

**CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES DE UN COLEGIO
PROFESIONAL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA SALA DE
LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
GALICIA DE 24 DE MARZO DE 2008**

Jesús Vázquez Forno

*Profesor de Derecho del Trabajo. Director de la E.U. Relaciones Laborales
Universidade da Coruña.*

§1. Una reciente Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 marzo 2008¹ analiza un supuesto de cesión ilegal de trabajadores de un Colegio Profesional —el de Ingenieros Superiores de Galicia— a la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia, rechazando el recurso de suplicación que esta última interpuso frente a Sentencia dictada por un Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela de 19 noviembre 2007, por la que se declaró la existencia de la cesión y, por consiguiente, la relación laboral indefinida del actor con la Administración pública. El origen de este conflicto se encuentra en la celebración de sucesivos «Convenios de Colaboración» entre la Xunta de Galicia y el Colegio de Ingenieros Industriales para la realización de «estudios y análisis de actuaciones específicas en el sector industrial y energético, en la innovación tecnológica, la propiedad industrial, la calidad e innovación en la gestión y el diseño industrial», e indicando que su finalidad era la de «promover la especialización y profesionalización de los colegiados con la administración competente en la planificación y ejecución de programas industriales energéticos»². En el marco de estos convenios, el Colegio Profesional formalizó con el demandante —ingeniero industrial colegiado— sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio que, sin embargo, no se concretaba. El actor comenzó a prestar servicios en las propias dependencias de la Consellería de Innovación e Industria en Santiago de Compostela, cumpliendo la misma jornada laboral que los demás funcionarios públicos. Además, las vacaciones y permisos le eran concedidos por la Consellería, previa solicitud escrita al Subdirector General; los medios materiales (tales como ordenador, impresora y similares) eran proporcionados por el organismo oficial; e incluso aparece con nombre, apellidos y teléfono en el directorio telefónico de la intranet como personal adscrito al mismo. El trabajador realizaba funciones propias, ordinarias y habituales de la Consellería —que, ade-

1 Recurso número 529/08.

2 El primer Convenio de Colaboración entre la citada Consellería y el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales se firmó en 1999, y sucesivamente Addenda o nuevos convenios, sin solución de continuidad hasta el 31 diciembre 2007.

más, iban más allá de las previstas en el convenio de colaboración, puesto que, entre otros, atendía de forma personal y telefónica a los administrados—, y todas las tareas eran encomendadas y dirigidas por el Jefe de Servicio, por el Subdirector General y, en algún caso, directamente por el Director General —esto es, el cuadro de mandos en la Xunta—, sin que en ningún momento recibiera órdenes de su empleador. Por último, su remuneración procedía de los fondos entregados por la Xunta de Galicia al Colegio en virtud del citado acuerdo de colaboración.

§2. Sobre la base de todos estos hechos, la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia nos recuerda que la definición actual de la cesión ilegal de trabajadores —que se encuentra, como se sabe, en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores³— ha sido fruto de la incorporación a esta norma de la jurisprudencia sobre la materia⁴, que ha tratado de deslindar las figuras de la contratación de obras y servicios de la cesión de trabajadores⁵. Lo característico de la contratación de obras o servicios, o contrata⁶, es que el empresario contratista que asume el encargo debe aportar para su ejecución una auténtica organización empresarial que cuente con medios propios y se encuentre organizada, dirigida y coordinada por él mismo, y que por otra parte dicha organización se ponga en juego. Mediante la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos. La naturaleza jurídica pública o privada de las empresas o empresarios que intervienen no constituye obstáculo alguno para que se pueda declarar la existencia una cesión ilegal, «pues lo relevante es el resultado de la indagación respecto a las condiciones en que realmente se ha ejecutado la prestación de servicios», y la expresión «contrata y subcontrata» del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no se refiere solamente a contratos de obra o servicios de naturaleza privada. Una situación difícil de diferenciar tiene lugar cuando la descentralización productiva se concreta en una prestación de servicios dentro del marco de la empresa principal o arrendataria, lo que ha obligado a la doctrina judicial a la aplicación ponderada de diversos criterios valorativos de carácter complementario, tales como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propia, el ejercicio de poderes empresariales o la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto con relación a datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.). Además, aunque en general la cesión ilegal de trabajadores —o, sin eufemismos, el «tráfico de mano de obra»⁷— se produce mediante el uso de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial⁸, el acuerdo interpositorio tam-

3 Sobre este precepto, afirmando que los supuestos a los que se refiere «ocurren cuando una empresa necesita contratar trabajadores, pero no quiere ampliar plantilla», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 128.

4 Sobre esta «jurisprudencia tradicional», véase *ibidem*, págs. 128-129.

5 Recientemente, el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 junio, para la mejora del crecimiento y del empleo —luego convertido en la Ley homónima 43/2006, de 29 diciembre—, redactó el precepto en los siguientes términos: «En todo caso, se entiende que incurre en 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».

6 También denominada «descentralización productiva», y cuya declaración de licitud se encuentra respaldada por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 124-128).

7 Cfr. *ibidem*, pág. 128.

8 En efecto, lo habitual en estos casos es «estipular con otra empresa una contrata simulada o ficticia de obras o servicios, que le permite utilizar los trabajadores de la contratista ficticia, que esta última le cede para que trabajen en sus instalaciones, sin necesidad de contratarlos» (cfr. *ibidem*).

bién puede darse entre dos empresas reales, si el trabajador de una de ellas trabaja permanentemente para la otra, y bajo las órdenes de ésta. Lo relevante es que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza del trabajo⁹.

§3. En fin, llevada esta doctrina al caso concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia aprecia —desde el punto de vista del ejercicio de los poderes empresariales por parte del Colegio Profesional y de la Consellería de Innovación e Industria— que existe una clara cesión ilegal de trabajadores, tanto en lo que se refiere a la gestión empresarial mediata como inmediata¹⁰, puesto que sólo quedaba en manos del empleador formal (esto es, el Colegio Profesional) el abono del salario —y se presume que el poder disciplinario—, mientras que el resto era ejercido por la Administración. Por otra parte, dado que las funciones desarrolladas por el trabajador son las ordinarias y habituales de la Consellería, y exceden de lo previsto en el citado Convenio de Colaboración, se concluye que el contrato de trabajo por obra o servicio efectuado por el Colegio Profesional era un contrato simulado, siendo un contrato real el que unía al actor con la Administración demandada. El último fundamento jurídico de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia se dedica a rechazar el motivo que aduce la representación letrada de la Xunta de Galicia, relativo a una supuesta falta de acción por parte del demandante, argumentando que la relación que une al actor con la Xunta de Galicia no constituye —ni nunca podría llegar a constituir— un contrato de trabajo, sino en todo caso una relación jurídica funcionarial, dado que las funciones que desempeñaba están —a su juicio— reservadas para los funcionarios públicos, según los artículos 25.2 de la Ley de Función Pública de Galicia y 9.2 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. A criterio del Tribunal gallego, no impide la declaración de cesión ilegal —y, en consecuencia, de la condición de personal laboral indefinido del actor en la Xunta de Galicia— el hecho de que las funciones efectivamente realizadas fueran las correspondientes a personal funcionario, teniendo en cuenta que nunca va a poder adquirir la condición de funcionario público, al no haber superado el correspondiente proceso de selección y cumplir así los principios de mérito y capacidad que establece el artículo 103.3 de la Constitución. Lo relevante, en definitiva, son las condiciones de ejecución de la prestación de servicios, y que ésta fue realizada dentro del círculo rector y organizativo de la Administración pública, no sólo en los aspectos técnicos propios de los trabajos a desenvolver, sino también en lo que se refiere al poder empresarial más inmediato, sin ejercer el Colegio Profesional las funciones inherentes a todo empresario, y sin poner en juego su propia organización productiva.

9 La apreciación acerca de la existencia o no de cesión ilegal la ha situado la última doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo en el hecho de «suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial» (por todas, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 julio 1993 [Recurso núm. 1712/92], de 19 enero 1994 [Recurso núm. 3400/92], de 12 diciembre 1997 [Recurso núm. 3153/96], de 14 septiembre 2001 [Recurso núm. 2142/00], de 20 septiembre 2003 [Recurso núm. 1741/02], de 3 octubre 2005 [Recurso núm. 3911/04], de 30 noviembre 2005 [Recurso núm. 3630/04] o de 14 marzo 2006 [Recurso núm. 66/05]). En todos estos pronunciamientos se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias, como en un primer momento se entendió, sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata, al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales.

10 Ya en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 junio 2006 (Recurso núm. 2329/06) se distinguió entre poder empresarial «mediato» (que incluye las potestades empresariales relativas al poder disciplinario, el abono del salario y la concesión de vacaciones) e «inmediato» (en referencia a la gestión diaria del negocio, como lo relativo a la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del pliego de prescripciones técnicas e, incluso, la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales).