

## Contrata frente a cesión ilegal de trabajadores en el sector público

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

*En la práctica son muchas las dificultades para diferenciar, en ocasiones, una contrata —cuya licitud se basa en el cumplimiento de lo exigido por el artículo 42 de la norma laboral— de una cesión ilegal. La contrata constituye una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, pero de ordinario suele recurrirse a ella como instrumento formal para facilitar trabajadores entre el cedente y el cesionario, resultando difícil diferenciar el mero suministro de trabajadores —cesión ilegal— de la descentralización productiva —prestación de servicios mediante contrata o subcontrata—.*

1. Se produce cesión ilegal, *ex artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores* cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o a 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. Desde su redacción originaria, este precepto ha sido reformado en diferentes ocasiones, una de ellas, en el 2006, reforma que serviría para introducir específicamente como supuesto de cesión ilegal la «mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria», subrayando la proximidad con el supuesto propio de la contrata o subcontrata regulada en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Con carácter general, el Tribunal Supremo ha venido recurriendo a una aplicación ponderada

de criterios de valoración (no excluyentes, sino complementarios) de forma orientativa. Así, procede precisar 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 (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Eso no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda apreciarse cesión ilegal. Es cierto que la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, pero también se demuestra con frecuencia que se utilizan testaferros, aunque estos últimos posean medios materiales y humanos para desarrollar una empresa. Por eso, la cesión puede advertirse incluso aunque se trate de dos empresas reales. Para ello se requiere que el trabajador de una trabaje permanentemente para la otra y bajo las órdenes de esta última. Eso significa que, aunque se demuestre

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo que resulta relevante a efectos de la cesión es que esa organización no participa en la actividad, limitándose la relación interempresarial al mero suministro de trabajadores a la empresa arrendataria.

En el marco de la contrata destaca, pues, la actuación empresarial como factor esencial para proceder a la calificación oportuna, de manera que, para que exista cesión ilegal, bastará con que se produzca una interposición en la que aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición; esto es, 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. El objeto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es precisamente evitar que exista esta disfunción provocando 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 negativas que suelen asociarse a la interposición.

Pero ello no significa necesariamente que toda cesión resulte fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente tras una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio del 2012 (Ar. 8551) recogiendo toda la doctrina jurisprudencial previa.

2. Suele ser frecuente en el ámbito público que las funciones propias de un servicio público se lleven a cabo a través de fundaciones, patronatos u otros entes que prestan dicho servicio. En tales supuestos, la actividad de los trabajadores sólo se produce desde el punto de vista formal para el ente al que pertenece (fundación, patronato, etcétera), del que perciben el salario y con el que establecen su régimen laboral (vacaciones, jornada...), puesto que realmente sus funciones son dirigidas, orientadas, examinadas y aprobadas finalmente por la Administración, destinataria cierta de la actividad laboral de los trabajadores (ministerio, consejería, ayuntamiento...).

Normalmente la cobertura jurídica existe en tanto la Administración firma un contrato (de encomienda de actividad) con la organización correspondiente en el que se especifican las funciones que esta última prestará para aquélla. Mas, en ocasiones, la actividad real que efectúa el trabajador excede de lo pactado y se desarrolla en otros ámbitos propios de las funciones organizativas de la empresa para la que presta servicios y no para la que lo contrata. En ese momento surge la posibilidad de calificar dicha prestación de cesión ilícita al comprobar que el encargo de la Administración a otro órgano no debe implicar la adopción de decisiones propias por este último. Como se ha indicado, lo verdaderamente relevante en la cesión ilícita no es que la empresa cedente sea capaz de tomar por sí misma decisiones que afecten al ámbito de actuación de la cesionaria, sino que la actividad del personal cedido se confunda y alcance una identidad básica con la que llevan a cabo los trabajadores y los funcionarios de la Administración, más allá además de los términos de la contrata. Afirmar lo contrario impediría aplicar las previsiones del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en las Administraciones Públicas, cuyo ámbito de decisión en las materias que son de su competencia exclusiva no puede ser descentralizado a terceros.

Como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo del 2013 (Ar. 4129), la cesión o interposición empresarial prohibida surge cuando la «triangulación de personas» que caracteriza la contrata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no está presente en la relación laboral. Si bien en un primer momento sólo se consideró cesión ilegal la producida desde una empresa ficticia o aparente, con posterioridad se estimó que no bastaba con la existencia de un empresario real para calificar de lícita la cesión, siendo necesario que el empresario real no se limitara al suministro de mano de obra sin contribuir con otros elementos personales y materiales que conformaran su estructura empresarial. De esta forma, la interposición podrá efectuarse entre empresas reales que no actúan bajo el amparo de la contrata, no implicando el desarrollo de la actividad riesgo empresarial alguno.

3. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha reiterado y precisado recientemente algunas consideraciones en relación con la cesión ilícita que se produce en las Administraciones Públicas en su Sentencia de 18 de mayo del 2016 (Ar. 135238). En el supuesto enjuiciado, los trabajadores prestaban servicios para un conservatorio profesional de música creado por un patronato dependiente de una Diputación Provincial (Cuenca). Sus contratos, temporales pero con distintas modalidades, se extinguieron cuando el patronato notificó el cese de su actividad para el conservatorio. Antes de la extinción contractual, la Consejería correspondiente había tramitado el cambio de titularidad del conservatorio de música en virtud de un convenio suscrito entre la Consejería y la Diputación Provincial, convenio en el que se preveía que la Consejería iría asumiendo las enseñanzas musicales que, transitoriamente, seguirían siendo impartidas por el personal docente dependiente del patronato y destinado en el conservatorio. Dicho personal seguirá dependiendo jurídica, económica y administrativamente del patronato, aunque dependa funcionalmente de la Consejería en cuestión.

Con posterioridad a todas estas decisiones, una ley autonómica reguló el procedimiento para la integración de centros docentes de titularidad de las Administraciones locales en la red de centros docentes públicos de titularidad de la Comunidad Autónoma. Seguidamente, la Consejería y la Diputación suscribieron un nuevo convenio de colaboración entre sí para impartir enseñanzas musicales en la provincia de Cuenca, por el que la Diputación aportó personal docente con las mismas funciones que el dependiente de la Consejería. Dicho convenio fue prorrogado tácitamente hasta que, en un determinado momento, la Consejería comunicó a la Diputación que, en adelante, asumiría la enseñanza de las disciplinas con personal propio. Como consecuencia de dicha decisión, la Diputación extinguió los contratos con los trabajadores, acto que originó la correspondiente reclamación de estos últimos, que exigieron la indefinición de su relación laboral por cesión ilícita.

Y, ante estas circunstancias, el Tribunal Supremo recuerda que, pese a que, según su doctrina, no se produce cesión ilegal de

trabajadores cuando existe una colaboración reglada entre entidades públicas sin finalidad interpositaria, lo cierto es que, en este caso, sí existe finalidad interpositaria. Considera, en este sentido, que la situación responde a una cesión ilegal de trabajadores —prevista en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores— por parte de la Diputación Provincial a través del Patronato de Estudios Profesionales dependiente de aquélla a la Consejería de Educación para la prestación del servicio de enseñanzas musicales, bajo su exclusiva competencia, dirección y gestión.

Así, «partiendo de la sucesión empresarial operada, era obligada para la Consejería de Educación la subrogación en las relaciones laborales, y si la Administración autonómica entendía que no era posible legalmente la asunción del personal laboral [...] debió proceder a la extinción de tales relaciones laborales por causas objetivas» (FJ 3). Sin embargo, se optó por un convenio de colaboración entre la Consejería y la Diputación, mecanismo interpositario en virtud del cual esta última —que carece de competencias en materia de enseñanza musical—, cede el personal laboral no asumido por la Consejería —personal que sigue dependiendo jurídica, económica y administrativamente de la Diputación Provincial— para que preste servicios en la impartición de la enseñanza musical en el conservatorio —cuya competencia, titularidad y gestión directa corresponde a la Consejería de Educación, que la efectúa por sí misma sin intervención alguna de la Diputación, salvo la mera puesta a disposición del personal no asumido por la Comunidad Autónoma—. En consecuencia, procede admitir la reclamación y calificar la relación entre las distintas Administraciones como una cesión ilegal de trabajadores prevista en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores con las consecuencias debidas.

4. La sentencia se acompaña de un voto particular de interés. No se comparte en él la afirmación mayoritaria sobre la sucesión empresarial obligada por parte de la Consejería. Puesto que la ley autonómica no permitía la asunción del personal laboral docente o no docente que deberá continuar dependiendo de las Administraciones locales, nada impide que el personal colabore

en la prestación del servicio educativo en el centro integrado mediante los procedimientos oportunos. De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, no basta con la existencia de un empresario real para que pueda hablarse de cesión lícita, sino que es necesario además que la empresa real no se limite a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial. La finalidad del legislador 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.

El precepto en cuestión intenta evitar, de esta forma, los fenómenos de interposición, tanto los que tienen un carácter específicamente fraudulento como los que producen en general un efecto de disociación entre la posición empresarial real y las obligaciones y responsabilidades derivadas de esa posición en el marco del contrato de trabajo. Pero aquí «no se aprecia ninguna intención de defraudación y los elementos de disociación que pueden observarse derivan de una forma de prestación del servicio que está prevista por disposiciones aplicables». En el comportamiento de la Comunidad Autónoma no se percibe «ninguna intención o finalidad espúrea [*sic*] sino tan sólo la de hacer posible una continuidad en la situación contractual creada», resultando claro en la normativa autonómica aplicable que no se produce cesión ilegal alguna, sino

únicamente una colaboración entre las entidades demandadas, no pudiendo obviar que el convenio entre la Diputación y la Consejería sirve para aportar personal a fin de llevar a cabo la colaboración pactada. Resulta razonable, por tanto, que dicho personal siguiera dependiendo jurídica y administrativamente de la primera, aunque la segunda efectuase durante su vigencia una aportación económica para el sostenimiento de dicho personal, de manera que la receptora de dicha aportación (la Diputación o, más bien, el Patronato de Estudios Profesionales que formaba parte de ella y en el que se integraba el conservatorio profesional de música donde prestaban servicios los actores) es quien conserva la condición de empleadora y quien, en consonancia con ello, debía adoptar —como así hizo— la decisión de extinguir los contratos tras denunciar la Consejería el convenio en cuestión. De este modo, el despido correspondía efectuarlo a la Diputación y no a la Comunidad Autónoma, que debiera haber quedado exonerada de todo tipo de responsabilidad a estos efectos.

5. En conclusión, y pese a que cuando existe una colaboración reglada entre entidades públicas no necesariamente debe derivarse una cesión ilegal de trabajadores, en este caso concreto sí se califica como tal. Por esta razón, y partiendo de la sucesión empresarial que rige, el nuevo empleador (Consejería) debió extinguir, en su caso, las relaciones laborales por medio del despido objetivo, pero no la empresa cedente (Diputación).