

El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades educativas especiales.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *El criterio determinante de la ilegalidad de una cesión de personas trabajadoras en el marco de una contrata del sector público no es la interposición en la figura del titular de la actividad, ni la prestación del trabajo en las dependencias y con los medios de ésta, sino que las órdenes e instrucciones sobre las condiciones laborales procedan del propio ente cesionario (la Administración).*

Palabras clave: *Contrata administrativa. Cesión ilegal. Poder de dirección empresarial. Servicio público.*

Abstract: *The decisive key for the illegality of an assignment of workers in the framework of a public sector contract is not the interposition in the figure of the owner of the activity, nor the provision of the work on its locations and with its resources, but rather is that the orders and instructions on working conditions come from the assignee entity itself (the Administration).*

Keywords: *Administrative contract. Unlawful transfer of workers. Management authority. Public service.*

I. Introducción

La aplicación de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado de Bienestar: sanidad, educación y servicios sociales.

En el entorno mercantil, la atribución a sujetos ajenos de una porción de la producción es una práctica harto común, que además se considera como un factor de eficiencia y eficacia desde el punto de vista del beneficio industrial. Bajo la premisa cierta de que las corporaciones pueden tener dificultades para realizar de forma competitiva todos y cada uno de los cometidos que componen su quehacer productivo, que pueden ser muy disímiles teniendo en cuenta la interacción en mercados globalizados, se tiende hacia la especialización, concentrándose en el núcleo duro y central de su actividad (*core business*), prefiriendo encomendar a otros empresarios externos la realización de tareas auxiliares o anexas.

Bajo estas mismas premisas pero moduladas por la observancia de los principios de transparencia, publicidad, igualdad de trato entre licitadores y no discriminación entre interesados o tutela de la libre competencia empresarial, la hipótesis de que la Administración encomiende a agentes extramuros de su estructura interna determinadas tareas puede resultar un destacado acicate, en una primera aproximación, a la hora de proporcionar servicios públicos a los ciudadanos por varias razones fundamentales:

En primer lugar, la concertación con empresas contratistas o concesionarias, adjudicatarios de un contrato, que aportan sus elementos materiales y humanos e infraestructuras a la prestación del cometido público asumido va a permitir una directa aplicación del postulado de la competencia o del incremento de la rentabilidad también en el seno de los poderes adjudicadores, en la medida en que supone sustituir parcialmente parte de su mano de obra y de su organización por su consecución en el mercado, contribuyendo, a la postre, a la dinamización de la economía. En segundo término, conlleva un acusado ahorro de costes, tan importante para reducir el endeudamiento de las arcas públicas y aligerar la presión presupuestaria, garantizando, al tiempo, la dispensa de quehaceres públicos de primera necesidad como puede ser la educación, los servicios sociales o la sanidad. En tercer lugar, este discurrir permite atender situaciones de acumulación de tareas o necesitadas de solución inmediata, a la carencia de especialización o de capacitación de los empleados públicos en algunos asuntos novedosos o a la falta de flexibilidad de algunas de las categorías del derecho administrativo funcionarial, tal y como en ocasiones ha ocurrido con los calendarios, los permisos, las licencias, las vacaciones, la jornada y los horarios de trabajo. En cuarto lugar, estas ventajas verán multiplicados sus efectos beneficiosos si la terciarización no se queda en un primer nivel (Administración-empresario adjudicatario de la prestación del servicio), sino que se extiende sucesivamente dando lugar a una larga cadena de empresas involucradas, de suerte que el contratista o concesionario inicial cede parte de su actividad a otra u otras empresas y estas, a su vez, a otras posteriores.

En todo caso, el recurso al sistema de contratación del sector público provoca un acusado afinamiento del organigrama burocrático.

La proyección de este modelo mercantil al ámbito del sector público plantea una duda primera y principal: ¿debería existir algún tipo del límite a la decisión administrativa de externalizar? O, formulando el interrogante en otros términos, ¿qué tipo de funciones se pueden descentralizar?

La respuesta a esta cuestión se torna sencilla: ningún problema debe de existir para que sujetos privados colaboren en el desarrollo de un quehacer público de contenido prestacional o en la dispensa de un concreto servicio, quedando preterido únicamente el ejercicio de prerrogativas que impliquen autoridad y uso de potestades públicas, esto es, tareas reservadas al Estado o, mejor, poder gubernativo” como parte de su “núcleo irreductible, irrenunciable e indisponible. Este concepto ha sido perfilado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluyendo exclusivamente “aquellos poderes que son la encarnación de la soberanía del Estado y, como tales, confieren a quienes los conciertan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, implicando privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos”^[1]. Esta tesis es la que acoge precisamente el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), cuyo art. 11.2, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, reserva a los funcionarios públicos “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas”.

Tales amplios márgenes de actuación permiten recurrir a contratos con empresas en supuestos que no encajan en la calificación de contrata ex art. 42 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), sino que más bien se acercan al concepto

de cesión ilegal de personas trabajadoras prohibida por el art. 43 ET, al encontrarse perfectamente integradas en la esfera organicista de la entidad pública^[2], tal y como ha sucedido, por ejemplo, con la prestación de servicios informáticos por aparentes empresas contratistas a distintos entes públicos. Entre las más recientes, cabe mencionar, a título ejemplificativo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2021 (rec. 3485/2018), en relación con el servicio andaluz de salud; o la Sentencia del Alto Tribunal de 18 de mayo de 2021 (rec. 646/2019), que reconoce cesión ilegal de una guía intérprete del Parque Nacional de Timanfaya entre dicha empresa y el Organismo Autónomo Parques Nacionales del Ministerio de Medio Ambiente.

Sobre un posible supuesto de cesión ilegal relacionado con el servicio de apoyo y asistencia del alumnado con necesidades educativas especiales dispensado por la Junta de Andalucía y encomendado a una unión temporal de empresas versa la sentencia objeto de comentario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: Número 115/2022, 07/02/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso para la unificación de doctrina, núm. 175/2022

ECLI: ES:TS:2022:595

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilma. Sra. Rosa Virolés Piñol

Votos Particulares: no contiene votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La presente sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina presentado por la Junta de Andalucía frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de noviembre de 2019 que reconoce la existencia de cesión ilegal de una trabajadora con categoría de monitor de apoyo y asistencia para el alumnado con necesidades educativas especiales. Este pronunciamiento de suplicación estima el recurso planteado por la actora frente a la sentencia del juzgado de lo social núm. 5 de Málaga de 12 de diciembre de 2018 que rechazó la existencia de cesión ilegal.

La dinámica de la relación laboral de la trabajadora se caracteriza por las siguientes circunstancias:

1.- El servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación de Andalucía ha sido objeto de adjudicación a sucesivas empresas contratistas, actuando como órgano contratante, primero, el Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos y después la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación.

2.- La actora comenzó a prestar servicios el 7 de enero de 2015, en un principio, para la empresa adjudicataria Celemin & Formación S.L, con una jornada de 25 horas semanales y un salario diario de 26, 13 euros, y, en un segundo momento, para la UTE FEPAMIC COLEGIOS MALAGA.

3.- Según el pliego de condiciones particulares de la segunda licitación, "corresponderán al Monitor de apoyo y asistencia para alumnado con necesidades educativas de apoyo específico llevar a cabo funciones propias de su especialidad, fundamentalmente, de carácter asistencial en cada uno de los centros que se detallan y de acuerdo con lo establecido en el calendario escolar. Dicho programa... incluirá Intervenciones de cuidado y atención personal del alumnado, que podrán concretarse en las siguientes funciones: a) Acompañamiento y atención en desplazamientos por el centro educativo; b) Atención y acompañamiento en actividades de la vida diaria: aseo y limpieza, vestido, salud y seguridad. c) Acompañamiento y atención en recreos, entradas y salidas. d) Favorecer el contacto entre el centro y la familia, en el marco de actuación del Equipo de Integración y Apoyo del centro o del Departamento de orientación, en colaboración estrecha con el tutor o tutora; e) Colaborar en la elaboración y aplicación de las adaptaciones curriculares individualizadas, realización de registros conductuales, programas de modificación de conducta, y otros programas de atención a la diversidad que se establezcan para el alumnado con necesidades educativas de apoyo específico. f) Participar en las reuniones donde se aborden temas relacionados con los alumnos con necesidades educativas de apoyo específico que atiende, informando del seguimiento y aplicación de la labor desarrollada. g) Colaborar estrechamente en el afianzamiento y desarrollo de las capacidades de los alumnos con necesidades educativas de apoyo específico en los aspectos físicos, afectivos, cognitivos y comunicativos, promoviendo el mayor grado posible de autonomía personal y de integración social".

4.- El 13 de marzo de 2017 la trabajadora y la nueva empresa adjudicataria suscriben un contrato fijo discontinuo y acuerdan la subrogación con las siguientes condiciones laborales: "1) El/la trabajador/a prestará sus servicios como auxiliar técnico educativo incluido en el grupo profesional de personal complementario auxiliar para la realización de las funciones del grupo IV de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente del XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. 2) La jornada de trabajo será a tiempo parcial. La jornada de trabajo ordinaria será de 25 horas a la semana, siendo esta jornada inferior a 35 horas de tiempo de trabajo efectivo, no pudiendo la jornada diaria superarlas 8 horas como máximo. Para atenderlas necesidades del Servicio, el trabajador realizará su actividad en el centro CEIP (DIRECCION000, en DIRECCION001), en la provincia de Málaga. La distribución del tiempo de trabajo es de lunes a viernes de 9:00h a 14:00h. 3) Se establece como duración del contrato los períodos escolares establecidos en el Expediente NUM000 LOTE 1. La prestación efectiva coincidirá con el calendario escolar vigente en cada momento. Anualmente la contratación coincidirá con el calendario escolar vigente en cada momento. 4) El/la trabajador/a percibirá la retribución que se establece en las tablas salariales del convenio colectivo vigente y ya mencionado en la primera cláusula, y según la categoría de auxiliar técnico educativo".

5.- La trabajadora ha sido llamada al inicio del curso escolar 2017 y 2018.

6.- Con fecha 20 de junio de 2017, como anexo al contrato, las partes acordaron entre otros extremos que "el trabajador realizará funciones de acompañamiento - servicio de apoyo y asistencia escolar- al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico, en virtud del contrato suscrito con la delegación provincial de educación, con número de Expediente NUM000 LOTE 1".

7.- En el marco de su contrato laboral, la trabajadora, con un horario de 9 a 14.00 de lunes a viernes, viene realizando las siguientes funciones: "colaborar en el desarrollo de los programas de apoyo y asistencia del alumnado con necesidades especiales, colaborar y ayudar en los desplazamientos y vigilancia en los recreos y clases, ayudar en el aseo personal, control de esfínteres y uso de WC, supervisar y ayudar en la alimentación, atender e instruir las conductas sociales y comportamientos, integrarse en los equipos de orientación con la misión de colaborar con el profesorado y/ o tutor y el resto del equipo".

8.- La empresa le hizo entrega de los EPIS y del manual de formación y prevención de riesgos laborales, así como de un peto como uniforme de trabajo y una placa identificativa y un terminal móvil con geolocalización, junto con las normas de funcionamiento interno para los trabajadores de FEPAMIC y programa anual de vacaciones”.

9.- El teléfono móvil tiene una aplicación donde se anotan las incidencias, la empresa adjudicataria dispone de siete coordinadores en la Provincia de Málaga que visitan los centros y registran las visitas con sus incidencias, la trabajadora rellena el horario realizado en el mes que es certificado por el director de centro y se entrega a los coordinadores, existe un correo corporativo por el que la Federación se comunica con sus empleados y les convoca a las reuniones para tratar entre otras cuestiones las vacaciones que son aprobadas por la empresa, así como las licencias.

10.- La actora debe solicitar a la empresa la salida por acompañamiento de alumnos fuera del centro.

11.- La empresa contratista le abona las nóminas conforme el Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad con la categoría de auxiliar técnico educativo

12.- Como personal no docente figuraba en junio de 2017 en el horario del centro público como monitor de educación especial, estando incluida en el programa Séneca, que contiene perfiles distintos según se trate de personal directivo, docente, o contratas externas.

Teniendo en cuenta estos hechos probados, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de suplicación de la trabajadora “remitiéndose a lo constatado ya en pleitos anteriores en los que las condiciones esenciales en las que la actora había desplegado su actividad habían sido las mismas y que ya había sido objeto de examen en una sentencia anterior en la que la Sala consideró que se trataba de un fenómeno interpositorio complejo porque la trabajadora es monitora de educación especial cada curso escolar siendo la Consejería la titular del Centro público Docente y la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación una entidad de derecho público adscrita a la Consejería, siendo la demandante la única monitora de educación especial del centro y la llamada a atender a todos los alumnos que presentan necesidades educativas especiales”. La Sala de suplicación entiende que “la dirección del centro docente público supervisa las tareas de la trabajadora y controla su asistencia, aun cuando la documentación se remita inicialmente a la empresa. Considera, a la postre, que la Agencia Pública Andaluza actúa como intermediaria y dicho carácter no queda desvirtuado por el hecho de contar la Federación empleadora de la actora con una coordinadora de monitores o que haya organizado ocasionalmente cursos de formación y prevención de riesgos laborales”. Este fallo es revocado en casación para la unificación de la doctrina.

IV. Posición de las partes

La desavenencia radica en la siguiente contraposición:

De un lado, la trabajadora sostiene que ha sido objeto de cesión ilegal de trabajadores, de manera que tiene derecho a formar parte de la plantilla de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, con la categoría profesional de técnico de integración social y naturaleza jurídica indefinida, con los todos los efectos económicos y laborales de ello derivados, no en vano su empresa no es sino un mero ente aparente, asumiendo realmente la mencionada Consejería la supervisión de las tareas y el control del devenir laboral.

De otro, la Junta de Andalucía niega la existencia de tal cesión ilegal y aboga por la existencia de una adjudicación lícita al amparo de la LCSP, planteando recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 20 de noviembre de 2019, aportando como resolución de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de 18 de septiembre de 2018 (rec. 1665/2017), según la cual “las actoras prestaban servicios como auxiliares técnicos educativos, monitores de educación especial para Celemín Formación SA, que es una de las adjudicatarias del servicio de apoyo y asistencia escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, habiéndose llevado a cabo la contratación a través de la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la anterior. Las actoras percibían sus retribuciones de las empresas para las que prestaban servicios, siendo también éstas las que fijaban sus horarios y controlaban su cumplimiento, concedían permisos, licencias, excedencias y similares y se ocupaban de sustituir a las trabajadoras comunicando a los colegios cualquier incidencia que afectara a las actoras. Éstas venían obligadas a remitir a las empresas partes de actividades e incidencias para el control de su actividad y las empresas contaban con supervisoras y coordinadoras que mantenían contactos con el centro y supervisaban la actividad de aquéllas. Finalmente se constata que eran los equipos técnicos y profesores especializados que valoran el estado del menor y sus concretas necesidades, los que orientaban y supervisaban la actuación de las actoras”. Por todas estas razones, la sentencia considera que no puede concluirse la existencia de cesión ilegal de trabajadores, sino de un fenómeno de descentralización productiva mediante subcontratación de tareas inherentes a la propia actividad de la Administración Pública contratante, que es precisamente la postura mantenida por la Junta de Andalucía en el pronunciamiento objeto de comentario.

V. Normativa aplicable al caso

La descentralización a favor de empresas privadas de la gestión de servicios públicos conlleva la imbricación entre normas laborales y administrativas. En concreto, en el presente supuesto, confluyen:

Por un lado, el art. 43.2 ET, en virtud del cual “se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este 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.

Por otro, el art. 1.1 LCSP, conforme al cual se da cobertura a la potestad de auto-organización de la Administración a la hora de decidir el sistema de gestión de los servicios públicos, de manera que “la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Además, en concreto, procede tener en cuenta lo dispuesto en el art. 75 LCSP (anterior, art. 52 Ley de Contratos de 2007), que prevé que “para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo entiende que “la esencia de la cesión ilegal (también en el sector público) no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego”, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que “aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio”^[3].

VII. Parte dispositiva

Teniendo en cuenta que la empresa contratista, prestadora, por encargo de la Agencia Pública Andaluza de Educación, del servicio de atención al alumnado con necesidades educativas especiales, ejerció como empresario real de la trabajadora, disciplinando el plan de actuación, programa de trabajo y control horario, así como las vicisitudes en el vínculo de trabajo (enfermedades, permisos...), no concurren los presupuestos para entender que concurre cesión ilegal. Tal conclusión no puede quedar enervada, ni puede considerarse alterada “por circunstancias que son propias y definitorias de la relación existente entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como lo son el que la cliente disciplinara en sus aspectos generales la forma en que habían de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, ya que estas circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora”. Se trata, por tanto, de “una descentralización habitual, que resulta lícita”, sin que quepa entrar a valorar las eventuales relaciones precedentes al vínculo contractual actual (que se remonta a septiembre de 2015), cuyas condiciones extintivas resultan irrelevantes en la presente litis.

VIII. Pasajes decisivos

La sentencia se ocupa de identificar las notas esenciales determinantes para dilucidar si concurre una cesión ilegal o si, por el contrario, acaece una contratación o subcontratación lícita entre empresas fruto de un proceso de descentralización productiva, entendiendo que esta doctrina es aplicable en el marco de la LCSP.

Para resolver este interrogante, el Tribunal Supremo acoge, tomando como referente pronunciamientos previos, tres premisas interpretativas:

En primer lugar, “si la empresa contratista se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral”. Y ello porque “el control de la actividad de los trabajadores debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad”.

En segundo término, resulta imprescindible que “la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada”.

En tercer lugar, “el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal”.

Por otro lado, el Alto Tribunal afirma que el fenómeno interpositorio característico de la cesión ilegal implica tres negocios jurídicos coordinados: “1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal^[4].”

Trasladando estas tesis al caso concreto, el Tribunal Supremo considera que la clave para solucionar si concurre cesión ilegal o no radica en el ejercicio del poder de dirección y control empresarial.

IX. Comentario

Cuando la Administración comitente y el empresario adjudicatario celebran un contrato administrativo, su ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos al servicio de la primera por razón de ese encargo, de modo que el objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del mencionado empleador como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. No puede extrañar, por tanto, que el candidato a contratar con un ente administrativo deba poseer más requisitos de capacidad y solvencia que los exigidos a un particular que quiere contratar con otro en el sector privado, hasta el punto de que la idoneidad de quien quiere optar al estatus de futuro contratista o concesionario público se encuentra absolutamente determinada por la propia LCSP.

Así pues, en la medida en que el contratista de una Administración Pública va a actuar como coadyuvante de ésta en el desarrollo de cometidos públicos, la LCSP no sólo prohíbe participar en los procesos de licitación pública a aquellos sujetos que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico, sino que desgrana las cualidades de solvencia económica y técnica a aportar en función del concreto contrato del que se trate. De este modo, los operadores que quieran contratar con un ente del sector público tienen que garantizar además de su aptitud jurídica, su real suficiencia económico-financiera, técnica o profesional, contando con la infraestructura, equipamientos, recursos materiales y efectivos humanos necesarios, pues, en caso contrario, quedarán excluidos. Se trata de rechazar al oportunista, esto es, a quien carece de la entidad necesaria para acometer las prestaciones encargadas bajo estándares de eficacia. No obstante, la propia LCSP flexibiliza estas reglas generales, permitiendo que el empresario pueda “basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios” (art. 75).

La permisividad de este tenor literal permite que actúen como adjudicatarios de servicios públicos determinadas corporaciones que carezcan de medios e infraestructuras propios, lo cual puede ser aprovechado para encubrir posibles supuestos de cesión ilegal de mano de obra por empresas meramente aparentes.

Según doctrina judicial consolidada^[5], la consideración como prestamismo laboral ilícito asociada a una contrata administrativa no sólo concurre cuando la empresa prestataria careciera de entidad y bienes propios, de infraestructura y autonomía, sino también cuando no lleve a cabo la dirección del esfuerzo productivo. Es más, lo verdaderamente determinante de la ilegalidad no es la interposición en la figura del

titular de la actividad (en este caso, la Junta de Andalucía competente para la prestación del servicio de atención a las necesidades educativas especiales), ni la prestación del trabajo en las dependencias y con los medios de ésta, sino que las órdenes e instrucciones sobre las condiciones laborales y sobre el modo bajo el cual se llevan a cabo procedan del propio ente cesionario. O, dicho en otros términos, el tráfico ilícito acaece cuando la empresa adjudicataria se convierte en una mera empresa aparente que no asume el poder de dirección y gestión inherente a la condición de empleador.

El descubrimiento de tal realidad exige “levantar el velo” de las circunstancias del caso concreto para atribuir las consecuencias previstas en el art. 43 ET: responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario en el cumplimiento de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social contraídas respecto de las personas sometidas al tráfico ilícito, así como la posibilidad de elección por parte del afectado de la condición de fijo en una de las dos empresas, una vez transcurrido un plazo igual al establecido legal o convencionalmente como período de prueba, contando la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal .

Así, en el presente supuesto de hecho queda acreditado que la empresa adjudicataria ejerció como empresario real de la trabajadora, de manera que, al igual que sucede, en la sentencia aportada como de contraste, se entiende que no concurre cesión ilegal sino un fenómeno de descentralización productiva lícita mediante subcontratación de tareas inherentes a la propia actividad de la Administración Pública contratante.

No procede, por tanto, que la trabajadora, reclutada mediante un vínculo de carácter fijo discontinuo se integre como personal de la Administración, bien, siguiendo la doctrina judicial más clásica, en calidad de indefinida no fija, esto es, sólo hasta que la plaza se cubra de manera reglamentaria o se amortice, recibiendo en ambos casos, la indemnización de 20 días de salario por año de servicio^[6], o bien, a la luz de la nueva interpretación vertida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2022, como fija-discontinua pero funcionalmente limitada al servicio en el que venía realizando la actividad.

X. Apunte final

El contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones como decisión muy frecuentemente adoptada para la dispensa de servicios públicos a favor de los ciudadanos. Esta tendencia hacia la gestión indirecta de quehaceres de interés general mediante empresas contratistas o concesionarias ha motivado el surgimiento de organizaciones productivas, o más frecuentemente, grupos de corporaciones multiservicios que se ofrecen como gestores *omnibus* de actividades públicas de todo tipo (desde la limpieza viaria o la recogida de basuras, gestión de residuos, mantenimiento de parques, instalaciones públicas, alumbrado, control de accesos, telefonía y recepción, logística, asistencia técnica, atención a la dependencia, etc.), que aportan sus propios medios materiales y humanos al quehacer público soslayando el reclutamiento de efectivos por parte de las Administraciones Públicas.

Esta modalidad de colaboración-público privada, admitida desde la LCSP, que se encarga de diseñar los canales para su correcta articulación y los requisitos de solvencia exigidos a los licitadores, implica aplicar también el ordenamiento laboral, tuitivo de los derechos de los trabajadores implicados, singularmente el art. 42 ET, en virtud del cual la Administración ocuparía la posición de empresario principal en el proceso de descentralización productiva, así como las demás previsiones estatutarias y convencionales reguladoras de la dinámica de la relación laboral. Siguiendo este mismo razonamiento, para resolver los supuestos de una posible cesión ilegal de

mano de obra, es necesario recurrir al art. 43 ET, convenientemente interpretado por el Tribunal Supremo, en el sentido de considerar requisito sine qua non del prestamismo ilegal de trabajadores la ausencia del ejercicio del poder de dirección y organización empresarial por parte del ente adjudicatario.

Referencias:

1. ^ *STJUE 3 junio 1986, asunto 307/84, Comisión contra Francia.*
2. ^ *Entre muchas, SSTS, Social, 26 octubre 2016 (núm., 4941/2016) y 2 noviembre 2016 (rec. 2779/2014).*
3. ^ *SSTS 19 junio 2012 (rec. 2200/2011) y 11 julio 2012 (rec. 1591/2011).*
4. ^ *STS 11 febrero 2016 (rec. 98/2015).*
5. ^ *STS 13 enero 2022 (rec. 275/2020).*
6. ^ *Por todas, STS 2 noviembre 2016 (rec. 2779/2014).*