



Universitat
de les Illes Balears

TRABAJO DE FIN DE GRADO

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

VICTORIA AVRIL VIDAL ARIAS

Grado de RELACIONES LABORALES

Facultad de DERECHO

Año Académico 2021-2022

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

VICTORIA AVRIL VIDAL ARIAS

Trabajo de Fin de Grado

Facultad de DERECHO

Universidad de las Illes Balears

Año Académico 2021-2022

Palabras clave del trabajo:

CESIÓN ILEGAL, TRABAJADORES, ESTATUTO, ARTÍCULO, FACTORES...

Nombre Tutor/Tutora del Trabajo: Magdalena Llompart Bennàssar

Se autoriza la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y difusión en línea, con fines exclusivamente académicos y de investigación

Autor		Tutor	
Sí	No	Sí	No
<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Resumen

El trabajo que se expone a continuación intenta explicar los diferentes casos de cesión ilegal de trabajadores.

La cesión de trabajadores se entiende como el hecho de que una empresa proporcione mano de obra a otra empresa distinta, obteniendo diferentes beneficios, la gran mayoría de ellos económicos.

De una forma bastante breve, la cesión ilegal de trabajadores es cuando un trabajador presta sus servicios en una empresa distinta a con la cual tiene un contrato de trabajo, pero atendiendo a las exigencias de la primera empresa.

Puesto que, en ocasiones, esto se hace de forma inadecuada vulnerando los derechos de los trabajadores. La legislación española, concretamente, el Estatuto de los Trabajadores (ET) en su artículo 43, especifica los distintos supuestos de cesión ilegal.

En todo caso, se ha de diferenciar la cesión de estos trabajadores de la subcontratación del artículo 42 del ET.

El ordenamiento español, sólo admite que las cesiones de trabajadores lícitas se produzcan mediante una empresa de trabajo temporal.

Aunque, también tienen legitimación las denominadas cesiones legales o institucionales.

Índice

1. Introducción.....	5
2. Concepto de cesión ilegal de trabajadores.....	6
2.1 Objeto del art. 43 ET.....	7
2.2 Diferenciación con la contrata legal	9
2.3 Indicios de cesión ilegal	11
2.3.1 Factores determinantes	11
3. Consecuencias jurídicas de la cesión ilegal	15
3.1 Art. 43.3 ET	15
3.2 Art. 43.4 ET	17
4. Supuestos específicos de la cesión ilegal de trabajadores.....	19
4.1 Empresas de Trabajo Temporal	19
4.2 Empresas multiservicio.....	21
4.3 Cooperativas de trabajo asociado	21
4.4 La administración pública.....	22
5. Conclusiones	23
6. Bibliografía	24

1. Introducción

Atendiendo a la legislación laboral, podemos observar cómo se han ido incluyendo normas para la prohibición de la cesión de trabajadores con algunas excepciones.

Esta prohibición está especialmente dirigida a los supuestos de fraude que cometen determinadas empresas.

En nuestro caso en particular, esta prohibición, se ve reflejada en el art. 43 del 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 (ET).

El cual, pretende erradicar estos fraudes laborales interponiendo unos supuestos específicos que, si se infringen traen consigo consecuencias y responsabilidades.

Del mismo modo, podemos encontrar menciones a esta cuestión en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunales Superiores de Justicia, en La ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) y entre otras, en diferentes Reales Decretos que regulan la materia cómo, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes del fomento de la ocupación. El cual, fue uno de los principales desencadenantes de la regularización y legalización de las ETTs. O, el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del Empleo el cual reforma de manera subsidiaria lo estipulado en el art. 43 del ET.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que la legislación española prevé que las ETTs si puedan realizar estas cesiones temporales a otras empresas mediante el art. 43.1 del ET: “La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”.

2. Concepto de cesión ilegal de trabajadores

Algunas empresas practican la cesión de trabajadores de forma fraudulenta. Con el único objetivo de beneficiarse económicamente, atentando de este modo con los derechos de los trabajadores.

Para poder comprender el tema en cuestión, hemos de comenzar por explicar que el ET en su artículo 43 no permite que las empresas se cedan trabajadores entre ellas.

Aunque si permite la subcontratación de obras y servicios en su art. 42 ET. El cual, en determinadas ocasiones, es utilizado para encubrir cesiones de mano de obra como podría ser, el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 20 de octubre de 2014 (Rec. 3291-2013), la cual entiende que se produce una cesión ilegal de mano de obra desde la empresa “Servicios Pasarela Mediterráneo SL” a la entidad pública de AENA para prestar los servicios de atención y protocolo en el aeropuerto: “ a pesar de esa 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 servicios a través de la asignación de horarios de apertura, cierre, controles reales previos de acceso para 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.”

Para poder conocer si estamos o no ante una cesión ilegal, hemos de analizar cada caso en concreto.

Muchas veces las empresas optan por simular los contratos de trabajo con los propios trabajadores con el fin de realizar dichas cesiones, aunque esto nada tiene que ver con la situación económica de las empresas.

Si bien el ET expone textualmente: “La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”, la cesión de trabajadores puede ser temporal o indefinida.

Tal como se afirma en la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal: “La forma general de relación laboral son los contratos de trabajo de duración indefinida. Por consiguiente, en el caso de los trabajadores vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, teniendo en cuenta la protección particular que ofrece este tipo de contrato es preciso prever la posibilidad de contemplar excepciones a las normas aplicables en la empresa usuaria”.

2.1 Objeto del art. 43 ET

El art. 43.2 del ET regula diferentes situaciones que se entienden dentro del concepto de la cesión ilegal de trabajadores.

La primera, cuando los trabajadores contratados por la empresa son puestos a disposición de otra distinta para que puedan llevar a cabo sus servicios.

La segunda, cuando la empresa principal que realiza la contratación no posee una actividad propia y estable.

Por este motivo, no cuenta con los medios necesarios para desarrollar su propia actividad.

Del mismo modo, incurren en la ilegalidad las cesiones en caso de que la empresa que realiza la contratación no ejerza las funciones de dirección y control sobre los trabajadores de la plantilla.

En tercer lugar, estamos ante otra cesión ilegal cuando la empresa que recibe a los trabajadores previamente contratados por otra empresa es la encargada de dirigir y controlar las actividades realizadas por los mismos.

Para saber si nos encontramos ante una cesión ilegal, es muy importante conocer donde realiza la actividad laboral el trabajador y cuál es la empresa que le tiene contratado.

Partiendo de esto, tendríamos que saber las características de esta relación laboral como por ejemplo, quien o quienes son los que dan las ordenes, organizan el trabajo, ponen el horario, etc. (Valverde J.L, artículo del blog de abogados laboristas Devesa & Calvo, (13 de febrero de 2020).

Según la Sentencia del TS de 19 junio 2012 (Rec. 2000/2011): “la finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

2.2 Diferenciación con la contrata legal

La principal diferencia entre ambos supuestos es el objeto.

En la contrata, se solicita la realización de un servicio determinado a un contratista con un precio fijo. Este último, realiza el encargo con las instrucciones que le fueron encomendadas, con su propio personal y sus propios medios.

Según el art. 38 de la Constitución Española (CE): “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Esto quiere decir que existe la posibilidad de externalizar la relación laboral de los trabajos propios de una empresa determinada encargándoselos a otra empresa.

En cambio, como ya hemos hablado con anterioridad, la cesión ilegal se basa en el hecho de que una empresa, que no es una ETT contrata a uno o varios trabajadores para que presten servicios en otra empresa.

Es decir, una empresa a la que denominaremos “Empresa A”, contrata la puesta a disposición de mano de obra con otra empresa a la que denominaremos “Empresa B”.

Debemos de tener en cuenta que, en ambos casos, el beneficiario no es el empresario principal sino el secundario.

El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva según el art 42.1 del ET: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas deberán comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con

identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante.”

Según la sentencia del TS de 3 de octubre de 2005 (Rec. 3911/2004): “Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita”

La sentencia del TS de 17 de diciembre de 2001, (Rec. 244/2001) establece una cierta cantidad de elementos o indicios que podrían ser determinantes para identificar una contrata. Algunos de los cuales podrían ser:

- Disponer de una organización con existencia independiente.
- La empresa contratista ha de contar con los medios materiales y personales necesarios para llevar a cabo la actividad.
- La empresa contratista ha de organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad.
- Asumir la responsabilidad y los posibles riesgos de una gestión empresarial.
- Desarrollar una actividad lícita, propia y específica diferente a la de la empresa principal.

2.3 Indicios de cesión ilegal

El ET contempla la figura de la cesión ilegal y las circunstancias que la determinan (art.43 ET) y la jurisprudencia ha venido analizando esta figura y desarrollando las características que han de concurrir para que se certifique que realmente nos encontramos ante esta ilegalidad.

2.3.1 Factores determinantes

Mediante varias sentencias de los Tribunales superiores podemos establecer los siguientes factores que pueden ser claves para determinar si estamos o no ante una cesión ilegal de trabajadores.

- Usos de los medios de producción de la empresa donde han sido cedidos los trabajadores, así como de los uniformes, claves de acceso, maquinaria.

STS 16 de mayo de 2019 (Rec. 3861/2016): “Se produce pues, con suficiente claridad, en contra de lo que propone el Ministerio Fiscal en su informe, y partiendo del incombustible relato fáctico de la sentencia de instancia, la cesión ilegal de la trabajadora demandante porque nos encontramos ante una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo puede tener finalidad interpositoria, pues la actividad laboral de la demandante se ha limitado a aportar su fuerza de trabajo, ya que -insistimos- todos los medios de producción se facilitaban por la Confederación del Tajo y todas las tareas se desarrollaban íntegramente en los locales de esa misma institución”

- Ausencia de autonomía, las normas y las funciones son dictadas por la empresa secundaria.

STS 3 de octubre de 2005 (Rec. 3911/2004): “las horas contratadas y realizadas por los actores”. La sentencia de contraste considera que se trata de una cesión “pues no hay ninguna autonomía técnica de la contrata, que se despliega dentro del proceso productivo normal de la empresa principal, utilizando sus instrumentos de producción, bajo la dirección de los mandos de dicha empresa y sin aportar suficiente infraestructura, lo que evidencia que estamos ante una cesión entendida como mero suministro de mano de obra.”

- La forma de pago puede ser un determinante muy importante.

STS 16 de junio de 2016 (Rec. 3054/2001): “Por otra parte, es significativo que la forma de retribución 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, folios 1331 y 1332), lo que confirma 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.”

- La toma de decisiones en cuanto al futuro del trabajador se hace en la empresa en la que este está cedido.

STSJ 5 de marzo de 2010 (Rec. 2865/2009): “no tiene autonomía en la toma de decisiones y no puede considerarse empresario, ya que no controla efectivamente los medios indispensables para la realización de su actividad. Se está, en principio, en presencia de una subcontratación de la propia actividad, cuando la subcontratista cuenta con patrimonio específico, incluyendo en éste los instrumentos y la maquinaria necesaria, organización y medios propios, sin que, en consecuencia, se trate de una mera ficción o apariencia. No obstante, ha de mantener la organización, el control y la dirección de la actividad, con asunción

del riesgo correspondiente a su condición de empresario, y, en todo caso, a los trabajadores en su plantilla.”

- La formación o los cursos para incrementar los conocimientos de estos trabajadores no son de la empresa que los tienen contratados sino de la empresa en la cual están realizando la actividad laboral.

STS de 8 de enero de 2019 (Rec. 3784/2016): “Se preveía en el acuerdo marco, que la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A. era la encargada de garantizar que su personal se encontraba debidamente formado, al tiempo que el personal del Grupo Endesa debía informar de las especificidades para completar el plan de formación y a informar a las personas seleccionadas por la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A. acerca de los sistemas de información comercial y procedimientos operativos del Grupo Endesa.”

- La prestación de dichos servicios/actividad laboral se realiza en los locales de la empresa a la que han sido cedidos.

STS de 16 de junio de 2003 (Rec. 3054/2001): “pues en las dos es predominante la utilización de locales y medios de producción de la empresa arrendataria”.

Si algunos o todos estos factores se cumplen y se demuestran podríamos estar ante una cesión ilegal de trabajadores.

2.3.2 Factores NO determinantes

Por otro lado, también nos encontramos con una serie de factores que podrían no ser determinantes para calificar la cesión como ilegal:

- Facilitar los equipos de protección individual

STS 25 de noviembre de 2019 (Rec. 81/2018): “Los trabajadores afectados por el presente procedimiento realizan sus funciones con los ordenadores y

programas informáticos de la Conselleria. La empresa demandada facilita uniformes a sus trabajadores, y controla el régimen de trabajo: el horario, la asistencia, las vacaciones, permisos, bajas, etc. Los trabajadores utilizan el correo electrónico de la Generalitat existente en todos los Hospitales y Centros Sanitarios, y la Conselleria les ha facilitado equipo de protección.”

- Utilización de los locales de la empresa que acoge al trabajador siempre y cuando la actividad se haya de realizar de forma obligada en estos establecimientos.

STS 25 de noviembre de 2019 (Rec. 81/2018): “ El último motivo del recurso alega la infracción del artículo 43-2 del ET (RCL 2015, 1654) , al entender la recurrente que existe cesión ilegal de mano de obra porque los servicios se prestan en locales y dependencias de la administración pública utilizando medios de esta, realizando la prestación de los servicios de farmacia siguiendo las instrucciones de la Administración.”

- Uso de programas y dispositivos informáticos de la empresa en la que están realizando la actividad laboral

STS 25 de noviembre de 2019 (Rec. 81/2018): “El hecho de que la actividad se desarrolle en las dependencias de la empresa principal, la contratante, no desvirtúa lo dicho porque el servicio debe prestarse necesariamente en el lugar en el que las personas mayores dependientes residen y reciben los servicios farmacéuticos, necesidad que se predica también con respecto al uso de ordenadores y medios informáticos de la entidad pública que contrata el servicio, pues para dispensar los medicamentos y material sanitario a cada anciano es preciso conocer las prescripciones médicas relativas al mismo para facilitarle la dosis y unidades que necesita, lo que requiere poder conocer esas prescripciones y se logra mediante el uso de los medios informáticos dichos accediendo a los datos de cada paciente. “

- Utilización de maquinaria y herramientas si se comprueba que la empresa con la que ha formalizado el contrato el trabajador alquila este material antes de ceder a dicho trabajador.

STS 421/2020 de 10 de junio de 2020: “En cuanto a esas otras herramientas técnicas, es verdad que les son vendidas o alquiladas por la empresa demandante, pero no solo no hay indicios ni elementos de prueba que permitan considerar que esos negocios jurídicos de alquiler o compraventa puedan ser ficticios y simulados, sino, bien al contrario, se ha declarado probado el pago por las empresas subcontratadas de la correspondiente contraprestación”.

Si bien podríamos estar ante una cesión ilegal, con los factores expuestos anteriormente es muy difícil demostrarlo.

3. Consecuencias jurídicas de la cesión ilegal

El artículo 43.3 y 43.4 del ET desarrolla las consecuencias derivadas de la cesión ilegal de los trabajadores.

De esta manera, se establecen unas responsabilidades para los empresarios y unos derechos que serán adquiridos por los trabajadores que han sido sometidos a dicha cesión.

3.1 Art. 43.3 ET

Como hemos anticipado, el artículo en cuestión determina las consecuencias que tendrán los empresarios si nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores.

Primeramente, los empresarios de ambas empresas implicadas tendrán una responsabilidad solidaria respecto a la relación laboral y la Seguridad Social.

Seguidamente, establece que las empresas estarán obligadas a la responsabilidad administrativa puesto que la cesión ilegal de los trabajadores está recogida en el art. 8.2 de El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social, reconociendo la cesión como una infracción muy grave.

Las sanciones administrativas que se pueden interponer a los responsables se encuentran tipificadas.

Estas sanciones son interpuestas por las autoridades laborales, propuestas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Según el régimen sancionador en el orden social:

Las sanciones pueden ser de varios tipos:

- Multa pecuniaria
- También podría suponer la pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de programas de empleo o formación profesional durante un periodo de cinco años.
- Devolución de subvenciones o ayudas de fomento del empleo o formación profesional para el empleo.
- Pérdida temporal de la pensión o prestación o subsidio por desempleo o por incapacidad temporal (en el caso de los trabajadores)
- Además, podrán ser excluidos del derecho a percibir cualquier prestación económica y ayuda de fomento de empleo durante un año.

Además de las sanciones señaladas, existen otras específicas respecto de determinados sujetos responsables como las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad, las Empresas de Trabajo Temporal y las empresas usuarias.

En materia de trabajo de extranjeros, cuando el que infrinja la ley sea extranjero, podrá aplicarse, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español.

Y, por último, se enfrentarán a la responsabilidad penal, art. 312.1 del Código Penal: “serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con la mano de obra”.

En la mayoría de los casos, esto se producirá cuando la cesión se realice con más de un trabajador o en los casos en los cuales los trabajadores son extranjeros sometidos al tráfico ilegal de mano de obra.

3.2 Art. 43.4 ET

En el apartado cuatro del mismo artículo se recogen los derechos de los trabajadores a los que pueden optar después de ser cedidos de forma ilegal.

La primera consecuencia, es que los trabajadores tendrán derecho a adquirir la condición de fijos eligiendo entre ambas empresas.

De este modo, se pretende que sea el trabajador el que tome la decisión de permanecer o no en la empresa a la que ha sido cedido.

Hay que recalcar que cuando el trabajador tome una decisión, el empresario podrá escoger entre cumplir los deseos de este o indemnizarlo con lo correspondiente a un despido improcedente.

STS de 9 de diciembre de 2009 (Rec. 339/2009): “en coherencia con ello, esta Sala ha afirmado que «la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción -como lo será normalmente- por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se

declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición» (STS 05/12/06 –Rec. 4927/05-)

En el caso de que el trabajador preste sus servicios en la administración pública, este estará vinculado no por contrato fijo sino por contrato indefinido puesto que el acceso a la Administración Pública se rige por los principios de igualdad, publicación y mérito. Es decir, para que se obtenga la condición de fijos se requiere la superación de un concurso de méritos, (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). No es posible adquirir la condición de fijos a través del ET.

Por otro lado, el trabajador deberá de tener las mismas condiciones que tienen otros trabajadores en el mismo puesto de trabajo o equivalente.

Algo que hay que tener en cuenta en este punto es la diferencia salarial que existía entre ambas empresas, de este modo son los tribunales los encargados de decidir si conceder estas diferencias o no.

STS 20 de mayo de 2015 (Rec. 3630/2004): “Esta cantidad corresponde a diferencias salariales devengadas entre los meses de julio de 2001 y junio de 2002, ambos inclusive, en el supuesto de que se estime aplicable al actor en dicho período de tiempo el Convenio Colectivo de Sniace S.A. Esta reclamación se fundamenta en la alegada existencia de una cesión ilegal habida entre ambas empresas.”

Para finalizar, la antigüedad del trabajador en la empresa se computará desde inicio de la cesión ilegal.

STS de 8 de marzo de 2007 (Rec. 175/2004): “Esta doctrina, que establece, en definitiva, que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente”, “Por otra parte, como se establece en algunas de estas sentencias -y conviene recordar aunque

en el supuesto aquí enjuiciado no consta- que es igualmente doctrina de la Sala la de que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos.”

4. Supuestos específicos de la cesión ilegal de trabajadores

Tal y como afirma en una nueva publicación de su blog de HEREDIA RUIZ, I.B. (2022, 12 de mayo), existen varios supuestos específicos en los que podríamos dividir estos casos de cesión ilegal:

4.1 Empresas de Trabajo Temporal

Las ETTs están recogidas en el art. 43.1 del ET. Pero, su regulación, se encuentra en la Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal que de desarrolla por el RD 417/2015, de 29 de mayo, y por la Orden ESS/1680/2015, de 28 de julio.

Si bien estas empresas se encuentran dentro de la legalidad en la cesión de trabajadores, han de cumplir ciertos requisitos para que no se transforme en una cesión ilegal.

Uno de los requisitos más importantes es, que las ETTs necesitan una autorización administrativa expedida por la autoridad laboral.

Del mismo modo, la concesión de esta autorización ha de inscribirse en el Registro de ETTs de la Administración laboral que tenga la competencia.

Como especifica la STS de 10 de junio de 2003 (Rec. 1783/2002): “Teniendo presente la premisa histórica de la sentencia de instancia, la Sala de suplicación

aplicó con acierto y en sus justos términos la legislación pertinente, es decir, el artículo 2.1 y 2 de la Ley 14/1994 ya citada, en cuanto 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 incurren en responsabilidad”.

En este sentido, si la autorización es posterior a la cesión, estaríamos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

La cesión ilegal por parte de una ETT constituye una infracción muy grave del art 8.2 de la LISOS y una falta grave del art. 18.2.c de la LISOS, esta podría darse cuando la ETT incumple con la temporalidad¹ de los contratos.

1. Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Art. 10.1 “El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición.”

4.2 Empresas multiservicio

Las empresas multiservicio son organizaciones empresariales que no desarrollan una actividad concreta, si no que prestan una gran variedad de servicios para otras empresas.

De este modo, estas empresas quedan fuera de la protección del art. 42 ET puesto que los tribunales interpretan la “propia actividad” considerando la misma como la que engloba obras y servicios de la empresa principal.

De esta forma, entiende que se excluyen las que realizan actividades complementarias, accesorias o auxiliares para beneficio de la que realice el encargo (MONERO PÉREZ J.L “La subcontratación empresarial, Valoración crítica del modelo de subcontratación en España”).

Los servicios prestados por estas empresas son considerados legales mientras no se dediquen exclusivamente a suministrar trabajadores como si fueran una empresa de trabajo temporal.

4.3 Cooperativas de trabajo asociado

El art. 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, dispone que: “Son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. También podrán contar con socios colaboradores. La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria”.

Generalmente, el trabajo de las cooperativas no implica una cesión ilegal, pero en algunos casos como, por ejemplo: cuando se dedican únicamente a suministrar trabajadores, estaría implicando la existencia de un contrato de trabajo que supondría un fraude de ley y por lo tanto una posible cesión ilegal.

Del mismo modo, ocurre cuando no se desarrolla la prestación de servicios como socio cooperativista, sino que se realiza dicha prestación dentro del área organizativa de la empresa principal. (GARCIA SESMA, J Director del área de Derecho Laboral de Vilarrubí Abogados).

STS 594/2018 (Rec. 5313/2016): “Ya hemos dicho que no hay nada que exima de la aplicación a las cooperativas de los mismos criterios generales utilizados para poner coto el uso fraudulento de la forma societaria desde la perspectiva del derecho del trabajo, sin que tampoco sean inmunes a las reglas laborales que persiguen evitar el fraude en la adecuada identificación del empleador real de los trabajadores, proscribiendo la cesión ilegal con la que se pretende la mera puesta a disposición de mano de obra, o cualquier otro mecanismo fraudulento en tal sentido: la creación de empresas interpuestas, ficticias o la abusiva configuración de grupos de empresas.”

4.4 La administración pública

En el caso de la Administración pública, cuando estemos ante una cesión ilegal, los trabajadores adquirirán la condición de indefinidos no de fijos.

STS de 8 de febrero de 2022 (Rec. 5070/2018): “La existencia de cesión ilegal de trabajadores entre empleadores del sector público no genera la fijeza contemplada en el artículo 43 ET sino la peculiar estabilidad derivada de la condición de personal indefinido no fijo”.

Esto se debe a que, en los cargos públicos, solo pueden ser fijas las personas que han superado los exámenes pertinentes siguiendo los principios de igualdad, publicación y mérito (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público).

De este modo, cuando un trabajador supere estas pruebas y consiga la plaza fija, la relación de carácter indefinida entre trabajador y administración pública se verá finalizada

5. Conclusiones

Gracias al Estatuto de los trabajadores y a las diferentes sentencias que podemos encontrar a lo largo de los años, que tratan el tema de la cesión ilegal de los trabajadores, podemos comprender cuando nos encontramos ante ellas.

De este modo, se ha contribuido a establecer los criterios y supuestos para la cesión de los trabajadores de forma lícita.

La cesión ilegal y la subcontratación son dos aspectos que van prácticamente de la mano y por lo tanto estas cesiones generalmente se esconden detrás de los supuestos de subcontratación puesto que los empresarios se ahorran los gastos correspondientes a tener a dichos trabajadores en su propia plantilla.

Para concluir, me gustaría hacer referencia a lo que debería de hacer un trabajador cuando se encuentre en estas situaciones. Si bien dispone de una cantidad variada de alternativas, la opción que personalmente encuentro más adecuada sería la de demandar a ambas empresas para dar por finalizada la cesión ilegal.

Cabe destacar que la demanda se ha de interponer antes de que concluya dicha cesión, es decir, cuando la cesión siga vigente.

6. Bibliografía

BAIGES F. C. “Contratas y subcontratas: Cesión ilegal de trabajadores”, *Mantenimiento: ingeniería industrial y de edificios*, (239), 21-25, 2010

CANO, D. G, “Jurisprudencia reciente y pautas prácticas en materia de cesión ilegal de trabajadores”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, (10), 19, 2021

DANÉS J, “Subcontratas: derechos de los trabajadores”, *Laboral 2022*, Loentiendo. <https://loentiendo.com/contratas-y-subcontratas/>

de HEREDIA RUIZ I.B, “Cesión legal e ilegal. Una mirada crítica a las Relaciones Laborales”, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, 12 de mayo, <https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa-43/>

FERNENDEZ G.F.J, “Cesión ilegal de trabajadores en actividades contratadas”, *Libro electrónico*, FC EDITORIAL, 2022

LASAOSA IRIGOYEN E, “Cesión ilegal de trabajadores y garantía de indemnidad”, *revista Aranzadi social* Núm. 14/2007

LOPEZ SANCHEZ M.C, “Cesión ilegal de trabajadores. Tipificación y consecuencias jurídicas”, *revista doctrinal Aranzadi social* Núm. 14/2008

MORA, C. N., “Cesión de trabajadores: Fundamento y concepto de la cesión ilegal de trabajadores”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, (44), 171-178, 2014

MUNIZ SANCHEZ L.M, “La cesión ilegal de trabajadores y su delimitación de las legítimas contratas”, *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 2011

NACETA MORA C, "Cesión de trabajadores. Fundamento y concepto de la Cesión Ilegal de trabajadores", revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento núm. 44/2014

NORES TORRES L.E, "el trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

PEREZ GUERRERO M.L, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO M. "El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores", revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales 58.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J, "Una peculiar resolución sobre cesión ilegal de trabajadores en el seno de una administración pública" Aranzadi social: Estudios Doctrinales, 4, 2967-2974, 2001

SEMPRE NAVARRO, A.V, comentario del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Cesión ilegal, grandes tratados, 2007

VALVERDE J.L, Artículo del blog de abogados laboristas Devesa & Calvo, 13 de febrero de 2020