

DERECHO LABORAL – CASO PRÁCTICO N° 3

En el presente caso se dan diversas relaciones juríco-laborales, la primera de ellas es la relación laboral entre Dña. Elena y la empresa E.S.A, y la segunda la relación entre Dña. Elena y el Cabildo, ambas situaciones se dan en fraude de ley dado que infringen diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores.

Analicemos cada una de estas situaciones:

- El contrato celebrado entre Dña. Elena y la empresa E.S.A. es un contrato temporal para obra o servicio determinado.

El mismo, aparece regulado en el art. 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y desarrollado por el real decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, en cuyo art. 2.2 a) establece que dicho contrato *deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto.*

Considerando el hecho probado de que el objeto del contrato celebrado por Dña. Elena, según figura en la cláusula 7ª era obra o servicio determinado, tenemos una primera infracción legal, dado que no especifica qué actividad con autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa va a desarrollar aunque determine como categoría profesional la de educadora.

Por tanto, ya tendríamos como consecuencia que el contrato temporal celebrado por Dña. Elena en fraude de ley, se convertirá en un contrato ordinario de carácter indefinido, dado que en el mismo no especifica la causa de la temporalidad, en tal sentido se ha pronunciado la Sala 4ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998\2682), que dice textualmente que *«la Sala sigue manteniendo lo que ha sido doctrina constante suya de que **un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de los límites establecidos en su regulación propia de carácter necesario constituye una relación laboral indefinida**».*

El mismo se llevó a cabo se llevó a cabo sin atenderse a las exigencias garantistas de **que en el contrato se haga constar** la clase del mismo y **la causa de la contratación como ha exigido para la validez de un contrato temporal reiterada jurisprudencia** del Tribunal Supremo, entre las que cabe mencionar las sentencias 26 de marzo de 1996 (RJ 1996\2494) o 14 de marzo de 1997 (RJ 1997\2467).

- En segundo lugar, se trata de determinar si la prestación de servicios de Dña. Elena para el Cabildo Insular es una subcontrata de obras y servicios, regulada en el art. 42 del ET o, si por el contrario, se trata de una cesión ilegal del art. 43 del citado cuerpo legal, dado que la empresa que pone a disposición del Cabildo a Dña. Elena, no es una empresa de trabajo temporal y, por tanto no está legalmente autorizada a ceder temporalmente trabajadores.

Según el relato de hechos probados, mientras que Dña. Elena percibía su salario de la empresa E.S.A., por contra, recibía las instrucciones y órdenes del Area de Asuntos Sociales del Cabildo a la cual estaba adscrita; desempeñaba las mismas funciones que los trabajadores del Cabildo; este Organismo se encargaba de coordinarle los turnos, los horarios y las vacaciones; incluso el material que utilizaba Dña. Elena para la realización de su prestación laboral era propiedad del Cabildo.

De estas notas se evidencia la clara existencia de una cesión ilegal, puesto que si se tratara de una subcontrata de obra o servicio (art.42 ET), a la empresa E.S.A. correspondería, entre otras, dar las órdenes e instrucciones a Dña. Elena. Así como aportar el material, etc.

Según señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 25/10/99 (EDJ 1999/34361), los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente, suelen surgir cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una

infraestructura propias. En tales casos, debe determinarse la concurrencia de otras notas.

A la concurrencia de esas otras notas, también se refiere, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 17/01/2002 (RJ 2002/3755), que en su Fundamento de Derecho 5º al decir que *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 orientador, entre los que cabe señalar: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista.*

En nuestro caso ha quedado probado que la empresa contratista es una empresa real con su propia infraestructura y organización. Por ello, según la citada sentencia, se debe atender a la jurisprudencia unificadora que viene a decir, entre otras, en la SSTS de 19/01/94 –recurso 3400/92 (EDJ 1994/242) que no es sólo determinar que la empresa cedente existe realmente, sino analizar en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como verdadero empresario, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si esta no se pone a contribución de la cesionaria, es decir, si la empresa cedente se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial.

Según la jurisprudencia reseñada del TS de 25/10/99, la descentralización productiva es generalmente lícita, es decir, el que una empresa (principal) prescinda de realizar una de sus actividades por si misma, limitándose a recibir y controlar el resultado de la ejecución por otra empresa (contratista), la cual a su vez se responsabiliza de la entrega correcta de los bienes o servicios, para lo cual aporta sus medios de orden personal y material, y organiza a sus operarios dirigiéndolos y controlándolos para que el resultado de su tarea cumpla el objeto del contrato. Si no es posible hacer esta distinción o no se lleva a cabo, y la empresa principal, en nuestro caso el Cabildo, organiza los trabajos a realizar y efectúa un control inmediato, directo y constante de la ejecución de la labor de Dña. Elena, entonces se puede decir que se ha pasado de una contrata a una mera provisión de mano de obra, siendo la empresa principal, quien directamente recibe los frutos del trabajo de Dña. Elena, ejerciendo el poder de dirección que correspondería a la empresa contratista (E.S.A.), por lo que habrá que apreciar que existe una cesión ilícita y no una contrata.

En idéntico sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 12/12/97 (RJ 1997/9315) al señalar que aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, 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 o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria.

De todo lo anterior, podemos afirmar que E.S.A., supuesta contratista no ha dado las órdenes e instrucciones a Dña. Elena para la realización de su prestación laboral, no coordinaba sus horarios, turnos o vacaciones, por tanto, no ha ejercido su poder de dirección; tampoco ha aportado medios materiales, sino que se ha limitado a poner a Dña. Elena a disposición del Cabildo, organismo que asumió el poder de dirección y organización durante toda la relación laboral, siendo un claro supuesto de cesión ilegal de mano de obra, sin que esta conclusión se desvirtúe –como señala la sentencia anteriormente citada– por el hecho de que la empresa contratista E.S.A. le abonara el salario a Dña. Elena.

En tal caso, y en aplicación del art. 43 apartado 2 del ET tanto E.S.A. como el Cabildo responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con Dña. Elena y con la Seguridad Social, en caso de que existieran, sin perjuicio, como se señaló al principio, de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

En aplicación del art. 8.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RD 5/2000 de 4 de

agosto) la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente (art. 43 ET) constituye una infracción laboral muy grave.

En este caso no cabe hablar de responsabilidad penal, pero el Código Penal tipifica en su art. 312, la cesión ilegal de mano de obra como un delito contra los trabajadores, hecho que viene a confirmar la importancia de la prohibición del art. 43 ET.

En cuanto a la consecuencia para Dña. Elena de que exista una cesión ilegal y no una contrata de obra o servicio determinado es que, en aplicación del apartado 3º del art. 43 del citado texto legal, tendría derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente (E.S.A.) o en la empresa cesionaria a su elección, pero al tratarse de una Administración Pública, no podría adquirir la condición de trabajador fijo, dado que reiterada jurisprudencia ha venido afirmando que en el caso de que un trabajador sea sujeto pasivo de una cesión ilegal desde una empresa concesionaria de servicios contratados por una Administración Pública no tendrá derecho a adquirir la condición de fijo en dicha administración, sino que su contrato adquiere la condición de indefinido en cumplimiento tanto de la ley del Contrato de las Administraciones Públicas como de nuestra Norma más fundamental, la Constitución.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 12/03/02 (EDJ 2002/10313) rec. 1271/2001, al señalar que *No se reconoce la condición de "fija" porque el empresario demandado es una Corporación Municipal y se aplica la doctrina establecida respecto de los trabajadores aparentemente temporales de las Administraciones Públicas, a los que se califica como temporalmente **indefinidos**, pero no fijos, limitación establecida para cumplir el mandato constitucional de que el acceso a los puestos de empleo público se realice con respeto de los principios de legalidad, de mérito y de igualdad de oportunidades.*

En el caso de Dña. Elena se han declarados como probados unos hechos de los que se desprende que se dan todos los elementos propios de la cesión ilegal de trabajadores, cuales son los de que el servicio se preste sin los medios materiales de la empleadora aparente "E.S.A." –que se limita a ceder los medios personales, y teniendo también la cesionaria Cabildo Insular de Gran Canaria la dirección diaria de la actividad.

No cabe reconocer la fijeza en las Administraciones Públicas en supuestos de contratación irregular, ni siquiera en casos de cesión ilegal, tal como ha determinado la Sala 4ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2001 (Recurso núm. 1914/00) (EDJ 2001/7418)

Para llegar a esta solución se tiene que partir del artículo 19 de la Ley 30/1984, de reforma de la Función Pública que establece que las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad."

Este precepto que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución, entendida aquélla en sentido amplio –como empleo público– y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución). Por su parte, el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, en la redacción de la Ley 23/1988 , establece que con carácter general los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas han de desempeñarse por funcionarios con las únicas excepciones que menciona el párrafo segundo de este precepto (puestos no permanentes, actividades propias de oficios y de vigilancia y custodia, puestos de carácter instrumental en áreas específicas, los correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios con preparación

específica y los puestos de trabajo en el extranjero).

El artículo 19 de la Ley 30/1984 fue desarrollado en el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, aprobado por el Real Decreto 2223/1984, que dedica su Título III a la selección de personal laboral fijo y que, en su artículo 32, autoriza la contratación temporal de personal laboral para realizar trabajos que no puedan ser atendidos por personal fijo, si bien hay que precisar que dado el carácter temporal del vínculo y la urgencia de la contratación se aplican en estos casos procedimientos de selección más flexibles que han de determinarse por el Ministerio competente.

Estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público. En este sentido la sentencia de 4 de abril de 1990 ya señaló que en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos –el laboral y el administrativo– que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios. El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada.

El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales.

Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan.

Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial en atención a las razones a que se ha hecho referencia. Así lo apreció también el Tribunal Constitucional en el auto 858/1988, de 4 de julio, que afirma que "es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración".

En igual sentido, en sentencia de fecha 7/05/2001, rec. 295/2001 (EDJ 2001/35342) el TSJ de Castilla y León (Burgos), desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el ayuntamiento demandado contra sentencia recaída en autos sobre cesión ilegal de trabajadores. La Sala señaló que la empresa codemandada contrató a la actora para que prestase servicios en el ayuntamiento y para llevar a cabo los sucesivos proyectos, consistiendo la intervención de dicha empresa en la prestación de tales servicios, en proporcionar la mano de obra, sin que ejerza poder directivo sobre la demandante ni aporte infraestructura organizativa para la

prestación de dichos servicios, conclusión que no queda enervada por la circunstancia de que sea la empresa quien abone a la actora su salario y exista en la misma una coordinadora que se encargue de la tramitación de las altas y bajas laborales de los trabajadores, pues ello supone una escasa incidencia dentro de la relación, siendo por todo ello por lo que ha de concluirse que nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal –artículo 43.1 ET–, y si bien los efectos que produce la misma, son los determinados en el apartado 3 del artículo 43 ET, como quiera que la cesionaria es un ayuntamiento, y en consecuencia un ente de la Administración, los efectos no pueden consistir en poder optar por la condición de fijos, sino de indefinidos.

Asimismo el Tribunal Supremo ha establecido en Sentencia de 7 de octubre de 1.996 (ED La contratación laboral en la Administración pública, al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad, impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato por tiempo indefinido."

Por tanto, corresponderá a Dña. Elena elegir que dicha readmisión se produzca en la empresa E.S.A. o en el Cabildo y en este último caso como contratado laboral indefinido.

J 1996/6654) que: