

CESIÓN DE TRABAJADORES

SUMARIO

1. Complejidad del supuesto de hecho y complejidad del régimen jurídico de la cesión de trabajadores.- 2. Exégesis del artículo 43 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET.2015).- 3. Antecedentes legislativos del actual artículo 43 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET.2015).- 4. Problemas principales de interpretación que plantea el instituto de la cesión de trabajadores: nuevos instrumentos hermeneúticos.- 5. La cesión de trabajadores en las relaciones especiales de trabajo.- 6. Soluciones jurisprudenciales a los problemas de interpretación de la cesión de trabajadores.- 7. Un supuesto particular de cesión ilegal: la subcontratación fraudulenta (seudocontrata). *Bibliografía*

Antonio MARTÍN VALVERDE

1. Complejidad del supuesto de hecho y complejidad del régimen jurídico de la cesión de trabajadores

La cesión de trabajadores es un tema jurídico de apreciable complejidad, tanto en la delimitación del supuesto de hecho como en la especificación de las consecuencias jurídicas. La complejidad del supuesto de hecho deriva por una parte de la presencia de relaciones “triangulares” entre distintos sujetos (cedente, cesionario, trabajador cedido), y por otra parte de la existencia de situaciones de cesión muy diversas en el tráfico jurídico-laboral; desde el *marchandage* o tráfico de mano de obra a la cesión benévola, pasando por numerosas variedades intermedias. La complejidad de las consecuencias jurídicas deriva de la previsión en las normas reguladoras de múltiples efectos en distintos ámbitos: en la relación individual de trabajo, en la determinación de responsabilidades “laborales” de los empresarios o sujetos implicados, en las relaciones de Seguridad Social, en materia de infracciones y sanciones administrativas, en el ámbito de la responsabilidad penal.

En nuestro ordenamiento, el núcleo normativo principal de la cesión de trabajadores es seguramente el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuya versión actual corresponde al texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET-2015), que reproduce la fijada en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (artículo 12.Diez). Decimos núcleo principal, lo que sugiere que no es el único; así sucede, en efecto. Normas sobre la cesión de trabajadores aparecen en otras disposiciones sociales, administrativas o penales, como resulta fácil imaginar a la vista de la pluralidad de proyecciones de su régimen jurídico. Pero, además de ser el centro o eje de dicha regulación, el artículo 43 ET está redactado de manera que permite hacerse una idea bastante aproximada del panorama normativo general que corresponde a este instituto.

Nos proponemos en la fase inicial de nuestro estudio someter al referido artículo 43 ET a un doble tratamiento o escrutinio. El primero es el análisis exegético de sus enunciados normativos, exégesis que permitirá a la vez una aproximación inicial a las distintas facetas o aspectos su regulación, y una apreciación también a simple vista de algunos de los principales problemas interpretativos que plantea su aplicación.

El segundo tratamiento que vamos a dispensar al propio artículo 43 ET es la búsqueda de sus antecedentes históricos. Porque, conviene recordarlo, la actual regulación de ET-2015 no ha surgido ayer ni anteayer; cuenta con una interesante y reveladora historia legislativa que se remonta, más allá incluso de la redacción original del Estatuto de los Trabajadores de la Ley 8/1980, a disposiciones de mediados y del último tercio del siglo pasado. El interés de este escrutinio histórico puede aparecer también desde varias vertientes o puntos de vista. El que vamos a destacar aquí es, obviamente, el de la contribución de las normas antecedentes a la solución de los problemas de interpretación y aplicación suscitados o que se puedan suscitar en las cesiones de trabajadores.

2. Exégesis del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET-2015)

El artículo 43 ET-2015 consta de cuatro apartados. El primero distingue dos supuestos de hecho de cesión de trabajadores (*rectius*, dos variedades de cesión de trabajadores), estableciendo por vía de exclusión una distinta calificación jurídica para uno y otro: cesión legal/cesión ilegal. El segundo apartado incluye normas aclaratorias (“En todo caso, se entiende que...”) sobre el supuesto de hecho de la cesión ilegal identificado en el apartado anterior. El tercer apartado contiene en realidad dos pasajes; en uno expresa determinadas consecuencias jurídicas de la cesión ilegal en lo que concierne a las responsabilidades laborales y de Seguridad Social de los empresarios o personas implicadas; el otro pasaje, introducido por la cláusula “sin perjuicio”, trae a la memoria las sanciones administrativas y penales que puede acarrear la cesión ilegal de trabajadores. En fin, en su cuarto apartado, el artículo 43 ET-2015 afronta el problema de la configuración jurídica, a través de reclamación extrajudicial o de proceso jurisdiccional, de la relación triangular a que da lugar la cesión ilegal de trabajadores, procurando determinar quién debe ser el titular de la misma como sujeto-empleador. A ello se añade, en el mismo apartado 4, la indicación de cuáles han de ser las condiciones de empleo y trabajo que corresponden al trabajador cedido. Veamos un poco más despacio lo que aporta en nuestro tema de estudio la interpretación gramatical de estos apartados.

El apartado 1 del artículo 43 ET-2015

En apariencia, las dos variedades que distingue el artículo 43.1 ET-2015 serían la “cesión temporal” de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal (ETT) y la “cesión temporal” de trabajadores efectuada a través de empresas que pudiéramos llamar ordinarias. En realidad, lo que dice el texto del precepto requiere alguna mayor precisión. El primer supuesto es el de la contratación de trabajadores por parte de ETT, “debidamente autorizadas” y con arreglo a las previsiones establecidas en la legislación correspondiente (la Ley 14/1994 y disposiciones complementarias). El segundo supuesto comprende las restantes hipótesis de cesión; a saber, la efectuada por empresas ordinarias, la efectuada por ETT antes de culminar el proceso de autorización, y la efectuada por ETT con infracción de las normas de contratación establecidas. ¿Y si la cesión es llevada a cabo no por una empresa propiamente dicha sino por cualquiera persona física o jurídica?. Dejamos abierto el interrogante, al que vamos a responder enseguida.

La calificación de legalidad o ilegalidad de las cesiones temporales de trabajadores se lleva a cabo en el enunciado del precepto de manera indirecta: la cesión temporal “solo podrá efectuarse” (en el sentido jurídico del término “podrá”, que significa libertad o facultad de acción en la vida social organizada) en el primero de los supuestos o variedades de cesión de trabajadores; lo que comporta *a fortiori* que no “podrá efectuarse”, es decir que está prohibida, en cualquier otra situación. En cualquier caso, la calificación literal expresa de “cesión ilegal” se utiliza ya en el apartado siguiente del propio artículo 43.

A la vista de la anterior formulación y de la propia amplitud del campo de aplicación de la cesión ilegal, podemos concluir que la prohibición de la cesión de trabajadores es la norma general en la materia, mientras que la excepción es la licitud de la cesión, efectuada con regularidad, a través de ETT.

El apartado 2 del artículo 43 ET-2015

El apartado 2 del artículo 43 ET-2015 precisa que nos encontramos ante el supuesto de hecho de la norma general de ilegalidad de la cesión de trabajadores cuando concurren determinadas situaciones o “circunstancias”. Las “circunstancias” determinantes de la calificación automática de ilegalidad son cuatro, según la norma aclaratoria de este apartado. Se trata, obviamente, de una enumeración ejemplificativa de casos de cesión de trabajadores que se han presentado con alguna frecuencia en el tráfico jurídico-laboral. La primera “circunstancia” es que “el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores”. Por decirlo en términos de la teoría de los contratos, nos encontraríamos aquí ante la pura y simple interposición en el contrato de trabajo de un empresario ficticio.

El segundo caso típico que el legislador ha considerado oportuno mencionar como incluido en la cesión ilegal es que “la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable”. Dos comentarios merece el pasaje. El primero es que en la práctica contractual este caso se confunde prácticamente con el anterior. El segundo es que hablar de una empresa carente de “actividad” o de “organización propia” parece una contradicción en los términos, ya que la empresa se define precisamente bien como actividad, desde una perspectiva funcional, bien como organización, desde una perspectiva estructural. Esta observación permite dar respuesta a la pregunta que habíamos dejado en suspenso hace un momento: no hace falta que la denominada “empresa cedente” sea una empresa propiamente dicha; la condición de “cedente” a los efectos del artículo 43 ET puede corresponder a cualquier persona que lleve a cabo las prácticas prohibidas descritas en el precepto.

La tercera “circunstancia” determinante de cesión ilegal según la norma aclaratoria del artículo 43.2 ET-2015 es que la empresa cedente “no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad”. Nos encontramos aquí ante una empresa real y no ficticia. Pero ante una empresa real dotada de los medios necesarios para otras actividades, pero no de los medios que corresponden a la actividad en la que va a desempeñar su trabajo el trabajador cedido.

La cuarta y última hipótesis de cesión ilegal que ha procurado dejar claro el precepto en cuestión es el de la empresa real, dotada de medios para la actividad correspondiente, pero que, en el caso concreto, “no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

Nótese que en ninguno de los pasajes de este apartado 2 del artículo 43 ET-2015 el legislador se refiere a la cesión de trabajadores como cesión “temporal”. Parece existir así una cierta falta de coincidencia terminológica entre este apartado y el anterior. Bien es verdad que el apartado 2 ahora examinado habla de la “cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo”, con lo cual podría entenderse superado tal posible desajuste. Pero no es menos cierto que la rúbrica general del artículo menciona la “[c]esión de trabajadores”, y no la cesión temporal de los mismos. Y es de notar, además, que el adjetivo temporal o el adverbio temporalmente tampoco aparecen en los apartados sucesivos del propio artículo. Volveremos luego sobre esta importante cuestión.

El apartado 3 del artículo 43 ET-2015

“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”. El precepto es bastante claro sobre las consecuencias jurídicas que comporta la cesión ilegal, es decir, de la cesión que infringe la regla de prohibición establecida. Los dos empresarios implicados deben responder por la totalidad de las obligaciones contraídas en el desempeño del trabajo del trabajador cedido; es decir, no sólo las obligaciones jurídico-laborales *sensu stricto*, sino también las obligaciones contributivas y prestacionales derivadas del ordenamiento de la Seguridad Social.

De acuerdo con la mecánica normal de las obligaciones solidarias, el trabajador cedido puede dirigirse contra el empresario cedente y el cesionario, o contra ambos indistintamente, para hacer efectivos sus derechos. De esta forma, el empresario que recibe la prestación laboral de los trabajadores prestados o cedidos en contra de la prohibición legal, aun cuando no haya contratado formalmente con ellos, queda equiparado jurídicamente al sujeto del contrato, garantizándose de esta manera la satisfacción de los derechos de aquéllos.

La evocación de “las demás responsabilidades, incluso penales”, que contiene el pasaje final de este apartado, tiene obviamente un valor normativo limitado. Se trata de aclarar que, además de las anteriores responsabilidades sustantivas, y acumuladas a ellas, los empresarios cedente y cesionario pueden afrontar las sanciones administrativas establecidas en la legislación correspondiente [en la actualidad, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LIS)], y además las sanciones penales previstas en el Código Penal.

En el Código Penal actual la responsabilidad por cesión de trabajadores se reserva a quienes “trafiquen de manera ilegal con mano de obra”. Se trata, como es fácil de advertir, de un comportamiento más grave que la mera cesión ilegal de trabajadores, por el carácter profesionalizado y la potencial reiteración de la conducta de cesión de mano de obra. Tal conducta no parece requerir que se cause un perjuicio concreto a los trabajadores, y puede ser ejecutada por personas que no tengan la condición de empresario. De acuerdo con la jurisprudencia penal, se caracteriza por el ánimo de burlar las normas aplicables aun cuando se utilicen cauces aparentemente lícitos (TS 8 de abril de 2008).

Por su parte, el artículo 8.2 LIS incluye entre las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales «la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente». En fin, el artículo 168.2 LGSS reitera la responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y el cesionario respecto del pago de prestaciones de Seguridad Social, responsabilidad que el artículo 142.1 LGSS extiende a las obligaciones de cotización.

El apartado 4 del artículo 43 ET-2015

En un análisis detenido, tres son las reglas que contiene el apartado final del artículo 43 ET-2015. La primera reconoce a los trabajadores afectados (literalmente, a los

“trabajadores sometidos al tráfico prohibido”) el “derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”. Lógicamente, este derecho de opción podrá ejercitarse bien mediante petición o reclamación a la empresa elegida, bien, tras el fracaso de la vía anterior, mediante acción planteada ante los tribunales del orden social de la jurisdicción.

La segunda regla del apartado 4 precisa el alcance de las obligaciones laborales contraídas con el trabajador cedido, cuando éste ha optado por la empresa 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”. Nos encontramos de nuevo ante una regla aclaratoria, puesto que parece obligado pensar que a la misma conclusión llegaría el intérprete si tal enunciado normativo no existiera.

Igual carácter tiene seguramente la tercera regla, incluida al final del apartado y del artículo: “la antigüedad [del trabajador cedido] se computará desde el inicio de la cesión ilegal”. La aclaración tiene utilidad cuando el trabajador cedido haya optado por la empresa cesionaria, que deberá incorporarlo añadiendo el tiempo de servicios acumulado en la empresa cedente.

3. Antecedentes legislativos del actual artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET-2015)

El enunciado del apartado 1 del actual artículo 43 ET-2015 procede de la reforma del mercado de trabajo de 1994, y más concretamente de la Ley 10/1994. Como se recordará, esta reforma laboral se encargó de suprimir el monopolio público de la colocación, poniendo fin al mismo tiempo a la prohibición existente a la sazón de actividad de las empresas de trabajo temporal.

El anterior dato histórico no parece nada irrelevante, en cuanto manifestación (si se me permite la metáfora) del inconsciente del legislador de la época. La principal preocupación legislativa del momento se centraba en liberalizar la intermediación laboral, permitiendo la intervención de nuevos actores en el mercado de trabajo. Y de ahí que el propio legislador procurara dejarlo bien claro en el artículo del Estatuto de los Trabajadores dedicado específicamente a la cesión de trabajadores, olvidando probablemente por ello una descripción más precisa de este genérico supuesto de hecho. Tiene interés, por tanto, averiguar cuáles eran los términos de tal descripción en la redacción anterior del artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores, que es la incluida en la Ley 8/1980.

Pues bien, en este precepto antecedente sí encontramos una definición de la cesión de trabajadores en los siguientes términos: “el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario” “así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan”. El precepto incluía, entre los dos párrafos entrecomillados que hemos reproducido, un interesante inciso aclaratorio, de acuerdo con el cual tal práctica de cesión había de ser reconocida “cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra”.

Esta formulación de la Ley 8/1980 es muy similar a la incluida en el precedente inmediato del Estatuto de los Trabajadores, que es la Ley de Relaciones Laborales (LRL) de 1976. El artículo 19.1 LRL habla también de operaciones sucesivas de reclutamiento o contratación de trabajadores por parte de “personas naturales o jurídicas” (no necesariamente empresas, nótese la diferencia), “que los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico”.

Si se quiere completar la búsqueda de antecedentes normativos del actual artículo 43.1 ET-2015 habría que mencionar todavía dos más. Uno de ellos es el artículo 1 del Decreto 3677/1970, que es el que acuña por primera vez la fórmula trasplantada luego, con leves modificaciones, a la Ley de Relaciones Laborales y a la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores: “Las personas naturales o jurídicas que contraten o recluten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten”.

El otro antecedente, ya remoto en el tiempo pero bastante próximo en la formulación, corresponde al Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, cuyo artículo 1 ordenaba lo siguiente: “Las empresas, bien sean personas jurídicas o individuales que cedieren temporalmente todo o parte de su personal a otros empresarios, tanto si lo efectúan mediante el percibo de una compensación económica, o aun cuando fuese a título gratuito de servicios benévolos o de buena vecindad, estarán obligadas a cumplir rigurosamente, con respecto a sus trabajadores, todas las obligaciones legalmente impuestas en el orden laboral y en la esfera de la previsión social”.

Pasemos ya a los antecedentes normativos del apartado 2 de la norma objeto de estudio. La disposición del artículo 43.2 ET-2015, sobre “circunstancias” que determinan “en todo caso”, sin necesidad de ulteriores averiguaciones, la calificación de cesión ilegal de trabajadores, procede de la reforma laboral de 2006, contenida en la Ley 43/2006 (art. 12.Diez). Como declara la exposición de motivos de esta Ley el origen último del precepto hay que buscarlo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “se incorpora al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia”.

Los actuales apartados 3 y 4 del artículo 43 ET sobre las consecuencias jurídicas de la cesión de trabajadores en distintos ámbitos o esferas proceden, con cambios mínimos carentes de trascendencia normativa, de la redacción inicial del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980). En esta Ley se incluían respectivamente en los números 2 y 3; como acabamos de ver, el actual apartado 2 se ha insertado más tarde, en 2006.

A su vez, la Ley 8/1980 se había inspirado directamente en el artículo 19.1 b) de la Ley de Relaciones Laborales y, en parte, en el artículo 1 del Decreto 3677/1970. En ambos antecedentes normativos se había establecido ya la responsabilidad solidaria respecto de las “obligaciones contraídas con los trabajadores con los trabajadores y con la Seguridad Social”. Y en la Ley de Relaciones Laborales se implantaba por primera vez “el derecho [del trabajador cedido], a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria”.

Un último dato de antecedentes históricos conviene tener presente. La evocación de las responsabilidades penales incluida actualmente en el artículo 43.3 ET-2015 no menciona ningún tipo penal concreto, aunque, como ya hemos visto, no haya resultado nada difícil su identificación. Lo mismo ocurría en todos los antecedentes señalados con excepción de uno. El Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952 precisaba la concurrencia del delito tipificado en el artículo 534 del Código Penal vigente a la sazón, si “de los hechos cometidos se desprendiera la existencia de maquinaciones o confabulaciones dolosas”.

4. Problemas principales de interpretación que plantea el instituto de la cesión de trabajadores: nuevos instrumentos hermeneúticos

A pesar de que el legislador no haya estado remiso a la hora de proceder a sucesivas redacciones del artículo 43 ET, lo cierto es que no ha conseguido hasta ahora evitar varios importantes problemas de interpretación y aplicación en este instituto de la cesión de trabajadores. Los principales son, a mi juicio, los cuatro siguientes: 1ª) si las normas de la cesión de trabajadores se aplican solamente a la cesión temporal, o deben aplicarse también, mediante argumento *a fortiori*, a la cesión por tiempo indefinido; 2º) si la regla general de prohibición de la cesión de trabajadores rige o no en el seno de un grupo de empresas, es decir cuando la empresa cedente y la cesionaria están integradas en un grupo con relevancia en el ordenamiento laboral; 3º) si el derecho de opción que se reconoce al trabajador cedido respecto de la incorporación a la empresa cedente o a la empresa cesionaria tiene aplicación en todo caso, o sólo en los supuestos en que ambas desarrollan la actividad en la que aquél presta servicios; y 4º) si la prohibición legal de la cesión de trabajadores, prevista en principio en el Estatuto de los Trabajadores para el contrato de trabajo común, se debe extender también a las relaciones de trabajo especiales.

Conviene tener en cuenta, además, que la cesión de trabajadores es un instituto jurídico distinto pero próximo a la subcontratación laboral. La primera se rige por una norma general de prohibición, mientras que la segunda parte de la base de la licitud de la subcontratación, cuyo signo no es por tanto la prohibición sino la protección del trabajo prestado en las contrataciones. En el derecho vigente la regulación de la «subcontratación de obras y servicios» se contiene, como se recordará, en el artículo 42 ET, inmediato anterior al que regula el instituto objeto de estudio. La contigüidad de la regulación legal se corresponde con la existencia en la práctica de las relaciones de trabajo de supuestos de subcontratación fraudulenta («seudocontrata») que constituyen en realidad cesiones ilegales de trabajadores. La identificación de estas cesiones de trabajadores simuladas bajo capa de seudocontratas puede figurar también en la lista de cuestiones interpretativas. Le dedicaremos un epígrafe aparte.

Para hacer frente a todos estos problemas de interpretación hay que aprestar instrumentos hermeneúticos distintos y más refinados que la interpretación gramatical y la búsqueda de antecedentes históricos. Estos últimos cánones interpretativos pueden y suelen prestar mucha utilidad en los casos más sencillos, pero no son suficientes en los casos difíciles o complicados. Entre los instrumentos hermeneúticos de mayor alcance a utilizar en nuestro tema figuran la interpretación finalista o teleológica y la interpretación sistemática.

La finalidad de la regulación de cesión de trabajadores no se puede reducir a un único propósito; son varios los que persigue la norma, y no todos concurren en todas las variedades del supuesto, y ni siquiera en todas las variedades de cesión de trabajadores sometidas a la regla general de prohibición. Cabe decir que, con carácter general, la prohibición de la cesión de trabajadores se propone prevenir la malformación del contrato de trabajo que puede resultar de situar en el polo subjetivo de la relación laboral a una persona física o jurídica que no es la que ejerce efectivamente los poderes empresariales. En el peor de los casos, mediante esta malformación del contrato, el empresario real pretende o al menos puede quedar al abrigo de sus responsabilidades empresariales, que se harían recaer en cambio sobre otro sujeto en función de simple testaferrero más o menos solvente. Pero, aunque no fuera así, el mecanismo de la cesión de trabajadores puede y suele crear un centro artificial de imputación de normas que impide la aplicación de las que efectivamente corresponderían, de existir una configuración normal de la relación de trabajo.

Para entender mejor este fenómeno bastará recordar dos datos elementales del ordenamiento laboral. Uno es la relevancia del número de trabajadores de cada empresa en el régimen jurídico tanto de las relaciones individuales como de las relaciones colectivas de trabajo. El otro es la estructura de las fuentes en el Derecho del Trabajo, donde existe una regulación diferenciada tanto por sectores o ramas de producción como por empresas. Esta diferenciación normativa se suele traducir en una disparidad de condiciones de trabajo y empleo, con la consiguiente variación en los costes del personal. De ahí el posible interés empresarial en desplazar un conjunto mayor o menor de relaciones de trabajo hacia otro bloque de normas sectoriales o de empresa. Pues bien, como el punto de conexión de estas normas particulares es la persona o la actividad del empresario, bastará con la creación de un titular aparente para que pueda prosperar, al menos en la intención de los intervinientes, la elusión de la normativa que efectivamente debería aplicarse.

Además de prevenir la malformación o defectuosa configuración del contrato de trabajo, la regla de prohibición de la cesión de trabajadores pretende, en determinados supuestos, evitar el *marchandage* o tráfico lucrativo de mano de obra. Este tratamiento de la fuerza de trabajo como objeto de tráfico mercantil en lo que el artículo 43.2 ET-2015 llama “contratos de servicios” entre dos empresas o personas no es ajustado a derecho, de acuerdo con principios o normas generales bien arraigadas tanto en el derecho histórico como en el derecho vigente. El trabajo no es una mercancía, decimos los juristas y dicen también los economistas. Y, por tanto, no es lícito ni legítimo que un sujeto distinto del trabajador obtenga un lucro por la mera provisión de los servicios de éste, degradando a la fuerza de trabajo al mismo nivel de las mercancías inertes. Como dice la exposición de motivos del preconstitucional Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, con estas prácticas “se volvería de nuevo a considerar el trabajo como pura mercancía, y se contrataría el esfuerzo ajeno sin respeto a los más esenciales principios de la dignidad humana”.

Es precisamente esta variedad agravada de cesión de trabajadores que es el tráfico de mano de obra la que ha sido y la que es objeto entre nosotros de sanción penal. Y, asimismo, es esta variedad agravada la que adquiere una especial relevancia desde el punto de vista del actual ordenamiento constitucional. Las operaciones de tráfico lucrativo de fuerza de trabajo de esta clase deben considerarse en verdad contrarias a la “dignidad de la persona”, reconocida en el artículo 10 CE, junto con “los derechos

inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad”, y el “respeto a la ley y a los derechos de los demás”, como el “fundamento del orden político y de la paz social”.

5. La cesión de trabajadores en las relaciones especiales de trabajo

Como se recordará, la normativa del Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación, en principio, a las relaciones especiales de trabajo, que se rigen por sus normas específicas, con el debido respeto a los “derechos básicos reconocidos por la Constitución” (art.2.2 ET-2015). Ello quiere decir, con el argumento de interpretación finalista predispuesto en el apartado anterior, que la regla general de prohibición de la cesión de trabajadores del artículo 43 ET no se extiende a dichas relaciones especiales de trabajo, salvo en el caso agravado de tráfico lucrativo que tenga por objeto la provisión de la fuerza de trabajo del trabajador cedido. A la luz de este enfoque se han de valorar los supuestos de cesión previstos en la referida normativa de las relaciones especiales de trabajo, que pasamos a analizar a continuación.

El artículo 11 del Real Decreto 1006/1985, que regula el contrato de trabajo de los deportistas profesionales, se dedica como indica su rúbrica a la regulación de las “cesiones temporales” de los deportistas. Las principales reglas que rigen este supuesto particular se pueden reducir a las tres siguientes; 1) tales cesiones podrán realizarse a iniciativa de los clubes o entidades deportivas o a iniciativa del deportista, pero la cesión ha de contar siempre “con el consentimiento expreso de éste”; 2) el club cesionario, al igual que en el contrato de trabajo común, “quedará subrogado en los derechos y obligaciones del cedente, respondiendo ambos solidariamente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social”; y 3) “Si la cesión tuviera lugar mediante contraprestación económica, el deportista tendrá derecho a percibir la cantidad acordada en pacto individual o colectivo, que no podrá ser inferior al 15 % de la cantidad estipulada”.

La particularidad del régimen jurídico de las cesiones temporales de los deportistas profesionales se explica y justifica, de acuerdo con doctrina generalizada, por la especialidad tanto del derecho deportivo como del contrato de trabajo deportivo. En este último adquiere una importancia vital la práctica profesional del deporte, por lo que la cesión del deportista suele ser en interés mutuo de ambas partes contratantes. Además, a diferencia de lo que sucede en el contrato de trabajo común, en el contrato de trabajo deportivo la regla general es la contratación temporal, que resulta más acorde con las oscilaciones del bien jurídico objeto de transacción (la capacidad o virtuosidad profesional del deportista) en este particular mercado de trabajo.

En fin, y éste es un punto sensible en el que no nos podemos detener aquí, en el derecho deportivo el régimen de las competiciones y la adscripción de los deportistas a los clubes que han invertido en su formación (“canteras”) convierte en aceptable la eventual percepción de contraprestaciones económicas en las cesiones y traspasos. Puestos a buscar algún paralelismo, aunque no identidad, en la normativa del Estatuto de los Trabajadores habría que considerar la norma del artículo 21.4 ET sobre el pacto de compensación a la empresa a cargo del trabajador por la “especialización profesional” recibida a su cargo.

Otro supuesto de cesión de trabajadores en el marco de las relaciones especiales de trabajo es el previsto en el artículo 9 del Real Decreto 1482/1985, que regula la relación de trabajo del personal de alta dirección. El supuesto en cuestión es el de “promoción interna” hacia un puesto de alta dirección de un trabajador vinculado por un contrato de trabajo común. Tal promoción puede efectuarse “en esa misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra formas asociativa similar”. La “relación laboral de origen” puede quedar en suspenso en este supuesto, lo que comporta la vuelta a la misma cuando se extingue la relación especial de alta dirección.

Cuando el destino del trabajador promocionado es otra empresa del grupo, y cuando la relación laboral de origen queda en suspenso, no parece forzado configurar el complejo mecanismo previsto en el artículo 9 RD 1482/1985 como una cesión del trabajador de una empresa a otra. Ahora bien, se trata de una cesión establecida en principio en interés del trabajador ascendido a alto cargo. A ello hay que añadir la circunstancia, que veremos enseguida, de la pertenencia de la cedente y la cesionaria al mismo grupo de empresas. No parece haber, en definitiva, ninguna tacha de ilicitud en este precepto.

En nuestro ordenamiento laboral, desde la regulación de la actividad portuaria mediante el Real Decreto-Ley 2/1986 hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2017, la relación de trabajo de los estibadores portuarios con las sociedades anónimas encargadas de la gestión portuaria (SAGEP) se consideraba relación de trabajo especial. El peculiar sistema de contratación de los trabajadores de estiba y desestiba de buques era calificable técnicamente como cesión de trabajadores. A raíz de la sentencia TJUE de 11 de septiembre de 2014, se considera contraria al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea la regulación de esta relación especial; pero no por el mecanismo de cesión de trabajadores en ella previsto, sino por la obligación de contratar con carácter prioritario a los trabajadores puestos a disposición por dichas sociedades.

A partir del RD-L 8/2017 los estibadores portuarios han pasado a regirse por la legislación laboral común, aunque con ciertas particularidades. Dos reglas particulares vale la pena destacar en dicha disposición. La que declara libre la contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Y, de especial interés en nuestro tema, la que prevé la creación de “centros portuarios de empleo” para facilitar la puesta a disposición y colocación de los estibadores portuarios, con arreglo a lo dispuesto en la legislación sobre empresas de trabajo temporal.

6. Soluciones jurisprudenciales a los problemas de interpretación de la cesión de trabajadores

En principio, la cuestión interpretativa más difícil que plantea la interpretación del artículo 43 ET-2015 es la primera de las que hemos identificado en un epígrafe anterior: si las normas de la cesión de trabajadores se aplican solamente a la cesión temporal, o deben aplicarse también, utilizando todos los instrumentos hermeneúticos disponibles, a la cesión por tiempo indefinido.

Ya hemos visto que el apartado 1 de dicho artículo 43, que es el directamente encaminado a enunciar el supuesto o supuestos de hecho de la norma, habla de “cesión

temporal”. Y también sabemos que los antecedentes normativos de este apartado, hasta la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores (ET-1980) y la Ley de Relaciones Laborales, se refieren también a la cesión temporal de trabajadores. Pero asimismo hemos advertido que la rúbrica del artículo 43 habla, sin adjetivos, de cesión de trabajadores; que en los restantes apartados del artículo 43 se utilizan expresiones como “puesta a disposición de trabajadores” (apartado 2) o “tráfico prohibido” de trabajadores (apartado 4) que describen situaciones de cesión que, en principio, no aparecen limitadas en el tiempo; y que los antecedentes normativos originarios del Decreto 3677/1970 y Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952 tampoco incluyen la limitación temporal. A todo lo anterior hay que añadir la hipotética pero plausible explicación psicológica de que la cesión de trabajadores que ha preocupado especialmente al legislador, bien inicialmente para prohibirla bien luego para permitirla, ha sido la realizada por las empresas de trabajo temporal. En suma, en un panorama normativo de estas características parece necesario recurrir a los otros instrumentos hermeneúticos a disposición del intérprete.

Pues bien, en este terreno de la interpretación finalista y teleológica, la aplicación de la norma general de prohibición de la cesión de trabajadores a las cesiones efectuadas por tiempo indefinido tiene a su favor argumentos muy sólidos. Todas las finalidades que persigue esta norma – prevenir la malformación del contrato de trabajo, evitar la desviación o derivación de unas u otras relaciones de trabajo hacia centros de imputación normativa artificiales, eliminar el tráfico lucrativo de fuerza de trabajo degradada a “mercancía” – se cumplen también en la cesión de trabajadores permanente o por tiempo indefinido. Es más, desde un punto de vista de interpretación teleológica, esta última modalidad de cesión resulta objetivamente más peligrosa que la cesión temporal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber caminado en esta dirección, aunque en verdad, a lo que conozco, la cuestión no se haya planteado hasta ahora de manera frontal. Una sentencia ya de cierta antigüedad, dictada el 18 de marzo de 1994, constituye una buena prueba de lo que se acaba de decir. Cuando se trata de una empresa aparente o ficticia, sin estructura ni entidad propias ni verdadera organización empresarial, y cuando su objeto no es otro que el de proporcionar mano de obra a otros empresarios – viene a decir el Tribunal Supremo – se está ante el supuesto de cesión ilegal de trabajadores previsto en el artículo 43 ET. Esta resolución judicial figura probablemente entre las que influyeron en la Ley 43/2006 que dio nueva redacción al actual apartado 2 del artículo 43 ET. En ella no encontramos, a la vista está, ninguna referencia a la limitación temporal de la cesión.

Otra importante cuestión interpretativa que ha planteado el artículo 43 ET es, como ya se ha indicado, si la regla general de prohibición de la cesión de trabajadores rige o no en el seno de un grupo de empresas. Hemos visto que no ocurre así en el caso particular de la promoción interna a personal de alta dirección de un trabajador vinculado por un contrato de trabajo común. De lo que se trata ahora es si la pertenencia al grupo de empresas de la cedente y la cesionaria influye en la calificación de la cesión de trabajadores en el supuesto más habitual en que no exista promoción a alto cargo del trabajador cedido.

Por regla general, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido como fenómeno normal la prestación de trabajo sucesiva de un trabajador por cuenta de diversas

empresas de un mismo grupo, excluyendo en tal caso la calificación de cesión ilegal de trabajadores. Esta vicisitud de la relación de trabajo puede configurarse jurídicamente de distintas maneras, según se trate de un destacamento o misión temporal (por ejemplo, para conocer más de cerca la empresa de destino), en cuyo caso parece lógico mantener el vínculo con la anterior; o de una asignación por tiempo indefinido (por ejemplo, para cubrir un puesto vacante en otra empresa del grupo), en cuyo caso parece lógico atribuir la relación de trabajo a la empresa de destino.

Una reseña más detallada de esta línea jurisprudencial sobre la cesión de trabajadores en el seno del grupo de empresas puede ser la siguiente. Una primera importante sentencia sentó las bases de esta doctrina declarando que la cesión del trabajador a otras empresas del grupo por razones organizativas no cae dentro del supuesto prohibido por el artículo 43 ET (TS 26 de noviembre de 1990). Unos años después la jurisprudencia fue más allá afirmando que este supuesto de cesión de trabajadores no genera en principio una responsabilidad solidaria entre las empresas cedente y cesionaria, a efectos del despido del trabajador, dado que tales vinculaciones sucesivas no habían perseguido ocultar al empresario real (TS 26 de enero de 1998). En lo que concierne a la antigüedad del trabajador, la doctrina jurisprudencial ha reconocido el tiempo de servicios en empresas filiales de quien pasa a trabajar en la sociedad matriz o dominante (TS 13 de noviembre de 2013). El mismo reconocimiento del tiempo de servicios ha efectuado el Tribunal Supremo en el caso particular, próximo pero distinto, de agrupación temporal de empresas para el desarrollo de un proyecto productivo, que es la unión temporal de empresas (TS 21 de enero de 2010).

El tercer nudo problemático de interpretación que hemos identificado en el instituto de la cesión de trabajadores es el derecho de opción que se reconoce al trabajador cedido respecto de la incorporación a la empresa cedente o a la empresa cesionaria. De entrada, se plantea aquí la cuestión primordial de si tal opción se aplica en todo caso, o sólo en los supuestos en que ambas empresas, cedente y cesionaria, desarrollen la actividad en la que el trabajador cedido presta servicios. Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia, la opción del trabajador entre anudar su relación contractual con la empresa cedente o con la empresa cesionaria sólo tiene sentido cuando existen dos empresas reales, con cualquiera de las cuales pudiera establecerse una relación efectiva, y no en los casos de cesión con mera función interpositoria, donde el cedente sea un empresario ficticio (TS 21 de marzo de 1997).

Sobre la base de la doctrina general anterior el Tribunal Supremo ha resuelto una serie apreciable de cuestiones litigiosas. El resumen de esta jurisprudencia puede ser el siguiente. La “acción de fijeza electiva” reconocida al trabajador cedido, para el caso de negativa de la empresa elegida a incorporarlo a su plantilla, ha de ejercitarse durante la vigencia de la cesión, y no después de la extinción del contrato de trabajo (TS 8 de julio de 2003 y 5 de octubre de 2016). En cuanto a los salarios y condiciones salariales existentes en la empresa cesionaria elegida, la aplicación al trabajador cedido se produce no sólo para los períodos de trabajo posteriores al momento de la incorporación, sino también para los correspondientes al período anterior a esta última (TS 3 de febrero de 2000, reiterada). En la misma línea: ejercitada la acción por el trabajador a favor de la relación laboral real, tiene derecho a percibir su retribución de acuerdo con las normas aplicables a la empresa en la que prestó servicios en el período anterior a la declaración judicial de la cesión ilegal (TS 5 de diciembre de 2006). Y de

nuevo lo mismo, expresado con otras palabras: si durante la cesión ilegal la vinculación laboral del trabajador se produjo con la empresa cesionaria, es lógico que las retribuciones se ajusten a las fijadas por el convenio colectivo que rige en esa misma empresa (TS 17 de abril de 2007).

Un problema particular suscita el mecanismo de la opción del trabajador en los supuestos en que la empresa elegida sea la Administración Pública. El principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público no se difumina o enerva en este caso, sino que mantiene plena virtualidad. Si la responsable como consecuencia de una declaración judicial de cesión ilegal es la Administración Pública, el trabajador adquiere en ésta, no la condición de fijo de plantilla, sino la de trabajador por tiempo indefinido (TS 19 de diciembre de 2002, reiterada).

7. Un supuesto particular de cesión ilegal: la subcontratación fraudulenta (seudocontrata)

La subcontratación de obras y servicios es, en principio, un modo de producción lícito en la organización de las actividades empresariales. Pero esta fórmula de organización productiva puede ser utilizada, sin embargo, con una finalidad fraudulenta: la creación de una apariencia ficticia de contrata (seudocontrata), que disimula la realidad de la prestación de servicios por cuenta de la empresa principal. El rasgo definitorio de la seudocontrata es, por tanto, que quien figura como contratista no es empresario más que en apariencia, consistiendo su intervención solamente en prestar su ficticia personalidad para desplazar hacia él las responsabilidades empresariales que corresponderían realmente al empresario principal.

Los concretos propósitos fraudulentos perseguidos mediante este singular mecanismo interpositorio pueden ser diversos. En cualquier caso, coinciden con los propósitos que justifican la regla general de prohibición de la cesión de trabajadores: la reducción artificiosa del tamaño de la plantilla de una empresa para que no sobrepase un determinado número de trabajadores; o la aplicación a los trabajadores de la supuesta empresa contratista de regulaciones o normas sectoriales distintas de las aplicables en la empresa principal; o el tráfico lucrativo de fuerza de trabajo.

Este supuesto de contrata ficticia o seudocontrata, donde el pretendido contratista se limita a suministrar mano de obra a otros empresarios, cae de lleno en la figura ilícita de la cesión de trabajadores prohibida por el artículo 43 ET. Se está entonces ante un caso de interposición en el contrato de trabajo, en el que un titular ficticio (en este supuesto, el que quiere aparecer como contratista) se introduce entre los titulares reales de la relación (el empresario principal y los trabajadores), usurpando la posición jurídica de quien recibe efectivamente la prestación laboral.

La jurisprudencia ha tenido numerosas ocasiones de delimitar los respectivos ámbitos de los artículos 42 y 43 ET. Es de aplicación el artículo 42 ET en aquellos supuestos en los que la empresa contratista ejerce una actividad propia con organización y medios estables, asumiendo el riesgo correspondiente y ejerciendo facultades de dirección sobre sus trabajadores (entre otras muchas, TS 17 de enero de 1991 y 11 de octubre de 1993; recientemente, TS 10 de enero de 2017), para un supuesto de subcontratación o *outsourcing* informático, TS 15 de abril de 2010).

Por el contrario, cuando se trata de una empresa contratista aparente o ficticia, sin estructura ni entidad propias, se está ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, prohibida por el artículo 43 ET. La doctrina jurisprudencial al respecto es sobreabundante, empezando por la ya citada TS 18 de marzo de 1994. Se está igualmente ante un supuesto incluido en este último precepto cuando la ejecución de los servicios acordada con la empresa contratista no pone en juego la organización empresarial de la empresa contratista, tratándose por tanto de una mera operación de exteriorización del empleo por parte de la empresa principal (TS 19 de enero de 1994, 8 de abril de 2009 y 17 de diciembre de 2010, entre otras muchas). El mismo criterio se sostiene en un supuesto arrendamiento de servicios entre dos empresas que se agota en un mero suministro de mano de obra, con utilización de los medios productivos de la empresa principal, bajo la dirección de sus mandos y sin aportación de infraestructura (TS 14 de septiembre de 2001, con resumen de doctrina anterior). Un supuesto equivalente al anterior de mero suministro de mano de obra, sin existencia de una verdadera contrata en la que se hubiera puesto en juego la organización empresarial de la supuesta contratista se ha resuelto en TS 3 de octubre de 2005. En general, la actuación empresarial es el elemento clave para la calificación: el ejercicio formal aparente del poder de dirección por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión ilegal, si se comprueba que éste no es más que un delegado de la empresa principal (TS 14 de marzo de 2006). Como el lector habrá podido apreciar, el apartado 2 del artículo 43 ET, añadido por Ley 43/2006, está inspirado en gran medida en la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer.

No faltan, de todas maneras, los supuestos fronterizos de difícil calificación. Dos casos dignos de mención, aun sin pronunciamiento de doctrina unificada por falta del requisito de la contradicción de sentencias en el recurso de unificación de doctrina, encontramos en TS 14 de octubre de 2007, subcontratación a una «empresa multiservicios»: y TS 21 de octubre de 2008, subcontratación de «llamadas urgentes» en Comisarías de Policía del Gobierno Vasco.

BIBLIOGRAFÍA: J. GARCÍA MURCIA, «Cesión de trabajadores», E. Borrajo (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988; J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130 (1981); A. MARTÍN VALVERDE, «Interposición y mediación en el contrato de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 91 (1972); D. MARTÍNEZ FONS, “Los límites de la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en VV.AA (Dir. S. Del Rey) *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid, 2011; M.L. MOLERO, “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales*, 2006, num. 23-24; J. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, “Contratas y subcontratas y cesión de trabajadores”, en VV.AA., *Descentralización productiva y protección del trabajador en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000; J. RIVERO LAMAS, “La cesión de trabajadores en el Derecho español del Trabajo”, en VV.AA (Dir. E. Borrajo), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, MTSS, Madrid, 1992; M. J. RODRÍGUEZ RAMOS, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995; VV.AA. (Dir. J. Sánchez Pego), *Cesión de trabajadores, empresas de trabajo temporal, responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras y servicios*, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XXII, Consejo General del Poder Judicial, 1994.