

## CESIÓN ILEGAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A TRAVÉS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS

**Amparo Esteve Segarra**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

*Magistrada Suplente. Sala de lo Social.  
TSJ de la Comunidad Valenciana*

---

### EXTRACTO

El objeto de este artículo es examinar determinados problemas que plantea el recurso a empresas de servicios en el ámbito de las Administraciones públicas. Partiendo de la obvia pujanza de la contratación con las empresas de servicios en el sector público, se analizan la regulación de los contratos de servicios en las leyes de contratación administrativa y el tratamiento iuslaboralista de los fenómenos de descentralización productiva a partir del concepto de propia actividad en el sector público. El artículo analiza los principales indicios de cesión ilegal y las peculiaridades de la acción de fijeza en el ámbito de las Administraciones públicas. El trabajo finaliza con una reflexión sobre las tensiones e insuficiencias de la protección de los trabajadores de las empresas de servicios auxiliares.

**Palabras claves:** empresas multiservicios, proveedores de servicios, contrata, trabajo temporal y cesión ilegal.

---

*Fecha de entrada: 28-03-2016 / Fecha de revisión: 28-04-2016 / Fecha de aceptación: 28-04-2016*

## ILLEGAL TRANSFER IN PUBLIC ADMINISTRATIONS THROUGH SERVICES COMPANIES

Amparo Esteve Segarra

---

### ABSTRACT

The purpose of this text is to examine certain labor problems posed by the use of service companies in the field of public administration. Starting with the obvious strength of contracting with service companies in the public sector, the regulation of service contracts in administrative procurement laws and labour treatment of outsourcing are analyzed, based on the concept of self-activity in the public sector. The work analyzes the main indications of illegal transfer and the peculiarities of the idea of long term worker in the field of public administration. The paper ends with a reflection on the tensions and shortcomings in the protection of workers in services companies.

**Keywords:** outsourcing companies, service providers, outsourcing contract, temporary work and illegal transfer of workers.

---

---

## Sumario

### I. Introducción

1. La organización en red de empresas de servicios auxiliares
2. El desarrollo de las empresas de *leasing* de personal en el sector público
3. El tratamiento iuslaboralista de las redes de empresas de servicios en la Administración pública

### II. La interposición mediante empresas de servicios en el ámbito de las Administraciones públicas

1. La existencia de una empresa real y la autonomía técnica de la contrata
2. Los antecedentes de gestión directa: En particular en las Administraciones públicas
3. Las cláusulas contractuales
4. La forma de pago de la contrata y la entrega de soportes materiales
5. La integración de los trabajadores en la Administración receptora de los servicios

### III. Régimen aplicable a una cesión ilegal en el ámbito de las Administraciones públicas

### Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. LA ORGANIZACIÓN EN RED DE EMPRESAS DE SERVICIOS AUXILIARES

En un contexto donde los factores que marcan la eficiencia de las empresas son dos: el factor tecnológico y el organizativo, se han incrementado exponencialmente los fenómenos de externalización productiva que son atendidos por empresas auxiliares, y dentro de estas, han adquirido cada vez mayor protagonismo las empresas de servicios, o de gestión integral, que se caracterizan por tener un objeto social múltiple, definido por la prestación de tareas muy variadas. Los casos de empresas como Eulen, Clece, Umano Servicios Integrales o Randstad son bien conocidos. En este artículo se utilizará la expresión de empresas multiservicios para diferenciarlas de las empresas de servicios especializadas en una actividad, que generalmente están claramente sometidas a un convenio sectorial, lo que suele dotar a sus trabajadores de una cobertura negocial. Frente a estas, las multiservicios se caracterizan en primer lugar por la versatilidad de su objeto social<sup>1</sup>. De modo que estas empresas no son comitentes cualificados por su dedicación técnica a una actividad, sino que precisamente su actividad lucrativa y profesional está en función del objeto de la contrata o contratas que atienden. Esta falta de adscripción y la consiguiente diversificación productiva rompe uno de los aspectos clásicos del ordenamiento laboral, que ubica a las empresas en función de su actividad, en aspectos tan significativos como el convenio colectivo<sup>2</sup> o determinadas normas de prevención de riesgos laborales. Las empresas multiservicios, frente a las de servicios especializados, son empresas contratistas que no están aglutinadas en la prestación de una única tarea, por lo que no resulta fácil adscribirlas a los sectores tradicionales de actividad en los que se divide la economía a efectos laborales. Se concentran en ofrecer a otras la concertación de contratos por los que asumen la ejecución de tareas muy diversas para todo tipo de organizaciones empresariales, públicas y privadas.

<sup>1</sup> Un ejemplo gráfico de esta multiplicidad es la afirmación contenida en la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 11 de mayo de 2010, rec. núm. 323/2010: «El examen del objeto social de la empresa pone de manifiesto que no hay prácticamente actividades que queden fuera de aquel, y así es posible que se gestione, en el marco de la ejecución de labores relacionadas con explotaciones pecuarias, la clasificación de huevos o el ordeñado de animales; o que se presten servicios sanitarios con personal cualificado (médicos, fisioterapeuta, etc.); o que se gestionen bancos de sangre; o que se hagan actividades de catering; o se realice la limpieza de edificios; o se realice la prestación de servicios de asesoramiento, asistencia y ejecución de trabajos jurídicos».

<sup>2</sup> Sobre los problemas de la determinación del convenio colectivo en estas empresas y la crítica a la posición del Alto Tribunal, *vid.* ESTEVE SEGARRA (2015).

Los servicios ofertados por estas empresas van más allá de las tareas auxiliares clásicas situadas en la periferia de los procesos de producción (de vigilancia, recepción, mantenimiento y limpieza). El recurso a las mismas se ha extendido a todos los sectores de actividad. La proliferación se ha visto abonada por un conjunto de factores jurídicos (a) y económicos (b).

- a) Como factores jurídicos que han alentado la expansión en nuestro ordenamiento de las empresas multiservicios habría que citar al menos los tres siguientes: en primer lugar, la mejora de las tutelas laborales de los contratos de puesta a disposición realizados a través de empresas de trabajo temporal, que ha provocado una huida hacia otras técnicas de organización productiva como la subcontratación, de morfología similar, y consideradas *ab initio*, como lícitas. En segundo lugar, por la restricción del concepto de propia actividad en la protección del trabajo en régimen de subcontratación que expulsa del régimen de responsabilidades diseñado legalmente la subcontratación de tareas auxiliares, que aunque sean necesarias, no son inherentes al cometido de la empresa principal. Y en tercer lugar, por la admisión de la contratación temporal vinculada a la duración de una contrata, que también actuará como un elemento de estímulo a las decisiones empresariales de externalización productiva.
- b) Como factores de corte más económico o de organización empresarial, no es intrascendente poner de manifiesto que la ampliación de tareas auxiliares prestadas a otras empresas es la razón del origen de una parte de las empresas de servicios. Muchas de las actuales empresas que actúan como proveedores de servicios de gestión integral nacieron como una evolución y ampliación de firmas con origen en sectores específicos (limpieza, construcción, suministro de trabajadores o empresas de trabajo temporal) que evolucionan extendiendo sus mercados y actividades de servicios y transformándose en empresas multiservicios. En muchos casos, es un grupo de sociedades el que se articula como grupo de empresas multiservicios, al integrarse por compañías de seguridad, mantenimiento, limpieza u otras actividades, que se ofrecen en el mercado según los intereses de las empresas clientes, bien de forma aislada, bien de forma conjunta, cuando la oferta requerida debe abarcar diversos servicios, por ejemplo, funciones auxiliares de recepción y teléfono junto con las de seguridad o limpieza, o estas últimas con las de *handling*, o funciones de administración e información. Esta estructura grupal les permite aprovechar la imagen de marca.

## 2. EL DESARROLLO DE LAS EMPRESAS DE LEASING DE PERSONAL EN EL SECTOR PÚBLICO

El recurso a las empresas multiservicios se ha extendido a todos los sectores de actividad y también en el ámbito de las Administraciones públicas local, autonómica o estatal, que, como es sabido, gestionan un volumen elevadísimo de empleo de naturaleza temporal. De hecho, entre

los empresarios clientes de las empresas multiservicios continúan ocupando un lugar destacado las diversas Administraciones públicas, dado el importante nicho de mercado de necesidades de trabajo temporal de estas. Las empresas multiservicios canalizan un volumen muy relevante de empleo en este sector y han aumentado exponencialmente su actividad en el sector público por una conjunción de factores, entre los cuales no ha sido el menor la tradicional restricción de la actuación de las empresas de trabajo temporal (ETT) en este ámbito<sup>3</sup>. Sin embargo, eliminada dicha restricción, la cuota de mercado de las empresas multiservicios en el sector público se ha mantenido en un contexto de reducción del déficit y sometimiento de los servicios públicos a criterios del mercado de acuerdo con los postulados de la llamada *Nueva Gestión Pública*, que consideraría más eficaz la acción administrativa a través de la gestión indirecta contratada con empresas privadas. Las políticas de adelgazamiento (*public downsizing*), tratando de ahorrar costes y evitar incrementos de plantilla han aventajado el crecimiento de empresas multiservicios para actividades y servicios de distinta naturaleza, antes prestados con medios materiales y personales de la propia Administración.

Además, la regulación administrativa de determinados contratos administrativos, en particular de los contratos de servicios, ha favorecido la utilización de estas empresas. Como es sabido, la limitación que impide que puedan prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos ha sido interpretada en sentido muy restrictivo de no dictar actos administrativos ni ejercer facultades de autotutela, lo que ha abierto

<sup>3</sup> El recurso de las Administraciones públicas a ETT ha sufrido una interesante evolución. Inicialmente se generó una cierta polémica por el silencio legal sobre esta posibilidad en la [Ley 14/1994](#), lo que planteó dudas sobre si ello equivalía a una prohibición o a una vía admitida legalmente dentro del marco general de los artículos 6 y 8 de la [LETT](#). Ulteriormente el artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ([Ley 13/1995](#)) fue modificado por la [Ley 53/1999, de 28 de diciembre](#), admitiendo el recurso a las ETT exclusivamente para realizar tareas consistentes en encuestas o tomas de datos, y sin que además pudiese superar la duración de seis meses. El artículo 197.3 de la [Ley de Contratos de las Administraciones Públicas](#) preceptuaba que no resultaba de aplicación a estas Administraciones lo instituido en el artículo 7.2 de la [LETT](#), que establecía que si al finalizar el contrato de puesta a disposición el trabajador continuaba prestando servicios en la empresa usuaria, adquiría la condición de fijo en dicha empresa. Las mencionadas previsiones se incluyeron en el [Real Decreto Legislativo 2/2000](#), del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 y, ulteriormente, en la [Ley 30/2007, de 30 de octubre](#), de Contratos en el Sector Público, en su disposición adicional quinta.

Más adelante, como consecuencia de la trasposición de la [Directiva Comunitaria 2008/104, de 19 de noviembre](#), realizada por el [Real Decreto-Ley 10/2010](#) y por la [Ley 35/2010](#), se suprimieron las limitaciones y prohibiciones vigentes a la utilización de los servicios de ETT, derogando expresamente la disposición adicional quinta de la [Ley 30/2007](#). Ciertamente, la actual Ley de Contratos del Sector Público ([RDL 3/2011, de 14 de noviembre](#)) no contiene ninguna prohibición. Sin embargo, en las normas presupuestarias desde el año 2012 (por ejemplo, [Ley 2/2012, de 29 de junio](#), [Ley 17/2012, de 27 de diciembre](#), [Ley 22/2013, de 23 de diciembre](#), [Ley 36/2014](#) y artículo 20 de la [Ley 48/2015, de Presupuestos Generales para el Estado para el 2016](#)) se restringen los supuestos en que cabe suscribir contratos de puesta a disposición a casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, y además se restringen a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, debiendo someterse, además, a la obtención de una previa autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas.

un campo de juego muy amplio, de manera que algunas funciones administrativas tradicionales (supervisión y vigilancia, defensa judicial, etc.) son también ejercidas por empresas privadas, que pueden desempeñar actividades incardinables en las competencias administrativas ordinarias.

Dentro de la tipología de contratos administrativos (junto a los clásicos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos y suministro) aparecen otros más modernos, como el de servicio<sup>4</sup> y el contrato de colaboración entre el sector público y el privado. La contratación administrativa con empresas multiservicios se ha producido mayormente dentro de los llamados contratos de servicios (art. 10 LCSP, siglas del [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público)<sup>5</sup> que no son equiparables a los contratos de gestión indirecta de servicios públicos (art. 8 LCSP)<sup>6</sup>. El contrato de servicios se define de una forma muy amplia, pues tiene por objeto prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (art. 10). Los llamados contratos de servicios se regulaban en la legislación anterior (*vid.* art. 196 LCAP), junto a los de consultoría y asistencia, que tendrían un carácter más intelectual y personal. La contratación de servicios agruparía ahora a los anteriores contratos de consultoría y asistencia, así como los de atención de servicios instrumentales de carácter administrativo para el normal desarrollo de las funciones de la Administración. Todos ellos se concentrarían en las categorías divididas por su objeto, previstas en el anexo II de la LCSP. Estos contratos tienen una duración máxima de cuatro años, salvo excepciones, prorrogables hasta seis. Si bien, se establecen particularidades en el caso de que sean contratos complementarios de contratos de obras o suministros, defensa judicial, o excepciones previstas por el Consejo de Ministros o las comunidades autónomas, para determinadas categorías de contratos.

De este modo, en el ámbito de la contratación pública el recurso a las empresas multiservicios no solo no ha disminuido, sino que se ha incrementado notablemente. Es más, el éxito de estas ha sido tal que en nuestro país se ha producido un curioso fenómeno de mimetismo y reconversión empresarial de antiguas empresas contratistas dedicadas básicamente al contrato de obras públicas, que tiene por objeto la construcción, conservación o mantenimiento de una

<sup>4</sup> El contrato de servicios no estaba previsto en la Ley de Contratos Públicos de 1965, regulándose por normas reglamentarias (Decretos 1005/1974 y 1465/1985). Sobre su origen, *vid.* ESCRIBUELA MORALES (2009), págs. 1.433 y ss.

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que esta norma, que iba a ser modificada mediante un [Anteproyecto de reforma de la Ley de Contratos de Sector Público](#) que quedó frenado con el fin de la legislatura, fue parcialmente modificada de forma menos ambiciosa por la [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), del Sector público que modificó determinados preceptos en la disposición final novena.

<sup>6</sup> La delimitación entre los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos de servicios no siempre es nítida. Al respecto, es clásica la referencia a la jurisprudencia del TJUE que habría incidido en que en el primero, el prestador del servicio, lo explota a cambio de una retribución de los usuarios y a su riesgo y ventura; mientras que el contrato de servicios consiste en la realización de un servicio para la Administración, necesario para su funcionamiento y siendo la Administración la que abona un precio (SSTJUE de [13 de octubre de 2005, Parkin Brixen, C-458/03](#), y, sobre todo, la conocida de [10 de septiembre de 2009, Eurawaser, C-206/08](#)).

obra. Estas empresas se han reorientado en empresas de gestión integral de contratos públicos. De este modo, se han creado empresas, o más frecuentemente, grupos de empresas multiservicios, que se ofrecerían como constructores o gestores integrales de servicios de todo tipo (desde la limpieza viaria o la recogida de basuras, gestión de residuos, mantenimiento de parques e instalaciones públicas, alumbrado, etc.). Estas empresas o grupos de empresas de gestión integral han perseguido eludir la caída en la contratación de obras públicas creando líneas de negocio alternativas, lo que ha permitido mantener ciertas redes de influencia y lazos políticos y comerciales intactos.

### 3. EL TRATAMIENTO IUSLABORALISTA DE LAS REDES DE EMPRESAS DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En principio, la actividad de este tipo de empresas se encuadra dentro del marco amplio de los fenómenos de descentralización productiva y el recurso cada vez más frecuente de las Administraciones públicas a otras entidades auxiliares para realizar una parte de sus actividades. El fenómeno entronca directamente con el protagonismo de la descentralización productiva como un fenómeno estructural. La subcontratación se ha convertido en la técnica normal de organización de la actividad de las Administraciones públicas. De suerte que, parafraseando un pronunciamiento del Alto Tribunal, no existiría impedimento legal en nuestro ordenamiento que prohibiera a las Administraciones la realización de contratos administrativos con empresas de servicios, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores. Por tanto, la actuación de las empresas multiservicios es en principio legal, siempre que el recurso a la contratación externa no encubra un fraude de ley. El [artículo 42 del TRET](#) las dota de legitimidad y las ofrece un régimen jurídico poco exigente. Un lugar común en que las contrataciones de obras o servicios no se limitan a los contratos privados de arrendamientos de obras o servicios, sino también a los contratos y concesiones administrativas<sup>7</sup>.

En efecto, aunque la doctrina hubiese referido la contrata al contrato de ejecución de obra<sup>8</sup>, y el tratamiento de nuestro [Código Civil](#) tendría como referente a las obras de construcción –así se plasma con la simple lectura de los arts. 1.591 y 1.594–, también cabría incluir como objeto del contrato los servicios. De hecho, los preceptos laborales abonan esta interpretación, al incluir a las contrataciones de obra y servicio tanto en el [artículo 42 del TRET](#) como en las normas preceden-

<sup>7</sup> Ello se ha reconocido en una serie de sentencias, donde el Tribunal Supremo ha aplicado el precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas. Entre las primeras, la STS de 15 de julio de 1996.

<sup>8</sup> La STCT de 10 de abril de 1989 estableció: «El término contrata designa una de las variantes del tipo contractual que el Código Civil llama arrendamiento de obra. La característica fundamental de este último es la existencia de una obligación de resultado: la obra que una de las partes se compromete a hacer a cambio de un precio cierto y determinado».

tes<sup>9</sup>. La definición omnicompreensiva implicaría la voluntad legal de incluir no solo los contratos con obligaciones de resultado, sino también contratos con obligaciones de actividad. De acuerdo con esta interpretación solo se excluirían las contrataciones con una prestación de dar, tales como contratos de suministro, asistencia técnica, contratos de agencias, franquicia<sup>10</sup> y compraventa. En principio, la actuación de las empresas multiservicios no se movería en el terreno de estos contratos con obligación de dar, sino que el objeto de la contratación con empresas multiservicios es un *facere* que implica la realización por la empresa de una obra o un servicio a cambio de un precio. Obviamente, en el caso de determinados contratos de suministro, la delimitación puede

<sup>9</sup> El artículo 4 del Decreto 3667/1970 establecía como objeto de la contratación la realización de obras o trabajos. La LRL cambió la expresión «trabajos», por «servicios».

<sup>10</sup> Las franquicias han sido excluidas del ámbito de aplicación del artículo 42 del ET en STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2003, rec. núm. 5894/2002. En ella se apunta: «La sentencia fundamenta en dicho precepto la condena de quien ahora recurre, entendiendo que existía en el presente caso un supuesto de subcontratación. La Sala no puede compartir el criterio del juzgador de instancia. El examen de la relación jurídica que vinculaba a la recurrente con quien ostenta la verdadera condición de empresario de los trabajadores demandantes conduce ante un arrendamiento de industria que se aleja del concepto de subcontratación. Para que este se diera sería necesario que entre la empresa principal y quien actúa como contratista se hubiera concertado la prestación de unos servicios ínsitos en la actividad de la empresa principal. En el presente caso, lo que sucede es que la recurrente cedió plenamente el uso y disfrute de su instalación y de la actividad de la misma, de suerte que se desentendía de la actividad empresarial que en ella se desarrollaba percibiendo una renta a cambio, como elemento definidor del contrato de arrendamiento. La actividad que desarrollaban los empleadores no se hacía por cuenta de la recurrente, sino que constituía su proyecto empresarial, aunque no poseyeran la propiedad del mismo. Los citados empleadores no eran sino meros arrendatarios de la explotación. Sin embargo de lo que no hay duda es de que dicha empresa no llevaba a cabo ningún servicio para la ahora recurrente, quien únicamente percibía una renta, como contraprestación a la cesión del uso y disfrute, y el precio del carburante vendido, por lo que actuaba como arrendadora de la explotación y, al mismo tiempo, como vendedora de la materia básica del negocio, mas no como beneficiaria de un servicio. La obligación de pago de la renta era ajena al beneficio empresarial y por ello no el derecho de la recurrente al percibo de la misma también estaba plenamente desvinculado de la gestión del negocio. La subcontratación del artículo 42 del Estatuto de los trabajadores supone una descentralización de la actividad productiva de la empresa que desgaja parte de la misma para ser ejecutada por otro. La venta o cesión de una explotación o negocio se aparta por completo de esta idea aunque se mantengan vínculos mercantiles propios del contrato de franquicia, como son la obligación de mantener determinada imagen exterior a través de logotipo y uniformes o la asistencia técnica de la suministradora del carburante. Todo ello nos lleva a discrepar también del criterio de la Sala de Tribunal Superior de Justicia de Navarra en las sentencias que se citan en la resolución aquí recurrida y a aceptar la postura de la parte recurrente y a revocar la sentencia en este extremo, añadiendo a lo dicho que, en cualquier caso, la solidaridad que prescribe el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores está limitada a obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social, mientras que la condena impuesta incide en una obligación de indemnizar por la extinción del contrato que no encaje en tal supuesto». Tampoco se puede considerar sin más que exista grupo de empresas en las franquicias. En este sentido, es interesante la aportación de la STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de octubre de 2005, rec. núm. 1629/2005, donde se señala en relación con una franquicia que «no existe una fusión confusión de patrimonios, sino que se trata de comerciantes totalmente independientes, con capitales diferenciados, se trata de personas jurídicas autónomas, distintas e independientes, sin participación societaria alguna de una en la otra, sino todo lo contrario, cada entidad tiene unos socios y administradores distintos, con un funcionamiento diverso y personal independiente, es decir, se trata de diversas entidades que la única vinculación que tienen deriva de haber concertado un negocio mercantil, con unas determinadas condiciones, de las que no cabe inferir, al menos en el supuesto enjuiciado, la existencia de un grupo de empresas, dada la independencia real y efectiva de sus bienes, de su patrimonio, de sus cuentas, con una personalidad jurídica diversa, etc.».

ser compleja si se entremezclan obligaciones del vendedor o suministrador de asistencia o reparación, debiendo estarse en estos casos a la relevancia que tenga cada actividad desarrollada.

No conviene perder de vista que la contratación con estas empresas multiservicios puede responder a diversas motivaciones, entre las que pueden estar desde el objetivo legítimo de lograr una gestión pública más eficiente o la atención a una actividad puntual y especializada, a otros propósitos más cuestionables ética e ideológicamente, como un ahorro de gastos en la gestión de recursos humanos, pero no siempre fácilmente atacables desde la perspectiva jurídica. Y es que es obvio que el valor de mercado que ofrecen las empresas multiservicios está relacionado con la cobertura de actividades diversas en las que un elemento esencial es la prestación de mano de obra con una reducción de los costes salariales, y en general laborales, respecto a la opción de prestación de esta actividad dentro de la propia Administración. La Administración pública cliente se beneficia directamente por la prestación laboral de los trabajadores de la empresa multiservicios que muy frecuentemente desarrollan su trabajo en los centros de trabajo del empresario principal, sin que, en principio, deba hacer frente a cargas sociales como cuotas de Seguridad Social, indemnizaciones por despidos o aplicación del régimen salarial de la propia Administración, ni siquiera del régimen convencional correspondiente al sector que corresponda a la actividad contratada<sup>11</sup>. En definitiva, pese a la localización de la prestación de servicios de los trabajadores y de ser, en última instancia, el que se beneficia de los resultados o frutos del trabajo, de no asumir la condición de empresario al quedar desligado de los trabajadores que prestan servicios para él, con la consiguiente exención de responsabilidades laborales y reducción de costes. Sin embargo, esta interpenetración productiva no es ilegítima y, por tanto, tampoco lo es la opción de organizar la Administración mediante el recurso a empresas externas para ahorrar costes laborales. Estos menores costes derivarían de aplicar condiciones de trabajo diversificadas, que no resultarían atacables desde la perspectiva del principio de igualdad de trato al diversificarse la organización de pertenencia de los trabajadores; al menos si este principio sigue los criterios hermenéuticos clásicos<sup>12</sup>.

Por otra parte, el régimen de subempleo es aún más ventajoso por cuanto, pese a la interpenetración productiva, la empresa contratista no queda vinculada por la responsabilidad salarial y de seguridad social prevista en el artículo 42 del TRET en sus dos primeros apartados. Como quiera que el régimen está diseñado para las contrataciones de propia actividad, y en muchos casos la prestación de servicios afecta a actividades auxiliares o complementarias de las Administraciones públicas (como limpieza, conservación, mensajería, vigilancia, mantenimiento e informática, gestión de los almacenes, logística), no consideradas como tales por una interpretación jurisprudencial.

<sup>11</sup> Sobre las cuestiones laborales planteadas por las empresas multiservicios, me remito a mi trabajo, ESTEVE SEGARRA (2016).

<sup>12</sup> Al amparo de la antigua doctrina del Tribunal Constitucional que descartó dicho principio en el ámbito de las organizaciones privadas y, sobre todo, en su comparación entre estos con el régimen de los empleados públicos (STC 39/1984, de 20 de marzo).

dencial muy consolidada<sup>13</sup>, quedan fuera del régimen de responsabilidad previsto en el [artículo 42 del TRET](#) y normas concordantes para las de propia actividad.

Es un tópico jurídico que la finalidad del concepto de propia actividad estaría en articular una protección reforzada en los casos en que la similitud de actividades entre el empresario principal y el contratista pudiera facilitar fraudes laborales encubriendo cesiones ilícitas de mano de obra para atender a obras o servicios propios. Ciertamente, este mayor rigor con la delimitación de las contrataciones de propia actividad responde a un planteamiento de cautela hacia la externalización de servicios de lo que sería el núcleo esencial de la actividad de la empresa. De este modo, la directa conexión con el ciclo productivo del empresario principal es lo que permite entender que el empresario principal obtiene provecho de los trabajadores del contratista. El concepto de ciclo productivo sería definido como un complejo de operaciones necesarias para alcanzar los objetivos de producción de bienes o servicios de la empresa, y que ofrecería perfiles más claros en las empresas del sector industrial, con funciones de manufactura, y más difusos en las empresas de servicios<sup>14</sup>. Y sería aún más indefinido en el ámbito de las Administraciones públicas. Obviamente, la complejidad nace del hecho de que el concepto de ciclo productivo es muy relativo en el sector público<sup>15</sup>. En muchos casos, se ha atendido al criterio de si el servicio estaba entre los fines o competencias de la respectiva Administración como criterio delimitador de la propia actividad, trasladando la regla de atender al objeto social de empresas privadas en los estatutos societarios y sustituyéndola en las Administraciones públicas por las normas sobre competencias administrativas. Este criterio coloca el foco en el destinatario del servicio, en el ciudadano, de manera que se excluirían del concepto de propia actividad las contrataciones en que el servicio se dirige a la Administración<sup>16</sup>.

La expulsión de los trabajadores de estas empresas auxiliares implica que la protección se articula únicamente a partir de la responsabilidad subsidiaria, que es por cuotas impagadas de

<sup>13</sup> La interpretación jurisprudencial restrictiva viene considerando que solo lo serán aquellas actividades inherentes al ciclo productivo del empresario principal (entre otras, [STS de 24 de noviembre de 1998](#), [RCUD 517/1998](#)).

<sup>14</sup> Se estima que la propia actividad es de más fácil determinación en las empresas del sector industrial, en las que se produce un bien material concreto; en contraposición con las empresas que consisten total o parcialmente en servicios. LLANO SÁNCHEZ (1999), pág. 67.

<sup>15</sup> Así, se ha considerado como propia actividad la explotación de las instalaciones periféricas de saneamiento de aguas de una entidad local (STS de 12 de diciembre de 2007, [RCUD 3275/2006](#)), o el servicio de ayuda a domicilio (STS de 3 de marzo de 1997, [RCUD 2194/1996](#)). En cambio, se ha excluido la construcción y rehabilitación de unas dependencias administrativas (STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 1998, rec. núm. 625/1998) o el encargo de un curso de formación por el servicio estatal de empleo (STS de 29 de octubre de 1998, [RCUD 1213/1998](#)) o la vigilancia y seguridad de edificios públicos (STS de 18 de enero de 1995, [RCUD 150/1994](#)) o la externalización del servicio de ambulancias (STSJ de Navarra de 28 de diciembre de 2006, rec. núm. 256/2006), o las obras de construcción –no el mantenimiento– de una carretera (STS de 12 de diciembre de 2007, [RCUD 3275/2006](#)), o las de un complejo deportivo (STSJ de Cataluña 23 de julio de 2008, rec. núm. 3514/2007).

<sup>16</sup> SORIANO CORTÉS (2007), pág. 24.

Seguridad Social (art. 142.1 TRLGSS-2015) y por las prestaciones a cargo del contratista o subcontratista por falta de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social (art. 168 TRLGSS-2015). Responsabilidad esta última solo exigible previa declaración de insolvencia de este último. Asimismo, y con un carácter sectorial, las contrataciones desarrolladas en el centro de trabajo de la empresa principal se tienen en cuenta a los efectos de la coordinación de la actividad preventiva y de las responsabilidades en casos de siniestralidad laboral, sobre la base de la capacidad del empresario principal de disposición del medio físico en el que se produce el accidente.

La consecuencia es que la regulación laboral de las empresas multiservicios se movería dentro de la máxima flexibilidad y de una ordenación de la subcontratación, harto deficiente, de la que en gran medida escaparían, por un régimen de responsabilidades muy ligado al concepto de propia actividad, que deja extramuros las actividades auxiliares que son las habitualmente prestadas por las empresas multiservicios. Desde luego, en este ámbito estas empresas van a sortear determinados mecanismos de tutela laboral (elusión del convenio colectivo del sector, temporalidad cuasi absoluta de las relaciones laborales, exclusión de la responsabilidad solidaria del art. 42 TRET por no reunir el concepto de propia actividad, etc.). Mediante la prestación de servicios externa se logra una mayor flexibilidad y reducción de las cargas sociales, pero ello se hace a costa no solo de la protección clásica ofrecida por el Derecho del Trabajo, sino también del sistema económico, ya que se incide en la competencia de las empresas que sí quedan sujetas a dichas reglas.

## II. LA INTERPOSICIÓN MEDIANTE EMPRESAS DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Aunque atendiendo a los requisitos para la válida celebración de contratos administrativos, cabría pensar que la posibilidad de que la cesión ilegal se produzca en el terreno del sector público era menor que en el privado, los repertorios judiciales parecen desmentir esta premisa<sup>17</sup>. Las empresas multiservicios basan su actuación en la cobertura de una contrata, sin embargo, prácticamente en todos los casos no requiere una excesiva estructura organizativa ni material, y tiene como elemento esencial la aportación de mano de obra, lo que plantea la cuestión de qué requisitos han de cumplir estas empresas para que su prestación de servicios no sea calificada como cesión ilegal. Partiendo de que la determinación de la existencia de cesión ilegal en empresas multiservicios no abordaría un problema nuevo, sino que sería una deriva nueva de uno antiguo, conviene partir de la doctrina jurisprudencial en la materia<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 6 de junio de 2006, rec. núm. 249/2006, que relaciona la institución de la cesión ilegal con la protección de los trabajadores frente a empresarios aparentes, de los que se deduciría la idea de que aunque siendo posible su concurrencia «debe verse con cierta prudencia cuando la empresa pretendidamente cedente es una Administración pública».

<sup>18</sup> En particular, de la jurisprudencia sobre la Sociedad de Transformación Agraria (TRAGSA), sobre los primeros casos, *vid.* MARTÍNEZ MORENO (2007) y AMOEDO SOUTO (2004). Entre otras, también se ha mantenido la construcción ju-

## 1. LA EXISTENCIA DE UNA EMPRESA REAL Y LA AUTONOMÍA TÉCNICA DE LA CONTRATA

El primero y elemental es la existencia real de la empresa, el que la empresa tenga una plantilla externa en relación con la utilizada en una concreta contrata para la Administración. El hecho de que una Administración no sea el único cliente de una empresa multiservicios es valorado por alguna sentencia<sup>19</sup>. Sin embargo, este indicio es relativo, pues muchas empresas de servicios suelen contar con un patrimonio propio, domicilio social, servicios centrales y prestar servicios de forma regular a diversas empresas clientes.

Respecto a la dedicación exclusiva o el hecho de disponer de un único cliente se ha considerado un indicio revelador de cesión ilegal, máxime cuando la empresa de servicios se crea para atender la contrata y desaparece al extinguirse esta<sup>20</sup>. Empero, el hecho de que la empresa multiservicios preste servicios para varias Administraciones públicas o empresas no es ningún indicio definitivo o decisivo que excluya el fenómeno interpositorio<sup>21</sup>.

Por ello, resulta mucho más relevante la cuestión del proceso de trabajo en la contrata, como estructura empresarial en la que se vehicula el trabajo. El indicio ha de relacionarse con la justificación técnica de la contrata, esto es, a la autonomía de su objeto. Y es que, en el ámbito de la contrata, el objeto es prestar un servicio en que los trabajadores no están cedidos, sino que forman parte de una organización específica y propia de la empresa que presta el servicio y a la que se encarga la realización de determinadas actividades de naturaleza temporal. Los servicios deben desarrollarse en el centro de trabajo de la empresa principal. En estos supuestos de externalización interna, donde la fuerza de trabajo del trabajador se recibe de una forma más directa e inmediata, es donde mayores problemas plantea la calificación jurídica<sup>22</sup>. En este sentido, se ha señalado que un escaso número de trabajadores en la atención de la contrata «hace difícil que pueda hablarse de puesta a disposición de una verdadera organización empresarial»<sup>23</sup> y apunta más bien a un mero suministro de mano de obra.

---

risprudencial en pronunciamientos más recientes, como la [STS de 27 de septiembre de 2011, RCUUD 4095/2010](#), y más recientemente [ATS de 11 de febrero de 2016, RCUUD 700/2015](#).

<sup>19</sup> Se descarta la cesión ilegal por el hecho de que la empresa contratista tenga una elevada plantilla en relación con los trabajadores empleados en la contrata y preste servicios similares para otras empresas ([STSJ de Asturias de 16 de abril de 2004, rec. núm. 2475/2003](#)).

<sup>20</sup> Es el caso de las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de julio de 2013, rec. núm. 1400/2013, y 8 de enero de 2014, proc. núm. 52/2012, referidas a empresas que desarrollaban actividades logísticas para Ford.

<sup>21</sup> Precisamente, el hecho de la no dedicación exclusiva puede ser un elemento para la no consideración de la existencia de cesión ilegal (STS de 7 de marzo de 1988, st. núm. 274/1988).

<sup>22</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ (2007), pág. 817.

<sup>23</sup> [STS de 20 de septiembre de 2003, rec. núm. 1741/2002](#). En un sentido similar, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de julio de 2013, rec. núm. 188/2013, se apunta: «La Sala no alcanza a comprender qué razón organizativa o

## 2. LOS ANTECEDENTES DE GESTIÓN DIRECTA: EN PARTICULAR EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En cuanto a este elemento de valoración ha de señalarse que los antecedentes de gestión directa de la actividad externalizada es un indicio que debe ponderarse con otros. En el ámbito de las Administraciones públicas ha circulado en ocasiones el axioma de que las actividades exclusivas no se pueden contratar. Empero, dicha prohibición no tiene perfiles claros, si bien, sí que se suele atender al listado de competencias que corresponde a cada Administración pública a los efectos de delimitar si la externalización queda englobada dentro del concepto de propia actividad de la Administración. Y, además, en alguna sentencia se ha incidido en que si la actividad externalizada se engloba en las competencias generales del organismo público correspondiente, y ha de ser llevada a cabo de forma permanente, no se justificaría como un auténtico proyecto ni servicio u obra con autonomía y sustantividad propia que justificara la existencia de una contrata, e indirectamente, de contratos temporales realizados con una empresa multiservicios<sup>24</sup>. Ello no obstante, es preciso advertir que, en buena medida, esta idea es poco perceptible en otros pronunciamientos que admiten la gestión indirecta de servicios, sin incidir en absoluto en la «autonomía» de su objeto. En todo caso, no deja de ser relevante que la propia Administración, como buena práctica, aconseje evitar la contratación de servicios externos para suplir carencias de medios personales cuando se trate de necesidades permanentes relativas al ejercicio de competencias propias<sup>25</sup>.

En este contrato administrativo de servicios, que sería el marco jurídico habitual de recurso por la Administración a la actuación de las empresas multiservicios, el legislador reitera el límite clásico de la contratación administrativa de que no pueden ser objeto del mismo servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 301.1). La antedicha exclusión incluye un concepto indeterminado y relativo a lo que la Administración puede contratar externamente. No existe un listado unificado de estos actos que lleven implícito el ejercicio de una autoridad pública, aunque suelen incluirse las de seguridad ciudadana, potestad sancionadora y sistema penitenciario. En todo caso, ha de señalarse que no están excluidas las prestaciones de servicios que comprendan actividades que constituyan competencias de las Administraciones públicas, por cuanto la **LCSP** no excluye que dichas actividades sean objeto del contrato administrativo de servicios<sup>26</sup>. En este sentido, los tribunales han trasladado a estos contratos administrativos

---

técnica puede existir para que las labores de conserjería que precisan de un solo trabajador, como es el caso, sean realizadas a través de un contrato de arrendamiento de servicios con otra empresa, en vez de directamente a través de un contrato de trabajo entre el sujeto que presta el servicio (trabajador) y quien lo recibe (empleador)».

<sup>24</sup> En este sentido, por ejemplo, SSTSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 31 de octubre de 2005, rec. núm. 209/2005, y (Santa Cruz de Tenerife) de 25 de octubre de 2013, rec. núm. 281/2012.

<sup>25</sup> Se recoge como primer principio de actuación en las **Instrucciones de 28 de diciembre de 2012**, sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo la junta consultiva de contratación administrativa del Estado ha admitido la prestación indirecta de servicios como el de extinción de incendios (Informe 2/06) o la contratación de servicios auxiliares para la recaudación municipal (Informe 8/04).

la doctrina jurisprudencial de que el hecho de que la externalización afecte a actividades esenciales y propias de una empresa no determina sin más la ilicitud de la misma desde la perspectiva del ordenamiento laboral<sup>27</sup>.

### 3. LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

Otro elemento de valoración puede relacionarse con el contrato de servicios y sus estipulaciones, de manera que si existen cláusulas de intromisión de la empresa principal en el desarrollo de las prestaciones laborales de los trabajadores de la contratista, ello puede abonar la existencia de una cesión ilegal. Por ejemplo, si los pliegos de prescripciones técnicas son tan minuciosos que implican el ejercicio de un poder de dirección sobre los trabajadores<sup>28</sup> e indican las concretas condiciones de ejecución de la prestación del servicio<sup>29</sup>.

Precisamente, en el ámbito de las Administraciones públicas se han establecido modelos de cláusulas a incluir en los pliegos de contratos administrativos que tratan de evitar la calificación de cesión ilegal y que, entre otras cosas, inciden en la existencia de un poder de dirección, una ejecución del trabajo separada y la obligación de que la empresa contratista ejerza efectivamente el poder de dirección<sup>30</sup>.

### 4. LA FORMA DE PAGO DE LA CONTRATA Y LA ENTREGA DE SOPORTES MATERIALES

Otro indicio es la fórmula de pago entre la Administración pública y el empresario contratista. Es indicio de cesión ilegal el que se incremente o reduzca el precio de la contrata en función exclusivamente del aumento o disminución de trabajadores necesarios para atenderla<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> STS de 15 de abril de 2010, RCU 2259/2009, y, proyectándola a la modalidad de contratos administrativos de servicios, STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 650/2013.

<sup>28</sup> SSTSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 8 de octubre de 2013 y 30 de septiembre de 2010 (recs. núms. 604/2013 y 534/2013).

<sup>29</sup> STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 650/2013, donde se señala: «Las directrices escritas contenidas en los documentos elaborados por el Cabildo o el Director del Museo en cuanto a los criterios y pautas de actuación que deben seguirse en la atención al público... que son las que constituyen la base del quehacer del actor, las que marcan y sirven de guía para la ejecución de su trabajo, que como consecuencia de ello, no se rige por instrucciones, normas o reglas de actuación establecidas por su empleadora formal Securitas».

<sup>30</sup> *Vid.* Instrucciones de 28 de diciembre de 2012, sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, que incluye *in fine* este modelo de cláusula.

<sup>31</sup> STS de 14 de marzo de 2006, RCU 66/2005.

El segundo indicio es la puesta en juego de la infraestructura empresarial propia para el ejercicio de la contrata<sup>32</sup>. Ello se concretaría en la aportación de materiales y medios. Si las empresas de servicios no aportan ninguna infraestructura, o solo aportan alguna herramienta o instrumento de trabajo de importancia marginal, existirá cesión ilegal.

Por tanto, para la actuación legítima al amparo de la contrata, la empresa de servicios ha de poseer una infraestructura organizativa propia e independiente del empresario principal, con independencia de que la obra o servicio objeto de la contrata se desarrolle en las dependencias de la empresa principal. En todo caso, el lugar en que se prestan los servicios no es determinante, de modo que no se puede concluir que exista una cesión ilegal por el único hecho de que se desarrolle la prestación de servicios en las instalaciones de otra empresa, por ejemplo en contratas como las de limpieza o seguridad, que se realizan siempre en los locales de la Administración<sup>33</sup>. En cambio, cuando la naturaleza del servicio no exige la localización, un indicio de la falta de soporte empresarial es que la Administración facilite el local para la prestación del servicio de la empresa cedente<sup>34</sup>.

## 5. LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMINISTRACIÓN RECEPTORA DE LOS SERVICIOS

Más importante es que las mismas funciones sean compartidas por los empleados de la empresa auxiliar y la Administración pública. La contrata ha de desarrollarse con cierta autonomía y no ser una parte indiferenciada del proceso productivo de la empresa principal<sup>35</sup>. Si la actividad de la empresa multiservicios se despliega dentro del proceso productivo de la principal, utilizando su maquinaria y utensilios y siendo organizado y controlado el trabajo por la empresa principal, no existe autonomía técnica de la contrata<sup>36</sup>. Tampoco si la actividad realizada por la empresa auxiliar se agota en el mero suministro de mano de obra, pues se produce prestamismo laboral<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Para constatar que la empresa contratista sea real se tienen en cuenta, entre otros aspectos, si ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección y conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador (SSTS de 17 de enero de 1991, rec. núm. 2858/1989, y de 25 de octubre de 1999, RCU 1792/1998).

<sup>33</sup> STS de 7 de marzo de 1988 (st. núm. 274/1988).

<sup>34</sup> Uno de los casos paradigmáticos es el de la STS de 16 de junio de 2003, RCU 3054/2001, en el que una empresa de servicios desarrollaba su actividad de telemarketing en el local de la empresa principal (Airtel), y utilizando además su *software* y *hardware*.

<sup>35</sup> STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 31 de octubre de 2005, rec. núm. 209/2005, donde se determina la falta de autonomía de la contrata en un supuesto donde se enjuicia una actividad de gestión de acceso, cobro y atención a los usuarios llevados a cabo por una empresa de servicios para un instituto deportivo público.

<sup>36</sup> STS de 14 de septiembre de 2001, RCU 2142/2000.

<sup>37</sup> STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2010, rec. núm. 2865/2009.

El ejercicio de los poderes de organización, dirección y disciplinario es acaso el indicio más importante porque buena parte de las empresas en el sector servicios desarrollan su actividad sin más activo que la aportación de su mano de obra. La intensidad del control es un elemento relevante, por cuanto a veces el trabajador de la empresa multiservicios desarrolla su trabajo sin presencia del personal de su empresa, más allá del día de la contratación y el del cese.

La presencia de mandos propios de la multiservicios no excluirá automáticamente la cesión ilegal. La existencia de encargados o mandos intermedios no sirve si se trata de seleccionar o hacer figurar a un trabajador más de la empresa multiservicios, que realiza un control formal, sin impartir instrucciones sobre el trabajo a desarrollar, prestándolo los trabajadores de la multiservicios bajo el control directo de los mandos de la empresa principal<sup>38</sup>.

Sin embargo, ha de reconocerse que en el caso de algunas actividades desplegadas por empresas de servicio, los mismos elementos que pueden valorarse por un juez como determinantes de una cesión ilegal constituyen para otro órgano judicial una manifestación suficiente del ejercicio del poder directivo y organizativo<sup>39</sup>. El tema es casuístico pues una empresa puede tener actuaciones legítimas o ilegítimas según la cobertura que dé a cada Administración pública cliente. En efecto, la delimitación entre contrata y cesión ilegal obliga a un análisis de la relación entre la empresa de servicios y la Administración pública que contrata los servicios y después la relación concreta del trabajador. Puede haber de este modo, dentro de una misma empresa, cesión ilegal para unos trabajadores y no para otros<sup>40</sup>.

### III. RÉGIMEN APLICABLE A UNA CESIÓN ILEGAL EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

De entrada, de declararse judicialmente la existencia de una cesión ilegal, se aplicarían las consecuencias previstas en el [artículo 43 del TRET](#). Esta regulación supone que se ha de prescin-

<sup>38</sup> Por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2005, rec. núm. 5850/2005, se valora especialmente que la coordinadora de la contratista era la que controlaba las entradas, salidas, descansos, ausencias y vacaciones, siendo la intervención de la Administración en relación con la gestión de impuestos externalizada «meramente técnica».

<sup>39</sup> Por ejemplo, en la STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2003, rec. núm. 5395/2002 se revoca el pronunciamiento de instancia que había determinado la existencia de una cesión ilegal sobre la base de que la empresa de servicios que suministraba los conductores de vehículos de la Generalitat catalana no se limitaba a realizar las obligaciones en materia retributiva y previsionales, sino que desarrollaba un control de la actividad realizada por los conductores. Dicho control consistía en obligar a los trabajadores que eran chóferes a entregar diariamente un parte de actividad y un parte mensual del kilometraje realizado. Esta actividad, que fue valorada como mínima por el juzgador *a quo*, se reputa por el tribunal *ad quem* como suficiente de la existencia de un poder organizativo y directivo. Se apuntala la inexistencia de cesión ilegal porque la empresa de servicios era la encargada de que los trabajadores tuvieran los vehículos en perfecto estado. Dichos vehículos no eran propiedad de la empresa que suministraba los conductores, sino que derivaban de un contrato de *leasing* realizado por la Generalitat.

<sup>40</sup> STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2003, rec. núm. 2620/2003.

dir de las previsiones contenidas en el apartado cuarto del artículo 301 de la **LCSP**, en el sentido de que «a la extinción del contrato de servicio, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante».

La previsión de la Ley administrativa en punto a la no consolidación del personal de las empresas de servicios no es sino una suerte de autolimitación para evitar que la contratación con empresas de servicios suponga soslayar las reglas de selección del personal de la Administración. Parece una reacción a los frecuentes supuestos donde la utilización de un contrato de servicios menor ha permitido eludir determinadas restricciones en la contratación pública; ya que solo los contratos de servicios que superen determinados umbrales cuantitativos (art. 16 **LCSP**) quedan sujetos a la exigente normativa comunitaria en punto a las garantías de publicidad y a la libre e igual concurrencia de las empresas; y en la selección de personal conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. La elusión de estas restricciones ha permitido alimentar relaciones de colaboración mutuamente beneficiosas de carácter político y empresarial. Sin embargo, la prescripción del artículo 301.4 de la **LCSP** es limitada y se acerca más a una suerte de proclama, similar a las cláusulas de autoexención de responsabilidad por parte de las Administraciones públicas frecuentemente introducidas en los pliegos de cláusulas administrativas, sin efectos jurídicos vinculantes para los jueces del orden social en el caso de que estos determinen la concurrencia de una situación de cesión ilegal en la actuación del contratista de la Administración<sup>41</sup>. También está en la línea de otras previsiones que intentan frenar la laboralización del personal por esta vía y que dan cuenta de los problemas de fraude de ley en la subcontratación en el ámbito de las Administraciones públicas, tanto estatales como autonómicas<sup>42</sup>. Es el caso de la previsión contenida en la disposición adicional primera del **Real Decreto-Ley 20/2012**, que impone a los entes, organismos y entidades que conforman el sector público la obligación de dictar antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado. El objetivo es que quede clarificada la relación entre los entes gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. Y, para el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, se dispone que el salario de los mismos será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.

<sup>41</sup> Estos han aducido que «juridicidad de los contratos administrativos de servicios viene condicionada no solo por la específica legislación sobre contratos del Sector Público, sino por el bloque normativo laboral» [STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 8 de octubre de 2013, rec. núm. 604/2013].

<sup>42</sup> Un listado de estas instrucciones en NORES (2014).

En desarrollo de la misma, se dictaron [Instrucciones](#) de 28 de diciembre de 2012, sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores. Dicha instrucción establece criterios en contratos de servicios (art. 10 [LCSP](#)) y encomiendas de gestión o realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios [art. 24.6 y 4.1 n) [LCSP](#)]. Esta instrucción recoge directrices elaboradas por la [Resolución de 27 de octubre de 2010](#) aprobada por la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales (BOE de 18 de enero de 2011).

La aplicación del régimen de responsabilidad solidaria en materia laboral y de seguridad social no plantea problemas especiales. Si bien, ha de precisarse que el incumplimiento del deber de comprobación de que la empresa contratista se halle al corriente de sus obligaciones de seguridad social no afectaría a la extensión de responsabilidades. Y por otra parte, la disposición adicional primera del [Real Decreto-Ley 20/2012](#), que junto a la proclama sobre la necesidad de una correcta ejecución de los servicios externalizados para evitar actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral establece que «para el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, se dispone que el salario de los mismos será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias».

La cuestión más problemática ha sido el derecho de adquisición de fijeza. Y así los tribunales han señalado que en el caso de que la cesión prohibida se lleve a cabo en la Administración pública, el trabajador igualmente puede optar por integrarse en la plantilla de la correspondiente organización pública cesionaria.

Ahora bien, en estos supuestos, se aplica la regla jurisprudencial de contrato indefinido, pero no fijo de plantilla, prevista inicialmente para supuestos de contratación temporal en fraude de ley<sup>43</sup>. Ello se justifica por concurrir en estos casos las mismas razones para dotar de prevalencia a las normas administrativas y constitucionales, esto es, el respecto a los principios constitucionales de selección del personal en el sector público, que se rige por los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, que se verían afectados si se aplicase sin más el derecho de adquirir fijeza en el sector público<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Entre otras, SSTS de 12 de marzo de 2002, RCU 1271/2002, de [19 de junio de 2002](#), RCU 3846/2001, y de [17 de septiembre de 2002](#), RCU 3047/2001.

<sup>44</sup> SSTS de 11 de febrero de 2002, RCU 639/2002, [6 de octubre de 2003](#), RCU 878/2003, [28 de octubre de 2003](#), RCU 4878/2002, y 11 de noviembre de 2003, RCU 3898/2003 y [17/2003](#).

Delimitada la razón de ser de las matizaciones al derecho a adquisición de fijeza, se ha de abordar inmediatamente la naturaleza de la institución del indefinido no fijo. El reconocimiento de la condición de trabajadores como indefinidos deriva de la previa existencia de una contratación fraudulenta. Esta condición determina una situación que no se ha asimilado con la fijeza y ello ha planteado no pocos problemas. Uno de los más evidentes es que la extinción del contrato del trabajador indefinido se produce con la cobertura efectiva de su vacante, lo que exige que la misma aparezca identificada en la relación de puestos de trabajo. Un segundo problema es si cabe la extinción por amortización reglamentaria de la plaza ocupada. En tercer lugar, la doctrina judicial se ha ocupado *in extenso* del concepto de ocupación reglamentaria de la plaza. Así, no se ha considerado por tal la cobertura temporal de la plaza, ni la incorporación de un funcionario interino para ocupar la plaza vacante laboral, ni la modificación de la naturaleza jurídica de una plaza laboral en una plaza estatutaria. Sí, en cambio, se admite la validez de la extinción del contrato del indefinido no fijo por un concurso de traslados en el que la plaza es ocupada por personal fijo<sup>45</sup>.

Por otra parte, la propia Administración, en el ámbito estatal, ha introducido instrucciones que establecen que producido un reconocimiento por sentencia judicial de la condición de trabajador indefinido no fijo, habrá de delimitarse el carácter estructural o coyuntural de la necesidad de los servicios prestados, debiéndose amortizar la plaza en el segundo caso, o bien, tramitar la provisión interna<sup>46</sup>. La posición de los trabajadores indefinidos les otorga un estatuto peculiar que se plasma generalmente en el marco de la extinción de los contratos, donde existen claramente diferencias respecto a los trabajadores fijos, si bien, también se producen particularidades en otros ámbitos<sup>47</sup>. Recuérdese que el cese de los trabajadores indefinidos se producirá cuando se cubran reglamentariamente las plazas a las que estén adscritos estos trabajadores<sup>48</sup>. Por otra parte, el giro interpretativo del Tribunal Supremo a partir de la [Sentencia de 24 de junio de 2014, RCU 217/2013](#), en cuanto a no validar la simple amortización de la plaza y exigir el proce-

<sup>45</sup> En este sentido, SSTSJ de Castilla y León de 8 y 15 de marzo de 2012, rec. núm. 103/2012 y rec. núm. 83/2012, en las que se apunta que el cese en su puesto de trabajo puede serlo por cualquiera de las causas permitidas legalmente, siendo una de ellas que la plaza, previo concurso, sea cubierta por personal fijo.

<sup>46</sup> *Vid.* punto 7.3 de las [Instrucciones de 28 de diciembre de 2012](#), sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajador.

<sup>47</sup> Por ejemplo, algún pronunciamiento niega el derecho de los trabajadores con la condición de indefinidos no fijos a la excedencia voluntaria por estimarlo no compatible con el estatuto peculiar de estos trabajadores ([STSJ de Galicia de 8 de junio de 2011, rec. núm. 5401/2007](#)).

<sup>48</sup> La adscripción a plazas vacantes preexistentes es posible, sin que sea necesario en todos los casos crear plazas vacantes nuevas. En este sentido, puede verse la STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012, que resuelve un supuesto en el que tras el reconocimiento de la condición de indefinidas no fijas a una serie de trabajadoras, se procedió a adscribir su puesto en la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración empleadora a una serie de vacantes preexistentes. El tribunal estima que la cobertura mediante personal fijo de dichas vacantes implicaría la concurrencia de una causa legal de extinción de los contratos. Por esta razón, desestima la argumentación de las trabajadoras cesadas de que se debían haber creado unas vacantes nuevas en la Relación de Puestos de Trabajo al entender que la adscripción realizada por la Administración a otras vacantes no estaría prohibida por la ley.

dimiento para el despido objetivo o colectivo, ha mejorado la protección de estos trabajadores. Además, existe doctrina jurisprudencial que es interesante en relación con los efectos de las irregularidades en la Administración pública contenida en la [STS de 6 de octubre de 2015, RCU 2592/2014](#), que se ocupa de los efectos de la extinción indemnizada de los contratos indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza. El Alto Tribunal sitúa esta causa extintiva en el artículo 49.1 b) del [ET](#), admitiendo la validez del cese por este motivo, si bien, acepta a la vez la aplicación de la indemnización por finalización del contrato temporal previsto en el artículo 49.1 c) del [ET](#). En el caso de autos, esta indemnización de ocho días de salario por cada año de servicio es la manera que se establece en disposición transitoria decimotercera del [ET](#). Esta doctrina puede resumirse en el siguiente sentido:

«[...] en el supuesto de autos, como acertadamente se afirma en la sentencia recurrida, no se trata de la amortización de la plaza que ocupaba la demandante en la Administración de Galicia como indefinida no fija, sino que se ha llevado a cabo un proceso reglamentario, con respeto a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que han conducido al nombramiento para la plaza ocupada por la actora de la persona que ha superado esas pruebas y a la extinción del contrato de trabajo de quien la ocupaba hasta entonces, precisamente por esa causa, que era la que válidamente podría producir los efectos legales extintivos, sin que esa decisión pueda por tanto ser calificada de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) [ET](#), a la que, no obstante, la doctrina de la Sala ha venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones ya explicadas en relación con los principios de acceso a puestos públicos».

En fin, la [STS de 27 de octubre de 2015, RCU 2244/2014](#), se ocupa esencialmente de la cuestión de si debe declararse improcedente o nulo el cese de un trabajador indefinido no fijo cuando se procedió al cese por amortización de la plaza en vez de seguir los trámites de la extinción por causas objetivas. El Tribunal Supremo estima que la declaración del despido ha de ser en estos casos la de improcedencia, no la de nulidad. Por consiguiente, cuando la Administración pretende cesar al trabajador indefinido no fijo por amortización de la plaza, sin haber procedido a su cobertura reglamentaria, debe seguir los trámites del despido objetivo o del despido colectivo, según el número de trabajadores afectados, y pagar a los trabajadores la indemnización legal correspondiente a estos ceses, de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades.

---

## Bibliografía

AMOEDO SOUTO, C.A. [2004]: *TRAGSA: Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona: Atelier.

ESCRIHUELA MORALES, F. J. [2009]: *La contratación en el sector público*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: La Ley.

ESTEVE SEGARRA, A. [2016]: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– [2015]: «La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015, RCU 1464, 2014», *Revista de Información Laboral*, (7).

LLANO SÁNCHEZ, M. [2006]: «Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo», *Relaciones Laborales*, (2).

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C. [2007]: «Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores», *Actualidad Laboral*, (7).

MARTÍNEZ MORENO, C. [2007]: «Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las administraciones públicas: Algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (7), Madrid: CGPJ.

NORES TORRES, L. E. [2014]: «El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las Administraciones públicas», *Revista General de Derecho Administrativo*, (35), enero.

SORIANO CORTÉS, D. [2007]: *Las contrataciones en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Sevilla: CARL, Mergablum.