correspondan en el mismo o equivalente puesto de trabajo y en condiciones ordinarias.

Por tanto, el salario que corresponde al trabajador que ha optado por integrarse en la empresa cesionaria o cedente será el establecido en el convenio colectivo para otro trabajador del mismo grupo profesional y antigüedad (STS del 17 de marzo de 2015²¹).

- Fijeza en plantilla, en caso de no contar con un contrato indefinido, el trabajador tiene derecho a ser considerado como trabajador con contrato indefinido. El trabajador tendrá la opción de integrarse en la plantilla fija de la empresa cedente o cesionaria, esta elección les corresponde a los trabajadores, pero una vez que el trabajador elija, si media también despido y se declara improcedente, la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde a la empresa.

Sin embargo, en el caso de la cesión ilegal se haya producido en el ámbito de la Administración Pública, los trabajadores cedidos no pasan a ser fijos de plantilla sino que adquieren

¹⁸ Sentencia número 11722/1986

¹⁹ López Sánchez, Caridad. *Cesión ilegal de trabajadores: tipificación y consecuencias jurídicas*. Páginas 10 y 11.

²⁰ Sentencia número 2105/2010

²¹ Sentencia número 1378/2015

la condición de trabajadores con relaciones laborales indefinidas, lo que implica que cuando la plaza que ocupan se cubra a través del procedimiento legalmente establecido se producirá la extinción del contrato indefinido, para garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público según la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 julio 2009²².

- La antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

- En cuanto a la empresa cedente y cesionaria, tienen responsabilidad solidaria de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social durante el tiempo en que se produjo la cesión ilegal (no de las contraídas antes o después de la misma). A éstas responsabilidades hay que sumar las establecidas en el artículo 312 del Código Penal, que en su párrafo 1, establece que “*serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mando de obra*”.

²² Sentencia número 5255/2009

BIBLIOGRAFIA

Buján Brunet Miguel Ángel. *Cesión ilegal de trabajadores*. Revista de información laboral, N°. 6, 2015, págs. 73-78

García Ros, Amador. *La cesión ilegal, pasado presente y futuro: su análisis jurisprudencial*. Revista Doctrinal Aranzadi Social, Vol. 2, N°. 1 (Abr), 2009, págs. 93-128

López Sánchez, Caridad. *Cesión ilegal de trabajadores: tipificación y consecuencias jurídicas*. Revista doctrinal Aranzadi Social, Vol. 1, N°. 14 págs.51-60

Moreno González-Aller, Ignacio. *Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores*. Revista Doctrinal Aranzadi Social, Vol. 1, N°. 20, 2009, págs. 115-147

WEBGRAFIA

Stefania Gozzer Arias (2015/01/10): “Las denuncias por cesión ilegal de empleados caen por miedo al despido”. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/01/10Catalunya/1420916172_146008.html