

JURISPRUDENCIA

La cesión ilegal de trabajadores en la jurisprudencia

30 agosto 2021

(Nº 11)

**SERVICIO DE
ESTUDIOS**
UGT

CONTENIDO

- Resumen
- Regulación
- Concepto e interpretación de la cesión ilegal de trabajadores
- La cesión ilegal de trabajadores en las subcontratas
 - La cesión ilegal en la encomienda de gestión
- La cesión ilegal de trabajadores en las Empresas de Trabajo Temporal
- La cesión ilegal de trabajadores en los grupos de empresas
- Consecuencias de la cesión ilegal
 - La responsabilidad solidaria
 - El derecho de opción del trabajador cedido
 - El despido previo a la declaración de cesión ilegal

Resumen

La cesión ilegal de trabajadores y trabajadoras comporta una de las formas de prestamismo laboral prohibidas por la legislación actual. Se basa en la ficticia maniobra de crear la apariencia de posición de empresario a una empleadora que, en la realidad, no tiene tal condición.

La Constitución recoge, dentro del derecho a la libertad de empresa, la posibilidad de que las empresas puedan organizarse conforme a sus deseos, pero en ningún caso pueden ponerse en juego los derechos laborales de las personas trabajadoras.

La pretensión del legislador es que se conozca en todo momento la personalidad jurídica del empleador real, evitando todas aquellas consecuencias que se producirían si el empresario fuese ficticio o desconocido, como la degradación de condiciones laborales, la disminución de garantías o la imposibilidad de identificación del empresario a efectos de responsabilidad económica.

La cesión ilegal de la mano de obra se enmascara a través de diversos artificios:

- El ámbito más habitual de las cesiones ilegales de mano de obra es el de las contratas y subcontratas. Lo relevante para considerar la licitud de este negocio jurídico es que las empresas contratadas o subcontratadas aporten patrimonio e infraestructura empresarial, no exclusivamente la mano de obra.
- Otro foco donde se suele producir la cesión ilegal es el de los grupos de empresas, producto de nuevas formas o modelos empresariales que convierten a las empresas en organizaciones complejas y difíciles de desenmarañar. Para determinar la existencia de la cesión ilegal de mano de obra, se deberá atender a las circunstancias y características de cada caso.
- También puede darse cesión ilegal de trabajadores en las Empresas de Trabajo Temporal, puesto que, aun siendo las únicas capaces de ceder mano de obra pueden incurrir en esa conducta prohibida sin no respetan requisitos y condiciones sobre duración de los contratos.

Las consecuencias legales que se producen tras la declaración de cesión ilegal es la responsabilidad solidaria entre las empleadoras y el derecho de opción de la persona trabajadora perjudicada a adquirir la condición de fija en la cesionaria o cedente.

Regulación

- ⇒ **Directiva 2008/104/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.
- ⇒ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del **Estatuto de los Trabajadores**.
 - **Art 43** Cesión de trabajadores.
- ⇒ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las **empresas de trabajo temporal**.
- ⇒ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social**.
 - **Art 8.2** Infracciones muy graves.
 - **Art 28.3 e)** Infracciones muy graves en Empresas de Trabajo Temporal.
 - **Art 19 bis 2 c)** Infracciones de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- ⇒ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley General de la Seguridad Social**.
 - **Art 168** Responsabilidad en orden de prestaciones.
- ⇒ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del **Código Penal**.
 - **Art 312** Delito de tráfico ilegal de mano de obra.

Concepto e interpretación de la cesión ilegal de trabajadores

La cesión ilegal de trabajadores se articula a través de una vinculación entre empresas cuyo propósito es exclusivamente la puesta a disposición de trabajadores de una entidad a otra.

La ilegalidad radica en que las únicas empresas que pueden llevar a cabo lo anterior son las Empresas de Trabajo Temporal¹, siendo ilegal la cesión de trabajadores por otras personas jurídicas².

¹ En este sentido STS 21/1/2020 (núm. 45/2020)

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a9615f6e01444ca2/20200217>

² La STS de 19 de febrero de 2009 (rec. 2748/2007) asegura que: «cabe indicar que la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro Derecho la

STS 21 de enero de 2020 (núm. 45/2020): cuestiones básicas

«Recordemos algunas cuestiones básicas sobre el particular: 1º) La cesión de trabajadores solo es posible a través de una empresa de trabajo temporal (art 43.1 ET).

2º) Si una entidad no lucrativa pone a disposición de una empresa el trabajo de sus asociados estamos ante verdaderos trabajadores y cesión ilegal, pues de hecho actúa como una ETT (STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, Ruhrlandklinik).»

La jurisprudencia ha establecido, en diferentes ocasiones, el alcance e interpretación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que regula la cesión ilegal (SSTS 18 de mayo de 2021 [núm. 539/2021]³; 10 de junio de 2020 (núm. 421/2020)⁴; 6 de mayo de 2020 [núm. 267/2020]⁵; 16 de mayo de 2019 [núm. 374/2019]⁶; 20 de octubre de 2014 [rec. 3291/2013]⁷; entre otras). Se entiende que:

- ⇒ En nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición por la que el empresario pueda utilizar **la contratación externa para integrar su actividad productiva, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos** de las personas trabajadoras.
- ⇒ Con frecuencia se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo de puesta a disposición de trabajadores entre cedente y cesionarios⁸. En estos casos se dificulta la tarea de identificar los fenómenos interpositivos ilícitos notablemente y **exige un análisis detallado de cada caso concreto para tratar de establecer los límites entre una lícita descentralización productiva** (art 42 ET) y una cesión ilegal de trabajadores y trabajadoras (art 43 ET).
- ⇒ **No basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista**, pues existe cesión ilegal de mano de obra cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrarla sin contribuir con los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial.
- ⇒ **Tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria**, es decir, que ellos mismos pueden ser, a su vez, personas trabajadoras cedidas ilegalmente.

excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta».

³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/807e5e373d43e3c1/20210604>

⁴ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/32c150477f30615e/20200707>

⁵ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/ea7e3c3ce9ea6a38/20200622>

⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/dd55f9cbe2d2ebcb/20190729>

⁷ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/96084bdb9729f361/20141215>

⁸ A este respecto, la STS 4 de marzo de 2008 (rec. 1310/2007) asegura que, en la válida externalización de servicios, 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.

⇒ **La finalidad que persigue el artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal** y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador y la trabajadora que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes (STS 26 de octubre de 2016 [núm. 892/2016])⁹.

La jurisprudencia destaca la importancia de estar a los hechos concretos de cada caso para comprobar la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores. La casuística es amplia y se deberá dar respuesta individualizada a cada situación¹⁰ (STS 16 de mayo de 2019 [núm. 375/2019])¹¹.

STS 16 de mayo de 2019 (núm. 375/2019): negocios coordinados necesarios

«Para que exista cesión ilegal, en términos del art. 43 ET, ha de darse la coordinación de tres negocios: "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" (STS/4ª de 12 julio 2017 -rec. 278/2016).»

Es necesario destacar que, según el artículo 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las comprobaciones de la ITSS, así como los hechos apreciados en las mismas, gozan de presunción de certeza. Es decir, si la ITSS apreciase cesión ilegal de trabajadores y trabajadoras, dicha apreciación contiene un fuerte valor probatorio en acto de juicio (SAN 17 de marzo de 2021 [núm. 40/2021])¹².

La cesión ilegal de trabajadores en las subcontratas¹³

Como apuntábamos, donde se produce un alto número de cesiones ilegales de personas trabajadoras es bajo el marco de una contratación o subcontratación¹⁴. La labor de examen de los magistrados se dificulta en estos casos y su diferenciación debe ser rigurosa.

⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a412cb5e5ebd9de5/20161119>

¹⁰ La heterogeneidad es enorme. Por ejemplo, en la STSJ Castilla-La Mancha, Albacete, de 9 de octubre de 2020 (núm.1452/2020), se aprecia una cesión ilegal de mano de obra debido a que la trabajadora era contratada por dos empresas cuando, en realidad, prestaba servicios domésticos en el hogar del administrador.

¹¹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/862c8069661f69e6/20190712>

¹² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/362620c9556a471c/20210406>

¹³ El Servicio de Estudios de la Confederación de UGT realizó un análisis jurisprudencial de las contratas y las subcontratas en el ámbito laboral: <https://servicioestudiosugt.com/contratas-y-subcontratas-en-ambito-laboral/>

¹⁴ La STS 16 de mayo de 2019 (rec. 374/2019) asegura que «con mucha frecuencia y en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario en supuestos en los que la actividad que conlleva la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal».

Para apreciar una posible cesión ilegal de trabajadores, resulta determinante analizar si las empresas subcontratadas han puesto verdaderamente en juego su propia infraestructura empresarial o se han limitado simplemente a poner mano de obra a disposición del empresario principal. Los distintos elementos objeto de análisis son (SSTS 10 de junio de 2020 [núm. 421/2020]¹⁵; 8 de septiembre de 2020 (núm. 740/2020)¹⁶; SAN 30 de diciembre de 2020 [núm. 133/2020]¹⁷; entre otras).

- ⇒ Elemento objetivo. Es decir, la empresa subcontratada debe aportar real y efectivamente los medios materiales necesarios para el desarrollo de su actividad.
- ⇒ Elemento subjetivo. Es decir, el ejercicio del poder empresarial y las facultades organizativas y directivas deben seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal.
- ⇒ Forma y modalidad del pago del servicio por parte de la empresa principal.

Lo verdaderamente relevante a efectos de apreciar la existencia de cesión ilegal, **es la forma en la que se ejecuta lo contratado, quien organiza y dirige la actividad** (STS 25 de noviembre de 2019 [núm. 802/2019]¹⁸; STSJ Madrid 4 de febrero de 2021 [núm. 73/2021]¹⁹).

En el caso de aquellos sectores donde no sea necesario un despliegue de elementos objetivos para desarrollar la actividad, se deberá de atender al criterio subjetivo más atentamente, así como a otros criterios distintos como la remuneración de servicios o uso del centro de trabajo de la empresa principal. En este sentido las SSTS 8 de septiembre de 2020 (núm. 740/2020)²⁰; 8 de julio de 2020 (núm. 615/2020)²¹.

En resumen, cuando la contrata tenga únicamente la intención de poner a disposición mano de obra desde una empresa a otra estaremos ante una cesión ilegal de trabajadores mientras que, si el negocio jurídico tiene otras intenciones estaremos ante un proceso legal externalizador de la empresa mediante la contratación de servicios (STSJ Islas Canarias, Tenerife, 2 de septiembre de 2019 (núm. 880/2019)²²; SAN 25 de julio de 2019 (96/2019)²³.

La doctrina jurisprudencial ha establecido **una serie de indicios** para determinar si la contrata oculta una cesión ilegal de trabajadores. Así, por ejemplo, podemos mencionar:

¹⁵ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/32c150477f30615e/20200707>

¹⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7b766df708739645/20200930>

¹⁷ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c79268a95d497963/20210211>

¹⁸ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0661b6438dfa9cec/20200117>

¹⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/55116c3bf3b0e743/20210503>

²⁰ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/7b766df708739645/20200930>

²¹ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e13e02fe63686695/20200828>

²² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/285e0d566b92d54c/20191023>

²³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eb0e47d1f5f6668e/20190916>

- ⇒ **Aportación o uso de los medios de producción** [SSTS 26 de octubre de 2016 (núm. 892/2016)²⁴; 12 de julio de 2017 (núm. 614/2017)²⁵; 16 de mayo de 2019 (núm. 374/2019)²⁶].
- ⇒ **Autonomía de la contrata** y la fijación de aspectos organizativos [SSTS 25 noviembre de 2019 (núm. 802/2019)²⁷; 17 de diciembre de 2019 (núm. 873/2019)²⁸; 6 de mayo de 2020 (núm. 267/2020)²⁹].
- ⇒ **Ejercicio de la dirección empresarial** (SSTS 26 de octubre de 2016 [núm. 892/2016]³⁰; 16 de mayo de 2019 [núm. 374/2019]; 10 de junio de 2020 [núm. 421/2020]³¹).
- ⇒ **Formación de trabajadores y trabajadoras** y su dependencia de la empresa principal [SSTS 6 de mayo de 2020 (núm. 267 /2020)³²; 8 de enero de 2019 (núm. 5/2019)³³].

STS 8 de julio de 2020 (núm. 615/2020): indicios de cesión ilegal en contratas

«La jurisprudencia ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el "empresario efectivo": la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... (Entre las más modernas, SSTS de 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; 14/03/06 -rcud 66/05 -; y 19/02/09 -rcud 2748/07 -). En palabras de la STS 30/05/02 (-rcud 1945/2001 -).»

La cesión ilegal en la encomienda de gestión

En el marco de las Administraciones Públicas, la cesión ilegal de personas trabajadoras puede producirse no solo por vía de la subcontratación sino también por vía de la encomienda de gestión.

La encomienda de gestión (regulada en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁴ y los artículos 6 y 24.6 de la Ley 39/2017, de 30 de octubre, de

²⁴ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a412cb5e5ebd9de5/20161119>

²⁵ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/47a952d5672ac28b/20170804>

²⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dd55f9cbe2d2ebcb/20190729>

²⁷ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0661b6438dfa9cec/20200117>

²⁸ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6f00285b0f6f8f6/20200117>

²⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea7e3c3ce9ea6a38/20200622>

³⁰ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a412cb5e5ebd9de5/20161119>

³¹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/32c150477f30615e/20200707>

³² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea7e3c3ce9ea6a38/20200622>

³³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0f3659b0c6aad059/20190208>

³⁴ Art 15 RJAP: «1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. 2. La encomienda de

Contratos del Sector Público) consiste en que, debido a razones de eficacia o por no poseer los medios técnicos idóneos, los órganos administrativos o las entidades de Derecho público encomiendan la realización de actividades que son de su competencia a otros órganos o entidades o a una Administración Pública distinta, sin que ello suponga la cesión de la titularidad de la competencia.

STSJ Murcia 14 de octubre de 2019 (núm.1139/2019): indicios de cesión ilegal en la encomienda de gestión

«Las características esenciales de la encomienda de gestión, -singularmente, el que los entes u organismos encomendados se consideran medios propios de los poderes adjudicadores, el control que el adjudicador puede ejercer sobre el encomendado, la ejecución obligatoria de la encomienda –determinan que, a efectos de evaluar la existencia de una cesión prohibida de mano de obra, circunstancias tales como que los servicios se presten en dependencias de la administración adjudicadora, mediante el uso de maquinaria o medios materiales de esta o la interferencia en los poderes de dirección del empresario, tengan una menor relevancia, por lo que esta Sala entiende que lo que debe ser objeto de especial evaluación son los propios términos de la encomienda, en sintonía con la sentencia de la Sala IV de fecha de 27 de enero de 2011, rec 1784/2010» (-rcud 1945/2001 -).»

La jurisprudencia no varía en exceso en el caso de las encomiendas de gestión. Es decir, un uso desnaturalizado y fraudulento de la misma cuya finalidad sea únicamente aportar mano de obra, llevará a la declaración de cesión ilegal de trabajadores (STSJ Andalucía, Sevilla, 24 de junio de 2020 [núm. 1860/2020]³⁵; STSJ Madrid 21 de abril de 2020 [222/2020]³⁶).

La cesión ilegal de trabajadores en las Empresas de Trabajo Temporal

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, permiten la cesión de mano de obra por medio de una Empresa de Trabajo Temporal debidamente autorizada. Estas empresas pueden celebrar contratos de trabajo con personas trabajadoras para destinarlas a empresas usuarias donde trabajan temporalmente bajo la dirección y control de estas últimas, siempre, en el régimen jurídico español, que concurren las causas justificativas del contrato de puesta a disposición³⁷.

La cesión de mano de obra por medio de ETTs responde a una flexibilización de la contratación. El Considerando (11) de la Directiva 2008/104/CE asegura que «contribuye

gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda (...).»

³⁵ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7234cc162bb550c0/20200916>

³⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b72dc4861987550b/20200715>

³⁷ Los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición se encuentran en el artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción en el mercado de trabajo».

La legalidad de estas empresas no obsta a que, en el marco de las mismas, se realicen cesiones ilegales de trabajadores. Es decir, las ETT autorizadas puede infringir el artículo 43 de la misma manera que lo pueden infringir otras personas jurídicas.

La cesión ilegal de trabajadores por ETT se produce cuando la contratación tiene un carácter no temporal, contraviniendo los artículos 43 y 15 del Estatuto de los trabajadores y el artículo 7 de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal³⁸.

Así, se produce una cesión ilegal de trabajadores si la misma tuviera un carácter continuado por tender a cubrir las necesidades permanentes de la empresa, cuando en un principio se previó la cesión con carácter temporal (STS 23 de diciembre de 2013 [rec. 44/2013]³⁹; STSJ Asturias, 26 de diciembre de 2019 núm. [2772/2019]⁴⁰; STSJ Madrid, 30 de septiembre de 2019 [núm. 710/2019]⁴¹; STSJ Madrid de 10 de octubre de 2019 [núm. 820/2019]⁴²; STSJ Asturias, Oviedo, 29 de diciembre de 2020 [núm. 2371/2020]⁴³).

STSJ Asturias, Oviedo, 29 de diciembre de 2020 (núm.2371/2020): ocupar con contratos temporales necesidades permanentes

«Han sido celebrados en fraude de ley los contratos temporales formalizados bajo la modalidad expresada, por no concurrir la causa de temporalidad que los justifica, toda vez que la contratación de la recurrente no obedeció en realidad a un incremento temporal y transitorio de la producción, sino a la necesidad de cubrir los cometidos productivos ordinarios».

Cuestión distinta es que la LETT no impide que las Empresas de Trabajo Temporal realicen contrataciones indefinidas⁴⁴ con las personas trabajadoras que van a poner a disposición de empresas usuarias. Lo que se impide es que las empresas cubran sus necesidades de mano de obra permanente mediante una contratación temporal por medio de Empresa de Trabajo Temporal (STS 30 de julio de 2020 núm. 728/2020)⁴⁵).

Las empresas de Trabajo Temporal tampoco pueden celebrar contratos fijos discontinuos con personas trabajadoras que van a ser cedidas (STS 30 de julio de 2020

³⁸ Art 7 LETT: «1. En materia de duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12.3 de esta ley en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios. 2. Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido. 3. Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición.»

³⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f39be97adabe8df/20140307>

⁴⁰ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a8c15e5db96227d1/20200128>

⁴¹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/829b9b0d19cda75d/20191122>

⁴² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/81df8aa5c836db1d/20191211>

⁴³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/67b57fd5c8ef1951/20210318>

⁴⁴ Art 10 LETT: «El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición».

⁴⁵ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fba8e2762990053f/20201015>

[núm. 728/2020]⁴⁶) puesto que la empresa usuaria tan solo puede recurrir a la ETT para contratar a sus trabajadores y trabajadoras temporales en los supuestos previstos en el art. 15 ET, pero no puede hacerlo para cubrir una actividad de carácter fijo discontinuo y, por consiguiente, indefinida. En estos casos estaremos ante una situación de cesión ilegal de mano de obra.

Además, por ser las únicas acreditadas para ceder personas trabajadoras a otras empresas, requieren autorización administrativa previa al inicio de la actividad, tal y como se dispone en el artículo 2 de la LETT⁴⁷.

La STS 10 de junio 2003 (rec. 1783/2002)⁴⁸ asegura que se incurre en una cesión ilegal de trabajadores cuando la ETT actúa sin autorización administrativa para un ámbito geográfico. Esta doctrina se ha aplicado también en las STSJ Andalucía, Sevilla de 29 de febrero de 2012 (núm. 696/2012)⁴⁹.

STSJ Andalucía, Sevilla de 29 de febrero de 2012 (núm. 696/2012): necesidad de Autorización Administrativa previa

«El TS en STS de 10-6-2003 (RJ 3827) expresó que "el artículo 2.1 y 2 de la Ley 14/1994 ya citada, en cuanto exige a las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad de las empresas de trabajo temporal, reguladas en dicha Ley, que obtengan autorización administrativa previa, justificando ante el órgano administrativo competente el cumplimiento de determinados requisitos; por su parte, el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores solamente permite la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando se efectúe a través de empresa de trabajo temporal, debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Cuando se celebren contratos de puesta a disposición al margen de esos preceptos y sin cumplir con las exigencias legales, las empresas incurren en responsabilidad.»

La cesión ilegal de trabajadores en los grupos de empresas

Los grupos de empresas consisten en dos o más entidades jurídicamente independientes o autónomas, pero que actúan en sus relaciones de intercambio de manera integrada, adoptando decisiones en común y pudiendo con ello llegar a crear la apariencia de un único ámbito de organización y gestión⁵⁰.

La diferenciación entre «grupo de empresas mercantil» y «grupo de empresas a efectos laborales» o «grupo de empresas patológico» resulta fundamental. La jurisprudencia asegura que el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral exige la presencia de una serie de factores relativos a la organización del trabajo (STS 16 de julio de 2015 [rec. 312/2014]⁵¹; STS 20/10/2015 [rec. 172/2014])⁵²; STSJ Andalucía,

⁴⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fba8e2762990053f/20201015>

⁴⁷ Art 2 LETT: «Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal deberán obtener autorización administrativa previa. La autorización será única, tendrá eficacia en todo el territorio nacional y se concederá sin límite de duración».

⁴⁸ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cc0905e599e2c31c/20050616>

⁴⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f6859fa5347bde2a/20120416>

⁵⁰ El Servicio de Estudios de la Confederación de UGT realizó un análisis en profundidad sobre los grupos de empresas y el despido colectivo: <https://servicioestudiosugt.com/despido-colectivo-y-grupo-de-empresas/>

⁵¹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/638a585cc4c2cfdb/20150904>

⁵² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/117610a086be9451/20151228>

Granada de 18 de octubre de 2018 [núm. 2394/2018]⁵³; (STS 21/5/2014 [rec.182/2013]⁵⁴; entre otras) como son:

- ⇒ el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo;
- ⇒ prestación de trabajo común, simultáneo o sucesivo en favor de varias de las empresas del grupo;
- ⇒ la confusión patrimonial;
- ⇒ la unidad de caja;
- ⇒ la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa "aparente"; y el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

La definición de grupo de empresas patológico genera la responsabilidad solidaria de todas las empresas componentes. Ahora bien, cuando no existe tal fraude ni abuso, la terminología adecuada es «empresas de grupo» (STS 21/11/2019 [rec. 103/2019]⁵⁵; SAN 20/4/2021 [núm. 79/2021]⁵⁶).

La calificación como grupo de empresas requiere un análisis que valore las circunstancias de cada caso (SSTS 27 de mayo de 2013 [rec. 78/2012]⁵⁷; 26 de octubre de 2016 [núm. 892/2016]⁵⁸; entre otras) en donde se destacan una serie de criterios⁵⁹.

STS 21 de noviembre de 2019 (núm. 798/2019): lato sensu de criterios

«Que el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad.»

La prestación de servicios de forma indiferenciada en empresas que pertenezcan al mismo grupo no es ilícito⁶⁰ *a priori*. Para poder apreciar cesión ilegal entre las empresas de un grupo «*habrá de resultar acreditado que los intercambios que han tenido lugar en el seno del grupo, tuvieron una finalidad interpositiva, y que lejos de obedecer a un criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica, responden a un actuar*

⁵³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6cad4c85eba9298c/20190128>

⁵⁴ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bfcdaaae5ce675e3/20140807>

⁵⁵ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c747c2a54f8c5e89/20200124>

⁵⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4b3c63613e306554/20210518>

⁵⁷ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4c193387853b1062/20130730>

⁵⁸ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a412cb5e5ebd9de5/20161119>

⁵⁹ No es la cotitularidad la que va determinar la existencia de un grupo de empresas laboral sino la concurrencia de los requisitos que a continuación (...), bajo la base del predominio de la teoría del fraude (PEREZ CAPITAN, L. *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, 2020).

⁶⁰ En este sentido, la STS 26 de noviembre de 1990 (rec.117/1990).

fraudulento del grupo, limitativo de los derechos laborales del trabajador» (STSJ Asturias 15/5/2015 [núm. 933/2015]).

Consecuencias de la cesión ilegal

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, en sus apartados 3 y 4, fija las consecuencias de la cesión ilegal de los trabajadores:

- ⇒ Las empresas, cedente y cesionarias, responden 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.
- ⇒ Las personas trabajadoras perjudicadas por la cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijas, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. No se permite la distinción de condiciones laborales con respecto a otros trabajadores de la empresa cesionaria. Si una de las empresas fuera ficticia, se deberá entender que el empleado lo era de la empresa real desde el principio (STS 3 de febrero de 2000 (núm. 1430/1999⁶¹).

La responsabilidad solidaria

El artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores establece la principal consecuencia de las cesiones ilegales de trabajadores y trabajadoras como es la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario en cuanto a las deudas contraídas. En este sentido la STSJ Canarias de 27 de diciembre de 2018 (núm. 1292/2018⁶²); STSJ Murcia de 4 de septiembre de 2019 (núm. 935/2019⁶³) o STSJ Andalucía de 19 de diciembre de 2018 (núm. 3632/2018)⁶⁴.

En el marco de un despido, si la empleadora decidiese indemnizar en vez de readmitir al trabajador⁶⁵, responderían ambas empresas solidariamente del pago de la indemnización, así como también, de las consecuencias y efectos que se pudieran derivar del despido. Además, en el caso de que se declare nula la extinción y deba efectuarse la readmisión, no queda exonerada la empresa no seleccionada con respecto al resto de responsabilidades económicas (STS 15 de octubre de 2019 [núm. 711/2019]⁶⁶).

STS 17 de marzo de 2015 (núm. 381/2014): condiciones en la empresa integrante

«El salario que corresponde al trabajador que opta por integrarse en la empresa cesionaria es el que colectivamente se haya pactado para otro trabajador de igual categoría profesional y antigüedad, no el que pudiera haber percibido en la empresa cedente». (SSTS 09/12/09 -rcud 339/09 - y 06/07/12 - rcud 2719/11).

⁶¹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a0422d770834700/20040515>

⁶² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08ef627ae3b43357/20190424>

⁶³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5afe042378bbd510/20191003>

⁶⁴ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fdede7b3b06127fd/20190205>

⁶⁵ En virtud de la facultad que le concede el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d17574cf4c572bb1/20191125>

La responsabilidad solidaria también opera a efectos de Seguridad Social. Ambas empresas responderán tanto de deudas como de prestaciones sociales⁶⁷ generadas durante la cesión de mano de obra. Si una de las empresas fuese una ETT, lo dispuesto sería igualmente aplicable en virtud del artículo 16.3 de la Ley de ETT.

La responsabilidad solidaria de cedente y cesionario no se exime ni se limita porque el trabajador haya ejercitado la opción de fijeza en la cesionaria. (STS núm. 414/2021, de 20/04/2021).

El derecho de opción del trabajador cedido

El derecho de opción es consecuencia directa de la cesión ilegal de personas trabajadoras. Además, las condiciones de tal trabajador serán las propias de la empresa donde haya elegido tener la condición de fijo. En este sentido, las SSTs 13 de octubre de 2020 (núm. 893/2020)⁶⁸; 17 de marzo de 2015 (rec. 381/2014)⁶⁹.

En el caso de que la empresa cedente sea una Administración Pública y el trabajador decidiese adquirir la condición de indefinido en la misma, la jurisprudencia ha establecido que ello significaría una vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. No obstante, se permite que el trabajador adquiera la condición de **indefinido no fijo** (SSTS 7 de octubre de 1996 [rec.3307/1995]⁷⁰; 14 de diciembre de 2009 [rec. 1654/2009]⁷¹, STSJ La Rioja 26 de septiembre de 2019 [núm. 171/2019]⁷²).

La antigüedad computará desde el inicio de la cesión ilegal o, en el caso de que se dé una concatenación de contratos temporales, se deberá de estudiar si hay unidad esencial del vínculo entre las relaciones laborales. De ser así, se retrotraerá la antigüedad al inicio de la primera relación (STS 21 de septiembre de 2017 [núm. 703/2017]⁷³; STSJ Galicia 13 de octubre de 2014 [núm. 4993/2016]⁷⁴).

El despido previo a la declaración de cesión ilegal

En los casos en los que se ha extinguido la relación laboral por medio de un despido, se requieren diferentes matizaciones:

- ⇒ El despido no es calificable como nulo por el hecho de haberse producido en el marco de una cesión ilegal⁷⁵. Es decir, la cesión ilegal no interfiere en la

⁶⁷ El artículo 168.2 de la Ley General de Seguridad Social asegura que esta responsabilidad también afecta al pago de las prestaciones, sin perjuicio de otras responsabilidades.

⁶⁸ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3f53e8cb872b80eb/20201113>

⁶⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4937959c49f438ba/20150420>

⁷⁰ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f55a8db01f55b846/20040515>

⁷¹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/deafb08d2eb66912/20100204>

⁷² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7e5e9545bdb1abc/20191011>

⁷³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a47d9835ec2bd8dc/20171020>

⁷⁴ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f6009c51b5225d7f/20141211>

⁷⁵ Debiendo de calificarse como improcedente o nulo por otras causas tasadas en el Estatuto de los Trabajadores.

calificación del despido el cual, se declarará procedente, improcedente o nulo por otros motivos (STS 22 de enero de 2019 [núm. 36/2019]⁷⁶).

- ⇒ El derecho de opción de la empresa de readmitir a la persona trabajadora o pagar la correspondiente indemnización es posterior a la decisión de la misma con respecto la fijeza en una de las empleadoras⁷⁷. En este sentido las SSTs 20 de abril de 2021 (núm. 414/2021)⁷⁸; 31 de mayo de 2017 (núm. 462/2017)⁷⁹.
- ⇒ Una vez declarado el despido como improcedente, los módulos salariales de cálculo de la indemnización por despido improcedente, se determina en función del salario correspondiente de la empresa elegida por el trabajador (STS 16 julio 2020 [núm. 662/2020]⁸⁰).
- ⇒ Se requiere que la relación laboral esté viva en el momento en que el trabajador ejercita la acción para la declaración de la existencia de cesión ilegal (STS 21 de junio de 2016 [núm. 552/2016]⁸¹; 31 de mayo de 2017 [núm. 463/2017]⁸²). Sin embargo, cuando se produce el despido de la persona trabajadora mientras subsiste la cesión, se permite invocar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de ambas empresas (STS 19 de mayo de 2020 [núm. Núm. 362/2020]⁸³).
- ⇒ La fecha determinante con respecto a lo anterior se corresponde con la interposición de la papeleta de conciliación y no a la demanda (STS 28 de febrero de 2018 [núm. 226/2018]⁸⁴; 14 de enero de 2020 [núm. 20/2020]⁸⁵; SAN 30 de diciembre de 2020 [núm.133/2020]⁸⁶).

⁷⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8391ded80940a3ea/20190220>

⁷⁷ La STS 20.4.2021 (núm.414/2021) asegura que «la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa – o “prejudicial interna”».

⁷⁸ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/59244b24d5fed9dd/20210510>

⁷⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c04b727e116d4a29/20170630>

⁸⁰ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a7b1669a71c92202/20200810>

⁸¹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/37a51adb6200b874/20160727>

⁸² <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b64bdde87d5f5f0b/20170616>

⁸³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cc82a213d4927a61/20200626>

⁸⁴ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d65391e78199f4f2/20180323>

⁸⁵ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2a6296788ccfe17f/20200217>

⁸⁶ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c79268a95d497963/20210211>

La doctrina judicial es una parte fundamental del derecho vivo. Las resoluciones judiciales son la expresión más clara y precisa de los conflictos existentes entre las empresas y las personas trabajadoras. Con esta colección, se dan a conocer de forma sintética, clara y rigurosa, los últimos y más importantes criterios acerca de cuestiones o ámbitos de interés para los protagonistas de un conflicto o para aquellos que desean conocer el estado de alguna cuestión referida a las materias abordadas. Nuestra intención es poner a disposición de todas las personas los criterios de mayor relevancia para su adecuado uso.

UGT

