

EL FENÓMENO DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN
EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

THE ILLEGAL ASSIGNMENTS OF WORKERS IN THE FIELD OF
PUBLIC ADMINISTRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 729-740.

Fecha entrega: 12/05/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

LUIS DE LAS HERAS VIVES
Abogado
Vicepresidente del IDIBE
luisdelasherasvives@gmail.com

RESUMEN: No puede perderse de vista que cada vez es más común el fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las Administraciones públicas. En este contexto, se analizarán las principales soluciones adoptadas por la jurisprudencia española ante la cesión ilegal en el sector público y el conflicto normativo entre la legislación laboral y administrativa, proponiendo la interinidad de hecho como la solución más armónica.

PALABRAS CLAVE: Cesión ilegal; administración pública; interinidad de hecho

ABSTRACT: Each day the illegal assignments of workers in the field of public administration is more usual. In this scenario, we analyse the main solutions adopted by Spanish jurisprudence paying attention to the regulatory conflict between the laboral and public law and his solution.

KEY WORDS: Illegal assignments of workers, public caretaker

SUMARIO: 1. Aproximación al fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores.- 2. Regulación legal de la cesión ilegal de trabajadores en el ordenamiento jurídico español.- 3. Sistema de apreciación y casuística: especial referencia a la circular de la abogacía general del estado 2/2007.- 4. La cesión ilegal en las administraciones públicas.- 5. Derecho administrativo vs derecho laboral: criterios orientadores.-

1. Como punto de partida, nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [STS 4 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1902)], lo que supone, con carácter general, que la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que sean necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [STS 27 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8531)].

“Siguiendo a SAGARDOY BENGOCHEA, mediante la cesión ilegal de trabajadores lo que se pretende es crear una estructura compuesta por: a) la empresa que proporciona el trabajo (empresa real); b) la empresa que contrata a los trabajadores (empresa ficticia); c) los trabajadores contratados por la segunda empresa, que prestan sus servicios en la primera; a través de la cual la empresa real aparenta ser ajena a las relaciones laborales que se establecen entre los trabajadores contratados y la empresa ficticia, para así no verse obligada por la normativa laboral y de Seguridad Social. De tal forma, como señala el Profesor MARTÍN VALVERDE, el supuesto prohibido por el Estatuto de los Trabajadores es el de la interposición en el contrato de trabajo, que se define como combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra u otras y frente a terceros una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre al titular verdadero y real de las mismas” [STS] Islas Canarias 3 noviembre 2003 (JUR 2004, 26831)].

2. La primera referencia en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la cesión ilegal de trabajadores lo encontramos en el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, que tenía como objeto regular las responsabilidades derivadas de la inobservancia de las normas laborales. En él se contenían disposiciones sancionadoras para aquellas las empresas, bien personas jurídicas o individuales, “que cedieran temporalmente todo o parte de su personal a otros empresarios, tanto si lo efectúan mediante el percibo de una

compensación económica, o aún cuando fuese a título gratuito de servicios benévolos o de buena vecindad”. Sin embargo, no será hasta el Decreto núm. 3677 de 17 de diciembre de 1970, cuando por primera vez se regule con profusión el fenómeno de la cesión ilegal en España, y de ahí pasa al art. 43 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que si bien con un tenor literal diferente al del vigente artículo 43 ET, materialmente era idéntico.

La actual regulación del artículo 43, al compás del Acuerdo Social de mayo de 2006, comprende de cuatro puntos, y empieza su redactado advirtiendo que “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo se podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”. En este primer punto, el legislador plasma de forma clara y contundente que se elimina cualquier otra posibilidad de cesión de mano de obra que no venga amparada por un contrato de puesta a disposición suscrito entre la empresa usuaria y la empresa de trabajo temporal en los términos establecidos en la Ley 14/1994, de 1 de junio.

El apartado 2 del artículo, contiene una relación de supuestos que de darse cualquiera de ellos “se entiende en todo caso” que constituye cesión ilegal de trabajadores.

En cuanto a la consecuencia jurídica, dispone el art. 43.3 ET que “los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.” Y en este sentido el art. 8.2 LISOS señala que se considera infracción muy grave “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente” que puede conllevar la imposición de una sanción que asciende hasta 187.515 euros. Y el apartado 4 del art. 43 ET, establece los derechos que incumben al trabajador cedido ilegalmente en los términos siguientes: “los trabajadores sometidos a tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

3. Respecto del sistema indiciario y casuística en la apreciación de la cesión ilegal para el caso que nos ocupa, siguiendo la Circular Laboral de la

Abogacía General del Estado 2/2007, podemos establecer dos categorías diferenciadas, a saber: los indicios esenciales y accidentales.

Los indicios esenciales. La concurrencia de estos indicios hace presumir *iuris et de iure* la existencia de cesión ilegal. Según el artículo 43.2 estos indicios son: a) 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. b) 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.

Si conectamos esto con lo dicho en el apartado anterior, el camino argumental, que siguen la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas en la materia consiste: En primer lugar, descartar que se esté ante una empresa ficticia o aparente, es decir que la empresa contratista tenga una entidad real, que cuente con una actividad y una organización propia y estable, con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad contratada con la empresa principal. Y, en segundo lugar, que la empresa contratista además de ser real haya puesto en juego su propia organización empresarial en la gestión del negocio contratado. Y, en tercer lugar, que la empresa contratista haya asumido la posición de empresario efectivo respecto de sus trabajadores desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición.

Deberá ser la empresa contratista la encargada de la negociación y pago de los salarios a sus trabajadores, la que conceda las licencias, vacaciones, organice los turnos, cotice a la seguridad social ejerza la potestad disciplinaria sobre sus trabajadores etcétera.

Los indicios accidentales, como así recoge la circular, entrarán en juego cuando el tribunal se vea obligado de forma inevitable a acudir a una valoración globalizada de circunstancias.

Sirva para ilustrar todo lo dicho hasta aquí el caso que trae causa en un supuesto en que la empresa contratista se limitaba a proporcionar mano de obra, no poniendo en juego su organización empresarial; y, además, el trabajador aun habiendo sido contratado por la empresa contratista, esta no ha ejercido ningún control en las funciones desarrolladas por el trabajador, habiéndose prestado servicios en las dependencias del Ayuntamiento, utilizando el material puesto a su disposición por el Ayuntamiento, a pesar de que en el pliego de prescripciones técnicas, se establecía que los medios materiales corrían a cargo de la empresa contratista. Derecho del demandante

a ostentar la condición de trabajador laboral por tiempo indefinido del Ayuntamiento de Madrid.

El principal motivo que alegó el Ayuntamiento de Madrid en su defensa es haber acreditado la existencia de una de una estructura organizativa puesta al servicio de la contrata, desplegada por la codemandada UTE, por lo que, no cabe deducir la existencia de cesión ilegal del trabajador al Ayuntamiento de Madrid. Sin embargo, después de exponer el Tribunal de Justicia la doctrina jurisprudencial acerca de la cesión ilegal de trabajadores, este hace suyo el argumento de la sentencia de instancia, según el cual “(...) A la vista de las pruebas documentales aportadas por los actores, prueba testifical, y el informe emitido por la Inspección de Trabajo que en absoluto ha quedado desvirtuado, es más viene a ratificar la conclusión que se obtiene del examen de los documentos, queda acreditado que los actores están integrados plenamente en el organigrama organizativo del Ayuntamiento desde el 1/11/01 hasta la actualidad, sometiendo exclusivamente a las órdenes de los responsables del Ayuntamiento, quien les proporciona todos los medios técnicos y materiales necesarios para la realización de sus trabajos, realizan la misma jornada que el personal municipal, siendo controlados al igual que dicho personal, por el propio Ayuntamiento, disfrutan de las mismas vacaciones del personal municipal, constatándose, por otra parte, que ninguna de las empresas demandadas desplegó ningún soporte organizativo o material, ni dirigió la actividad de los demandantes, debe concluirse que éstos estuvieron sometidos a cesión ilegal de trabajadores (...)”, añadiendo después que: “(...) llegar a la conclusión de que aun la existencia real de las mercantiles (...) y LICUAS, S.A. no actuaban como empresario cierto en la relación que mantuvo con los actores y que éste se llevó a cabo exclusivamente con el Ayuntamiento de Madrid (...)” [STSJ Madrid 10 noviembre 2011 (JUR 2006, 64231)].

En definitiva, este complejo sistema indiciario aboca, sin lugar a dudas, a una ponderación *ad causam* de los elementos alegados y probados para determinar si la empresa contratista ha intervenido, de conformidad con lo previsto en el contrato como empresa, asumiendo su riesgo y desarrollando una actividad lícita o por el contrario se ha limitado a una mera aportación de mano de obra, lo que supondría una cesión ilegal de trabajadores.

4. Ahora bien, en el ámbito del derecho administrativo, sin embargo, hemos de tener presente, y tomar como punto de partida, los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución Española, en los que se garantizan, y elevan a rango constitucional, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. En este sentido, el artículo 19 de la Ley 30/1984,

establece que “las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. Sobre el citado precepto, nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia de 20 enero 1998 (RJ 1998, 1000) sostuvo que: “este precepto, que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución), entendida aquélla en sentido amplio -como empleo público- y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 de la Constitución).” Y siguiendo la misma línea el artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que: “todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.”

Dicho lo anterior, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, norma imperativa de derecho necesario, determina que en los supuestos de ilicitud de las cesiones de trabajadores, estos podrán adquirir la condición de fijos, a su elección, bien en la empresa cedente o en la cesionaria. Sin embargo, de otorgarse la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo se estarían vulnerando las normas y los principios citados *ut supra*, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función de mérito y la capacidad.

Salta a la vista, por tanto, la contradicción que se da entre el orden administrativo y el laboral. Mientras que el primero se construye al compás del espíritu proteccionista del legislador hacia los trabajadores que vela por la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El segundo se inspira *tout court* en la prevalencia del interés público. Así, según la STS 24 abril 1990 (RJ 1990, 3490), en el complejo tema de la contratación laboral de las Administraciones Públicas juegan normas correspondientes a distintos

ordenamientos —el laboral y el administrativo— que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspirados distintos e incluso contradictorios.

Además, no podemos perder de vista que la preocupación por las consecuencias que se pueden derivar de la cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las Administraciones Públicas no es un tema nuevo o baladí, pues ya en la Resolución de 27 de octubre de 2010 (Aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales), se acordó instar a las Administraciones Públicas a que: “(...) 3. Que por los órganos directivos de la función pública se continúen valorando todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, de manera que se garantice que cualquier incremento de efectivos se haga con base en estudios precisos que acrediten la necesidad y oportunidad de dicha ampliación, y que para evitar incrementos de personal se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra. 4. Que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas. 5. Que, de acuerdo a los respectivos ámbitos de competencias, se dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos contratados por aquéllas, de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. 6. Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de posibles irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, no sea considerada en ningún caso una adscripción definitiva al puesto de trabajo,

sino que desemboque, conforme contempla la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la reciente Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración”.

5. Llegados a este punto es preciso cuestionarse por la existencia o no de algún criterio o elemento de juicio a la hora de realizar el juicio de ponderación entre los principios inspiradores del orden administrativo y el laboral, en este sentido, si atendemos a los diferentes pronunciamientos podemos delimitar tres posturas dirigidas a solucionar el conflicto normativo.

Primera postura, especial posición de las administraciones públicas en materia de contratación laboral. La idea es que las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido. Pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, méritos y publicidad en el acceso al empleo público.

En este sentido, es paradigmático el caso de la Sentencia 27 noviembre 1989 (RJ 1989, 8262), que tuvo origen en la demanda interpuesta por una médico adjunto del Hospital General Gregorio Marañón, en el que nuestro Alto Tribunal sostuvo que es reiterada doctrina que la contratación de personal por las diversas Administraciones Públicas, salvo supuestos de incumplimientos específicamente cualificados, no puede conllevar la adquisición de la condición de indefinido. Así puede leerse en la citada sentencia que: “las irregularidades en que puedan incurrir en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo, que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103.3 de la Constitución en relación con el art. 19 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto debe proveerse con arreglo a un sistema basado en los principios de mérito y capacidad como garantía del derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas según establece el art. 23.2 del propio texto constitucional”.

La lógica de la *ratio decidendi* fue clara, atribuir el carácter de definitivo sin aplicar los criterios recogidos en los artículos 14, 23.2 y 103 CE, supone efectivamente lesionar el derecho de quienes pueden aspirar al puesto de trabajo en la Administración Pública a través de un proceso reglado de selección y que, para el caso concreto, era el de oposición o concurso-oposición. Y, a mayor abundamiento, sostuvo el Tribunal que por el Organismo demandado: “no [se] ha perseguido una finalidad torticera contraria al ordenamiento jurídico, sino la de satisfacer temporalmente una necesidad del servicio hasta que pueda proveerse de manera definitiva conforme a la aludida normativa sectorial. Por todo lo cual hay que entender que último contrato referido se extinguió por vencimiento del plazo pactado -que no ha excedido del máximo previsto legalmente de seis meses- conforme autoriza el art. 15.1.b) del Estatuto de Trabajo y el citado Decreto 2104/84 en relación con el 49.3 de dicho texto legal”.

Segunda postura, la interinidad de hecho como criterio intermedio. Este criterio es el que se sigue, por ejemplo, en la STS 7 febrero 1990 (RJ 1990, 838): “el resultado interpretativo de la sentencia de instancia equivale a desconocer el alcance del precepto legal, en el que se dice, sin resquicio alguno para excepciones, que el derecho de opción corresponde «siempre» a los trabajadores que tengan la condición de representantes del personal; por lo que si el Magistrado consideraba incompatible la aplicación al caso del art. 56.3 del Estatuto de los Trabajadores con la observancia del art. 23.2 de la Constitución, debió plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.” Y continúa diciendo que “es perfectamente posible una interpretación armonizadora de las exigencias del art. 23.2 de la Constitución de igualdad de condiciones de acceso a los cargos y funciones públicos con la garantía de los representantes de los trabajadores reconocida en el art. 56.3 del Estatuto de los Trabajadores. La armonización consiste en que la posible readmisión por la que pudiere optar el trabajador no suponga necesariamente la adquisición de la cualidad de fijeza o permanencia, sino que, o bien se efectúe en condiciones de interinidad, como en el caso aquí resuelto, o bien queda limitada por la posible concurrencia de otra causa legal de terminación del contrato.”

En términos similares se expresa la STS 24 abril 1990 (RJ 1990, 3490), al sostener que: “al margen de la inadecuación de la modalidad contractual aplicada para su provisión, pertenece a la plantilla laboral de la demandada y no había sido objeto de cobertura reglamentaria con carácter definitivo, por lo que en todo caso subsistiría (...) una situación fáctica de interinidad en sentido amplio que justificaría el mantenimiento de la relación hasta que se produzca la cobertura”.

Tercera postura, la adquisición de la condición de indefinido y no fijo de plantilla. La idea es que las Administraciones públicas no pueden quedar exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Y que, tal y como recoge la STS 18 marzo 1991 (RJ 191, 1875): “Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del art. 9.1. de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Ahora bien, conviene precisar, siguiendo a nuestro Tribunal Supremo, “que el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término, hecho que no puede suponer que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas” [STS 20 enero 1998 (RJ 1998, 1000)].

En este orden de cosas, y a falta de regulación expresa, consideramos como solución más armónica y conciliadora de los diferentes principios inspiradores del orden laboral y administrativo, la postura intermedia en la medida que si bien es cierto no supone la transformación del contrato en indefinido, pone de manifiesto la inobservancia de los procedimientos establecidos para su ocupación. En este sentido, y hasta que la plaza pueda cubrirse de forma definitiva, se desempeña de hecho por quien hasta el momento lo venía haciéndolo.

