

El impacto laboral de la nueva organización de la empresa: El ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores

Miguel CUENCA ALARCÓN

Doctor en Derecho, profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
mcuencaala@hotmail.com

RESUMEN

El gran impacto de las nuevas formas de organización en las relaciones laborales no ha suscitado una movilización del ordenamiento laboral para garantizar, en los nuevos escenarios, soluciones equilibradas entre los distintos intereses concurrentes. El presente trabajo plantea una panorámica general de las respuestas adoptadas en un plano jurídico laboral, con especial referencia a la regulación de la cesión ilegal de trabajadores.

Palabras clave: Externalización. Transmisión de empresa. Cesión ilegal.

The impact of the new forms of organization on labour relations:
the example of illegal contracts for placing workers at the disposal
of another company

ABSTRACT

The great impact of the new forms of organization on the labour relations has not provoked a general mobilization of the Spanish labor law in order to guarantee balanced solutions between the different concurrent interests. This paper gives a panoramic view of Spanish labour law, with special reference to the regulation of illegal contracts for placing workers at the disposal of another company.

Key words: Outsourcing. Transfer of undertaking. Illegal contract for placing workers at the disposal of another company.

REFERENCIA NORMALIZADA

CUENCA ALARCÓN, M. (2007), "El impacto laboral de la nueva organización de la empresa: el ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 25, núm. 2, 2007.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El impacto laboral de las nuevas formas de organización : breve panorámica. 3. El ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores. 3.1. El reconocimiento del trabajo temporal. 3.2. La cesión ilegal de trabajadores. 4. Conclusión

1. Introducción

La valoración de la incidencia de los nuevos o, si se prefiere, actuales modelos de organización empresarial puede acometerse, entre otros enfoques, atendiendo al conjunto de diálogos que ha entablado la norma laboral estatal con cada una de las múltiples fórmulas que sirven para configurarlos como realidad social. Bajo una noción de síntesis como es la descentralización productiva se cobija una variada fenomenología, y también una diversidad de instituciones jurídicas de entre las que cabe destacar ahora la subcontratación, los grupos o redes empresariales, el trabajo prestado a través de empresas de trabajo temporal (en adelante, trabajo temporal), el teletrabajo, el trabajo autónomo y la variada tipología subyacente a la venta o transmisión de empresas.

Los diálogos de la norma estatal pueden, por demás, clasificarse, cuanto menos, en tres niveles básicos, atendiendo a la forma concreta, más o menos aparente, en que la descentralización productiva ha logrado filtrarse o convertirse en una respuesta legislativa: en primer lugar, la canalización de nuevos problemas a través de viejas soluciones; en segundo lugar, la modificación, a través de una mera reinterpretación judicial, del acervo normativo preexistente; y, en fin, en tercer lugar, el tratamiento directo de los nuevos problemas a través de medidas de reforma legislativa. El objeto del presente trabajo es plantear, tras una breve panorámica general, los distintos diálogos comentados en relación con un fenómeno singular, la cesión ilegal de trabajadores, así como, especialmente, profundizar en el significado de la reforma laboral de esta institución en el año 2006.

2. El impacto laboral de las nuevas formas de organización : breve panorámica

Un rápido análisis de las mudanzas normativas habidas en nuestro país desde el primer Estatuto de los Trabajadores (ET) del año 80 –aunque la término de referencia inicial podría ser anterior–, permite constatar que el bloque normativo que de forma *más* directa se conecta con las nuevas fórmulas de organización empresarial es el que *menos* cambios –o más tardíos o limitados– ha sufrido hasta el momento. Si soslayamos, a pesar de su relevancia, el trabajo temporal, los preceptos legales que componen la que puede denominarse como *trilogía legal* de la descentralización productiva (artículos 42, 43 y 44 ET), relativos, respectivamente, a la subcontratación, la cesión y la transmisión de empresas, son, en efecto, preceptos que hasta fechas relativamente recientes (2001 y 2006) han sabido mantenerse al abrigo de los sucesivos hitos reformistas, algunos de gran calado.

A ello puede añadirse la virtual inexistencia, actualmente, de preceptos estatutarios que aborden de forma directa, general o particular, la problemática de los grupos o redes de empresa o el teletrabajo. Es claro que el mutismo legal constituye, en sí mismo, una respuesta legal. Y casos como los grupos de empresa –a los que pro-

bablemente habrá que añadir, con el tiempo, el fenómeno más amplio de la empresa-red-, constituyen, según una opinión muy difundida, una clara opción legislativa de desregulación o, si se prefiere, de abstención legal. Corresponde, en su caso, a los operadores del tráfico, incluidos los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva, dotar de cobertura jurídica al fenómeno, según la correlación de fuerzas y la sensibilidad de las distintas partes concurrentes en cada momento y lugar, entre otros factores, así como del marco constitucional y la interpretación de algunas referencias básicas como el derecho a la negociación colectiva, la libertad sindical, el derecho al trabajo o la libertad de empresa.

La ausencia de regulación no es un problema que afecte, sin embargo, a fenómenos como la subcontratación o la transmisión o venta de empresas. Aquí existe, desde hace tiempo, una solución legal, pero, como se ha anticipado, su amplia y genérica configuración normativa –sin perjuicio de que, desde muchos puntos de vista haya sido y sea juzgada como insuficiente o inadecuada–, ha permitido que, en el momento actual, se ponga al servicio de intereses distintos, abordando *nuevos* problemas y concretando nuevos puntos de equilibrio. Aunque las generalizaciones siempre suponen una cierta simplificación, puede decirse, desde otro ángulo, que el desarrollo de estrategias de descentralización empresarial no ha encontrado en la norma laboral obstáculos o servidumbres excesivas o, al menos tan excesivas como para justificar una reforma legislativa. Pero, dando un paso más, puede decirse que la norma laboral ha sido un aliado, en muchos casos inestimable, de tales estrategias. Por otra parte, el caso de la sucesión de empresas, junto con –de forma bastante más limitada– el de los grupos de empresa de dimensión comunitaria, así como, desde otra perspectiva, la regulación de las ETTs, constituyen claros ejemplos de otra de las notas que puede predicarse del tratamiento normativo de la descentralización: buena parte de las reformas habidas en este terreno han asumido el objetivo inmediato de adecuarse a la legislación europea.

En cualquier caso, y como se ha dicho, la realidad social que ahora tiende a filtrarse en la norma, en virtud su genericidad, no es la misma que la que fue tomada en consideración para definirla a través de los correspondientes supuestos de hecho o tipos normativos. El caso de la venta o transmisión de empresas es paradigmático (*vid.*, VALDÉS, 2001, a). Afirmada legalmente, y desde hace tiempo, la continuidad de las relaciones laborales con el nuevo empresario en casos de venta total o parcial de la empresa (art. 44 ET), antes los fenómenos de transmisión podían valorarse, tendencialmente, como simples cambios de titularidad empresarial y confiarse en que una solución como la dispensada por el art. 44 ET garantizara la “indemnidad” de las relaciones laborales. Si la empresa se vendía, la norma laboral garantizaba la continuidad de las relaciones laborales con el nuevo empresario.

Aunque la funcionalidad del régimen de la sucesión de empresas siempre ha sido considerada como dual o compleja, cada vez se delinea con más claridad que nos encontramos ante un mecanismo –incluso el diseñado por la norma laboral– que no sólo trata de garantizar intereses laborales, sino que se pone también al servicio de intereses económicos, cada vez más diversificados. No es sólo ya un mecanismo que

trata de aportar un equilibrio entre los intereses empresariales de desvinculación del proyecto empresarial (vía de salida/entrada en la posición del empresario), y la garantía de estabilidad de las relaciones laborales, cuando dicho proyecto continúa en manos de un nuevo titular empresarial (venta o cesión de empresa), sino que se pone también al servicio y canaliza los intereses de redimensionamiento y reestructuración de la empresa (concentración/externalización) y del establecimiento de las distintas formas de colaboración interempresarial (subcontratación, organización grupal, organización en red). Puede decirse, por tanto, que el régimen laboral de la sucesión o transmisión de empresa, legitimando *ex ante* la enajenación de la empresa, o asumiendo la legitimidad afirmada en otra parte (derecho mercantil, derecho civil, derecho administrativo), ya no resuelve sólo un conflicto entre, de un lado, la (dis-)continuidad del titular de la empresa y, de otro, la continuidad de las relaciones de trabajo, sino también, y sobre todo, entre las relaciones de trabajo y, de otra parte, la forma o contenido (tamaño, organización, activos) de la empresa y en torno a los instrumentos y relaciones empresariales que entabla para acceder y actuar en cada mercado. De estas nuevas realidades da cuenta, entre otros datos, la importancia inusitada que están asumiendo algunas nociones legales como, singularmente, la de *unidad productiva autónoma* (parte de una empresa susceptible, conforme al art. 44 ET, de venta o cesión independiente) o el resurgimiento de algunos debates a través de los que, de un modo u otro, se denuncia una lectura meramente protectora del trabajador o incluso neutra del régimen sucesorio (Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2002), como, singularmente, el relativo al eventual reconocimiento –ausente en nuestro ordenamiento, pero reconocido en otros europeos– de un *derecho de oposición* a favor de los trabajadores frente a la cesión de su contrato de trabajo. Lo cierto es que, más allá de estos debates, es sintomático que la venta total o parcial de la empresa siga siendo hoy en día la única vicisitud jurídica cuyo régimen, al margen de otros datos, ni tan siquiera contempla un procedimiento, con carácter previo, de negociación o consultas con los representantes de los trabajadores sobre la propia sucesión.

Con todo, esta última observación nos permite abordar otra de las características de la evolución normativa del tratamiento de la descentralización. Si hasta el momento hemos observado que una de estas notas caracterizantes ha sido el mutismo legal, bien para no atender a nuevos problemas, bien para atenderlos con viejas soluciones, en las limitadas intervenciones legislativas ha asumido especial protagonismo el desarrollo de derechos de información, consulta y, en algunos casos, de participación de los trabajadores. Tal es lo que acontece con el régimen de la sucesión de empresas a partir de la reforma laboral de 2001 (*vid.*, VALDÉS, 2002). Y tal es lo que acontece también en las reformas laborales en materia de subcontratación de los años 2001 y 2006 (*vid.*, MONEREO, 2006). Se trata de modificaciones legislativas relevantes pero también limitadas, y así lo acredita el hecho, ya comentado, de la inexistencia de un período específico y general de consultas con la representación de los trabajadores en casos de venta, total o parcial, de la empresa.

La inexistencia o las limitaciones de las reformas legislativas que afectan directamente al fenómeno de la descentralización se han visto acompañadas de una im-

portante actividad jurisprudencial interpretativa, que en algunos casos ha supuesto una verdadera modificación del alcance real de las normas interpretadas. La importancia de estas intervenciones, globalmente consideradas es, no obstante, como la propia legislación, limitada o relativa, aunque también, en algunos, casos relevante y, siempre, ambivalente. Así, de una parte, concurren ejemplos, como la problemática del grupo de empresas, en que ha sido la jurisprudencia la que ha tratado de aproximar un cierto tratamiento y un cierto equilibrio de los intereses concurrentes desde el punto de vista de la relación singular de trabajo; y ello sin más amparo expreso que la escueta definición de empresario que contiene el art. 1.1 del ET. A través de su doctrina, la constatación de la existencia de una pluralidad de empresas, que se valen indistintamente de los servicios del trabajador, y que aparecen como independientes desde un punto de vista formal, pero no económico o material, ha permitido extender las responsabilidades laborales más allá de único empresario que figura como tal en el contrato de trabajo, hasta alcanzar al grupo. Del mismo modo, ha sido la jurisprudencia la que, ante la ausencia de referencias claras en la legislación, ha dotado de tratamiento, y asumido la viabilidad, de la negociación colectiva a nivel de grupo.

Pero la incidencia de la jurisprudencia no ha tenido siempre el anterior sentido, sino que se ha puesto también al servicio de las nuevas y más amplias demandas de descentralización. Tal es lo que acontece, entre otros ámbitos, con la evolución jurisprudencial habida en el terreno de la subcontratación y, más concretamente, entre otros aspectos, en el concepto de “propia actividad” al que apela el art. 42 del ET. Se trata de una noción clave, que permite extender la responsabilidad por las deudas salariales contraídas con los trabajadores y las de Seguridad Social, a las empresas que proceden a la externalización de actividades productivas a favor de otras empresas, contratistas o subcontratistas. Si la actividad externalizada se corresponde con la “propia actividad” de la empresa principal que externaliza, ésta responde solidariamente por tales deudas con la empresa contratista. Si no se corresponde, no existe tal responsabilidad de la empresa principal. Pues bien, si en un momento inicial la jurisprudencia asumió un concepto amplio de “propia actividad” y, con él, amplias posibilidades para los trabajadores subcontratados de ver garantizados y, en última instancia, satisfechos sus créditos salariales, en un momento sucesivo, sobre todo a partir del año 1995, la noción de propia actividad va a ir adelgazando sucesivamente, expulsando muchas actividades subcontratadas de la garantía de responsabilidad solidaria entre las empresas implicadas (por todos, LLANO, 1999). La fecha de este giro jurisprudencial prácticamente coincide, paradójicamente, con otro de signo opuesto y protector en materia, concretamente, de cesión ilegal de trabajadores, según veremos. Y de ello puede deducirse otra nota característica, aunque relativa como las demás, de la evolución del tratamiento normativo de la descentralización: la sucesiva polarización de la protección legal a través de una distinción, cada vez menos evidente, entre fenómenos patológicos y fisiológicos de descentralización, con el correlativo arrumbamiento o postergación de grados intermedios de regulación.

3. El ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores

3.1. El reconocimiento del trabajo temporal

La regulación legal de la cesión de trabajadores ha sido, de entre los fenómenos citados, la que más y más profundos cambios ha atravesado a lo largo del período de referencia objeto de análisis. Y ha sido también la regulación que de forma más explícita ha servido para canalizar desde la Ley nuevas formas de organizar y prestar el trabajo. La receptividad demostrada por el legislador, aun diferida a la reforma laboral de 1994, se concreta en el reconocimiento del trabajo temporal o, si se prefiere, del trabajo prestado a través de las empresas de trabajo temporal (ETTs). La importancia inicial que puede predicarse de la intervención reformista de 1994 en este terreno, encuentra una sencilla explicación, pues la admisión de esta nueva forma de prestación de trabajo asalariado, por más que aceptada por muchos países de nuestro entorno, supone y suponía la ruptura de algunos pilares básicos de toda la construcción dogmática y normativa del contrato de trabajo y, por extensión, del derecho del trabajo, como eran y, en parte, siguen siendo la unicidad de la figura del empresario y la bilateralidad de la relación laboral (VALDÉS, 2001, b). O, dicho de otro modo, a diferencia de los nuevos fenómenos de subcontratación o las nuevas formas y finalidades de la transmisión de empresas, la admisión de esta nueva forma de organizar y prestar el trabajo seguía enfrentándose a un obstáculo legal insalvable, que partía, nada más y nada menos, de la propia definición del contrato de trabajo.

Y, ciertamente, con la Ley 14/1994 de Empresas de Trabajo Temporal (LETT) se instaure un modelo dual de contratación laboral en régimen de subordinación: de un lado, un modelo bilateral, tradicional o clásico, en que una de las partes del contrato, el empresario, hace suya la utilidad del trabajo y lo organiza, dirige y retribuye; de otro, un modelo triangular, en que dos empresas –la empresa usuaria y la ETT– se distribuyen, dentro de los márgenes previstos por la propia ley, la organización del trabajo, pero sólo una de ellas asume desde un punto de vista formal la condición de empresario, sin perjuicio del régimen de responsabilidades compartidas que se establece.

Conducido dentro de los márgenes de las necesidades temporales de mano de obra de las empresas usuarias, la importancia real de este nuevo modelo triangular pasa a depender, en la práctica, de la configuración efectiva de las actividades productivas (estacionalidad, ciclos, producción irregular) y, en un plano jurídico, entre otros datos, de la regulación e interpretación que se mantenga sobre el significado de las causas de contratación temporal según quedan configuradas actualmente por el art. 15 del ET y de los incentivos o desincentivos que el legislador pueda establecer para esta forma de contratación por comparación con el modelo clásico.

Los incentivos que adornaron a la Ley 14/1994 no podían, ni pueden aún, considerarse menores. En una especie de reacción pendular, la nueva Ley pasó a consagrar una regulación especialmente flexible en relación, entre otras circunstancias, con dos aspectos básicos de su regulación. En primer lugar, en el reconocimiento de

la posibilidad de recurrir a la contratación laboral temporal por las ETTs, alegando las causas previstas en la legislación general por el art. 15 ET. Es decir, a diferencia de otros ordenamientos europeos, los trabajadores de la ETT pueden ser contratados tanto por tiempo indefinido como con carácter temporal, si bien a través de un elenco más limitado de contratos temporales que las empresas ordinarias. El segundo incentivo se concretó en la ausencia de garantías de paridad retributiva entre los trabajadores temporales cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria; paridad que ni tan siquiera podía considerarse como un fin buscado por el legislador. Bien al contrario, podía hablarse, en sentido opuesto, de un *principio de diferenciación salarial* (MOLERO, 2001). En efecto, conforme al art. 11.1 a) de la LETT, versión 1994, el trabajador cedido debía ser remunerado de conformidad con lo establecido por el convenio colectivo aplicable a la ETT y, sólo en su defecto, por el salario establecido en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria. Es sabido que esta especie de invitación a la negociación en las ETTs fue profusamente utilizada, proliferando de forma inusitada los convenios de nivel empresarial de sentido peyorativo. Con ello pudo observarse como, buena parte de las empresas que concurrían en el sector, basaban sus estrategias competitivas en la reducción de costes y, más concretamente, en la reducción de costes salariales por comparación con los satisfechos por las empresas usuarias.

Han sido varias las reformas de la Ley 14/1994, pero se trata de reformas parciales y de ajuste, que en la mayoría de los casos han servido para delimitar de forma más estricta los presupuestos, requisitos y condiciones de esta nueva forma de contratación laboral, sin dejar de consolidarla. La más significativa y relevante es la reforma operada por la Ley 29/1999, que actúa esencialmente en tres direcciones: el incremento del control legal y administrativo sobre la creación, organización y actuación de las ETTs, la concreción del régimen jurídico del contrato de puesta a disposición y los contratos temporales celebrados por la ETT y, por último, el establecimiento de ciertas garantías en materia retributiva a favor de los trabajadores puestos a disposición (Cfr. ESCUDERO y MERCADER, 2000). Estos últimos límites no alcanzan, sin embargo a configurar un principio de paridad salarial, sino que se quedan *a medio camino*, perfilando una suerte de principio de diferenciación (o paridad) relativa. La amplia problemática interpretativa y aplicativa que vienen suscitando éste y otros pasajes legales no oculta, sino que hace más patente, el protagonismo asumido por el legislador en este terreno. Las nuevas formas de organización han tenido un profundo impacto en la actividad legislativa laboral, que ha venido, como venimos viendo, a romper con uno de los principales dogmas del derecho del trabajo, con consecuencias colaterales, en un plano individual y colectivo, perfectamente tangibles (*vid.*, VALDÉS, 2006). Con todo, en un plano práctico, la relevancia del trabajo temporal en el fenómeno global de la descentralización productiva es relativa y, de hecho, buena parte de los equilibrios normativos que se han alcanzado en este terreno, el del trabajo temporal, desaparecen o se desintegran en otras muchas fórmulas de descentralización, con lo que es posible abordar ya una de ellas.

3.2. La cesión ilegal de trabajadores

Si hacemos abstracción del reconocimiento del trabajo temporal, dentro del fenómeno analizado en el anterior apartado, la regulación que más ha resistido frente a los embates de las sucesivas reformas laborales ha sido precisamente la de la cesión ilegal de trabajadores. La permanencia de la regulación o, más exactamente, de la prohibición de la cesión ilegal no debe, nuevamente, suscitar ninguna extrañeza. Se trata de una prohibición que puede considerarse, en parte, como meramente declarativa. O, dicho de otro modo, es una consecuencia más del carácter bilateral que se predica de la relación laboral y también de la naturaleza imperativa de las obligaciones que establece la norma laboral, al margen de que se trata también de una solución que aporta rendimientos en términos de efectividad normativa. De esta forma, si para garantizar su imperatividad, la aplicación de la norma laboral descansa sobre la necesidad de adentrarse, más allá de las meras apariencias, en la realidad de las cosas en un plano objetivo, no puede ocurrir otra cosa en un plano subjetivo. Tal y como afirma el art. 1.1 del ET, su aplicación alcanzará a los “*trabajadores que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”. El contrato de trabajo se impone, por tanto, no sólo en un plano objetivo, a modo de cobertura jurídica de los servicios prestados en régimen de subordinación, sino también en un plano subjetivo a modo de vínculo entre dos concretos sujetos, el sujeto que presta tales servicios subordinados y aquel que los recibe, los organiza y los retribuye.

Más allá de las consecuencias prácticas que pueden deducirse de las anteriores reflexiones, la regulación en el art. 43 del ET de la cesión ilegal no ha sufrido, como se ha dicho, ninguna modificación sino hasta tiempos bien recientes, de la mano de la reforma laboral introducida por el RD 5/2006 y confirmada por la Ley 43/2006. El alcance de las modificaciones presenta una relevancia parcial, pues la ley ha pasado a incorporar una suerte de ejemplificación de los supuestos de cesión ilegal que ya venían siendo valorados por la jurisprudencia. Como enseguida veremos, la literalidad de la norma es amplia y compleja, aunque también lo son fenómenos a los que se dirige. Pero antes interesa resaltar que el legislador ha optado por consolidar la dicotomía cesión legal-cesión ilegal, confirmando su opción de restringir la primera al fenómeno del trabajo temporal a través de ETTs. Con esta opción, la norma trata de confirmar o robustecer el dique de contención legal frente a los cada vez más habituales supuestos de descentralización susceptibles de ser valorados como fenómenos de cesión ilegal. Pero, al mismo tiempo, se trata de una medida que permite soslayar el tratamiento sustantivo de los también abundantes fenómenos heterogéneos y cada vez más complejos de colaboración; heterogéneos y complejos en tanto que no fácilmente subsumibles en una categoría dada, bien la de cesión ilegal, bien la de subcontratación u otros mecanismos de colaboración.

En todo caso, y como se ha dicho, hasta la reforma laboral de 2006 el protagonismo en la evolución del tratamiento de la cesión ha recaído en la jurisprudencia

(Cfr. MOLERO, 2003; VALDÉS, 2007; MERCADER, 2006). La significación de este protagonismo ha sido, en buena medida, aunque no sólo, la contención de las sucesivas formas de descentralización susceptibles de ser valoradas en términos de cesión ilegal, si bien, tras un período previo de autocontención judicial, con una clara limitación del ámbito de aplicación de las garantías que a través de este concepto se ponían a disposición de los trabajadores.

Así, en una primera etapa, la interpretación judicial del supuesto de hecho legal permitió deducir tendencialmente, en el marco de la teoría del *empresario real*, que la cesión ilegal quedaba configurada por dos elementos básicos y necesarios: la inconsistencia de la empresa prestamista (empresario ficticio o aparente) y, también, hay que recordarlo, la efectiva cesión de los servicios del trabajador a otro empresario, el cesionario. No bastaba, por tanto, acreditar la concurrencia del prestamismo laboral. Era necesario además, y tendencialmente como decimos, constatar que la empresa cedente era una empresa ficticia, porque no contaba con una estructura, una organización y un capital o medios suficientes para desarrollar su actividad. Con ello, se venía de alguna manera a confundir la parte con el todo y lo habitual con lo necesario. Este planteamiento judicial, a pesar de suponer una clara limitación de la efectiva y real potencialidad de la norma, no era extraño. En efecto, en un momento de limitada implantación de los fenómenos de descentralización empresarial y de predominio de estrategias de crecimiento interno, los supuestos de cesión ilegal en los que el empresario cedente a penas si era un nombre en un contrato podían considerarse como habituales o más habituales y numerosos. O, dicho de otro modo, no parecía lógico que un empresario que contara con su propia actividad, estructura y organización pudiera actuar también como intermediario o prestamista laboral. De otra parte, si uno de los objetivos de la regulación de la cesión ilegal (y de la definición del contrato de trabajo) era garantizar la efectividad de los derechos consagrados a favor de los trabajadores en la norma laboral, la existencia de un empresario real y relativamente solvente constituía, al menos, una garantía en tal sentido.

Esta jurisprudencia, sin embargo, va a evolucionar hasta adoptar un nuevo y más completo enfoque, que puede explicarse en el marco de la teoría del *empresario efectivo*, a partir, básicamente, de 1994. Al margen de otras posibles explicaciones, puede decirse que con ella se descarta la nota de la empresa inconsistente como una nota necesaria a la idea de cesión ilegal. O, dicho según una fórmula habitual de la jurisprudencia: “*la cesión ilegal puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de esta*”. Con ello, la jurisprudencia asume la auténtica potencialidad de la norma y sale al paso de los nuevos y cada vez más habituales fenómenos de cesión ilegal que se implantan en el tráfico. Asumiéndose ya de un modo más o menos generalizado por los operadores económicos la necesidad de recurrir a estrategias de descentralización, no extraña que las empresas cedentes que pasan a participar en tales fenómenos de descentralización estén dotadas de una cierta –o incluso de una amplia– estructura y organización, como tampoco extraña que las empresas cesionarias estén dispuestas a perder y/o a compartir, de forma real o aparente, cuotas de

dirección y organización de la actividad laboral, además de dejar de constar formalmente como empresario en el contrato de trabajo.

A partir de esta nueva orientación puede decirse que la comprobación de la inexistencia de un empresario real (a través del conjunto de notas o indicios pertinente: infraestructura, medios, solvencia, clientes,) deja de ser una condición necesaria para afirmar la existencia de cesión ilegal. Ello no implica, sin embargo, que las características organizativas y productivas del empresario cedente sean irrelevantes a la hora de valorar la existencia de cesión ilegal. Lo que sucede es que de actuar como elemento necesario del concepto de cesión ilegal pasa a convertirse en indicio de su existencia o, mejor, en un método o vía, entre otros posibles, de acreditar la cesión, en la medida en que permite constatar si ha existido una real integración del trabajador en la organización del cedente.

En este escenario debe explicarse la nueva redacción del art. 43.2 del ET, que en sus nuevos términos literales indica que:

“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”.

En las diversas interpretaciones concurrentes sobre este nuevo precepto pueden apreciarse importantes puntos de convergencia, aunque también desencuentros, implícitos o explícitos. De un modo más o menos general, suele aceptarse que la función –declarada y real– del precepto no ha sido sólo, o tanto, definir la cesión ilegal, sino más bien la de distinguir las situaciones prohibidas de los supuestos de lícita subcontratación de obras y servicios. En segundo lugar, también suele aceptarse –y difícil es no hacerlo–, que el legislador ha asumido interpretaciones propuestas por la jurisprudencia, a partir de la segunda etapa descrita, sin perjuicio de que el alcance de esta asunción sea discutible y varíe en las distintas interpretaciones doctrinales. En tercer lugar, también suele convenirse, de manera implícita o explícita, en la complejidad que caracteriza a la nueva redacción, llegándose en algunos casos a los reproches de incoherencia, contradicción o inconsistencia técnica (PÉREZ DE LOS COBOS, 2006; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y PÉREZ GUERRERO, 2006). En un plano más concreto, puede considerarse también como elemento –relativamente– común la idea de que en la plasmación formal de la norma se han definido cuatro supuestos de hecho distintos, contruidos a base de indicios jurisprudenciales, que determinan por sí mismos la concurrencia de cesión ilegal¹; a saber:

¹ Decimos relativamente común porque, a nuestro juicio, la afirmación de la concurrencia de varios supuestos de hecho distintos de cesión es, si no la única, la que mejor casa con la idea de que el legislador ha asumido, de un modo u otro, la interpretación jurisprudencial consolidada antes de la reforma. Si se enten-

- 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 (1º);
- o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable (2º);
- o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad (3º);
- o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario (4º).

Apuntando ahora un razonamiento original, y no asumido de manera unánime, al menos de forma expresa, cabría entender también que el legislador no ha definido los cuatro supuestos o circunstancias, al menos todos ellos, de manera precisa y cerrada (VALDÉS, 2007). El juez, por tanto, debería seguir valorando, al menos en algún supuesto, si concurren los indicios necesarios para afirmar la concurrencia de la situación prohibida². De otra parte, también cabría deducir, como se ha hecho (VALDÉS, 2007), que se trata de un catálogo abierto en un doble sentido: el de la amplitud o ambigüedad relativa de las situaciones susceptibles de ser encuadradas en cada uno de los cuatro supuestos (o al menos en algunos) y, a su vez, en el de la viabilidad de supuestos de cesión ilegal no subsumibles en los cuatro supuestos legales, pero reconducibles a la idea de cesión.

Tratando de incorporar algún elemento de debate, cabe observar inicialmente que tanto la fórmula legal empleada como, más en general, el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la cesión, parecen moverse o actuar en dos planos heterogéneos, aunque no incompatibles ni susceptibles siempre de una separación tajante: de un lado, en el plano de la definición o descripción de supuestos de hecho, bien a través de un método conceptual, o bien de un método tipológico³, o de ambos y, de otro

diera que no se trata de supuestos de hecho distintos, sino de notas o exigencias que, de forma acumulativa, configuran la noción de cesión ilegal, cabría interpretar, entre otras cosas, que el legislador ha retornado a la doctrina, superada, del empresario aparente. Descartando críticamente esta hipótesis, junto con la que parece deducirse de una interpretación literal del precepto (lectura aislada de indicios) se manifiesta PÉREZ DE LOS COBOS (2006). En planteamiento general, RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO y PÉREZ GUERRERO (2006), consideran que las cuatro situaciones enunciadas por el nuevo precepto enumeran supuestos-tipo de cesión, de tal modo que basta con su mera identificación para que se entienda producida ésta. La exposición del método legal se acompaña, en un nivel más concreto, de importantes dudas sobre su corrección. Por su parte, aun dentro del estudio del primer supuesto enunciado por la norma, MERCADER (2006) entiende que la reforma ha querido subrayar de forma contundente que la existencia de determinadas situaciones produce incontestablemente la situación del tráfico prohibido. No obstante, en el análisis de los supuestos sucesivos de cesión el autor parece decantarse de forma implícita por el mantenimiento del análisis de conjunto de la prueba indiciaria y, en última instancia, sostiene que la reforma ha venido a asumir la construcción desarrollada jurisprudencialmente.

² Como constata VALDÉS (2007), el nuevo art. 43.2 ET no es meramente continuista de la situación anterior por cuanto ha procedido a definir como cesión ilegal de trabajadores unas situaciones que, *prima facie*, ya dibujan un estado de manifiesta ilegalidad. No obstante, como también señala el autor, el nuevo precepto tampoco rompe frontalmente con la metodología al uso, pues algunas de las circunstancias tipificadas se enuncian en términos lo suficientemente amplios como para impedir su aplicación mecánica.

³ La explicación de estos métodos, y su utilización en algunas de las posibles manifestaciones de la descentralización, como el trabajo autónomo dependiente, ha sido abordada, en la doctrina laboral más reciente, por GUTIÉRREZ-SOLAR (2002). En relación, en general, con la aplicación del método tipológico, espe-

lado, en el plano de la determinación de los medios o, si se prefiere, métodos de prueba (prueba de presunciones). No se trata, de planos estrictamente coincidentes, pues si desde el primer punto de vista se trata de definir un concepto o de describir un tipo, señalando algunos de sus elementos o indicios sintomáticos, desde el segundo punto de vista se trata de determinar cómo probar estos indicios sintomáticos o aquellos elementos del concepto. A partir de aquí la significación y la incidencia del nuevo precepto podrían explicarse a través de cuatro interpretaciones distintas y, en principio, alternativas.

En primer lugar, cabría entender que cada uno de los cuatro supuestos son indicios, o situaciones indiciarias complejas, de la existencia del prestamismo prohibido, que han sido clasificados por el legislador. El art. 43.2 ET contendría, de esta forma, una mera clasificación de indicios. Por ello, no se trataría de notas necesarias –ni valoradas de forma aislada ni valoradas en conjunto– ni tampoco de notas concluyentes o excluyentes, sino meramente aproximativas. En definitiva, el legislador se habría limitado a establecer un catálogo orientativo de categorías de indicios que pueden ser manejados judicialmente para detectar un supuesto de cesión ilegal y la principal función de la norma sería consagrar directamente y afirmar como propia –frente a otras opciones posibles de política legislativa– la doctrina indiciaria construida por los tribunales. El principal problema de esta explicación debe conectarse con una interpretación gramatical del precepto, en el que se estima que cada uno de los indicios o conjunto de indicios catalogados en cada situación descrita es, o cabe entender que es, un supuesto de cesión ilegal, no una mera clasificación.

En una segunda explicación afirmaríamos que el precepto no establece ya indicios, sino conceptos, y no uno, sino cuatro⁴. En la medida en que no se trata de definiciones coincidentes no cabría hablar, en lo sucesivo, de una sino de cuatro cesiones ilegales. Entre los problemas a los que se enfrenta esa interpretación se encuentra el dato, también gramatical, de que el precepto define, al menos aparentemente, una única noción, la de cesión ilegal; es decir, las cuatro circunstancias se predicen de una única noción, no de cuatro nociones. De otra parte, también es posible descartar esta explicación o, al menos, la concurrencia de cuatro conceptos cerrados y precisos de cesión ilegal, si se atiende a los elementos que se utilizan en su definición, que no son cerrados ni absolutos, sino relativos (p.e. “medios necesarios”, “actividad estable” “organización propia”).

En una tercera explicación cabría hablar ya de que el precepto ha tratado de configurar cuatro modalidades o ejemplos de cesión ilegal, no un concepto, ni cuatro. Se trataría, además, de ejemplos relativamente abiertos, e incluso podría decirse que se trata de tipos (subtipos) de un único y mismo fenómeno. Ello explicaría que cualquiera de las situaciones, y no sólo una de ellas, permita afirmar la concu-

cialmente en las figuras del trabajo subordinado y los grupos de empresa cabe remitir a PÉREZ DE LOS COBOS (1993 y 1998).

⁴ Criticando severamente el hecho o la posibilidad de que la norma haya pasado a conceptuar indicios, PÉREZ DE LOS COBOS (2006).

rrencia de la cesión ilegal⁵; ello explicaría también que puedan concurrir otras situaciones de cesión no susceptibles de ser integradas en uno de los cuatro ejemplos, pero sí en el tipo general, y ello explicaría, en fin, la propia necesidad de recurrir a notas o indicios para afirmar la concurrencia de, cuanto menos, algunas de las cuatro situaciones definidas por la norma, a modo de ejemplos abiertos. Nos encontramos, como trataremos de defender, ante una de las interpretaciones más plausibles.

Pero, en un cuarto y último enfoque, preconizado por VALDÉS (2007), también cabría entender que la norma no quiere sólo, o tanto, definir –o describir en términos abiertos o tipológicos– la cesión ilegal, o sus posibles modalidades, sino un círculo o conjunto –en realidad cuatro– de hechos o circunstancias que actúan como hechos base de una presunción legal –en realidad cuatro presunciones–. También existen razones de peso, como veremos, para asumir este análisis.

En todo caso, antes de contrastar estas explicaciones con cada uno de los supuestos enunciados del art. 43.2 ET, es posible valorar los criterios que han servido al legislador para definirlos. Anticipando que nos encontramos ante criterios heterogéneos, el primero de los utilizados sería el ángulo, objetivo o subjetivo, que prima en la observación de la cesión ilegal. Siendo ésta una figura en la que interviene, de un modo u otro, tres sujetos (ángulo subjetivo), son también tres las relaciones susceptibles de ser observadas (ángulo objetivo). Este criterio sirve para clasificar el primer supuesto contemplado en el art. 43.2 ET, que se centra en la descripción de la cesión desde un punto de vista objetivo y, más concretamente, desde el punto de vista de la relación interempresarial entre cedente y cesionario, frente a los otros tres supuestos del art. 43.2 ET, que asumen un ángulo subjetivo, y tratan de caracterizar diversas modalidades de empresario cedente o de su eventual intervención en los distintos supuestos de cesión.

A partir de esta primera distinción, el siguiente criterio utilizado para describir las situaciones remite ya a las distintas notas que pueden ser utilizadas para definir la existencia o la actividad de una empresa, desde un punto de vista laboral, y sirven para profundizar en el ángulo de análisis subjetivo comentado: la configuración y el papel del cedente. Conforme al segundo supuesto legal, se describe virtualmente un empresario cedente ficticio, es decir, aquel que no dispone, de un modo general, de una organización y actividad propias. El tercer supuesto, discrimina ya entre los distintos elementos que pueden configurar una empresa, y remite o parece remitir de forma selectiva a los activos, materiales o inmateriales, que configuran una organización (visión estática de la organización). Mientras que el cuarto supuesto parece remitir a la actividad de dirección y organización típica de cualquier empresario (visión dinámica).

No es claro, sin embargo –y aquí puede haber un tercer criterio de clasificación– si estos tres últimos supuestos legales tratan de definir globalmente la confi-

⁵ Aproximaciones semejantes a las que realiza el art. 43.2 del ET se han desarrollado a nivel doctrinal y jurisprudencial para concretar la idea de subordinación que caracteriza al contrato de trabajo. Lo característico del art. 43.2 ET es que no considera incompatibles cada una de estas aproximaciones a la noción de cesión ilegal. Este precepto no trata, por tanto, de restringir la potencialidad del tipo general.

guración del empresario cedente o, de un modo más concreto, su papel en un supuesto dado de cesión ilegal. Aunque ambas perspectivas pueden considerarse complementarias y no excluyentes, el segundo de los supuestos enunciados parece responder a una valoración global del cedente, mientras que los supuestos tercero y cuarto parecen remitir a su concreto papel en una cesión dada, por más que puedan leerse también en clave de valoración general.

Planteadas estas últimas consideraciones meramente descriptivas o clasificatorias, es posible valorar ahora la consistencia de las cuatro interpretaciones propuestas en relación con cada una de las circunstancias consideradas como cesión ilegal en el art. 43.2 ET.

A. Que el objeto del contrato de servicios se limite a la mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria.

Por su genericidad y, al mismo tiempo, su precisión, podríamos afirmar que nos encontramos, sin más, ante la definición del concepto “cesión ilegal”⁶. El problema, como hemos visto, que surge si se sigue esta lectura, es que las tres situaciones restantes también habrían de definirse, por coherencia, como conceptos alternativos y distintos de cesión ilegal. Aunque también cabría, claro está, atribuir una significación heterogénea a cada una de las cuatro situaciones y considerar, por ejemplo, que el primer supuesto del art. 43.2 ET, el que ahora nos ocupa, es el único que incorpora una definición de la cesión ilegal y el resto de supuestos desarrollan, entre otras posibilidades, un papel meramente ejemplificativo de la primera definición. Sea cual sea la explicación escogida, lo cierto es que puede afirmarse, sin lugar al error, que con este apartado la norma ha tratado de consolidar la doctrina del empresario efectivo, pues no concurre ninguna referencia a las características del empresario cedente, ya sea un empresario ficticio ya sea un empresario real.

Más allá de esta apreciación, cabe dudar de que nos encontremos ante un concepto y, más aún, ante un concepto que sea definido en términos precisos. De entrada, la idea de “mera puesta a disposición”, lejos de ser una noción fácil de identificar en la realidad, admite múltiples “grados” o “cuotas” de participación del empresario cedente y el cesionario, como lo acredita el ejemplo de las ETTs. Pero, de un modo más general, cabe dudar de que las distintas notas utilizadas en la definición legal puedan considerarse elementos necesarios del concepto “cesión ilegal”, al menos si se utilizan en un sentido técnico. De hecho, más que en la noción general de cesión, la norma parece estar pensando en un supuesto concreto, aquel que se asemeja, sin llegar a configurar, un caso de lícita subcontratación, de ahí las referencias al contrato de servicios. Cabe negar, sin embargo, que la cesión requiera de la concurrencia de un contrato de arrendamiento de servicios, e incluso cabe dudar de que requiera la concurrencia de un contrato entre cedente y cesionario, al menos, entre

⁶ Esta es la interpretación que, conforme a RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y PÉREZ GUERRERO (2006), puede deducirse *prima facie* de la lectura del tenor del primer supuesto, si bien parecen descartarla finalmente.

otras perspectivas, si se aceptan como supuestos de cesión los casos más claros de fraude y simulación, como la mera suplantación de identidades (de roles) entre cedente y cesionario. Por lo demás, cabe también negar que el objeto del contrato mercantil deba limitarse a la mera puesta a disposición de trabajadores, al menos si se advierte, desde otra de las posibles perspectivas, la posibilidad de que concurren contratos e incluso relaciones mercantiles (y objetos) de contenido complejo o múltiple, sin dejar de dar lugar, entre otras cosas, a un fenómeno de cesión ilegal.

En definitiva, la fórmula empleada por el primer supuesto del art. 43.2 ET es la que más se aproxima a una descripción global de la cesión ilegal, si bien para desarrollar esta función es necesario privar de sentido técnico y/o preciso a buena parte de los elementos utilizados. En cualquier caso, de asumirse esta posición habría que explicar cuál es la concreta función asignada al resto de supuestos del art. 43.2 ET, como haremos a continuación.

B. Que la empresa cedente carezca de una actividad u organización propia y estable; que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad; o que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

A pesar de la viabilidad de una lectura separada de cada uno de estos tres supuestos, y así aconsejarlo la propia sistemática legal, concurre una nota común a todos ellos que hace aconsejable un análisis inicial de conjunto, sin perjuicio de ulteriores precisiones de alcance singular. En efecto, la lectura de estos tres supuestos permite rápidamente intuir que la norma está olvidando algunos elementos de la cesión. E incluso permite confirmar de inmediato que ésta presuponiendo la propia noción de cesión. No hay, en efecto, alusión directa a la prestación de servicios del trabajador a favor del cesionario. Lo único que hay es una enumeración de las características –tres– que puede tener una empresa. Podría hablarse incluso de que el precepto contiene un mero catálogo de empresas inconsistentes. Pero es claro que una cosa es la inconsistencia de una empresa y otra que una empresa inconsistente se convierta en prestamista laboral. El problema, sin bien se mira, parte del hecho de que en la definición de las cuatro circunstancias, y sobre todo de las tres últimas, se ha utilizado el término que trata de ser definido pues, como puede comprobarse, en los tres supuestos no deja de aludirse, para definir la cesión, a la *empresa cedente*. En contra de esta idea podría decirse que la alusión en la definición a la empresa cedente no tiene ninguna carga definitoria. Pero, si se asume de forma coherente este argumento –que desde un punto de vista sintáctico no se sostiene–, el art. 43.2 ET dejaría de ser un artículo dedicado a la cesión y se convertiría, parcialmente, y como ya hemos apuntado, en un catálogo de empresas inconsistentes. Por tanto, si se quiere dotar de utilidad al precepto, no cabe sino sostener que la alusión a la empresa cedente también asume su propia cuota o carga definitoria y, por ello, que en cada una de las tres situaciones que ahora analizamos hay elementos *que no se definen ni se describen*, pero se presuponen.

A partir de aquí, podría entenderse que cada uno de los tres supuestos enunciados, debidamente completados por el elemento absentista, viene a ejemplificar dis-

tintas situaciones de cesión ilegal. El problema, claro está, es que si se sigue esta lectura integradora hasta sus últimas consecuencias buena parte de los supuestos, si no todos, podrían considerarse superfluos. Nos encontraríamos así, en buena medida, ante la tercera de las explicaciones que se han planteado como hipótesis de trabajo: tres modalidades de cesión que comparten un elemento común, que no definen, y un elemento contingente, que sí definen. Sería tanto como decir, a modo de ejemplo, en relación con la segunda circunstancia, que hay cesión ilegal si el cedente no cuenta con una organización o actividad propia y estable y, además, *se limita a la mera puesta a disposición de trabajadores a otro empresario*, y así con el resto de supuestos. En estos términos, cabría afirmar con toda razón que el precepto contempla situaciones evidentes de cesión ilegal, pero lo haría simplemente porque presupone la cesión, sin definirla.

No obstante, la carga definitoria que puede atribuirse a la alusión legal a la *empresa cedente* admite grados. Y no sería descabellado pensar en su fungibilidad con la idea de *empresa* –aparentemente– *contratista*. Es decir, la alusión a la empresa cedente no es la mera subjetivización del concepto objetivo de cesión ilegal desde el punto de vista de una de las tres partes intervinientes, el “cedente ilegal” (a través del cual se aludiría también de un modo indirecto al “cesionario ilegal” y al trabajador cedido ilegalmente), sino una forma de aludir a otros elementos adicionales que, junto a los explicitados de forma selectiva en la norma, pueden terminar por configurar un supuesto de cesión ilegal y pueden considerarse más o menos habituales en ciertas contratas o fenómenos de colaboración interempresarial. Pero aunque se asuma esta opción interpretativa más moderada, lo más que podría aceptarse es que el precepto ha establecido cuatro manifestaciones posibles –no necesarias– de la cesión, sin perfilar de una manera clara sus contornos, e identificando con mayor precisión –no con precisión– un elemento que puede resultar especialmente relevante en la valoración de conjunto de la situación, pero que no es por sí solo definitorio de la situación prohibida: la ausencia de actividad u organización propia y estable del cedente, la ausencia de medios del cedente o la ausencia de ejercicio de facultades empresariales, respectivamente.

Este modo de razonar nos sitúa muy cerca ya de la última de las posibles explicaciones globales de la norma, con la que dejaríamos, al menos parcialmente, de movernos en el plano de la definición o descripción de supuestos o ejemplos de cesión ilegal, y nos adentraríamos en el terreno de los medios –o métodos– de prueba⁷. Probablemente el precepto ha querido también actuar en este segundo plano, teniendo en cuenta que se trata de una práctica muy habitual –la de actuar de forma simultánea en los dos planos, incluso hasta confundirlos–, en orden a garantizar la efectividad de la norma ante las constatadas dificultades probatorias existentes en este terreno. Ello explicaría que la calificación de las cuatro situaciones como cesión ilegal se realice, finalmente, y a pesar de la inicial contundencia del precepto (“en todo caso”), en términos poco categóricos (“se entiende”), así como que se aluda en

⁷ Como ya vimos el precursor de esta explicación ha sido VALDÉS (2007).

la propia definición o descripción al concepto o tipo que trata de ser definido o descrito. Si se entiende, en esta línea, que cada uno de los supuestos legales trata de establecer presunciones *iuris tantum* (si no admiten prueba en contrario no habría más problemas, y volveríamos a la tercera explicación) cada uno de ellos pasaría a configurar otros tantos hechos base o indicios que no suponen, por sí mismos, cesión ilegal, pero que permiten inferir o deducir la existencia de *otros hechos* que sí suponen cesión ilegal (presunción legal). Si se asume esta vía de razonamiento es claro que las cuatro circunstancias no sólo dejarían de ser supuestos de cesión, sino también, y con más razón, supuestos incontestables de cesión. En cualquier caso, transmutadas en hechos base cada una de las cuatro situaciones debería ser objeto de una lectura reductiva, o ser analizadas desde una óptica distinta, pues de otro modo seguirían siendo, sin más, supuestos de cesión, y no hechos base.

Aunque, como ya anticipamos, creemos que se trata de una hipótesis consistente, no está exenta de problemas. El primero es que ninguna de las cuatro situaciones define de manera precisa los hechos base o indicios que permiten presumir la cesión ilegal, ni tampoco, de otra parte, el propio hecho presunto, la cesión. Así, a modo de ejemplo, si en la primera situación descrita hay que identificar hechos base que permitan deducir la concurrencia de otros, constitutivos de cesión, lo más fácil sería entender que este hecho base viene dado por la existencia de un contrato de mera puesta a disposición. Es decir, se aludiría de forma selectiva al contrato o a la relación mercantil existente entre cedente y cesionario y a su contenido u objeto, consistente en la mera puesta a disposición. A partir de aquí, la norma estaría diciendo que la existencia de tal contrato –sobre todo cuando consta en soporte documental– es un elemento suficiente para acreditar, en vía presuntiva, la existencia de una cesión respecto del concreto trabajador o trabajadores afectados. Se estaría presumiendo, en efecto, que el contenido del contrato coincide con la realidad y, más exactamente, que ese contrato sirve para *deducir* la efectiva integración de la prestación de servicios del concreto trabajador en el ámbito de organización y dirección del cesionario. Es dudoso, a nuestro juicio, que la mera existencia de un contrato de cesión (ilegal), justifique, por sí sólo, este tipo de presunción respecto de una relación laboral dada. Cuanto menos, habría que acreditar adicionalmente, no tanto, claro está, la propia cesión ilegal, sino que el trabajador en cuestión ha prestado servicios, de un modo u otro, a favor del cesionario (que el trabajador tiene algo que ver con ese contrato mercantil). A partir de aquí, lo que cabría presumir no sería tanto la realidad que se afirma en el contrato, cuanto la concurrencia del resto de notas que denotan la integración del concreto trabajador en cuestión en el ámbito de organización y dirección del cesionario. Es decir, acreditado que existe un contrato o una relación “explícita” de cesión, y que el trabajador presta, en sentido amplio, servicios a favor del cesionario, cabría presumir que estos servicios se caracterizan, precisamente, por ser prestados en régimen de subordinación a favor del empresario cesionario. Es dudoso, sin embargo, que todos estos casos nos sitúen ante una simple prueba presuntiva, al menos cuando el propio contrato mercantil que configura de manera explícita la cesión contiene los nombres y apellidos del trabajador cedi-

do, pues ello nos situaría ante un auténtico medio de prueba, de tipo documental. En cualquier caso, parece que el legislador estaría dotando de una gran relevancia a esta prueba, atendiendo a su origen y contenido. Y, en cualquier caso, la existencia de este contrato permitiría aligerar, no suprimir, la carga probatoria de la cesión del lado del trabajador.

El razonamiento en términos de prueba presuntiva puede seguirse también respecto de las tres situaciones restantes, pero en todas y, sobre todo, en la cuarta circunstancia descrita, con problemas similares: la ausencia de una clara (y completa) definición del hecho base, la ausencia de una clara definición del hecho presunto (tipo legal), y la necesidad de interpretar los supuestos en clave reductiva (como hechos base). Estos problemas, como se ha dicho, son evidentes en la cuarta de las situaciones enunciadas. Pero también pueden verificarse, en cierta medida, en la segunda y la tercera. Dando por sentado, respecto de cualquiera de las circunstancias, que para afirmar la presunción no bastaría con acreditar la “inconsistencia”, estática o dinámica, de una empresa en un plano material u organizativo, pues se ha de acreditar también, de un modo u otro, que ha existido una cierta integración –dicho sea nuevamente en un sentido genérico y amplio– del trabajador o trabajadores en cuestión en la organización del cesionario (una cierta vinculación con el cesionario)⁸, la idea que podría deducirse es que, en cualquiera de las cuatro situaciones, la relevancia que pueden llegar a asumir determinados hechos o circunstancias (contrato o relación mercantil explícitos, ausencia de organización del cedente, ausencia de medios, de ejercicio de facultades) justifica que se aligere la prueba, no que se suprima, de la efectiva integración del trabajador en el ámbito de organización y dirección del cesionario. O dicho de otro modo, a medida que se acredita con más evidencia la existencia de una relación de cesión ilegal entre cedente y cesionario (primera circunstancia), puede relajarse, pero no descartarse, la prueba de la efectiva integración de una relación laboral dada dentro del fenómeno interpositorio o, si se prefiere, dentro del ámbito de dirección y organización del cesionario. Y, en la medida en que se acredita con más evidencia la no-integración del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario cedente, puede relajarse, pero no descartarse, la necesidad de acreditar –probar– la efectiva integración del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario cesionario (supuestos segundo a cuarto).

Tratando, en fin, de concretar una solución final que, en cierta medida, combine las dos últimas aproximaciones realizadas hasta el momento –el art. 43.2 ET como una norma ejemplificativa y como una norma presuntiva– cabría entender que cada una de las cuatro situaciones son ejemplos –abiertos o amplios– de cesión, que

⁸ Al límite, si se admite, en su caso, al margen del problema de la prueba, que aun no habiéndose iniciado la prestación de servicios a favor del cesionario pueden llegar a producirse supuestos de cesión ilegal (por ejemplo desde la firma del contrato de servicios que consiste en una mera puesta a disposición y la firma del contrato de trabajo con el trabajador para ser cedido), es claro que no tendrían que aportarse indicios de la integración efectiva en el ámbito de organización y dirección del cesionario, sino pruebas de que el contrato de trabajo persigue, precisamente, el propósito prohibido por la norma.

destacan por la concurrencia de un elemento especialmente sintomático de la cesión, pero que no define por sí mismo la cesión. Este elemento habría, según la intención del legislador, de ser ponderado especialmente por el juzgador, e incluso podría convertirse en el principal hecho base –no en el único de un modo normal– de una prueba presuntiva. El legislador, en definitiva, habría tratado de ejemplificar diversos supuestos posibles –no necesarios– de cesión y, al mismo tiempo, de afirmar la viabilidad de la prueba presuntiva para acreditar la concurrencia de la cesión, abriéndose así al juez dos tipos de valoraciones: una que le permite apreciar, atendiendo al caso, la concurrencia de elementos indiciarios (hechos base) suficientes y necesarios como para *presumir* la cesión, es decir, para presumir la concurrencia de notas que, en conjunción con las acreditadas en vía directa, permiten afirmar la concurrencia del tipo legal, y otra que le permitiría apreciar directamente la concurrencia de elementos o notas, necesarios o suficientes (ya sea a través de un método conceptual o tipológico, respectivamente, según la opción escogida en cuanto al método) como para dar por acreditada, en vía directa o no-presuntiva, la cesión, en cada uno de los supuestos analizados, u otros distintos, no explicitados en la norma.

4. Conclusión

Cualquiera que sea, en fin, la interpretación que se mantenga sobre la nueva definición normativa de la cesión ilegal de trabajadores, creemos que la intención legislativa expresada en la propia norma de distinguir con mayor precisión la cesión ilegal de los supuestos de subcontratación lícita es un objetivo que sólo se ha conseguido en parte. Pero este dato no puede leerse sólo o tanto en clave de reproche. Porque quizá la mayor virtualidad de la norma haya consistido en consolidar, frente a otras posibles opciones, un método abierto de aproximación a la existencia de cesión ilegal, que permite valorar la significación real de las formas cada vez más heterogéneas y complejas en que puede presentarse en el tráfico. O, dicho en otras palabras, cada uno de los nuevos ejemplos enunciados por la norma son descritos en términos lo suficientemente amplios como para permitir la valoración, desde la pauta teleológica y funcional que guía y sigue guiando al precepto, la heterogénea gama de realidades que se han planteado o pueden llegar a plantearse, así como discriminar los que deben calificarse finalmente como cesión ilegal. En la práctica, la principal aportación de la norma, junto a la más destacada –y que no puede minusvalorarse– de consagrar y reforzar en sede normativa una concreta opción de política de derecho, estaría en afirmar la concurrencia de diversos elementos que pueden ser especialmente sintomáticos de la existencia de una cesión ilegal, sin imponer al juez, sin embargo, el alcance exacto que ha de atribuirse en cada caso a la concurrencia de tales elementos –según su diversa configuración– y, al mismo tiempo, estaría también en afirmar, o confirmar, la viabilidad de que algunas de las notas o indicios que permiten deducir la existencia de cesión ilegal no sean objeto prueba directa, sino de una prueba presuntiva. Más allá de esta definición, no puede sino

aceptarse que la reforma laboral de 2006 está lejos de haber asumido o supuesto un replanteamiento global de los fenómenos de cesión y subcontratación empresarial ni, más en general, de la descentralización productiva.

5. Bibliografía

- ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo y MERCADER UGUINA, Jesús R.
2000 “La Ley 29/1999, de reforma de la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino”, *Relaciones Laborales*, t. I.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz
2002 “El «Autónomo económicamente dependiente»: Problemática y Método”, *Aranzadi Social*, núm. 18.
- MERCADER UGUINA, Jesús R.
2006 “La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida”, en AA.VV, (CRUZ VILLALÓN, J. Cord.), *La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova, Valladolid.
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa
2001 *La responsabilidad empresarial frente al personal de las Empresas de Trabajo Temporal*, La Ley, Madrid.
2003 *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid.
- MONEREO PÉREZ, José Luis
2006 “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo” *Aranzadi Social*, núm. 19.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco
1993 “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, núm. 39.
1998 “El “desvelo” de los grupos de empresa”, *Aranzadi Social*, t. V.
2006 “La reforma laboral de 2006: un análisis jurídico del RDL 5/2006, para la mejora del crecimiento y el empleo”, en AAVV (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Coord.), *La reforma laboral. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006*, La Ley, Madrid.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel
2002 “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”, *Relaciones Laborales*, t. I
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos y PÉREZ GUERRERO, María Luisa
2006 “Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006”, *Temas Laborales*, núm. 85.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

- 2001 (a) *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, MTAS Madrid.
(b) “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, T. II.
- 2002 “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”, *Relaciones Laborales I*.
- 2006 “Contratas y cesión ilegal de trabajadores” en AAVV, *Análisis y criterios de aplicación del “Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo” y de la Ley 43/2006, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo*.