

LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y SU DELIMITACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS CONTRATAS

LARA M. MUNÍN SÁNCHEZ

Juez Sustituta. Doctora en Derecho

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMEN: Este artículo trata de clarificar el concepto de la cesión ilegal de trabajadores y su distinción de las legítimas contratas, que es la figura a través de la que más frecuentemente se intenta disimular. Todo ello a la luz de la más reciente doctrina jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Cesión ilegal. Contratas. Empresario aparente. Jurisprudencia. Externalización.

ABSTRACT: This article is of clarifying the concept of the unlawful loaning of workers and its distinction of legitimate contracts, which is the figure used most often for trying to conceal it. All of this in the light of the most recent jurisprudential doctrine.

KEYWORDS: Unlawful loaning of workers. Contracts. Apparent Employer. Jurisprudence. Outsourcing.

SUMARIO: I. DOCTRINA GENERAL SOBRE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: 1. Los diversos supuestos de interposición. 2. Las características de la institución. II. EL EMPRESARIO APARENTE. III. LA DELIMITACIÓN ENTRE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS LEGÍTIMAS.

I. DOCTRINA GENERAL SOBRE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

1. La cesión ilegal de trabajadores nos sitúa ante el supuesto de una empresa que necesita contratar trabajadores, pero no quiere ampliar plantilla; para solventar la situación, estipula con otra empresa una contrata simulada o ficticia de obras o servicios que le permite emplear los trabajadores de la contratista ficticia, que los cede para que trabajen en sus instalaciones sin contratarlos¹. Esta institución amparada a través del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, en definitiva, está íntimamente relacionada con la prestación de servicios a través de contratas y subcontratas –para lo que nos interesa a los fines de este trabajo–; esto es, incide sobre el tema de la lícita externalización de servicios por parte de las empresas (el llamado «outsourcing»²). Y es lo que, precisamente, se recoge en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: «1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la *cesión ilegal de trabajadores* contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores *responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social*, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. 4. *Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria*. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal».

En realidad, en el precepto estatutario se contempla el supuesto de la interposición laboral, aquélla en la que la ilícita cesión se logra a través de varios negocios jurídicos coordinados: en primer lugar, debe existir un acuerdo entre los dos empresarios –el real y

1 Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 128.

2 Literalmente, subcontratar. Es el uso de recursos exteriores a la empresa para realizar actividades tradicionalmente ejecutadas por personal y recursos internos. En definitiva, una estrategia de gestión por medio de la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades a otras empresas externas.

el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. En segundo lugar, ha de concurrir un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; porque debe aparentarse una relación laboral externa al verdadero empleador para eludir la imputación de responsabilidades a éste. Y en tercer lugar, siempre está presente un contrato efectivo de trabajo entre el trabajador cedido y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Por ejemplo y para lo que interesa en este trabajo, una contrata de obra o servicios o una encomienda realizada por una Administración Pública. En definitiva, la finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías³.

1. Los diversos supuestos de interposición

2. La lectura del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores nos proporciona las claves para entender los distintos negocios jurídicos articulados para lograr la efectividad del tráfico ilícito, pero también permite delimitar *dos tipos de interposición descritos por la jurisprudencia*. El punto de partida debe ser la idea de que no toda cesión es necesariamente fraudulenta o tiene que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales. Y precisamente por ello se ha previsto la opción del artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores; precepto en el que, bajo el concepto común de cesión, se regulan en realidad fenómenos distintos, pudiendo distinguirse, de una parte, las cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente; y, de otra parte, las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio, con finalidad directamente defraudatoria⁴.

La primera posibilidad, por tanto, es aquella en la que el fenómeno de interposición se produce entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios⁵; en otras palabras, ambas empresas tienen personalidad y actuación efectiva en el tráfico jurídico-empresarial y se transmiten o prestan trabajadores fuera de los cauces legales. Dentro de ella, podríamos identificar la que se puede calificar como *cesión sobrevenida*, en la que el acuerdo surge con posterioridad a la contratación de los trabajadores, de tal forma que éstos no se contratan con la intención prevista de cederlos, sino que se produce después por diversas causas. Sobre el particular, el Tribunal Supremo afirma que «[...] pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es

3 Sobre el fenómeno de progresivo deterioro de las condiciones de trabajo, puede consultarse con profundidad a OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho de Trabajo*, 1ª edición, La Ley (Madrid, 2010), págs. 117 y siguientes.

4 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 30/11/05 –rec. 3630/04–; 14/03/06 –rec. 66/05–; y 17/04/07 –rec. 504/06–.

5 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 14/09/01 –rec. 2142/2000–; 17/01/02 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 3755–; y 17/12/01 –rec. 244/2001–.

necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio»⁶.

La segunda gran posibilidad estaría integrada por aquellos supuestos en los que la empresa cedente carece de patrimonio, estructura productiva o, incluso, actividad alguna en el tráfico jurídico-empresarial, puesto que, «[...] como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial»⁷. Es menos frecuente, pues es más fácilmente detectable, aunque ello no significa que no existan en la práctica jurídica.

3. De ese elenco debe descartarse, como supuesto lícito, la *válida circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo*, siquiera se apliquen por analogía las previsiones del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores⁸ y, por tanto, deba analizarse en cada caso si aquella es válida o no. De todas formas, esa circulación no es infrecuente y puede adoptar distintas variantes que ofrecen soluciones distintas⁹: una primera sería que la prestación laboral se realice de manera simultánea y alternativa a varias sociedades del grupo; es lo que se llama *plantilla única*. Una segunda sería que la prestación se realice de manera sucesiva a varias sociedades del grupo, a través de un mecanismo de *puesta a disposición*, que sería la única que plantea serias dudas sobre su exclusión del ámbito de aplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰. Y por último, nos podríamos encontrar con el traspaso de un trabajador de una a otra de las empresas del grupo y donde la cesionaria asuma formalmente la condición de empleador, bien subrogándose en dicha posición, bien mediante sucesivos contratos de trabajo.

2. Las características de la institución

4. Dentro de las características de la institución podrían darse entrada tanto a los elementos conformadores de la cesión ilegal como a los efectos que se derivan de apreciar la concurrencia de una cesión ilegal. Éstos estarían integrados por la persistencia de las cláusulas contractuales, los efectos salariales, obligaciones de Seguridad Social, etc., que

6 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 20/07/07 – rec. 76/06–.

7 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 03/10/05 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 7333–; 30/11/05 –rec. 3630/04–; 17/04/07 –rec. 504/06–; y 20/07/07 – rec. 76/06–.

8 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 23/01/02 –rec. 1759/01–; 04/04/02 –rec. 3045/01–; 04/07/06 –rec. 1077/05–; y 28/09/06 –rec. 2691/05–.

9 Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T., *Compendio de Derecho del Trabajo Tomo II*, 5ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), pág. 62 a 64.

10 Sobre esta cuestión y la doctrina jurisprudencial, puede consultarse *in extenso* ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T., *Derecho del trabajo (Tomo II)*, 4ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), pág. 92 y 93.

exceden con creces del objetivo de este artículo científico¹¹. Por ello, en este epígrafe se van a examinar tan solo aquellos puntos que se erigen en identificadores del tráfico ilícito de trabajadores: la inexistencia de puesta en juego de la organización por parte del aparente empresario cesionario, la irrelevancia de la realidad empresarial y la esencialidad de la actuación empresarial.

(1) *La inexistencia de puesta en juego de la organización.* La esencia de la cesión no se centra tanto en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización como en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia¹² o, en otras palabras, a «suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial»¹³. Porque la cesión ya no se contempla –a diferencia de sus primeros momentos– como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias, sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales¹⁴.

(2) *La irrelevancia de la realidad empresarial.* Aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros, que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas¹⁵. Dicho de otra forma e insistiendo en la idea ya expresada, el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio¹⁶.

11 Aparte de la regulación legal, podrían citarse diversos trabajos que abordan estas cuestiones; a modo de ejemplo: GALA DURÁN, C., «La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial», en *Temas Laborales*, núm. 66 (2002), págs. 377 a 422; LASAOSA IRIGOYEN, E., «Cesión ilegal de trabajadores y garantía de indemnidad», en *Aranzadi Social*, núm. 3 (2007), págs. 3011 a 3015; SEMPERE NAVARRO, A. V., «¿Un pleito colectivo sobre posible cesión ilegal de trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio 2007, rec. 5234/2004 (RJ 2007, 7502)», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7 (2007), págs. 453 a 495; o MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., «Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores», *Aranzadi Social*, núm. 20 (2009), págs. 115 a 147.

12 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 27/12/02 –rec. 1259/02–; 16/06/03 –rec. 3054/01–; y 11/11/03 –rec. 3898/2002–.

13 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 03/10/05 –rec. 3911/04–; 30/11/05 –rec. 3630/04–; y 14/03/06 –rec. 66/05–.

14 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 24/04/07 –rec. 36/06–; 21/09/07 –rec. 763/06–; y 26/09/07 –rec. 664/06–.

15 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 16/06/03 –rec. 3054/01–; y 14/03/06 –rec. 66/05–.

16 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 12/12/97 –rec. 3153/1996–; y 24/04/07 –rec. 36/06–.

(3) *La esencialidad de la actuación empresarial*. La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, el elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión, si se llega a la conclusión de que aquél no era más que un delegado de la empresa principal¹⁷. En este punto se puede destacar que, según la línea jurisprudencial más reciente dictada con respecto a las encomiendas suscritas por Administraciones Públicas, la presencia de mandos intermedios de la empresa cedente no es un dato relevante para descartar la existencia de una cesión ilegal, cuando haya habido una abdicación por parte de la empresa contratista de sus facultades empresariales y *el propio mando intermedio aparece cedido*¹⁸.

II. EL EMPRESARIO APARENTE

5. En realidad, lo que subyace en toda cesión ilegal de trabajadores con respecto a la aparente contratista e integra la esencia de la institución es la inexistencia de facultades empresariales por su parte. Dicho de otra forma, es un *simple empresario aparente* para lograr dar verosimilitud a la inexistente contrata, cuando no es nada más que un sujeto interpuesto entre el verdadero empresario y sus trabajadores. Y no es empresario quien asume tal cualidad nominalmente y actúa como contratista interpuesto, sino el empresario comitente, porque «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal»¹⁹.

Cuando se haya procedido de esta forma, esto es, mediante una simulación de la contrata, no sería necesario ya la aplicación del artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores²⁰, porque –como ya se ha dejado indicado al tratar los diversos supuestos de interposición– «debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial» y «las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento»²¹. Además, el derecho de opción reconocido en el artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores parte del presupuesto de que el empleador cedente debe tener entidad real, pues «cuando fuera mera apariencia, mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador

17 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 17/01/02 –rec. 3863/00–; 16/06/03 –rec. 3054/01–; y 14/03/06 –rec. 66/05–.

18 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 27/01/11 –rec. 1784/10–.

19 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 17/07/93 –rec. 1712/92–; 15/11/93 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 8693–; y 18/03/94 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 2458–.

20 Sobre el ejercicio de la acción de cesión ilegal y su análisis, véase más ampliamente DE CASTRO MEJUTO, L. F., *La acción constitutiva en los procesos laborales*, 1ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 179 a 183.

21 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 21/03/97 –rec. 3211/96–.

fijo en una empresa que no existe»²². El motivo es que, de no entenderse así, «la norma del art. 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de protección del trabajador, se convertiría paradójicamente en una norma de protección del negocio simulado»²³.

Además, en estos casos tampoco podría pretenderse la aplicación del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores para limitar los efectos temporales de las obligaciones del empresario real [ya mencionados], pues la opción prevista sólo tiene sentido cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva. En otro caso, la ruptura de la simulación debe permitir recuperar todos los efectos de la relación real sin ninguna limitación temporal, salvo las que puedan derivar de las normas sobre prescripción²⁴.

III. LA DELIMITACIÓN ENTRE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS LEGÍTIMAS

6. Uno de los problemas cruciales a los que se enfrenta el intérprete al tratar de delimitar la ilegal cesión temporal de trabajadores y las legítimas contrata y subcontrata es la ausencia de unos límites claros entre ambas instituciones, más allá de las presunciones contempladas en el párrafo segundo del artículo 43 ET²⁵; que –en realidad– vienen a constatar la existencia de meros testaferros o empresarios ficticios. Ha tenido que ser la doctrina jurisprudencial²⁶ quien haya ido cercenando las conductas abusivas; es más, ese párrafo recoge lo que se había mantenido por la jurisprudencia con anterioridad: en una etapa inicial, se declaraba que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista era una empresa ficticia o aparente²⁷. En una segunda etapa, se mantenía que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio²⁸, pues «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial»²⁹. Y en una final, se afirma ya que «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes

22 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 17/01/91 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 58–.

23 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 21/03/97 –rec. 3211/96–; y 03/02/00 –rec. 1430/99–.

24 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 21/03/97 –rec. 3211/96–.

25 «En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario» (art. 43.2 ET).

26 Sobre este aspecto, puede mencionarse a ÁLVAREZ ACEITUNO, C., «Configuración jurisprudencial de la cesión ilegal de trabajadores», en *Iuris*, núm. 152 (2010), págs. 35 a 39.

27 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 17/07/93 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 5688–; 11/10/93 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 7586–; y 18/03/94 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 2548.

28 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 19/01/94 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 352–.

29 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 12/12/97 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 9315–.

sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal»³⁰.

Aunque esas etapas hayan tendido a delimitar ambas instituciones³¹, lo cierto es que –en ocasiones– pueden presentarse dificultades insalvables, porque el marco económico y empresarial ha ido complicando la casuística³². Sólo ha de pensarse en el supuesto de que la contrata se concrete en una prestación de servicios que tenga lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria [en su propio centro de trabajo, lo cual es frecuente], y que –además– esta situación se agrave, al emplear la contrata como medio formal para articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario. En dichas circunstancias será muy difícil distinguir el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido –como reflejo de aquellas fases– a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración³³, que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador; a saber: la justificación técnica de la contrata; la autonomía de su objeto; la aportación de medios de producción propios³⁴; el ejercicio de los poderes empresariales³⁵; la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva³⁶, etc.

Estos casuísticos criterios de valoración responden –en esencia– a la doctrina del *empresario efectivo*³⁷, debiendo considerarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general, sino en relación al trabajador concreto que la solicita³⁸. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas, que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita (regulada por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores); mientras que los casos de contratas

30 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 17/12/01 –rec. 244/01–.

31 Para un examen más completo de esa evolución, puede consultarse LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C, «Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores», en *Actualidad Laboral*, núm. 7 (2007), págs. 812 a 829.

32 Sobre esta cuestión, véase CUENCA ALARCÓN, M., «El impacto laboral de la nueva organización de la empresa: el ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 25, núm. 2 (2007), págs. 55 a 75.

33 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 14/09/01 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 582–; 17/01/02 –rec. 3863/00–; 16/06/03 –rec. 3054/01–; y 14/03/06 –rec. 66/05–.

34 Véase Sentencia del Tribunal Supremo 07/03/88 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 1863–.

35 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 12/09/88 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 6877–; 17/01/91 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 59–; y 19/01/94 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 352–.

36 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 17/01/91 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 59–; y 11/10/93 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 7586–.

37 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 30/05/02 –rec. 1945/01–.

38 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 12/09/88 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 6875–; y 19/01/94 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 352–.

ficticias de obras o servicios, que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores (prohibida y regulada por el artículo 43 del mismo texto legal). Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario ponderar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas³⁹.

En resumidas cuentas, se estará ante una legítima contrata, cuando las facultades conferidas a los responsables de la entidad económica cedida [a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario] permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario⁴⁰.

7. Como corolario, se puede recordar que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva –y así lo reconoce el artículo 42.1 ET⁴¹–; lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores⁴². Sin embargo, los límites de la lícita externalización están –tal y como se ha expresado a lo largo de este artículo– en no superar la sutil línea que la separa de la ilegal cesión temporal de trabajadores⁴³, pese a lo cual, se puede afirmar que este tráfico prohibido se revela –en expresión de algún autor⁴⁴– imparable por las ventajas que proporcionan a todos los intervinientes empresariales.

39 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 30/05/02 –rec. 1945/01–.

40 Son palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia 29/07/10, asunto C-151/09, al resolver una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español, sobre la transmisión a un Municipio de una actividad previamente ejercida, en interés de éste, por una persona jurídica de Derecho privado.

41 «1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos...» (art. 42.1 ET).

42 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 17/12/01 –rec. 244/01–.

43 Que hace ardua la tarea de distinguirlas; sobre el particular, véase HIERRO HIERRO, F. J., «La compleja delimitación de la frontera entre un caso de descentralización productiva lícita –la contrata– y la cesión ilegal de trabajadores: tres supuestos de cesión ilegal. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 10 septiembre 2004 (AS 2005, 206), País Vasco 21 diciembre 2004 (AS 2005, 209) y Comunidad Valenciana 13 enero 2005 (AS 2005, 207)», en *Aranzadi Social*, núm. 1 (2005), págs. 3126 a 3130.

44 Véase MOLERO MARAÑÓN, M. L., «Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores», en *Relaciones laborales*, núm. 2 (2006), págs. 589 a 625.