



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER DE ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y SU
DELIMITACIÓN**

Realizado por María Martínez González

Convocatoria: Ordinaria enero de 2020

RESUMEN

El presente trabajo comprende un estudio de la cesión de trabajadores, entendida como una relación interempresarial por virtud de la que una empresa proporciona a otra mano de obra, obteniéndose de este tráfico un beneficio económico que es la razón de ser de la entidad mediadora. Ahora bien, en ocasiones este fenómeno jurídico conduce a la mera disposición de trabajadores por parte de la empresa cesionaria mermando considerablemente sus derechos. Por ello, el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo incluyó en el artículo 43 del Estatuto de los trabajadores la actual clasificación de supuestos de cesión ilegal, limitando con fines garantistas su generalización.

A estos efectos, el ordenamiento español sólo admite que sean las empresas de trabajo temporal las que puedan realizar cesiones lícitas de mano de obra, aunque también están legitimadas otras interposiciones similares agrupadas bajo la denominación de cesiones legales o institucionalizadas. El objetivo no es otro que deslindar la cesión ilícita de cualquier otra cesión legal, estableciendo un cuadro mínimo que garantice la responsabilidad empresarial e impida situaciones de indefensión del trabajador.

SUMMARY

The following study comprises an analysis of the employees transfer, known as an inter-company relation that gives from one company to another labour, being obtained in this process an economic profit which is the entire purpose of the intermediary company. Having said that, this situation might lead to a mere possession of workers by the assignee company limiting considerably their rights. For that reason, the Royal Decree-Law 5/2006, dated on 9th June, whose main objective was an improvement in the employment included in the article 43 of the Statute of Workers the current classification of illegal employees transfer cases, seeking to limit its generalization.

On this subject, the Spanish statutes only allow the Temping Agencies to do this legal transfer of employees, although there are also some other licit cessions usually known as legal transfer or institutionalized. The main purpose is none other than divide this illegal transfer from any other licit cession, establishing a classification that ensure the companies responsibilities, the workers' rights and prevent them from defenselessness situations.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CEE	Centros especiales de empleo
CPE	Centros portuarios de empleo
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 de trabajo temporal
FJ	Fundamento jurídico
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto-Ley
Rec.	Recurso
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y CONTRATAS ENTRE EMPRESAS.	7
2.1 CRITERIOS DIFERENCIADORES.....	9
2.1.1 JUSTIFICACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATA.	11
2.1.2 AUTONOMÍA DE SU OBJETO.	16
2.1.3 APORTACIÓN DE MEDIOS DE PRODUCCIÓN PROPIOS.....	18
2.2 EL SUPUESTO PARTICULAR DE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS.	21
3. CESIÓN ILEGAL DE LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.....	26
4.CESIONES LEGALES DE LOS TRABAJADORES.....	30
4.1 DEPORTISTAS PROFESIONALES.	30
4.2 GRUPOS DE EMPRESAS.....	32
4.3 ESTIBADORES PORTUARIOS	34
4.4 ENCLAVES LABORALES.	36
3.CONCLUSIONES.....	38
4. BIBLIOGRAFÍA.....	39

1. INTRODUCCIÓN

Junto a la normativa de la subcontratación, cuyo rasgo esencial es la protección de los trabajadores adscritos al servicio prestado en las contrataciones, el ordenamiento laboral ha venido incluyendo normas que prohíben la cesión de trabajadores, aunque siempre acompañadas de algunas excepciones. En nuestra legislación tal prohibición viene contenida en el precepto 43 ET, regulación contigua a la relativa a subcontratación de obras y servicios. Tal inmediatez viene a corresponderse sustancialmente con supuestos de subcontratación fraudulenta que constituyen realmente cesiones ilegales de trabajadores. Lo que la norma pretende con tal prohibición es la desaparición de verdaderos comerciantes de mano de obra en el mercado de trabajo, quienes facilitan empleados a otros empresarios por medio del prestamismo laboral, obteniendo con ello un lucro y logrando por medio de esta operación que el verdadero beneficiario de esos servicios no aparezca como empleador. Es por eso que, para lograr la efectiva desaparición de este fenómeno que merma las garantías y los derechos de los trabajadores cedidos difuminando la posición empresarial y las correspondientes obligaciones y responsabilidades, se restringe la posibilidad de ceder a los mismos y para el caso de que así sea se prevé la imposición de diferentes responsabilidades a las empresas infractoras.

Desde mediados del pasado siglo los constantes cambios empresariales, sociales y políticos han contribuido a reformar algunos elementos de la vigente normativa laboral. Con este fin y por medio del Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo va a incorporarse al Estatuto de los Trabajadores el concepto de cesión ilegal que actualmente conocemos, que ha venido siendo forjado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hace ya algunas décadas. Se procede así a deslindar la subcontratación de obras y servicios de las cesiones ilegales de trabajadores, teniendo en cuenta que nuestra legislación acota el ámbito de las cesiones temporales de trabajadores a otra empresa reduciéndolo al ámbito de las ETT's fundamentalmente, aunque como más adelante veremos hay ciertas figuras legales como la prestación de servicios de los estibadores portuarios o el trabajo desempeñado por el personal que promociona a un puesto de alta dirección que también están consideradas cesiones lícitas.

En cuanto a la metodología, señalar la gran cantidad de fuentes que ha sido posible consultar en esta materia, pudiendo citar como fuentes primarias en primer lugar la Constitución, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (columna

vertebral en el análisis de esta cuestión), primera versión de este importante texto legal, y su modificación operada por la Ley 10/1994, de 19 de mayo, así como la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal. Tampoco podemos olvidarnos del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del empleo, que reforma sustancialmente el artículo 43 ET, así como de los diferentes Reales Decretos que regulan ciertas relaciones laborales especiales. Del mismo modo, también la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las cuestiones que abordamos, sirviéndonos como apoyo sentencias provenientes del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia, fundamentalmente. Tampoco hemos de olvidar la gran labor que realizan las fuentes secundarias, entre las cuales cabe destacar la doctrina, facilitándonos información de forma más didáctica y ayudándonos del mismo modo a sistematizar y conceptualizar las diferentes ideas.

El presente trabajo se centra en delimitar la figura de la cesión ilícita de trabajadores en relación con otras situaciones afines, como puede ser la regulación de las lícitas contrataciones y el elenco de diferentes criterios jurisprudenciales indicativos de la existencia del fenómeno prohibido, el polémico supuesto de las empresas multiservicios consideradas cesiones legales si se ajustan al concepto de “propia actividad” establecido para las contrataciones, las empresas de trabajo temporal y otras cesiones legales excepcionales, como pueden ser las relativas a clubes y entidades deportivas, promociones dentro de la empresa a actividades de alta dirección, régimen específico de estibadores portuarios así como prestación de servicios de trabajadores discapacitados en los denominados enclaves laborales.

Finalmente, respecto a la elección del tema me he decantado por Derecho del Trabajo puesto que se trata de uno de los sectores que más me atrae ya desde que cursé el Grado. Además, desearía ejercer la abogacía desde esta perspectiva si me es posible. En lo relativo al tema concreto del trabajo he decidido seleccionar el mismo porque entiendo que es un tema actual que se presenta como uno de los ámbitos del Derecho en los que aún hay mucho que mejorar si verdaderamente se pretende conseguir en la práctica una efectiva protección y garantías para el trabajador cedido.

2. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y CONTRATAS ENTRE EMPRESAS

Las diferentes formas de intermediación en el mercado laboral siempre han sido reguladas de manera precavida en nuestro ordenamiento. Como ejemplo quizá pueda ilustrarnos el largo camino del monopolio público referente a la contratación de trabajadores, existente hasta el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, el cual a su vez desencadenó la legalización de las ETT's tras un largo recorrido. Es en ese escenario, presidido por la idea de que lo que se pretende con la mediación de la contratación laboral es eludir o reducir determinadas obligaciones empresariales y derechos de los trabajadores, donde se incardina la prohibición de contratar personal con el único fin de cederlo a otras empresas regulada en el artículo 43.1 ET.

En este sentido, la ley pretende eliminar del mercado laboral a comerciantes de mano de obra dedicados a suministrar trabajadores a otros empresarios a través de una cesión con el fin de obtener una ganancia. Por medio de esta ilícita figura lo que se consigue es que el empresario que utiliza verdaderamente los servicios de los empleados no aparezca como empleador de los mismos. Esa falta de concreción de la persona del empresario y la ausencia de un sujeto que responda de las obligaciones y responsabilidades propias de éste es lo que pretende evitar el citado precepto. En definitiva, se persigue que la relación laboral real coincida con la formal, y que la persona que es efectivamente empresario responda de las obligaciones que le conciernen, evitando que se produzcan consecuencias como la rebaja de las condiciones de trabajo cuando la regulación aplicable al empresario formal implica menos niveles de protección y derechos para el trabajador que la que se establece en la esfera del empresario real, o una merma de garantías cuando nos encontramos ante ficticios empleadores insolventes.

El artículo 43.2 ET regula en realidad fenómenos distintos dentro del concepto de cesión ilegal.¹ Debemos distinguir entre cesiones temporales de personal entre empresa reales,

¹ De la literalidad del mencionado precepto se desprende que estamos ante una cesión ilegal cuando se dé alguno de estos supuestos “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”.

que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio². Así sucede por ejemplo en los casos en los que la empresa comitente, principal o cesionaria es la que en realidad se ocupa de la actuación de la obra o servicio, desde el inicio hasta la ejecución, mientras la contratista, auxiliar o cedente simplemente proporciona la mano de obra necesaria para que pueda ejecutarse aquella.

Según la STS 25-1-2011, (Rec. 1657/2010) para que exista cesión de trabajadores basta que se produzca un fenómeno interpositorio, en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición. De esta forma, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio que no pone en juego su organización empresarial”³.

Sin embargo, los verdaderos inconvenientes cuando se trata de delimitar la existencia de tal figura aparecen cuando tratamos con la existencia de otras perfectamente lícitas y permitidas, como puede ser la contrata de obras y servicios del artículo 42 ET, la cual en ocasiones puede utilizarse como mecanismo encubridor de auténticas cesiones de mano de obra⁴.

² Así lo dispone la STS 4-03-2008 (Rec 1310/2007) en su FJ 4 4º “ la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante -a efectos de la cesión- consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales”[...] “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”.

³ Al respecto AA.VV. (dir. y coord. GARCÍA MURCIA J y; MARTÍN VALVERDE): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, página 352.

⁴ En este sentido, cabe traer a colación la STS 20-10-2014 (Rec. 3291/2013), la cual entiende que se ha producido cesión ilícita de mano de obra desde la empresa contratista “Servicios Pasarela Mediterráneo S.L” a la entidad pública AENA para llevar a cabo servicios de Atención y Protocolo en el aeropuerto de Alicante. La parte actora venía prestando servicios para la empresa en virtud de la mencionada contrata, llevando a cabo sus funciones como azafata en las dependencias de Aena, siguiendo las instrucciones de la misma y adecuándose a sus prescripciones profesionales. El FJ 5 párrafo 5º resalta los principales indicios que nos permiten calificar el supuesto de cesión ilegal pues “a pesar de la existencia real de la empresa Servicios Pasarela Mediterráneo, lo cierto es que esa existencia empresarial independiente en el caso de la contrata con Aena es irrelevante, puesto que la verdadera gestión y dirección empresarial se llevaba a cabo por Aena, desde el momento en que era ésta la que realmente y en sus propias instalaciones organizaba el servicio a través de la asignación de horarios de apertura, cierre, controles reales previos de acceso para

2.1 CRITERIOS DIFERENCIADORES

En principio, la distinción entre ambas figuras debería resultar tarea sencilla, pues el objeto del negocio es netamente diverso en uno y otro caso. En la contrata, se encarga la realización de una obra o servicio al contratista. Este sujeto, con el personal a su servicio y los elementos materiales necesarios, ejecutará el encargo de conformidad con las instrucciones técnicas que le hay señalado el principal y, a cambio, percibirá un precio. De manera diversa, en la cesión, se contrata solamente el suministro de trabajadores, es decir, la mano de obra. Aquí el contratista -o mejor dicho, pseudocontratista- no se compromete a la ejecución de una obra o servicio, sino que se limita a proporcionar la fuerza de trabajo que prestará sus servicios bajo la dependencia, organización y dirección del empresario principal o comitente.

La dificultad está relacionada con razones de diverso tipo. Por un lado, se encuentra el dato de que ambas figuras responden a una estructura similar. En este sentido, debe señalarse que tanto la contrata de obras y servicios como la de mano de obra obedecen a un esquema de relación triangular en la que el beneficiario final de la actividad laboral no es la persona que aparece como empresario, sino otro sujeto con el que éste ha suscrito un vínculo de naturaleza diversa. Por otro lado, se encuentra el hecho de que la contrata se emplea con frecuencia como negocio a través del cual se pretende ocultar o enmascarar la existencia de una relación de interposición⁵.

El Tribunal Supremo en sentencia 25-10-1999 (Rec. 1792/1998) ha afinado la distinción entre los supuestos de hecho de los artículos 42 y 43 ET, al señalar que existirá una auténtica contrata cuando la empresa contratista ejerza una actividad empresarial propia y cuente con patrimonio, instrumentos, maquinarias y una organización estable. De manera que se le pueda imputar efectivas responsabilidades contractuales al aportar en la

que las personas autorizadas accedan a las dependencias, llevando a cabo incluso un control de idoneidad de esos trabajadores por ejemplo en materia de conocimiento de idiomas, la exigencia de que fuesen dotados de determinados medios de comunicación o transporte, de ropa identificativa directamente relacionada con la Entidad Aena, y ninguna -de hecho estaba prohibido- con la empresa para la que se decía que prestaban sus servicios" [...] "La labor de gestión de servicios Pasarela mediterránea, S.L. es meramente interpositoria de abonar los salarios y facilitar algunos medios materiales de escaso contenido patrimonial, por lo que aun siendo dicha mercantil una empresa real y reconociéndosele en el pliego de prescripciones la facultad de dirección, organización y control del servicio, así como la facultad disciplinaria respecto a sus trabajadores, dicho reconocimiento es meramente formal por lo que no impide apreciar la existencia cesión ilegal".

⁵ NORES TORRES L.E: *El trabajo en contratas. La noción de "contrata de propia actividad"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, páginas 68 y ss.

ejecución de la contrata su propia dirección y gestión con asunción del riesgo correspondiente siempre que mantenga, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección y conserve los derechos, las obligaciones los riesgos y las responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador. En caso contrario, para que se produzca la verdadera figura de la cesión ilegal es preciso que se trate de un negocio netamente interpositorio que configure una empresa ficticia, sin que sea suficiente, no obstante, que los trabajos se desarrollen en el centro de trabajo de la empresa principal⁶.

Dicho lo anterior, si se utiliza correctamente la contrata es una figura legal que toma forma en aquellos casos en los que la empresa contratista lleva a cabo una actividad propia con una organización permanente, asumiendo el riesgo y ostentando la dirección de sus empleados. En ese orden de cuestiones, para afrontar esta controvertida situación y deslindar ambas figuras jurídicas nos ayudaremos de la reforma impulsada en el artículo 43 ET por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y el empleo, la cual confiere rango legal a los indicios que han sido elaborados por la jurisprudencia con el objetivo de diferenciar entre la contrata lícita de obras y servicios y la cesión prohibida.

Así pues, son diferentes los criterios de valoración que se complementan conformando un valor indicativo de existencia de cesión ilegal, entre ellos la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.⁷ A continuación procederemos a clasificarlos y analizarlos:

⁶ KAHALE CARRILLO D.T: *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2011, página 107.

⁷ Así, la STS 15-04-2010, (Rec. 2259/2009) estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A y por INDRA SISTEMAS S.A contra un trabajador que venía prestando servicios para esta última desde 1998 en calidad de técnico informático. En 2001 BBVA concierta una contrata de externalización de servicios con INDRA y según ese acuerdo las tareas a realizar serán satisfechas en exclusiva por el personal de la citada empresa, aunque ajustándose éste al convenio colectivo y a las órdenes y dirección de la entidad a la que venían perteneciendo hasta ahora (todo ello sin perjuicio de que utilizasen los equipos de BBVA para llevar a cabo las tareas). Pues bien, el trabajador recurrido entendió que se trataba de una cesión ilegal por utilizar instalaciones y aparatos pertenecientes a la entidad bancaria, por asistir a cursos con el resto de trabajadores de BBVA y en definitiva, por atravesar – a su entender- la línea divisoria entre la prestación de sus servicios informáticos y lo que podría ser una cesión ilegal de trabajadores. Expuesto lo anterior el tribunal va más allá y se

2.1.1 JUSTIFICACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATA

En primer lugar, es clásica la referencia a la necesidad de que el contratista cuente con una organización empresarial real, independiente y adecuada. La comprobación sobre si el contratista cumple con el requisito en cuestión se traduce en una labor de indagación centrada en si el mismo presenta un conjunto de medio personales y materiales organizados a los fines de su actividad de una manera autónoma e independiente, pues, en definitiva, en eso consiste la organización empresarial. El método para constatar su concurrencia pasa por el recurso a un conjunto de criterios de diversa índole. Entre los mismos se encuentran algunos de carácter formal, como pueden ser la inscripción en el registro o en la cámara de comercio correspondiente, el alta en la seguridad social, la licencia fiscal, etc; otros de tipo material, como, por ejemplo, la existencia de instalaciones maquinarias o herramientas propias necesarias para el desarrollo de la actividad contratada; también cabe tener en cuenta en dicha labor un criterio de tipo personal como puede ser la existencia de trabajadores pertenecientes a diferentes grupos profesionales además de los precisos para ejecutar la obra o servicio en cuestión.

Ya en la STS 12-12-1997 (Rec. 3153/96) se declaró que “existe cesión ilegal de mano de obra en un supuesto en el que los trabajadores contratados temporalmente por una sociedad filial pasaron a realizar sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal, bajo su dirección y control, atendiendo las consolas o monitores del centro de recepción de alarmas y teleservicios cuya instalación había adquirido previamente la empresa principal a la filial, no constando que la filial hubiera aportado elementos personales o materiales propios para el desarrollo de la actividad de los trabajadores, salvo en aspectos secundarios (uniforme o pago de nóminas)”. Aunque como puede verse en la STS 16-06-2003 (Rec.3054/2001) “hay actividades típicas de la descentralización productiva del artículo 42 ET, como es el caso de las contrataciones de limpieza y de seguridad,

pronuncia en su FJ 4º párrafo 2º “en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la "dinámica empresarial" de ésta, introduciéndose a veces "en toda la gama de comunicaciones que existen" dentro de la misma. [...] Por lo demás, la empresa contratista tiene entidad y actividad propias; que en la relación de trabajo con el actor, entablada antes de la contrata con el BBVA, se mantienen los lazos del poder de dirección habituales en los supuestos de subcontratación; y que INDRA ha puesto en juego sus medios personales y materiales en el desempeño de la actividad contratada por encargo del BBVA”. Así es como, tras analizar los indicios que han ido configurándose por la jurisprudencia con el paso de los años la Sala llega a la convicción de que en este caso se está ante una contrata perfectamente lícita y no ante un instrumento ilegal de cesión de mano de obra.

que se realizan siempre en los locales de la empresa principal. Se trata de casos en que la propia naturaleza del servicio concertado -limpieza, vigilancia- exige esta localización”.

Por tanto, no cabe utilizar como criterio exclusivo y elemento diferencial el lugar de ejecución de la contrata. La cuestión de que el negocio sea lícito o no resulta completamente ajena a que la actividad venga desarrollada dentro de la empresa principal. Si bien ese lugar en el que se llevan a cabo las tareas puede resultar trascendente a la hora de delimitar el supuesto de hecho de las contratas especialmente protegidas por nuestro ordenamiento, pero no cuestiona su licitud, por tanto, no sirve como indicio único para llevar a cabo esa diferenciación. A todo más, puede constituir un indicio de escasa autonomía empresarial en la empresa contratista, algo que como veremos sí puede ser determinante para calificar el supuesto de cesión ilegal.

Otro elemento que debe tenerse en cuenta en el momento de trazar la frontera entre las contratas lícitas e ilícitas es el relativo al ejercicio de los poderes empresariales respecto los trabajadores del contratista que prestan sus servicios en la obra o servicio contratada. En este sentido, el hecho de que esos poderes sean ejercitados por el comitente induce a pensar que el contratista asume un papel de mero sujeto interpuesto y que, en realidad, corresponde al primero la condición de verdadero empresario, encontrándonos en presencia de una cesión ilegal de trabajadores.

El poder de dirección empresarial ha ido cobrando relevancia en la distinción de ambas figuras, hasta convertirse en un elemento clave para determinar si realmente concurre o no una cesión prohibida de trabajadores asalariados. De esta forma, se trata de determinar si el empleado, pese a la contrata celebrada se ha mantenido en el ámbito de organización y dirección de la empresa contratista, o por el contrario, dicho asalariado ha pasado a depender de la entidad principal en su prestación laboral. Prácticamente sin excepción todas las decisiones dictadas al respecto se detienen en el análisis de este elemento, permitiendo extraer una conclusión sobre su alcance, a partir de la determinación de cuál es la entidad empresarial que emite las órdenes e instrucciones sobre el trabajo realizado y, en definitiva, a qué empresa corresponde la verificación de su trabajo y, en última instancia, el ejercicio del poder disciplinario⁸.

⁸ MOLERO MARAÑÓN M.L.: *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*. La ley Madrid, 2003, página 112.

La STS 14-3-2006 (Rec. 66/2005) dispone “La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal...”. Ahora bien, tampoco es óbice para la posible existencia de cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente⁹.

Así, el hecho de que la facultad de selección y contratación de los trabajadores venga atribuida a la empresa principal constituye otro indicio más para encuadrar la actividad en la figura prohibida del artículo 43.2 ET, pues ese poder de decisión de la empresa cesionaria implica el sometimiento por parte de la cedente a su organización y directrices. Así la STSJ 19-05-2017 Rec. 155/2017 declara en su FJ 8º párrafo 17º que “el personal de "Volkswagen Navarra" -empresa cesionaria- es el que participa en la selección de los trabajadores que con posteridad van a ser contratados por "Autovisión" para desarrollar la contrata. Esta participación se concreta en su aportación en las entrevistas previas de trabajadores, llegándose a afirmar por aquellos y en este ámbito, que hay que mantener las formas en las entrevistas, aunque al final "seremos quienes contratemos". De igual manera, es el personal de "Volkswagen" el que manifiesta las preferencias sobre los candidatos a ser contratados; el que establecen el perfil más acorde para la contratación; el que indica incluso quién debe ser contratado etc... [...] Esta forma de actuar permite confirmar que el poder de organización y dirección empresarial respecto de los trabajadores adscritos a la contrata se ejerce de forma efectiva y real por parte de "Volkswagen Navarra", sin intervención relevante alguna de la empresa "Autovisión" y demuestra la interrelación entre empresas determinante de una cesión prohibida de trabajadores”.

La STSJ 4-06-2009 Rec 7281/2008 por su parte confirma la cesión ilegal entre la contratista "BAI" y la comitente "TVE", pues es aquella la que tiene la verdadera condición de empleadora ya que somete a los empleados a su poder organizativo

⁹ Así lo dispone la STS 5-11-2012 (Rec. 4282/2011).

proporcionándoles cuantos medios materiales se requieren para su actividad profesional, y fijando las normas que corresponden al contenido de las tareas a realizar, el régimen de horario laboral y también el de permisos. Los demandantes recibían las instrucciones y órdenes de trabajo del personal perteneciente a la plantilla de la Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española, S. A.; sus vacaciones, permisos y licencias se acordaban por los mandos de esta última; y para la ejecución del servicio contratado, Bai, es decir, su empleador formal, no puso en juego los elementos personales y materiales propios de su organización empresarial o, lo que es lo mismo, no ejerció las funciones que son inherentes a su condición de empresario.

Del mismo modo, merece la pena considerar el factor salario y su modo de retribución, pues la forma en la que éste se efectúe resulta determinante de cara al posterior pronunciamiento del Alto tribunal. El razonamiento es que la única aportación relevante del empresario interpuesto es la de la facilitación de trabajo y su interposición aparece como una vía para degradar artificialmente la condición laboral de los trabajadores cedidos que pierden así la estabilidad en el empleo, al quedar vinculados sus contratos de trabajo a la duración de la contrata. Pues bien, la empresa contratista deberá ser la empresa que concierta el contrato, la que finalmente asume las obligaciones salariales y de Seguridad Social, abonándoles la retribución, dándoles de alta y baja en la Seguridad Social y cotizando por cada uno de los mismos. Sin embargo, dichas obligaciones, que ordinariamente identifican la posición empresarial, en nuestro caso, realmente, se convierten en factores de carácter secundario a la hora de esclarecer quién es el verdadero empresario. De esta forma no se puede obviar que nos encontramos ante cesiones de personal encubiertas bajo el disfraz de una contrata, presentándose en el tráfico jurídico, al menos, en sus aspectos formales, como trabajadores de la empresa auxiliar. Consecuentemente, las obligaciones salariales y de Seguridad Social, en la mayoría de las ocasiones habrán sido cumplidas por este sujeto empresarial¹⁰. Así la STS 16-06-2003 (Rec.3054/2001) explica que sólo se tomará como indicio de cesión ilegal el hecho de que el pago venga dado en función de la unidad de tiempo de trabajo, es decir, aquel que atiende a la duración del mismo, al tiempo empleado durante la realización de la tarea encomendada. Pues tal y como argumenta “es significativo que la forma de retribución

¹⁰ MOLERO MARAÑÓN M.L: *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*. La Ley, Madrid 2003, página 110.

de la contrata consista en unas tarifas por unidad de tiempo, que sólo ponderan elementos característicos de la prestación de trabajo (trabajo diurno, nocturno, en festivos)”.

Finalmente, diremos que para afirmar la existencia de una verdadera contrata no resulta suficiente que la empresa contratista posea una organización empresarial, ni tampoco que lleve a cabo los poderes empresariales sobre los empleados a su servicio de los que se vale para ejecutar el encargo; además de lo anterior, se necesita que la gestión empresarial se realice asumiendo el riesgo y las responsabilidades derivadas de su actividad. Pues cuando el contratista queda apartado de los resultados de la explotación y estos se ven repercutidos de forma directa sobre el comitente, se dice que el primero es tan solo un sujeto interpuesto que ha incurrido en una cesión ilícita de trabajadores.

Dicha puesta en juego de la entidad contratista en la contrata pactada se va a convertir en el elemento crucial de distinción entre ambos fenómenos interempresariales. En este sentido, no basta con que la empresa subcontratada sea una entidad real, sino que será necesario que esa auténtica organización empresarial que acredita haya sido efectivamente utilizada para la consecución del negocio contratado. Es decir, cuando haya empleado patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estable, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales. Consecuentemente, resultará un paso obligado en el análisis “profundizar sobre las condiciones reales bajo las que las contratas se celebran y esencialmente en las que se desarrollan, a fin de obtener conclusión en cada caso, respecto a si existe ese negocio jurídico o cesión prohibida”. El dato relevante consistirá en la verificación de que dicha entidad con la celebración de la contrata ha comprometido también una actividad y gestión empresarial para la consecución del resultado pactado. Es decir, nos hallaremos ante una auténtica contrata cuando a la empresa contratista puedan imputársele efectivas responsabilidades contractuales¹¹. Así, cabe mencionar la STS 17-07-1993 (Rec.1712/1992) en la que se trata el supuesto de una empresa telefónica que descentraliza los servicios de unos locutorios hacia otras empresas mediante contratas de servicios, en las que primeramente se indica que el importe del servicio público va a ser marcado por el comitente y no por el contratista. Además, en el instante en el que se lleva a cabo el cobro a los usuarios si pagan con tarjeta, el mismo se realiza a nombre de la empresa comitente, mientras que, si lo hacen en efectivo, la

¹¹ MOLERO MARAÑÓN M.L: *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2003, página 109.

contratista posteriormente hace un ingreso de la recaudación en una cuenta, también a nombre de la comitente, sin hacer aplicar detracciones. Es más, la empresa principal abona a la contratista las retribuciones correspondientes a los empleados que esta tiene trabajando para ejecutar el servicio. Ello lleva a entender que la contratista no asume riesgo en la explotación, lo que, anexo a otros datos establece que debe declararse que el contratista era tan solo un sujeto interpuesto e incurre por ello en cesión ilícita.

2.1.3 AUTONOMÍA DE SU OBJETO

La actividad específica, delimitada y diferenciable resulta ser otro factor decisivo para evitar la confusión de actividades o servicios de las empresas principal y contratista. Así, la STSJ 27-11-2014 (Rec.2218/2013) dispone que la empresa cedente es una empresa real que cuenta con una organización productiva y que en el mencionado caso se obedece a la realidad la contratación administrativa suscrita entre las partes contratantes, ahora bien “cosa distinta será la justificación técnica y autonomía de la contrata. Los actores fueron contratados como auxiliares técnicos de comunicación y su función era la de cargar y descargar, montar y desmontar los equipos técnicos que, como se ha dicho, no requieren de especiales conocimientos técnicos, lo que permite dudar de que la empresa principal no pudiera disponer de personal propio para estas tareas cuando además el equipo a manejar era propio de la misma”.

Asimismo, también resulta determinante que los trabajadores cedidos presten idénticos servicios a los trabajadores de la empresa principal. Como podemos ver en la STS 17-12-2010 (Rec. 1673/2010) en su FJ 1º señala respecto al empleado objeto de cesión “el actor ha estado siempre y en todo caso sometido a las órdenes directas emanadas del propio personal del Ayuntamiento, no llevando distintivo alguno en su vestimenta como trabajador de la empresa cedente en ningún momento, no habiéndose reunido en ocasión alguna con personal de la misma, teniendo el mismo horario que el personal del Ayuntamiento donde quiera que estuviera ejerciendo sus funciones, y utilizando en todo caso el material, las instalaciones y personal auxiliar que a su disposición igualmente ha puesto siempre el ayuntamiento”. Su FJ 3º continúa “en el caso decidido es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el artículo 42 ET [...]es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa

contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho de sustituir esa empresa al empleador real”.

Contrariamente, el carácter habitual o permanente del encargo que es objeto de la contrata no sirve por sí solo como criterio o indicio de cesión ilegal. Pues hay determinados servicios que se prolongan en el tiempo y respecto de los cuales no puede dudarse su incardinación en las contratas lícitas (por ejemplo, contratas de seguridad). Distinto es que esa permanencia pueda conformar un criterio de valoración para determinar si las contratas pertenecen a la propia actividad. Ahora bien, lo anterior solo confirma que la habitualidad conforma un criterio relevante de cara a distinguir las contratas específicamente protegidas de las de carácter ordinario, no así las legales de las ilegales.

Algo parecido debemos apuntar respecto la coincidencia entre las actividades que se desarrollan por el comitente y el contratista, pues la existencia de cesión ilegal no viene ligada a que a que la actividad encargada esté integrada en el ciclo productivo de la empresa principal. Que esa actividad pertenezca a ese ciclo tiene su importancia de cara a establecer si estamos ante una contrata que se corresponda con la propia actividad, y por consiguiente, debemos aplicar lo establecido en el artículo 42 ET, pero no influye en la legalidad de la misma. Por tanto, no nos sirve como criterio único y excluyente de distinción entre las dos figuras.

En cuanto a la vigencia de los contratos de los trabajadores cedidos diremos que la prestación de servicios permanentes o coyunturales por parte de los mismos también constituye un indicio a tener en cuenta. El hecho de que se utilicen contratos temporales para cubrir necesidades permanentes en la empresa hace que el legislador entienda lo anterior como una conducta reprochable. La STSJ 4-10-2011 (Rec. 359/2011) dispone en su FJ 6º párrafo 2º, que “la contratación entre la mencionada empresa y el INSS es totalmente fraudulenta, ya que la contratación administrativa que tiene por objeto regular la contratación del sector público para la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, no es un medio idóneo para cubrir una necesidad permanente de la actividad administrativa. Nos encontramos pues ante una cesión ilegal de trabajadores que además utiliza una contratación administrativa fraudulenta al encontrarnos ante una actividad permanente del Instituto Nacional de la Seguridad Social que es cubierta por personal de otra empresa que no ejerce ninguna facultad directiva, ni

organizativa sobre los trabajadores, ni aporta medios materiales para que ejerzan sus funciones.”

Por último, debemos considerar el plus relevante que se adiciona al resto de prestaciones laborales y que marca la frontera entre la cesión y otro tipo contractual. Pues tal y como indica la STSJ 11-07-2007 (Rec.729/2007) para diferenciar la figura especial de la cesión debemos atender al objeto real de la prestación, ya que cuando este objeto no aporte nada más que el trabajo de los empleados nos encontraremos ante una cesión o puesta a disposición de trabajadores, mientras que estaremos ante otro tipo de trabajo cuando además de la suma de las prestaciones de trabajo, aparezca un "plus" con la suficiente entidad para ser causa del contrato. Este plus puede consistir en la aportación a la ejecución del contrato de medios materiales de manera significativa o de una organización propia y compleja de los servicios prestados desde la estructura de la empresa contratista, incluso en la aportación de conocimientos técnicos especializados o "know-how" cuyo titular sea la empresa contratista. Es por lo anterior que la presencia entre los trabajadores de alguno con cierta calidad de mando no quiere decir que dejemos de estar en presencia de una cesión de trabajadores y nos insertemos en otro tipo contractual. Lo realmente importante es si la prestación que se ha pactado entre las empresas contiene un "plus relevante" añadido sobre la suma de las prestaciones laborales.

2.1.4 APORTACIÓN DE MEDIOS DE PRODUCCIÓN PROPIOS

En cuanto a la aportación de elementos materiales por la empresa material, diremos que éste no debería ser un elemento de juicio decisivo. Y es que, cuando los materiales resultan ser aportados por el propio contratista, surgen dudas de si estamos ante una verdadera contrata debido a su escasa entidad, el suministro efectuado por el comitente de unos medios de no poseen suficiente relevancia tampoco deberían ser determinantes para concluir que estamos ante una cesión ilícita. La afirmación anterior queda ligada con la corriente doctrinal que establece que aún en los supuestos en los que existe una aportación de capital, instrumentos o maquinaria por parte de la empresa principal, no se da necesariamente una interposición ilegal, sino que debemos tener en cuenta la importancia de dicha aportación y si resulta relevante o no en comparación con la que ha efectuado el contratista.

Así, podemos adicionar a esa aportación de medios materiales por parte de la principal diversos indicios complementarios e indicadores de una posible cesión ilegal, como el hecho de que los trabajadores comuniquen las incidencias a la empresa principal. La STSJ de Aragón 06-10-2003 (Rec.1016/2003) establece en su FJ 4º “Se ha mantenido por esta Sala en las dos Sentencias anteriores referidas a la relación de Endesa y Sercomsa la existencia de cesión ilegal «al ser la empresa principal la que organiza, en esencia, la actividad de los trabajadores, indicándoles las rutas a seguir; los trabajadores prestan servicios exclusivamente a favor suyo; realizan su tarea empleando medios materiales de la empresa principal; se dirigen a personal de Endesa para solucionar los problemas e incidencias»”.

De igual manera la reciente STSJ 27-09-2018 (Rec 2906/2017) en su FJ 3º párrafo 3º subraya que “El actor ha estado ubicado en la sede física de la Consejería, ha utilizado correos electrónicos, todos los medios materiales facilitados por la Consejería, a quien reportaban cualquier incidencia que tuviera en cuanto a problemas informáticos o falta de suministros, incluso recibía correos de felicitación de la Consejería”. En suma, el actor ha venido desarrollando la prestación de servicios más allá de lo que ha sido el objeto de cada una de las encomiendas de gestión tanto como que abarca las competencias propias y genéricas de la Consejería, por lo que la intervención de TRAGSATEC se revela como meramente instrumental, formal y aparente.

Y es que en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir -con el lógico control- el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación es inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores.

Además, en lo relativo a la estructura productiva de la empresa contratista ha de tenerse en cuenta el número de empresas para las que presta sus servicios, o si, por el contrario, trabaja en exclusiva. Ligado a lo anterior está el hecho de que la empresa contratista cuente con una amplia plantilla y sólo una mínima parte de la misma preste sus servicios en la empresa comitente, así como que cuente con una organización propia puesta a disposición de la arrendataria. Todos estos datos incardinan la prestación de servicios en la contrata del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Contrariamente y en relación con los indicios anteriormente expuestos la STSJ de Valladolid 24-04-2001 (Rec. 308/2001) llega a la conclusión de que “la empresa contratista es una empresa aparente constituida con la única finalidad de proporcionar mano de obra a la codemandada, ya que no tiene patrimonio propio, ni una organización diferenciada de la última de las empresas citadas, siendo la misma persona la que ostenta el cargo de Jefe de Personal de la empresa principal y el Administrador único de la empresa contratista, el que dirige ambas empresas sin perjuicio de la existencia de mandos intermedios, la que además tiene como exclusiva finalidad la de prestar servicios para la otra codemandada, sin que hubiera celebrado otras contrataciones con otras empresas y sus empleados trabajan en exclusiva para la empresa principal. Habiéndose producido además una serie de traspasos de personal de la empresa principal a la empresa contratista. De todo ello se deduce que se ha producido ilegal mano de obra prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores”.

Como puede desprenderse de lo anterior, la finalidad es emplear los indicios que suelen considerarse para calificar una relación como laboral, y tras esto, ver en quien recaen, en el comitente o contratista, pues para hablar de una lícita contrata será necesario que la contratista decida el número de trabajadores a contratar, su modo de selección, la modalidad contractual a utilizar y además, a esta estructura empresarial deberá ser a quien corresponda el cumplimiento de las correlativas obligaciones formativas que se precisen con el personal que presta sus servicios para la misma, así como, en última instancia, esta entidad será a que ordena sus propios planes de ajuste laboral, y, en su caso, la tramitación de sus expedientes de regulación de empleo¹².

En definitiva, el nuevo artículo 43 del ET agrupa los criterios del Tribunal Supremo a la hora de diferenciar las contrataciones y las cesiones ilegales. De modo que se requiere la concurrencia de una de las circunstancias estatuidas para que se produzca como una puesta en juego de modo efectivo de esa organización empresarial para la prestación del servicio contratado. Al igual que una organización empresarial real que afronte la actividad económica que constituye su objeto social, que no corresponde a la simple disposición de mano de obra. Finalmente, el ejercicio efectivo de la condición de empleador, que surge de la titularidad de esa organización y de la terminación del contrato

¹² *Ibidem*, página 106.

de trabajo, en el que no es suficiente tener un poder formal de dirección, ya que hay que ejercerlo realmente durante la vigencia de la contrata¹³.

No obstante, y pese a la creación de los criterios expuestos con anterioridad son todavía muchos los supuestos limítrofes entre una y otra figura. Podemos destacar el particular y polémico caso de la subcontratación de “llamadas urgentes” en Comisarías de Policía del Gobierno Vasco. Así, la STS 21-10-2008, (Rec. 1247/2007) entra a valorar si existe cesión ilegal de trabajadores en la relación triangular que surge entre el Gobierno Vasco, la empresa Lanalden S.A – la cual se encarga por cuenta de aquel del servicio de asistencia técnica para atención, despacho y coordinación de avisos de urgencia y emergencia- y las propias trabajadoras de la mencionada entidad. El servicio prestado al Gobierno Vasco viene desarrollándose en un centro de coordinación denominado “SOS Deiak”, situado en una comisaría de Bilbao y las empleadas acuden a él diariamente para cumplir con su contrato. Pues bien, el Alto Tribunal procede a examinar el ámbito en el que las trabajadoras desarrollan su actividad y comprueba que la propia empresa cuenta con diversos centros de trabajo, sede central y estructura tecnológica propia. Además, la coordinadora de la que dispone la misma se encarga de elaborar el calendario laboral de la plantilla, conceder permisos y dar instrucciones a los trabajadores, por lo que se considera un representante de la empresa a cargo de los trabajadores. Por todo lo anterior se desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por las trabajadoras de Lanalden S.A, al entender que no se ha producido tal cesión ilícita de trabajadores, por ostentar la empresa la organización, dirección y control de la actividad encomendada, no agotándose en un mero suministro de mano de obra.

2.2 EL SUPUESTO PARTICULAR DE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS

Una vez estudiado el doble criterio de distinción entre la contratación lícita y el fenómeno ilegal previsto en el artículo 43 ET, es preciso señalar cómo el hecho de que exista una

¹³ KAHALE CARRILLO D.T: *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Aranzadi, Pamplona, 2011, página 110.

verdadera empresa, así como su puesta en juego, son puntos decisivos para diferenciar cuando nos referimos al modelo tradicional de empresa en actividades de carácter industrial o similar. De todas formas, con la extensión del sector servicios han surgido un conjunto de empresas en las que la presencia de una organización empresarial suficiente y su aportación en el desarrollo de la contrata es más difícilmente perceptible con los indicios señalados. Dichas contratas quedan, por lo general, fuera de la protección del artículo 42 ET puesto que los tribunales hacen una interpretación restrictiva de la noción de “propia actividad” considerando estrictamente la misma como aquella que engloba las obras o servicios nucleares de la empresa principal. Por ello entiende que se excluirían aquellas empresas que realizan actividades complementarias, accesorias o auxiliares para beneficio de la comitente que realice el encargo¹⁴. Hablamos de servicios de empresa que cubren actividades similares al suministro de personal, pero sin contar con los cauces previstos para las empresas de trabajo personal que veremos después. Estas mercantiles denominadas “empresas multiservicios” se caracterizan por ofrecer la prestación de sus servicios a otras. Servicios de limpieza, vigilancia, asistencia informática, etc. Sus tareas son lícitas siempre que tengan un objeto propio y una organización determinada y concreta, no cuando sólo se circunscriben a suministrar trabajadores eludiendo las normas de las empresas de trabajo temporal, pues estarían incurriendo de este modo en una cesión ilegal.

En el mercado de la subcontratación las empresas multiservicios ofrecen cualquier servicio que el empresario principal pueda necesitar, realizando estos servicios a precios realmente bajos para sus empresarios clientes, siendo la calidad del empleo cuestionable. Esto hace mermer los derechos de los trabajadores dando ventajas a las empresas nacidas de la precaria regulación laboral en el ámbito de la contratación y subcontratación empresarial en nuestro país, a consecuencia de la unión de varios factores.

Primeramente, hay que señalar el tipo de contrato al que se someten en gran medida sus empleados. El personal que atiende a contratas suele estar ligado mediante contratos temporales de obra o servicio determinado, carece de antigüedad y es retribuido con salarios que difícilmente sobrepasan el salario mínimo interprofesional. En segundo lugar, estas empresas suelen ofrecer servicios actuando muchas veces como meros

¹⁴MONEREO PÉREZ J.L: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España” en VVAA (Dir. MONEREO PÉREZ J.L/PERÁN QUESADA S.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*. Comares, Granada, 2018, página 350.

suministradores de mano de obra para llevar a cabo actividades poco cualificadas. Teniendo en cuenta que los servicios que ofertan están basados en la provisión de trabajadores dichas entidades se ven inmersas en una fuerte dependencia comercial o productiva pues no son entidades proveedoras próximas al núcleo del proceso productivo, viéndose perjudicados sus trabajadores por la división asimétrica del trabajo, la debilidad de su empresa red y su frágil poder de negociación. En tercer lugar, las empresas multiservicios rompen algunos esquemas establecidos en la materia para regular la gestión del trabajo externo. Analizando la denominación “multiservicios” ya intuimos que no son empresas de servicios que se especializan en una actividad, las cuales normalmente se encuentran ligadas a un convenio de sector. La actividad profesional de estas empresas multiservicios viene en función de la contrata o contratas que atienden y no se adhieren a la realización de una sola tarea, por lo que no es fácil ubicarlas en los sectores típicos en los que se divide nuestra economía. A todo lo anterior se une la limitada sindicación del personal de estas entidades y la dificultad de contar con estructuras que les representen. Además, en estas empresas se rechaza la negociación colectiva que lleva a la mejora de las condiciones de trabajo. Contrariamente, existe mucha presión a los empleados para que acepten condiciones laborales de carácter inferior a las establecidas con carácter general en los convenios sectoriales. Todo ello ha conllevado a la proliferación de convenios en el sector de las empresas multiservicios, provocando una disminución de las condiciones de trabajo y situando a las empresas, a base de la precarización, en mejores condiciones para optar a las contratas en el mercado en general¹⁵.

Así, las empresas multiservicios, al igual que el resto de empresas mediante la negociación de un convenio de empresa pueden regular sobre dichas materias, evitando que se aplique sobre estas el convenio colectivo del sector, lo que permite el descuelgue de facto del convenio. Sin embargo, la negociación de los convenios de empresa en las empresas multiservicios, ha provocado una serie de problemas importantes, que tienen que ver tanto con la prioridad aplicativa del convenio de empresa como con la legitimación en la negociación del convenio, en cuanto a la representación social.

Al hilo de lo anterior cabe traer a colación la STS 8-02-2018 (Rec.56/2017), en la que la empresa multiservicios alega que no hay un convenio sectorial que se ajuste

¹⁵ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ R: “La regulación convencional aplicable a las empresas multiservicios: un nicho continuo de conflictos”. *Foro Español de Laboralistas*, 2018, (versión digital) página 5.

adecuadamente a la actividad de multiservicios que desarrolla, y por ese motivo debería aceptarse la plena validez del que ha firmado con los representantes legales de la provincia de Granada. Pese a lo anterior, se declara la nulidad del convenio de centro de trabajo (ámbito inferior a la empresa), puesto que establece peores condiciones para los trabajadores que el convenio sectorial que se está aplicando a la misma. Y es que no podemos olvidar que, la prioridad aplicativa del convenio de empresa que menciona el artículo 84.2 ET, se reduce a estos, y no es extensible a los convenios de centro de trabajo. Así, determina en su FJ 3º párrafo 2º “se declara la nulidad porque, siendo de ámbito inferior al de empresa, establece peores condiciones para los trabajadores que convenio sectorial que se está aplicando en la misma. No estamos en consecuencia ante un convenio de empresa que pudiere beneficiarse de la prioridad aplicativa que le reconoce el art. 82.4 ET, sino ante un convenio de ámbito inferior al de empresa que no goza de ese privilegio y carece de eficacia para empeorar las condiciones del vigente convenio sectorial con el que se produce la concurrencia, sin que se discuta que las condiciones pactadas en el mismo efectivamente suponen un empeoramiento de las previstas en el sectorial”.

Igualmente, la STS 07-03-2017 (Rec.58/2016) aborda el ámbito de la legitimación negocial e impugna un convenio colectivo al entender que existe una falta de correspondencia entre el ámbito de representación de los delegados de personal y el ámbito de aplicación del Convenio, que se extiende tanto a los centros de trabajo de la empresa en el territorio nacional e incluso a los que en un futuro puedan constituirse. Así establece: “Se hace evidente aquí que el comité de empresa del centro de trabajo de Pozuelo no podía tener atribuida la representación de los trabajadores de otros centros de trabajo distintos y que, por tanto, carecía de legitimación para negociar un convenio colectivo que pudiera extender su ámbito de aplicación fuera del límite geográfico que se correspondía con su propia representatividad[...] Hubiera o no otros centros de trabajo constituidos en el momento de la negociación y publicación del convenio, se producía una falta de congruencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio, extremo que pone en peligro la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos. De ahí que no cabe a las partes negociadoras incluir una regla de imposición futura de un convenio en cuya negociación no pudieron haber intervenido dichos trabajadores”. Como vemos, se produce una infracción de la legalidad vigente en materia de capacidad y legitimación

para negociar, puesto que la capacidad del comité de empresa para negociar estaba reducida al ámbito de dicho centro de trabajo.

De otro lado, el fenómeno que venimos abordando ya ha sido recientemente descrito en la STSJ 18-10-2016 (Rec. 984/2016) “nos encontramos en definitiva, ante una situación en la que, evitando el acudimiento a las garantías previstas para los trabajadores de las Empresas de Trabajo Temporal, y salvando así además los estrictos supuestos en que está permitido acudir a las mismas, se obtiene la misma finalidad, a través del empleo de estas empresas de multiservicios, no dedicadas por tanto a una finalidad productiva concreta y especializada, sino que gestionan una plantilla futura de trabajadores que serán objeto de un llamamiento y contratación según las necesidades de las contratadas que obtienen. Y ello, con mayor o menor implicación de su propia estructura, generalmente sin necesidad de empleo de elementos materiales propios de la empresa multiservicios, y con gran frecuencia, sin tener que poner en funcionamiento una estructura organizativa propia, más allá de los trámites de la contratación y retribución del trabajador del trabajador enviado al centro de trabajo de la empresa principal. Sin que exista al menos de partida, obligación expresa de respetar las condiciones de trabajo o salariales propias de los trabajadores de la misma categoría pertenecientes a la empresa principal, como sí que ocurre en el caso del personal al servicio de una ETT. Es decir, se utiliza la técnica de la contrata o subcontrata (artículo 42 ET) con gran frecuencia, y ese parece que es el caso que ahora se analiza, para burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una ETT; es decir, con claro ánimo de fraude de ley, que debe encontrar la respuesta que establece el artículo 6.4 del Código Civil, de aplicar la norma que se pretende evitar con la maniobra fraudulenta”.

Ahora bien, no necesariamente siempre que opere una de estas empresas habrá de concluirse que existe una cesión ilegal de trabajadores. De igual manera que no todos los contratos por tiempo determinado celebrados en nuestro país son ilícitos tampoco podemos afirmar que contravienen la legalidad toda la subcontratación productiva instrumentada a través de empresas multiservicios. Las empresas de gestión integral cuentan con un margen de legalidad, el establecido para las contratadas lícitas de servicios, como para cualquier empresa auxiliar.

Ciertamente, la distinción cesión-contrata, entre la legalidad del artículo 42 ET y la ilegalidad de su artículo 43, nunca ha sido fácil y en el sector de las empresas multiservicios el deslinde se torna más complicado si cabe. Pero lo que resulta evidente

es que si su actividad no encaja en el propio de las contratas lícitas y tampoco son una ETT legalmente constituida su actividad es ilegal y debe aplicarse sin reservas el sistema de responsabilidades del artículo 43.2 ET. El análisis de la doctrina jurisprudencial y de la jurisprudencia revela que es precisamente este sector de las empresas multiservicios, y no tanto el de las empresas de servicios especializadas en una concreta actividad, el que plantea mayores problemas de calificación y el que se desenvuelve en zonas próximas al fraude de ley, estribando la mayor dificultad en el dato de la ambigüedad del objeto real empresarial de las empresas multiservicios, pues están prestando para otros servicios integrales con sus propios trabajadores y acaban cediéndolos temporalmente para situarse bajo la dirección y el control del empleador principal de los artículos 1 y 43.2 ET¹⁶.

3. CESIÓN ILEGAL DE LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

El artículo 43.1 ET recoge como supuesto lícito de cesión de trabajadores aquel que tiene lugar a través de empresas de trabajo temporal legalmente autorizadas. Estas empresas tienen como finalidad contratar trabajadores para cederlos de forma temporal a empresas clientes, también denominadas “empresas usuarias”. Dicho en otras palabras, estas empresas seleccionan y contratan trabajadores, organizando y gestionando una plantilla de empleados con los que conciertan un contrato de trabajo poniéndolos a disposición de empresas usuarias demandantes de sus servicios¹⁷.

Como hemos visto, en el trabajo temporal se produce una triple relación: de un lado, aquella que surge entre la ETT y el trabajador (que se corresponde con la relación laboral), la establecida entre la ETT y la empresa usuaria (relación de carácter mercantil) y la generada entre la empresa usuaria y el propio trabajador, de carácter funcional. Así, las empresas usuarias son las que reciben y supervisan los servicios del empleado, quien prestará sus servicios dentro de las mismas bajo su dirección y autoridad.

La regulación de las ETT's surge con la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT), que se desarrolló por el RD 417/2015, de 29 de

¹⁶ CAVAS MARTÍNEZ F: *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios; estado de la cuestión y propuestas*. Aranzadi, Pamplona, 2019, página 65.

¹⁷ KAHALE CARRILLO D. T: *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Aranzadi, Pamplona 2011, página 112.

mayo, y por Orden ESS/1680/2015, de 28 de julio. Ahora bien, la regulación legal de estas empresas no significa que cuando nos encontremos en presencia de una de ellas automáticamente se elimine la posible existencia del fenómeno de cesión ilegal de trabajadores. Como ha indicado la jurisprudencia hay determinados casos en los que las ETT constituyen supuestos de cesión ilegal y por ello procederemos a deslindar una y otra figura.

En primer lugar, señalaremos que las ETT necesitan contar con una autorización administrativa de cara a intervenir en el mercado laboral. Dicha autorización se subordina al cumplimiento de ciertos requisitos y es expedida por la Administración laboral que sea competente territorialmente, siendo válida para el ejercicio de la actividad en todo el territorio nacional. La STSJ 17-06-1997 (Rec. 247/1997) establece en su FJ 4º que el motivo de la exigencia de tal requisito “ha de entenderse en razón de su finalidad de control, para obviar todo peligro real o potencial para los derechos de los trabajadores objeto de cesión, tanto en el orden salarial como de Seguridad Social o personal, de modo que se elimine toda actuación clandestina de tráfico de mano de obra, con finalidad defraudatoria de los legítimos derechos de los trabajadores”.

Igualmente, la concesión de la autorización tiene que inscribirse en el Registro de ETT de la Administración laboral que tenga competencia y su existencia es sumamente importante, de ahí que la sentencia TS de 10-06-2003 entienda que en tanto en cuanto no se produzca dicha autorización, las ETT no pueden celebrar contratos de puesta a disposición, pues los contratos que se tengan lugar en estos términos conllevan a una cesión ilícita de trabajadores¹⁸.

En la STSJ 2-11-2010 (Rec. 731/2010) la cuestión objeto de debate es si resulta sancionable la cesión de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal antes de haber obtenido autorización administrativa. La Sala considera que efectivamente es así y que se ha producido la cesión ilegal del artículo 43.2 ET, puesto que la fecha de

¹⁸ FJ 3º STS 10-06-2003 (Rec.1783/2002) “ [...] el artículo 2.1 y 2 de la Ley 14/1994 exige a las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad de las empresas de trabajo temporal, reguladas en dicha ley, que obtengan autorización administrativa previa, justificando ante el órgano administrativo competente el cumplimiento de determinados requisitos; por su parte, el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores solamente permite la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando se efectúe a través de empresa de trabajo temporal, debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Cuando se celebren contratos de puesta a disposición al margen de esos preceptos y sin cumplir con las exigencias legales, las empresas incurrir en responsabilidad y, atendiendo a la fecha en que ocurrieron los hechos, el artículo 96.2 del Estatuto de los Trabajadores sancionaba como infracción muy grave la cesión de trabajadores[...]”.

recepción de la autorización es posterior a los hechos que han motivado el acta de infracción. En su FJ 2º razona “El artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores solamente permite la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando se efectúe a través de empresa de trabajo temporal, debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Cuando se celebren contratos de puesta a disposición al margen de esos preceptos y sin cumplir con las exigencias legales, las empresas incurren en responsabilidad. [...] es incuestionable que en este caso se pusieron por parte de la demandada a disposición de la empresa usuaria trabajadores, sin haber obtenido previamente la autorización administrativa para operar de esa manera en aquel espacio geográfico en concreto”.

Por el contrario, la STSJ 20-01-1998 (Rec. 1982/1997) considera que en el supuesto que le ocupa simplemente se da una mera irregularidad formal y no una cesión ilícita de trabajadores, pues la autorización para trabajar en Valladolid se concede unos meses más tarde de iniciar allí la actividad, si bien la empresa ya contaba con autorización para actuar en otra provincia y jamás eludió responsabilidades derivadas de su actividad. Así, establece en su FJ 2º “la conducta descrita en el relato fáctico, imputada a las recurrentes no puede merecer el reproche de cesión ilegal de mano de obra, por el mero hecho de que la autorización administrativa para actuar en la provincia de Valladolid como empresa de trabajo temporal no se concediera hasta meses después de iniciar la actividad, ya que, si bien ello es así, no lo es menos que con anterioridad estaba autorizada para actuar en otra zona de España. Por otra parte, la empresa de trabajo temporal en todo momento tuvo la necesaria información con el servicio de empleo en Valladolid, o al menos no consta ocultación, no constando en absoluto una mera apariencia de clandestinidad, y sin haberse en ningún momento eludido responsabilidades empresariales. Con todo lo expuesto es preciso concluir que nos encontramos ante una mera irregularidad formal, pero que no conlleva una antijuridicidad material constitutiva de cesión ilegal de mano de obra”.

Esta específica actividad de la que hablamos constituye, tal y como aprecia el legislador en el artículo 43 ET, una cesión de trabajadores que la ETT facilita a la empresa usuaria. Pues bien, la misma será considerada legal siempre que no contravenga lo dispuesto en los artículos 6 y 8 LETT, lo cual representa una salvedad a la norma general de

prohibición de la cesión de trabajadores que se establece en dicho artículo del estatuto¹⁹. Es decir, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria por escrito y con 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 ET o de similar manera a los contratos relativos a formación y aprendizaje, estando el trabajador sometido al poder de dirección de la empresa usuaria y sin que los mismos se hagan con el fin de sustituir trabajadores en huelga en la empresa usuaria, cederlos a otras empresas de trabajo temporal, realizar trabajos especialmente peligrosos para la seguridad de los trabajadores o cuando en los doce meses anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos que se pretendan cubrir por despido improcedente o por causas previstas en los artículos 50 y ss. del ET.

Por su parte, el artículo 8 LETT descarta la celebración de contratos de puesta a disposición en diferentes supuestos. En el caso de que se diese alguno de ellos estaríamos ante el fenómeno prohibido de cesión ilícita. Por ejemplo, cuando concurra una sustitución de empleados en huelga en la empresa usuaria, debido a que se corresponde con una actuación que va en contra del derecho de huelga. También se excluye tal posibilidad en el supuesto de cobertura por empleados en misión de puestos amortizados en el último año por medio de despidos por causas económicas, evitando así que se sustituya empleo fijo por empleo temporal. De igual modo, se prohíbe el contrato de puesta a disposición para ceder empleados a otras ETT, así como el recurso al contrato de puesta a disposición para cubrir un puesto sin antes haber evaluado los riesgos laborales.

En este orden de cuestiones, diremos que la relación laboral en el marco de una ETT pone de manifiesto una especialidad debida al desdoble que se produce en la posición del empresario. Así, para el caso de que se aprecie la cesión prohibida encubierta bajo la figura de la ETT y en lo que respecta a las condiciones esenciales de trabajo se establece que los trabajadores cedidos van a tener derecho a las que les corresponderían en caso de haber sido contratados por la empresa cliente de forma directa para ocupar un puesto similar. Tienen el carácter de esenciales condiciones como la remuneración, la duración

¹⁹ Tal y como dispone la STS 4-07-2006 (Rec. 1077/2005) en su FJ 6º párrafo 4º “el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC”.

de la jornada de trabajo, las horas extraordinarias, trabajo nocturno, vacaciones y los días festivos. Así, en materia de salarios el trabajador cedido tendría derecho a cobrar el salario establecido en la empresa usuaria para su mismo puesto u otro similar, aunque con la única salvedad de estimar como antigüedad suya la derivada del tiempo transcurrido desde que se iniciaron los servicios no amparados por el contrato de puesta a disposición²⁰.

En cuanto al posible fraude y la consiguiente responsabilidad en la contratación entre una ETT y la empresa usuaria el Tribunal Supremo vienen entendiendo que la obligación que se derive de este hecho se extenderá de forma solidaria entre ambas (consecuencia análoga a la cesión ilegal y recogida de forma expresa en el artículo 16.3 LETT). Así, la STS 9-07-2007 (Rec.2748/2007) en su FJ 4º párrafo 4º considera que “cuando la contratación es fraudulenta por ir dirigida a atender necesidades permanentes de la empresa la responsabilidad derivada de la calificación del cese como despido improcedente ha de atribuirse solidariamente a la citada ETT y a la empresa usuaria, en recta interpretación del art. 16.3 LETT y con aplicación del art. 43.2 ET”.

Así las cosas, la STSJ de Asturias 04-11-2011 (Rec.640/2011) concluye “el artículo 43 ET opera bajo la técnica de regla y excepción de suerte que la regla sigue prohibiendo la cesión "excepto en el caso de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas"; de modo que las relaciones triangulares de trabajo, para nuestro ordenamiento jurídico, siguen siendo una práctica en principio, y como regla general, prohibida, y sólo la ETT podrá realizar legalmente esta actividad, si se encuentra autorizada para ello, resultando integrante de la cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento, y ello con independencia de que exista connivencia o no de la ETT con la empresa usuaria”.

4.CESIONES LEGALES DE LOS TRABAJADORES

4.1 DEPORTISTAS PROFESIONALES

²⁰ STSJ 27-04-1999 (Rec. 2923/1998) FJ 3º.

Más allá de la cesión realizada por una ETT concurren en nuestro ordenamiento laboral interposiciones lícitas similares a la cesión de mano de obra, las cuales se denominan cesiones “legales”. Bajo esta denominación se incluye, en primer lugar, la cesión temporal del deportista profesional, regulada en el artículo 11 Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. La doctrina ha señalado que la relación laboral especial de los deportistas profesionales da lugar a contratos mixtos en los que la interacción entre el ordenamiento laboral y el deportivo provoca una alteración en la causa del contrato laboral. Las principales especialidades serían: el carácter temporal de la relación y la aneja obligación del deportista de cumplir el tiempo de contrato pactado, la existencia de cesiones temporales y el denominado traspaso. Con estas medidas se facilita la movilidad en el mercado del trabajo para impedir que los equipos con mayor potencial económico acumulen a los mejores jugadores²¹.

En todo caso, se corresponde con una cesión a otros clubes o entidades deportivas que de concurrir ha de contar con unas condiciones, y es que necesariamente requiere el consentimiento expreso del trabajador y es obligatoria para el club o la entidad originaria “cuando a lo largo de toda una temporada no hayan sido utilizados sus servicios para participar en competición oficial ante el público (art.11.2 RD 1006/1985). En el acuerdo de dicha cesión se indicará la duración, no pudiendo exceder del tiempo de vigencia del contrato. En cuanto al club o la entidad cesionaria, cabe decir que se subroga en los derechos y obligaciones que le corresponden al cedente, y ambos responden de forma solidaria de obligaciones laborales y de las correspondientes con la Seguridad Social. Además, el trabajador tiene derecho a ser partícipe del porcentaje de la compensación económica que pacten los clubes. Esa cuantía exacta en la que participa el deportista se va a determinar en contrato individual o en un pacto de naturaleza colectiva, y nunca puede ser inferior al 15% bruto de la cantidad que hayan fijado los clubes.

Las cesiones de este tipo no suponen una “cesión del contrato”, sino una “cesión de los servicios” del deportista, amparada por una norma especial que, en algunos casos, da lugar a la modificación de las condiciones del contrato de trabajo. El club mantiene el control del jugador que, para poder jugar, acepta las condiciones que le ofrecen. Cabe

²¹ GONZÁLEZ GARCÍA S: “La atribución de los derechos federativos de los jugadores a los clubes: un sistema de traspasos de ciencia ficción”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 63, 2019, págs.4 y ss.

traer a colación la STSJ de Murcia 10-1-2000 (Rec. 1508/1999), la cual enjuicia el supuesto en el que un jugador ficha en el Real Murcia C.F y posteriormente es cedido al Águilas C.F por una duración temporal determinada. El deportista suscribe un contrato mediante el cual se da por rescindido el contrato con el Águilas C.F sin contar con el Real Murcia CF, quien había sido parte principal en el contrato y tenía contratadas dos temporadas con el jugador. Posteriormente cambió de domicilio y fichó en otros dos clubes sin informar al Real Murcia C.F. Por todo ello, éste último a finales de año envía una carta al jugador entendiendo que se ha extinguido el contrato por voluntad del mismo. El trabajador considera que ha sido despedido y por ello interpone demanda. La Sala dispone en su FJ 2º “un pacto tripartito, en puridad, sólo podría ser dejado sin efecto por acuerdo de las tres partes, pues lo cierto es que, aunque cedido el actor seguía indirectamente y sin una inmediata sujeción, sometido a la disciplina del Real Murcia, C.F., que seguía manteniendo subyacente un contrato con el actor que debía recuperar plenos efectos el 1 de Julio de 1.999. Se puede afirmar, por tanto, que el actor, seguía sometido a la disciplina del Real Murcia, C.F., aunque fuese en términos que no operaban con toda intensidad, de forma muy atenuada, al estar cedido [...] La única consecuencia aceptable hubiese sido que hubiese vuelto a surtir efectos la relación jurídica subyacente, latente o suspendida entre el actor y el Real Murcia, C.F., evidencian inequívocamente un abandono o apartamiento voluntario de la disciplina del mismo, que no es sino una de las posibles manifestaciones de la extinción de la relación laboral por voluntad del deportista profesional”.

4.2 GRUPOS DE EMPRESAS

Otro supuesto de cesión legal admitida en nuestro ordenamiento es la que se produce en el marco de la colaboración de empresas, pues la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial constituye una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, las que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores porque aunque la

cesión sea legal no puede limitar los derechos del empleado (con singular referencia a un derecho de antigüedad que "se ha de reconocer a todos los efectos (retributivos, promocionales e indemnizatorios), por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación - sin solución de continuidad- con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 Estatuto de los Trabajadores). Y ello es así porque por regla general los intercambios personales en el seno del grupo no tienen finalidad interpositoria, sino que obedecen a un criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica lo que no obsta que tal circulación de trabajadores haya de tener trascendentes efectos respecto de sus derechos..."²². Así, cabe citar la STS 26-11-1990 (Rec. 117/1990), la cual establece en su FJ 2º párrafo 2º "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 técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las 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 art. 43 del Estatuto de los Trabajadores".

Ahora bien, tal como explica la STSJ de Asturias 10-09-2004 (Rec.575/2003) esa movilidad de los trabajadores dentro del grupo de empresas no se corresponderá con el fenómeno lícito en tanto en cuanto la misma no obedezca a causas de organización, sino al mero suministro de mano de obra a la empresa arrendataria. Así determina " En el supuesto litigioso la empresa prestataria del servicio es desde luego una empresa real que forma parte de un grupo de empresas, en el que puede darse, lícitamente, la movilidad de los trabajadores dentro de las empresas, pero en el supuesto concreto esa movilidad no responde a razones organizativas, sino a prestamismo laboral porque, conforme se razona en la sentencia de instancia, no se garantizan los derechos de los trabajadores, al ser los salarios... sensiblemente inferiores a los de..., y se ha tratado de eludir la contratación indefinida en la primera de estas empresas que se ha constituido con la única finalidad de facilitar mano de obra, más barata y en peores condiciones, puesto que la gran mayoría de sus trabajadores son temporales, a otra empresa del grupo, lo que determina que se

²² STS 25-06-2009 (Rec. 57/2008) FJ 6º párrafo 2º.

haya producido la cesión ilegal de trabajadores y no los contratos en misión en el grupo que se alega por las recurrentes”.

Lo mismo sucede con los trabajadores de régimen común que pasan a desempeñar actividades de alta dirección en otra empresa vinculada a la de origen mediante relaciones de grupo. El supuesto se encuentra recogido en el artículo 9 RD 1382/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y acoge la teoría de que la contratación y el fichaje de los altos directivos o ejecutivos de las empresas no siempre tiene lugar en el mercado externo, sino que puede darse como consecuencia del traspaso de una empresa a otra siempre dentro del mismo grupo de empresas. Al no existir un fin defraudatorio en esta forma de cesión de personal quedaría fuera del alcance del artículo 43 ET.

Así las cosas, cuando un trabajador ligado a la empresa por una relación laboral común ascienda a un puesto de alta dirección de la misma se debe documentar un contrato de forma escrita. Es aquí donde van a constar los efectos que las partes quieren que entrañe la nueva relación de carácter especial en contraposición a la común anterior. Lo mismo ocurre en cuanto a las exigencias formales del acuerdo para los supuestos en los que el empleado vaya a ostentar un alto cargo en otra empresa distinta dentro de un grupo de ellas u otra forma de asociación similar. Por todo ello decimos que de manera implícita está permitiéndose la cesión de una empresa a otra dentro del grupo.

4.3 ESTIBADORES PORTUARIOS

Un supuesto diferente al resto, aunque también calificado de cesión lícita es el mecanismo de prestación de servicios de los estibadores portuarios sujetos de nuevo a una relación de carácter especial, quienes son contratados por las Sociedades Anónimas de gestión de estibadores portuarios para posteriormente ser cedidos a empresas con licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías. Su régimen se encuentra regulado en los artículos 149 y ss. Del 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.

Lo que caracteriza la relación especial de los trabajadores encargados de las tareas de estiba y desestiba en las zonas portuarias es que prestan sus servicios mediante un sistema de contratación muy parecido al que tiene lugar a través de las ETT: la sociedad estatal de estiba emplea a los trabajadores, pero ésta sólo se encarga de formarlos y darles la cualificación necesaria para prestar el servicio de la mejor manera.²³ Posteriormente ceden a los trabajadores a empresas estibadoras asociadas y es en ese momento cuando la relación especial se suspende para que el empleado constituya una relación laboral común temporal con la empresa que verdaderamente va a aprovecharse de sus servicios. De ahí que por su innegable similitud con dichas empresas de trabajo temporal el Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 recaída en el asunto C-576/13 indique que la creación de los nuevos centros portuarios de empleo – en adelante CPE- requerirá la obtención de la autorización exigida por la Ley 14/1994 para actuar como empresa de trabajo temporal; ley que se les aplica “plenamente”, así como la restante normativa aplicable a dicha clase de empresa. Esta aplicación plena de la legislación relativa a las empresas de trabajo temporal a los CPE no los convierte en una empresa de trabajo temporal, pues su artículo 4 indica claramente que su creación procede “sin perjuicio de las empresas de trabajo temporal u otras que estén constituidas o puedan constituirse a estos efectos con arreglo a la legislación vigente”. A falta de desarrollo reglamentario, lo único verdaderamente claro es que los CPE requieren la autorización prevista para las Empresas de Trabajo Temporal y que la normativa de tales empresas les resulta plenamente aplicable. De alguna forma vienen a ser empresas de trabajo temporal específicas del sector portuario y cuando decimos específicas lo hacemos para indicar que, a nuestro juicio, aunque no lo diga expresamente el RD-L 8/2017, tales entidades sólo pueden contratar para ceder a trabajadores portuarios

²³ Así, la STSJ 10-12-2003, (Rec. 838/2001) establece en su FJ 3º párrafo 3º: “La especialidad de su régimen jurídico reside en la peculiar vía de colocación y en la especial configuración de la posición de empleador. Para dar origen a la relación laboral especial, los trabajadores portuarios han de concertar su vinculación primeramente con una sociedad estatal, la cual los proporcionará, previa solicitud, a las empresas privadas, que solamente pueden proceder a la contratación directa en caso de que no se le suministren suficientes trabajadores. Los trabajadores contratados por la sociedad estatal y suministrados a las empresas estibadoras mantienen una relación jurídico-laboral bifronte: por un lado, están ligados con carácter indefinido, y mediante la relación laboral especial con la citada sociedad; por otro lado, prestan sus servicios con carácter temporal a las empresas estibadoras mediante relación laboral común, con suspensión de aquella especial. La sociedad estatal mantiene en todo caso la condición de empleador, pero las facultades, obligaciones y responsabilidades empresariales se reparten entre esa sociedad y la empresa que utiliza los servicios del trabajador.

capacitados para la prestación del servicio de manipulación de mercancías. Esta sería la singularidad de los CPE frente a las empresas de trabajo temporal y lo que, de alguna forma, justificaría su existencia”²⁴.

4.4 ENCLAVES LABORALES

La prestación de servicios de trabajadores discapacitados contratados en centros especiales de empleo – en adelante CEE- en los denominados “enclaves laborales” también constituye un supuesto de cesión lícita. El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Se trata de una fórmula de subcontratación entre un CEE y una empresa ordinaria, con garantías específicas para la protección del colectivo que se contrata, para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella, y que sirve para facilitar la transición del empleo protegido al empleo ordinario de una empresa colaboradora. Los trabajadores del enclave mantienen a todos los efectos su relación laboral de carácter especial con el CEE. Entenderemos por enclave laboral el contrato suscrito entre una empresa del mercado ordinario de trabajo (empresa colaboradora) y un CEE, que implica el desplazamiento de los trabajadores y las trabajadoras con discapacidad al centro de trabajo de la colaboradora, posibilitando así que ésta cumpla con la cuota de reserva, al mismo tiempo que el CEE incrementa sus cifras de contratación y se garantiza la continuidad o estabilidad del empleo²⁵. En realidad, el enclave es una suerte de “contrata de mano de obra”, ya que la contratista lo único que tiene que suministrar es una actividad laboral, eso sí, organizada, controlada y dirigida por ella misma, pero sin que en ningún momento se le exija aportar la infraestructura que pudiera ser necesaria para el desarrollo y la ejecución de aquella²⁶.

La dirección y organización del trabajo en el enclave corresponde al centro especial de empleo, con el que el trabajador con discapacidad mantendrá plenamente, durante la vigencia del enclave, su relación laboral de carácter especial. A los enclaves laborales les es de aplicación lo establecido en el artículo 42 del ET. Para la dirección y organización

²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS P: “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro”, *Temas laborales*, nº 142, 2018, págs. 101 y 102.

²⁵ MENÉNDEZ CALVO R: “Integración laboral de las personas con discapacidad. Modelo legal tras la reforma de 2012”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, nº 5, 2012, págs. 240 y ss.

²⁶ LLANO SÁNCHEZ M: “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”. *Relaciones laborales*, nº2, página 185.

del trabajo del enclave el centro especial de empleo contará en el enclave con encargados responsables del equipo de producción y la facultad disciplinaria corresponde al centro especial de empleo²⁷.

Ahora bien, de una manera similar a la dificultad que presentan las empresas multiservicios en relación con la aplicación de los diferentes convenios colectivos, los enclaves laborales también se encuentran con inconvenientes a la hora de aplicar el relativo a los centros especiales de trabajadores discapacitados. Así, el TS ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones determinando que “si la empresa que es centro especial de empleo, al que se le aplica el convenio colectivo de centros especiales de trabajadores discapacitados, concurre a una contrata en la que la actividad es otra diferente de la de su convenio, entonces está incluyendo su actividad en un ámbito distinto del que le es propio y deberá estar a las normas de dicho ámbito. De este modo, al ser adjudicatario de una contrata de limpieza, deberá serle de aplicación el convenio de limpieza de edificios y locales que dispone la subrogación de los trabajadores de la empresa adjudicataria anterior”²⁸.

De igual manera, en la STS 20-02-2013 (Rec. 3081/2011) se establece que para el caso en el que haya una subrogación empresarial por parte del centro especial de empleo, empresa de limpieza (acogida al convenio colectivo de centros especiales de empleo) y una empresa ordinaria también del sector de la limpieza (acogida al convenio colectivo de limpieza), el centro especial de empleo, resulta adjudicataria de la contrata y no se aplica la subrogación de la totalidad del personal de la adjudicataria saliente. Y es que tal y como dictamina en su párrafo 5º “ Se establece una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza”.

²⁷ STSJ 25-10- 2017 (Rec. 887/2007) en su FJ 2º párrafo 2º.

²⁸ STS 21-10-2010 (Rec. 806/2010).

Por todo lo anterior entendemos que en el supuesto de que exista un convenio colectivo que regule el sector de actividad en dónde esté enclavado el centro especial de empleo, es éste el que prevalece en contraposición a cualquier otro al que esté vinculado.

3.CONCLUSIONES

El Real Decreto-Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo constituye el antecedente fundamental de la reforma del vigente artículo 43 del Estatuto de los trabajadores. Con anterioridad, el Estatuto de los Trabajadores no establecía los requisitos que deberían cumplir las contratistas o subcontratistas para ser diferenciadas entre las contratas verdaderas y la cesión ilícita de trabajadores, resultando verdaderamente difícil deslindar un supuesto lícito de cooperación interempresarial o uno prohibido de maniobras fraudulentas. Pues bien, a partir de la reforma basada en criterios jurisprudenciales acuñados por el Tribunal Supremo, entendemos que para apreciar dicha figura prohibida resulta determinante que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una simple puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria o que la empresa cedente carezca de organización propia y estable, medios materiales o ejercicio de las funciones propias de su condición de empresario. Esa modificación en la redacción del articulado afectó sobre todo a las denominadas empresas “multiservicios”, caracterizadas por prestar servicios a otras empresas en tareas como limpieza, vigilancia, marketing...y se llegó a la conclusión de que su actividad sería lícita si cuentan con un objeto propio y una organización especializada, es decir, no cuando simplemente ven reducido su campo de actuación al mero suministro de trabajadores.

Ya la Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las empresas de trabajo temporal procedió a regular la situación de estas últimas, entendiéndolas como una excepción a esa cesión ilegal siempre que estuviese dotada de una serie de cautelas, controles y responsabilidades. En estas empresas lo que se hace es poner a disposición de la empresa usuaria empleados contratados por una ETT encontrándonos ante una cesión (pero legal) de trabajadores, ya que el empresario auxiliar no facilita su infraestructura al proceso de producción, perteneciendo a la empresa principal el control y el ámbito directivo de la actividad de trabajo.

Al hilo de lo anterior, y también excluidos de la prohibición se encuentran determinados supuestos de cesión previstos en la legislación. Es el caso de la cesión temporal del deportista profesional, incardinado en una relación laboral de carácter especial basada en el préstamo temporal de su servicio por parte de un club o entidad deportiva a otro, aunque

con unas condiciones específicas y con la peculiaridad de que para estos casos se articula un mecanismo de responsabilidad semejante al que contempla el propio artículo 43 ET: responsabilidad solidaria de ambos clubes o entidades respecto de las obligaciones que se deriven en relación con el deportista. Asimismo, también está excluida la promoción de un trabajador a un puesto de alta dirección o la colaboración e intercambios del personal originada dentro de un grupo de empresas, ya que esta no tiene la finalidad interpositoria propia de la cesión ilícita. El caso de los estibadores portuarios y su compleja regulación tampoco se incardinan dentro de la cesión del artículo 43 ET al prestar sus servicios mediante un sistema de contratación muy similar al propio de las ETT's, pues se corresponde pues con un sistema de transferencia temporal de trabajadores de una empresa a otra que nada tiene que ver con la mera aportación de mano de obra. Finalmente, en la prestación de servicios por parte de personas discapacitadas en centros especiales de empleo el trabajador puede ser destinado a una empresa colaboradora por medio de un contrato de enclave laboral, y el contratista lo único que tiene que suministrar es una actividad de trabajo, ahora bien, organizada, controlada y dirigida por ella misma a diferencia de la cesión ilícita.

Así las cosas, parece coherente pensar que los cambios normativos apoyados en el largo camino recorrido por la jurisprudencia han contribuido a establecer criterios para delimitar mejor la existencia de esta figura prohibida y deslindarla de otros supuestos lícitos de cooperación empresarial, pues en una economía compleja e inestable como la actual son muy usuales las relaciones entre empresas de cara a la producción de sus bienes o servicios. El fenómeno descentralizador no tiene por qué obedecer a unas razones negativas, sino que, contrariamente se recurre al mismo para lograr así una mayor competitividad entre las empresas. Los procesos de externalización mediante el mecanismo de la subcontratación con terceros dan paso a un ajuste de estructuras empresariales, haciéndolas más flexibles para dar una respuesta a las incertidumbres de mercado, al variable ciclo de negocios y de forma general, a la competitividad fruto de la internacionalización de los mercados. Además, el tipo de relaciones instauradas entre las empresas comitente y contratista ya no se basa en una posición de dominación de a primera sobre la segunda, por lo que solamente hablaremos de cesión ilícita cuando la actividad empresarial del cedente se base en contratar para luego ceder sin la obligación de conservar una estructura productiva con una organización, con la consiguiente merma en los derechos de los trabajadores. Con todo ello, el Derecho del Trabajo debe reaccionar

al observar la realidad social de los empleados que se hallen en el ámbito de las empresas descentralizadas, en el que la desigualdad social y económica se contraponen a la seguridad en el trabajo de los que ya disponen de un estatuto jurídico que los ampara. Por ello el ordenamiento laboral debe proyectarse como un instrumento protector de los sujetos más vulnerables, y como medio de integración en el plano económico y social, delimitando el ámbito de actuación de esas meras cesiones de mano de obra e indagando acerca de cuál es la cualidad que identifica a las contratadas protegidas de forma especial por el ordenamiento jurídico. Con todo se consigue sentar las bases para eliminar del mercado la contratación fraudulenta, la cual no hace sino beneficiar al empresario enriquecido a costa de la precariedad laboral de sus trabajadores.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (dir. y coord. GARCÍA MURCIA, J. y; MARTÍN VALVERDE, A.) *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- AA.VV. (dir. y coord. GARCÍA MURCIA, J. y; MARTÍN VALVERDE, A.) *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen III*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- AA.VV. (dir. GARCÍA MURCIA J; MARTÍN VALVERDE A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ F), *Derecho del Trabajo*, 27º edición. Tecnos, Madrid, 2018.
- AA.VV (dir. y coord. GARCÍA NINET J.I y; VICENTE PALACIO A.) *Derecho del Trabajo*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.
- CAVAS MARTÍNEZ F, *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios; estado de la cuestión y propuestas*. Aranzadi, Cizur Menor, (Pamplona), 2019.
- CRUZ VILLALÓN J, “Cesión de trabajadores” en VVAA (Dir. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN I; GOERLICH PESET JM; MERCADER UGUINA J.R). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª Edición, Lex Nova Thomson Reuters, 2014.
- GÁRATE CASTRO J: “Régimen jurídico del personal de alta dirección”, *Actualidad Laboral*, N° 4, 2008.

- GONZÁLEZ GARCÍA S:“La atribución de los derechos federativos de los jugadores a los clubes: un sistema de traspasos de ciencia ficción”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, N° 63, 2019.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ R: “La regulación convencional aplicable a las empresas multiservicios: un nicho continuo de conflictos”. *Foro Español de Laboralistas*, 2018.
- KAHALE CARRILLO D.T: *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Pamplona, 2011.
- LLANO SÁNCHEZ M: “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”.*Relaciones laborales*, N°2, 2006.
- MENÉNDEZ CALVO R: “Integración laboral de las personas con discapacidad. Modelo legal tras la reforma de 2012”, N° 5, 2012.
- MOLERO MARAÑÓN M.L: *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*. La ley Madrid, 2003.
- MONEREO PÉREZ J.L: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España” en VVAA (Dir. MONEREO PÉREZ J.L;PERÁN QUESADA S.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*. Comares, Granada, 2018.
- MONTOYA MELGAR A; GARCÍA MURCIA J (Dir.) en VVAA Comentario a la reforma laboral 2012. Civitas Thomson Reuters. Madrid 2012
- MONTOYA MELGAR A; SEMPERE NAVARRO A.V (Dir.) en VVAA: Comentarios al Estatuto de los trabajadores. Thomson Aranzadi 2005
- NORES TORRES L.E: *El trabajo en contratas. La noción de “contrata de propia actividad”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RODRÍGUEZ RAMOS P: “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro”, N° 142, 2018.

