



ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

ENUNCIADO

Cristina celebra un contrato temporal de obra o servicio determinado, al amparo de lo establecido en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) con la empresa XXX. Las labores que debía realizar eran las de grabadora de datos. Personada la trabajadora en el domicilio social de la empresa, es recibida por el gerente de la misma que le comunica que sus servicios los prestará en la sede de la empresa ZZZ, lo cual efectúa por un espacio de 7 meses. Durante el período de prestación de servicios, las nóminas eran abonadas por la empresa XXX, sin embargo, las órdenes de trabajo las recibía directamente del supervisor de la empresa ZZZ, los horarios eran idénticos a los de los trabajadores de esta empresa, las vacaciones y los permisos se los solicitaba al citado supervisor, realizando sus labores con los medios que le proporcionaba esta última empresa.

Cristina sopesa accionar ante los Juzgados de lo Social, al entender que la relación laboral que tenía era con la empresa ZZZ, y que la misma era de carácter indefinido, o bien presentar querrela ante el Juzgado de Instrucción al entender que nos encontraríamos ante un supuesto de tráfico ilegal de mano de obra.

CUESTIONES PLANTEADAS:

¿Es delictiva la conducta realizada por ambas empresas?

SOLUCIÓN

En primer lugar, y antes de pasar a dilucidar si nos encontramos ante una cuestión a solventar por la jurisdicción social, o por la jurisdicción penal, debemos analizar el tipo de contrato que une a Cristina con las empresas implicadas en los hechos.

El **artículo 15.1 a) del ET** permite la celebración de contratos de duración determinada siempre y cuando se realicen de conformidad con lo establecido en dicho precepto, así como en el **Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre**, que en su **artículo 2.º 2 a)** establece como requisito que:

«El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto.»

En el caso de que no se cumpla dicho requisito, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS) es clara, y entiende que dicha relación laboral temporal perderá dicha temporalidad, encontrándonos ante una relación laboral de carácter indefinido. Por tanto, si no se especificase en el contrato de forma clara y precisa cuál era la actividad con autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa, habría que concluir que la relación laboral es de carácter indefinida.

No es inusual que en el ordenamiento jurídico coexistan normas jurídicas en sus distintas ramas que regulen relaciones jurídicas idénticas, y eso es lo que ocurre respecto a la denominada en la jurisdicción social «cesión ilegal de trabajadores» y en la jurisdicción penal «tráfico ilegal de mano de obra»; aun partiendo de la base de que éste segundo concepto tiene una mayor amplitud. Ello conlleva un esfuerzo integrador a fin de determinar a qué norma habrá que acudir en cada caso concreto.

El **artículo 312 del Código Penal (CP)** señala que «serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra».

Por su parte, el **artículo 43 del ET** establece:

«1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT) debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior 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.»

Para solventar aquellos casos en que el derecho penal tenga puntos de contacto con otras ramas del derecho, hay que acudir al principio de intervención mínima, en virtud del cual tan sólo serán de aplicación las normas penales en aquellos casos en que el ataque al ordenamiento jurídico sea de tal gravedad que su restauración no pueda llevarse a cabo con arreglo al resto de las normas jurídicas.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Las Palmas de 31 de julio de 1999** señala que el artículo 312.1 del CP sanciona aquellas conductas que no supongan una mera infracción administrativa, la contratación al margen de las ETT y las exigencias legales de la cesión de trabajadores.

En primer lugar vamos a realizar un somero análisis de lo que la jurisprudencia social entiende por *cesión ilegal de trabajadores* a fin de poder encontrar la diferencia con el tráfico ilegal de mano de obra. No es fácil reconocer cuándo se está ante una cesión ilegal de trabajadores, sobre todo cuándo la empresa cedente cuenta con una infraestructura empresarial propia; así se ha venido considerando como cesión ilegal de trabajadores aquellos casos en que la empresa cedente es una empresa ficticia, sin estructura empresarial propia, sin patrimonio real, cuya finalidad viene a ser la simple prestación de mano de obra. Sin embargo, hay muchos casos en que la empresa cedente sí es una empresa real, que cuenta con una estructura empresarial y con un patrimonio propio; en estos casos, la línea divisoria se torna más complicada, y hay que acudir a otros datos que puedan mostrar cuál es la verdadera naturaleza de la relación. En estos casos, por ejemplo en la **STS (Sala Cuarta) de 12 de diciembre de 1997**, se entiende que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de la sociedad cedente se limita a suministrar mano de obra, sin poner en contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial. Por ello, se debe tener en cuenta que no siempre que la empresa cedente cuenta con una verdadera estructura organizativa, con medios materiales y personales propios, la contratación está al margen de la cesión ilegal de mano de obra, ya que en aquellos casos en que no se han puesto medios propios ni la estructura organizativa propia, limitándose su actividad al suministro de mano de obra, nos encontramos ante un claro supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

Sobre lo que debemos conceptuar por «tráfico ilegal de mano de obra», entiendo que serán aquellos supuestos en que se produce la contratación de trabajadores al margen de las normas legales; por ello, nos encontramos ante un tipo legal en blanco que habrá que completar acudiendo a las normas que regulan el mercado laboral, y para ello acudiremos a lo establecido en los **artículos 16.2 y 43 del ET**, así como en la **Ley 14/1994, de 1 de julio**, por la que se regulan las ETT, y el **Real Decreto 4/1995, de 13 de enero**, que desarrolla la mencionada Ley.

La dualidad de sanciones por la denominada cesión o tráfico ilegal de trabajadores, la encontramos recogida en el ya mencionado artículo 321.1 del CP, mientras que en el ámbito laboral se encuentra regulada en el **artículo 8.º 2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que considera como infracción muy grave «la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente».

Una vez manifestada la dualidad de regulaciones y por ende de sanciones, habrá que determinar cuándo habrá que acudir a la tipificación penal en detrimento de la sanción laboral. Entiendo que el punto de arranque viene a ser la propia interpretación gramatical de las alocuciones «cesión ilegal de trabajadores» y de «tráfico ilegal de trabajadores»; y es precisamente en realizar un «tráfico» ilegal de trabajadores donde reside la distinción, y por tanto la antijuricidad de la conducta desplegada por el sujeto activo. Sólo en el caso en que se diera una reiteración de conductas de cesión ilegal, esto es, una habitualidad en la conducta del sujeto activo, con un claro matiz de permanencia en el tiempo y de afectación a una pluralidad de trabajadores, se perfilaría la conducta definida en el artículo 312.1 del CP. A ello habría de agregarse la existencia de un indudable ánimo de lucro en el sujeto activo, por lo que una cesión aislada y que tuviera una finalidad de benevolencia no podría ser considerada como tráfico ilegal de trabajadores; y en tal sentido se manifiesta la **AP de Barcelona en Sentencia de 15 de diciembre de 1998**.

No hay duda, tras lo analizado, de que la empresa Comunicaciones XXX ha cedido a Cristina de forma ilegal a la empresa Servicios Integrales ZZZ, ya que existe una ausencia total de aportación de medios materiales y organizativos por parte de la primera a la actividad desarrollada por Cristina en la segunda de las empresas, sin que el hecho de que el salario se le abone por parte de la primera erradique la cesión ilegal.

Sobre la base de lo dicho hasta el momento, y con los datos que se manifiestan en el relato de hechos, la conducta desarrollada por la empresa Comunicaciones XXX hay que considerarla atípica ya que no demuestra una habitualidad en la conducta desplegada, pues el hecho aislado de haber cedido de forma ilegal a Cristina a la empresa Servicios Integrales ZZZ no puede suponer una conducta reiterada; lo que no impide la actuación de las oportunas medidas a adoptar por la jurisdicción social. Por tanto, la decisión adecuada sería por una parte dar cuenta a la Inspección de Trabajo a los efectos de que adoptara la sanción pertinente; y por otro, acudir a la jurisdicción social a fin de que se declarara la existencia de una cesión ilegal de trabajadores con las consecuencias legales que ello produciría.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 312.1.
- RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 16.2 y 43.
- STS (Sala de lo Social) de 12 de diciembre de 1997.
- SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 1998.