LA CESION ILEGAL DE TRABAJADORES

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO APARENTE Y DE LA SEUDOCONTRATA

RESUMEN JURISPRUDENCIAL

Por José Agustín Rifé y Fernández-Ramos, Secretario de la Jurisdicción Social y Profesor de la U. Alicante y de Fundesem Escuela de Negocios

Introducción.-

La cesión ilegal de trabajadores viene regulada en el art 43 del estatuto de los trabajadores (TRET), que permite contratarlos para cederlos temporalmente a otra empresa, denominada empresa cliente o empresa usuaria, por empresas de trabajo temporal (ETT) debidamente autorizadas por 1 año, con prorrogas por la Dirección Provincial de Trabajo, o equivalente en la CCAA, en los términos establecidos por la Ley 14/1994, desarrollada por el RDL 4/1995, que las regula, exponiendo la necesidad de cumplimiento de los requisitos de estas, debidamente autorizadas por la autoridad laboral, que en su art. 2 establece que deberán justificar dicha autorización administrativa, para la que es "conditio sine quanon", disponer de estructura organizativa y empresarial, dedicación exclusiva a esta actividad , carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de S. Social, y salarial, no haber sido sancionada, incluir el termino ETT, contar con un mínimo de 12 trabajadores bajo su dirección, por cada 1000 cedidos, por el numero de días en 365 días, con informe preceptivo de la Inspección de Trabajo, y constitución de una garantía, amén de una interminable lista de requisitos para, en definitiva preservar los derechos de los trabajadores reconocidos en las normas laborales.

Se incurre en cesión ilegal de los trabajadores cuando el objeto del contrato se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores por la empresa cedente a la cesionaria, o que la ETT carezca de estructura empresarial ("chiringuito empresarial", careciendo de actividad u organización propia y estable. Ambos empresarios responderán entonces solidariamente de las obligaciones de los trabajadores y de S. Social, sin perjuicio de ser susceptible de reproche penal (art. 312 CP), y los trabajadores tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su opción y elección en una de las empresas, al ser declarada por sentencia la cesión ilegal, en las condiciones de un trabajador en condiciones ordinarias en el mismo o equivalente puesto de trabajo, computándose la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal.- El trasvase de trabajadores contratados pata trabajar a otra empresa sin autorización, además de delito supone la responsabilidad solidaria por impago de indemnizaciones, salarios y cuotas de ambos empresarios, además de la responsabilidad penal. Los trabajadores gozarán de

la condición de fijos y podrán elegir la empresa en la que continuar sus servicios, sin plazo alguno.-. Respecto de la **cesión ilegal** de trabajadores, arts. 42 y 43 TRET, se aplicara al contratista y a la **empresa aparente,** sin estructura ni entidad propia, pese a ello la redacción del art. 43 TRET sigue provocando equívocos por su desorden y escasa precisión, todo ello por no abordar la flexibilidad de las ETT, único supuesto admitido de **prestamismo laboral**, teniendo las agencias de servicio de colocación abierto el camino a su prospero desarrollo.-

Desde el 9 de junio de 2006, tras la reforma laboral, la definición se ha hecho más extensa, disponiendo que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias (que proceden de criterios jurisprudenciales):

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,
c) Que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad,
d) Que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Esta prohibición de cesión temporal de trabajadores tiene su razón de ser en el riesgo de falta de identificación de la persona del empresario que dicha práctica conlleva, con la consiguiente elusión de responsabilidades y obligaciones. Con carácter general, cualquier empresa que no sea una ETT, que contrate trabajadores sin la intención de emplearlos y con el fin de cederlos a otra empresa, estará incurriendo en una actividad, la de tráfico de mano de obra o el prestamismo de trabajadores, que se encuentra prohibida expresamente por la ley y que, por consiguiente, es ilícita.

La Ley 35/2010, actualiza el contrato de puesta a disposición. La Reforma levanta el veto a las ETTs para que, a partir del 1 de abril de 2011,puedan colocar trabajadores en sectores hasta ahora excluidos por su peligrosidad en cuanto a seguridad y salud en el trabajo. Además, refuerza la igualdad de derechos de los trabajadores de ETTs respecto a los trabajadores en plantilla en la empresa usuaria. Igualmente a partir del 1 de abril de 2011 se eliminan las restricciones para que el sector público pueda efectuar contrataciones a través de ETTs. Y permite la existencia de **agencias de colocación** con ánimo de lucro (pero están pendientes de desarrollo reglamentario).

Tipos de cesión ilegal

La cesión ilegal tiene hoy una estructura clara y definida, y se puede identificar cuando nos encontramos con alguno de los siguientes supuestos:

El empresario aparente

Aparece y se identifica como empleador ante los trabajadores lo que conocemos como empresario aparente o interpuesto, es decir, que la transferencia de personal se produce no entre verdaderas empresas con entidad y existencia real, sino por medio de la intermediación o interposición de un empresario cuya existencia no es real. Se trata de empresas aparentes que carecen de instalaciones propias, patrimonio y medios materiales de producción y, claro está, de su propia plantilla.
Este riesgo existe en el caso de las contratas cuando quien concierta la realización de la obra, lo único que hace es suministrar al empresario final, el personal necesario para el desarrollo de la actividad. Este sería el supuesto de una persona que realiza un contrato con un trabajador, única y exclusivamente para que este trabaje en una tercera empresa.

La seudocontrata

En otras ocasiones nos encontramos con lo que llamamos ?seudocontrata o subcontratación fraudulenta? en la que la cesión se da bajo la apariencia de una verdadera contrata entre dos empresas, con entidad y existencia reales, con organizaciones diferenciadas e instalaciones propias, actividades separadas, y plantillas independientes. En este caso, quien ocupa la posición de empresa contratista sí es un verdadero empresario. Pero dicho empresario no realiza él mismo con sus instrumentos y medios materiales y personales la parte de actividad que se le encarga, ni pone en juego su propia organización, limitándose a suministrar mano de obra al empresario.

Consecuencias de la cesión ilegal

La ley establece, por una parte, un mecanismo de responsabilidad, laboral y de Seguridad Social, para las prácticas de cesión ilícita de mano de obra, que se estructuran por medio de sanciones de la Inspección de trabajo, sin perjuicio de las restantes responsabilidades, en particular administrativas y penales, a que puedan dar lugar algunas de estas conductas. Por otra parte, también se regulan algunos de los efectos de la cesión ilegal sobre el contrato individual de trabajo, más en concreto sobre los derechos del trabajador cedido:

a) **Responsabilidad solidaria de cedente y cesionario**: En caso de infracción de la prohibición relativa a la cesión ilegal de trabajadores, ambos empresarios, cedente y cesionario, 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.

b) **Derecho de opción del trabajador**: El trabajador sometido al tráfico prohibido tendrá el derecho a optar si adquiere la fijeza en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria. Esta opción supone, que el trabajador accederá a la empresa elegida con los derechos y obligaciones que corresponderían en condiciones ordinarias a un trabajador que preste los servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo(Convenio Colectivo, horario, salario, etc). Además, la antigüedad se computa desde el inicio de la cesión ilegal.

Puede ser además, una forma de **blindar el despido futuro** del trabajador, al argumentar su derecho a la indemnidad y a la tutela judicial efectiva, entendiendo el despido como nulo al haber presentado con anterioridad una demanda para obtener una sentencia declarativa de cesión ilegal y que el despido, disciplinario u objetivo o incluso económico, supone una represalia al ejercicio legitimo de haber acudido a la Justicia.

La Jurisprudencia ha matizado cuando la puesta a disposición se considera una cesión ilegal, y cuando una contrata o subcontrata, permitida por el libre tráfico jurídico y empresarial. El resumen jurisprudencial que a continuación se expone, trata de delimitar esta cuestión.-

1.- Nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva: En relación al tema -cesión ilegal de trabajadores-, la STS de 4 de marzo de 2008 (reiterada por la del TS de 8-4-2009) viene a decir lo siguiente: Fundamento Jurídico Cuarto 1.- "Hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [así lo pone de manifiesto el art. 42.1 TRET] lo que supone -con carácter general- que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [STS 27/10/94 -rec. 3724/1993-]; y habida cuenta de que los arts. 41 y 43 TRET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas (STS 17/12/01 -rec. 244/2001 -). De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa, Pero 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 sea 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.

2.- En la significación de la cesión ilegal, la Sala ha destacado en múltiples ocasiones que el art. 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Y que la finalidad que persigue el art. 43 TRET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero que ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del art. 43 TRET , precepto en el que bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos, debiendo distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las 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 ficticio (SSTS 21/03/97 -rec. 3211/1996-; 14/09/01 -rec 2142/00-; 17/12/01 -rec. 244/2001-; 17/01/02 -rec 3863/00-; 17/12/01 -rec 244/2001-; 30/11/05 -rec 3630/04-; 14/03/06 -rec 66/05-; y 17/04/07 -rec 504/06 -).

3.- La cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas: De igual manera se ha recordado en numerosas ocasiones que como fenómeno interpositorio de carácter jurídico , aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial» (SSTS 03/10/05 -rec 3911/04-; 30/11/05 -rec. 3630/04-; 17/04/07 -rec 504/06-; y 20/07/07 –rec 76/06 -); y que «...pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, 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» (STS 20/07/07 –rec 76/06 -).

4.- Sobre las características de la cesión ilegal, en ocasiones la Sala ha puesto el acento en la inexistencia de puesta en juego de la organización, al destacar -en el argumento sobre la falta de contradicción- que 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 (SSTS 17/07/93 -rec 712/92-; 19/01/94 -rec 3400/92-; 12/12/97 -rec. 3153/96-; 03/02/00 -rec. 1430/99-; 14/09/01 -rec 2142/00-; 27/12/02 -rec. 1259/02-; 16/06/03 -rec 3054/01-; 11/11/03 -rec. 3898/02-; 20/09/03 -rec 1741/02-; 03/10/05 -rec 3911/04-; 30/11/05 –rec 3630/04-; 14/03/06 -rec 66/05-; 24/04/07 -rec 36/06-; 21/09/07 -rec 763/06-; 26/09/07 -rec 664/06-; y 04/12/07 -rec1377/06 -).

Y se ha remarcado la irrelevancia de la realidad empresarial, pues aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas (con numerosas citas, las SSTS 14/09/01 -rec 2142/00-; 17/01/02 -rec. 3863/2000-; 16/06/03 -rec 3054/01-; y 14/03/06 -rec66/05 -), de manera que 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 (SSTS 12/12/97 -rec. 3153/1996-; y 24/04/07 -rec 36/06 -).

5.- La actuación empresarial en el marco de la contrata es 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 de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SSTS 14/09/01 -rec. 2142/00-; 17/01/02 -rec. 3863/2000-; 16/06/03 -rec 3054/01-; y 14/03/06 -rec 66/05 -).

6.- Cuando la contrata consiste 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 un 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. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [STS 07/03/88]; el ejercicio de los poderes empresariales [SSTS 12/09/88, 16/02/89, 17/01/91 -rec 990/90- y 19/01/94 -rec 3400/92-] y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... [SSTS 17/01/91 -rec 990/90- y 11/10/93 -rec 1023/92-] (SSTS 14/09/01 -rec 2142/00-; 17/01/02 -rec. 3863/2000-; 16/06/03 –rec 3054/01-; y 14/03/06 -rec 66/05 -).

7.- La línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de seudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo [STS 11/07/86; 17/07/93 -rec 1712/92-; 11/10/93 –rec 1023/92-; 18/03/94 -rec 558/93-; y 12/12/97 -rec 3153/96-], debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita [STS 12/09/88; y 19/01/94 -rec 3400/92 -]. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 del TRET , mientras que los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del TRET. Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (STS 30/05/02 -rec. 1945/2001-)...".

8.-No se produce cesión ilegal de trabajadores sino un supuesto de de subcontratación lícita expresamente autorizada por el art. 42 del TRET, cuando la contratista es empresa que ejerce una actividad empresarial propia - consistente en el servicio , a través de los correspondientes contratos de arrendamiento de servicios, renovados oportunamente, en su caso y en competencia con otros potenciales adjudicatarios de las contratas y cuenta con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables. Se le puede imputar responsabilidades contractuales, aportan su propia dirección y gestión en la ejecución de la contrata con asunción del riesgo correspondiente. Mantiene a sus trabajadores dentro de su ámbito de poder de dirección y conservan respecto a ellos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades inherentes a su condición de empleadores (STS de 17-1-1991 y STSJ Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2009). Aunque reciban instrucciones de la empresa cesionaria y se coordinen con la misma y ésta facilite cierto instrumental para efectuar la labor, proporcionando a su vez la cedente otros elementos necesarios también para el desarrollo del trabajo (STSJ Andalucía 3-10-1995), siendo imprescindible en ciertas empresas el traslado de sus empleados al domicilio de sus clientes para poder ejercer la actividad (STSJ Cataluña 4-5-2005) pero todo ello no enerva que nos encontremos ante una contrata lícita, pues en ningún caso se trata de una mera puesta a disposición de trabajadores o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable o no cuente con los medios necesarios para desarrollar la actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario y como dice la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2009 relativa a otras contratas, existe una perfecta justificación, técnica, objetiva y razonable de la contrata como se puede apreciar del trabajo desarrollado por los actores que es parte del objeto del contrato suscrito.