

# EDITORIAL

## **Cesión ilegal. Adaptaciones, normativas y judiciales, a una realidad cambiante**

Illegal transfer. Adaptations, regulatory and judicial,  
to a changing reality

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: 10.20318/labos.2023.8317

### **1. Cesión ilegal de trabajadores. Un concepto en permanente construcción**

La cesión de trabajadores es una institución clásica en nuestro sistema de relaciones laborales que tradicionalmente se ha identificado de forma categórica como el reclutamiento y contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa. La regulación de sus efectos y consecuencias para las empresas participantes en la cesión ilícita y de los derechos que asisten a los trabajadores objeto de la cesión prohibida se ha mantenido prácticamente inalterada a lo largo del tiempo. Para las empresas, la norma ha previsto la responsabilidad solidaria por obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, además de las responsabilidades administrativas y, en su caso penales, que puedan proceder. A los trabajadores se les reconoce el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. En caso de optar por incorporarse a la empresa cesionaria sus derechos y obligaciones serán los que corresponden a un trabajador que preste servicios en el mismo puesto de trabajo y su antigüedad, la devengada desde el inicio de la cesión ilegal.

Lo que sí ha cambiado es la descripción normativa de la cesión ilegal. No porque el concepto en sí mismo se haya alterado sino porque el legislador decidió incorporar, hace ya unas décadas, al texto del art. 43 ET los criterios que la doctrina judicial había trazado progresivamente para diferenciar la cesión ilegal de la lícita subcontratación de obras o servicios. Y es que es en ese contexto, el de la delimitación entre lícitas contrataciones y meras puestas a disposición de trabajadores, donde se suscitaban, como sigue ocurriendo a fecha de hoy, los casos más difíciles de delimitación. Esto explica que el art. 43.2 ET incorpore la enumeración de una serie de supuestos en los que se entiende que hay cesión

ilegal. Así ocurre, en todo caso, señala el citado precepto, 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”.

La opción del legislador fue, como se ha dicho, incorporar los criterios que la doctrina judicial venía aplicando para resolver los casos de cesión ilegal que se le planteaban. Una opción que fue objeto de críticas en la medida en que las pautas acogidas normativamente ni eran necesariamente las que los tribunales venían aplicando, ni se trataba de un listado exhaustivo.

De hecho, lo cierto es que los tribunales, a la hora de valorar si una determinada prestación de servicios debe o no calificarse como cesión ilegal, siguen recurriendo a su propia tipología de situaciones que sistemáticamente se reconduce a los siguientes criterios: Para apreciar si concurre o no cesión ilegal habrá que tener en cuenta, señala el Tribunal Supremo, “en primer lugar, si existe 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; 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 al verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad. En segundo lugar, resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada. Y, 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”.

En la práctica, la identificación de la cesión ilegal resulta, como ha ocurrido siempre, una cuestión eminentemente casuística y en la que deben valorarse todas las circunstancias concurrentes. Para ello, deben aplicarse de forma ponderada estos criterios de valoración que el Tribunal Supremo viene manejando, criterios que no son excluyentes sino complementarios y que ofrecen un valor indicativo u orientador.

Ciertamente, más allá de la propia noción de cesión ilegal, hay algunos problemas relacionados con esta institución que cuentan ya con una solución uniforme y consolidada en la doctrina de nuestros tribunales y que, sin embargo, siguen planteando dudas que llegan todavía al Tribunal Supremo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la cuestión de si, una vez declarada la cesión ilegal, la opción del trabajador por incorporarse a una de las empresas permite limitar la responsabilidad a la empresa elegida excluyendo la solidaridad

de la otra empresa implicada. Existe ya una consolidada doctrina sobre esta cuestión<sup>1</sup>, lo que no impide que todavía en fechas recientes sigan planteándose ante el Tribunal Supremo, conflictos al respecto<sup>2</sup>. Lo mismo podría apuntarse en relación con la posibilidad de plantear la declaración de cesión ilegal mediante una demanda de conflicto colectivo, una posibilidad aceptada de forma excepcional por el Tribunal Supremo pero que ha resultado viable en diversas ocasiones, como ha vuelto a ocurrir en algún caso reciente<sup>3</sup>. O, en fin, con la delicada cuestión de hasta qué momento puede ejercerse la acción declarativa de cesión ilegal una vez que se ha producido la extinción del contrato de trabajo<sup>4</sup>.

Pero, junto a ello, y a pesar de este carácter hasta cierto punto estable que la institución de la cesión ilegal presenta, lo cierto es que últimamente se han suscitado algunas cuestiones de interés que brindan la oportunidad de volver sobre esta figura. En particular, se analizan a continuación dos de esas cuestiones, referidas a aspectos muy distintos del fenómeno interpositorio, pero ambas con importantes efectos prácticos.

## **2. Los efectos de la digitalización y desmaterialización de las entidades económicas también han llegado a la cesión ilegal**

Uno de los elementos que mayor relevancia tiene, en el análisis de las circunstancias que los tribunales valoran para apreciar la existencia de cesión ilegal, remite a la aportación o no por parte de la empresa contratista de las infraestructuras necesarias para llevar a

---

<sup>1</sup> Conforme a la cual, el derecho del trabajador objeto de cesión ilegal a optar por permanecer como fijo en la empresa de su elección es independiente y anterior al derecho de opción que le concede el art. 56 ET al empresario de manera que los trabajadores objeto del tráfico ilegal que son objeto de despido tienen la facultad de optar por cuál de las dos empresas –cedente o cesionaria– será su empleadora. Y, una vez ejercitada dicha opción, es el empresario por el que el trabajador ha optado quien decidirá si indemniza o readmite al trabajador. Pero teniendo en cuenta que, si el empresario elegido decide indemnizar, el otro empresario participante de la cesión ilegal responde solidariamente del pago de la indemnización, así como, en todo caso, de las consecuencias y efectos que pudieran derivar del despido.

<sup>2</sup> Vid STS de 23 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:874).

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que las controversias sobre la cesión ilegal entran normalmente dentro de lo que se consideran litigios sobre la valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas en que cada trabajador presta su trabajo, valoración individual que impide la concurrencia del interés general que califica el conflicto colectivo. Pero también ha señalado que esa regla general debe ceder cuando “el conflicto reúne los requisitos que permite su planteamiento por el cauce procesal del conflicto colectivo ya que, existe un grupo homogéneo de trabajadores afectados por el conflicto, no constituyendo la configuración del grupo una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y pueden, en su momento hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo, ya que la diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales, que en última instancia lo componen, es que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que a priori y no sujetos a prueba lo configuran, mientras que los trabajadores individuales forman o no parte del grupo en atención a sus circunstancias personales, que en cada caso han de probarse”. Así se ha admitido la existencia de cesión ilegal en procesos de conflicto colectivo en SSTS de 19 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1935) o de 23 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2349).

<sup>4</sup> Al respecto, vid STS de 14 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4782).

cabo la actividad contratada. Exigencia implícita también en el art. 43.2 ET cuando se advierte que hay cesión ilegal si la empresa contratista se limita a ceder trabajadores a la empresa principal.

A estos efectos, puede no resultar determinante que la actividad de la contratista se preste en los locales o instalaciones de la empresa principal. De hecho, esto es algo frecuente y en muchas ocasiones inevitable en función del tipo de servicio o actividad prestado por la contratista. Pero siempre se exige que la empresa aporte y ponga en juego su organización productiva para la prestación del servicio contratado, lo que en la práctica supone que las herramientas, útiles o instrumentos que los trabajadores de la contratista emplean para prestar su actividad pertenecen o son aportados por su empleadora.

Claro está que esta exigencia debe adaptarse al tipo de actividad o servicio prestado. De modo que, cuando la actividad no requiere elementos materiales, herramientas o infraestructuras relevantes, su falta de aportación por la empresa contratista no resultará determinante para apreciar cesión ilegal<sup>5</sup>. Incluso, en atención a esa misma circunstancia del sector productivo o de actividad desarrollado en la contrata, puede haber contratas perfectamente lícitas en las que el contratista no aporte medios materiales significativos sino exclusivamente mano de obra, supuestos en los que la apreciación o no de cesión ilegal deberá recaer sobre otros indicios, especialmente sobre la valoración de si es la contratista quien ejerce las facultades directivas y organizativas sobre la plantilla de trabajadores que corresponden al empleador.

Es interesante, a este respecto, una reciente sentencia del Tribunal Supremo<sup>6</sup> en la que uno de los elementos que se toman en cuenta para apreciar la existencia de cesión ilegal es el valor que supone la mano de obra frente a los medios materiales precisos para el desarrollo de la actividad. Se trataba de un trabajador que prestaba servicios como cámara de televisión por cuenta de una empresa contratada para la prestación de dichos servicios a una televisión autonómica. Quedó acreditado que la empresa contratista había aportado diversos instrumentos materiales (cámara, trípode, micrófonos, material de iluminación...) pero se señala que su relevancia económica era poco significativa en relación con el mayor valor que suponía la mano de obra para la realización de la actividad. Y se añade que “esa clase de infraestructura material no puede considerarse tan relevante como para diluir la mayor relevancia que debe otorgarse a los elementos personales que concurren en la realización de la actividad diaria del trabajador”. Ciertamente, concurrían otros elementos que permitieron al Tribunal Supremo declarar la cesión ilegal pero en un caso en el que, como es habitual cuando se trata de analizar la existencia de cesión ilegal, confluyen circunstancias de signo contradictorio es interesante advertir como el elemento personal puede inclinar la solución en uno u otro sentido.

Si, conforme a lo que se viene diciendo, el tipo de actividad puede resultar determinante, en la medida en que condiciona los componentes de la organización empresarial, en la valoración de la entidad de una organización empresarial juega, cada vez con

<sup>5</sup> SSTs 17 de diciembre de 2001 (R<sup>o</sup> 244/2001) y de 27 de septiembre de 2011 (R<sup>o</sup> 4095/2010).

<sup>6</sup> STS de 14 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5043)

mayor importancia, lo intangible, lo inmaterial, cuya aportación o no en la contrata puede acabar asumiendo un papel decisivo para apreciar la existencia de una cesión ilegal.

Hace tiempo que se viene advirtiendo cómo en un contexto de digitalización y automatización de los sistemas productivos y de las organizaciones empresariales, la entidad empresarial descansa en activos intangibles. Aplicaciones informáticas, software, plataformas digitales o algoritmos están en la base de cada vez mayor número de empresas. En el ámbito de la sucesión de empresa ya se ha incorporado la valoración de estas circunstancias para identificar el presupuesto normativo del art. 44 ET. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha apuntado ya en diversos pronunciamientos que, entre los elementos que deben valorarse para apreciar si existe transmisión de empresa, deben tomarse en cuenta, entre otros factores, la transmisión de bienes inmateriales. Entre estos se incluyen el know-how, las marcas, licencias o la propiedad industrial. En determinadas ocasiones, en función básicamente del tipo de actividad desarrollado por la entidad económica, la transmisión de estos elementos puede ser suficiente para apreciar la existencia de una sucesión de empresa. Ello requiere, lógicamente, que dichos elementos resulten esenciales para el desarrollo de la explotación económica y que en ellos resida la identidad de la empresa. En paralelo, otros elementos intangibles o inmateriales –como pueden ser software, aplicaciones o programas informáticos– adquieren también relevancia para valorar, en una visión de conjunto, la existencia de sucesión empresarial<sup>7</sup>.

Lógicamente, este modelo de organización empresarial también ha dejado sentir sus efectos en el ámbito de la cesión ilegal. Se ha dicho que la base tecnológica constituye el nuevo patrimonio empresarial<sup>8</sup>. Siendo así, será la aportación de esa base tecnológica necesaria para prestar el servicio la que determine la existencia de una lícita contrata. Y viceversa, si la actividad subcontratada requiere poner en juego intangibles, y estos pertenecen a la empresa principal, habrá un indicio de valor para inclinarnos por la existencia de cesión ilegal.

En la práctica judicial existen ya algunos ejemplos de valoración de la posible existencia de una cesión ilícita en estos contextos de empresas de base tecnológica. Son casos suscitados a partir de las actuaciones de la ITSS<sup>9</sup> sobre empresas que operan a través de plataformas digitales en las que se pone en duda la licitud de ciertas prácticas de subcontratación empresarial por parte de estas organizaciones<sup>10</sup>.

Al margen de estos casos, recientemente también el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de abordar un supuesto en el que los elementos digitales y tecnológicos

---

<sup>7</sup> Algunas sentencias se basan en la transmisión de estos elementos para apreciar sucesión de empresa. Vid SAN de 9 de octubre de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:4072) y STSJ Asturias de 21 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TSJAS:2017:316).

<sup>8</sup> MERCADER UGUINA, Jesús R, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 72.

<sup>9</sup> Vid al respecto, ESTEVE SEGARRA, A., y TODOLÍ SIGNES, A., “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales”, *Revista de Derecho Social*, nº 95, 2021.

<sup>10</sup> Vid al respecto, JURADO SEGOVIA, A. “En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales”, en *Labos, Revista de Derecho de Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, nº 2, 2022, pp. 23-50.

resultaban esenciales y centrales para la prestación del servicio subcontratado. La aportación de tales elementos resultará clave, en este pronunciamiento, para determinar la concurrencia o no de la interposición ilícita.

La STS de 23 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2349) ofrece, efectivamente, un ejemplo de cómo la apreciación o no de cesión ilegal está condicionada por la puesta en juego de esos activos intangibles, tecnológicos, digitales o algorítmicos, cuando la organización empresarial descansa en ellos para el desarrollo de su actividad. En este caso se reclama la existencia de cesión ilegal respecto de los trabajadores de una empresa que prestaba servicios de comercialización de productos financieros para una entidad bancaria. La empleadora de los trabajadores objeto de cesión se dedica a la prestación de servicios por cualquier medio de apoyo administrativo o contable a la operativa de las Entidades de crédito, instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones, carteras de gestión discrecional, individuales o colectivas, compañías de seguros y reaseguros y mediadores de seguros y reaseguros, incluida la prestación de servicios de back Office, servicios de extranjero y sobre instrumentos financieros, operativa básica, cuentas y bases de datos, y revisión de liquidaciones y periodificaciones, así como todas las actividades complementarias que fueran necesarias para el desarrollo de las anteriores. Sus servicios incluyen también la atención telefónica para la gestión de cobros y pagos.

En el caso planteado, la prestación de servicios para la empresa cliente se realizaba por los trabajadores en las instalaciones de esta, aunque separados de su plantilla. Los medios de trabajo que utilizan –entre los que se incluyen ordenadores, teléfonos, impresoras, fax, mobiliario, programas informáticos...– son, según expresa la sentencia, “coincidentes” con los que emplean los trabajadores de la principal. Todos ellos son ya indicios de la existencia de una cesión ilegal pero el Tribunal Supremo incide especialmente, a efectos de apreciar la cesión ilegal, en las circunstancias de que no es posible vislumbrar cuales fueron los recursos, medios, organización o autonomía que aportó la empresa contratista. Muy al contrario, sus trabajadores utilizaron los desarrollos informáticos y de software, imprescindibles para prestar la actividad contratada, pertenecientes a la empresa principal, y empleados también por su propia plantilla. En definitiva, concluye la sentencia, no consta prueba alguna de que la contratista “haya aportado ninguna clase de herramienta operativa ni material necesario para el desarrollo de la actividad que desempeñaban sus trabajadores”. Es significativo que, en este pronunciamiento, no altera esta conclusión la circunstancia de que la empresa contratista retuvo las facultades directivas y organizativas sobre la plantilla, ejerciéndolas a través de mandos intermedios. Señala el Tribunal que “es indudable que en estos complejos supuestos de colaboración entre empresas es frecuente la conjunta existencia de hechos y datos en ambos sentidos, unos que llevan a considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores y otros que la desmienten”. Pero en el caso analizado pesa más, sin duda, la circunstancia de que los elementos imprescindibles para prestar la actividad fueron aportados por la empresa principal.

A la vista de los supuestos analizados no cabe descartar que, al igual que en el ámbito de la sucesión de empresas, también en el caso de la cesión ilegal debemos incluir, entre los elementos que deben valorarse para apreciar la existencia o no de la misma, el

tipo de actividad que se presta por los trabajadores, la naturaleza –material o inmaterial– de los elementos que se precisan, en su caso, para prestar el servicio contratado o, en fin, el valor más o menos relevante de la mano de obra.

### **3. Cesión ilegal en el marco de las empresas de trabajo temporal: en busca de la sanción administrativa más adecuada**

Frente a la delimitación entre contrata y cesión ilegal, sujeta a los plurales condicionantes que se den en cada supuesto, la separación entre cesión ilegal y prestación de trabajo a través de empresas de trabajo temporal (ETTs) se presenta, sobre el papel, mucho más clara y sencilla.

Desde que las ETTs quedaron incorporadas como modelo empresarial legítimo en nuestro sistema de relaciones laborales, son el único instrumento a través del que puede articularse lícitamente la cesión de trabajadores. De hecho, como excepción a la prohibición recogida en el art. 43 ET, este precepto admite la cesión de trabajadores cuando se realiza a través de Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas. De este modo, la intervención de una ETT sirve, al menos aparentemente, de frontera entre la cesión lícita e ilícita. A ello se añade que la propia Ley reguladora de las empresas de trabajo temporal prevé las consecuencias del incumplimiento o uso incorrecto del contrato de puesta a disposición, de modo tal que las ilicitudes en el uso de las ETTs quedarían extramuros de la cesión ilegal contemplada en el art. 43 ET.

En la práctica, sin embargo, las cosas son más complicadas y no siempre la intervención de una ETT permite excluir de forma automática la existencia de cesión ilegal. De hecho, la doctrina judicial se ha encargado de advertir que hay cesiones de trabajadores realizadas en el marco de contratos de puesta a disposición constitutivos de auténticas cesiones ilegales.

Es significativa, en este sentido, la STS de 19 de febrero de 2009 (R<sup>o</sup> 2748/2007) que incorporó una distinción conforme a la cual puede haber meros incumplimientos de *“determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley”* y, junto a ello, supuestos calificables como cesión ilegal cuando los contratos de puesta a disposición se realizan para supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT o para los contemplados en el art. 8 LETT, como ocurre significativamente cuando la cesión de trabajadores *“lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 Código civil”*.

Esta distinción, que se ha mantenido invariable en la doctrina del Tribunal Supremo, tiene consecuencias relevantes. En caso de apreciar que el incumplimiento es constitutivo de cesión ilegal, serán aplicables todas las consecuencias contempladas en el art. 43 ET, y no únicamente la responsabilidad solidaria por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia de contrato de puesta a disposición previstas en el art. 16.3 LETT.

El deslinde entre estas dos ilicitudes se ha vuelto a plantear recientemente en el Tribunal Supremo al hilo de la responsabilidad administrativa que, para la ETT y la empresa usuaria, deriva del incumplimiento de la normativa sobre cesión de trabajadores. El supuesto de hecho remite a la celebración de un total de setenta y cuatro contratos de puesta a disposición entre una ETT y una compañía aérea para la prestación de servicios como tripulantes de cabina. Se da la circunstancia de que la citada compañía aérea se había servido de dichos trabajadores durante varios años, desde que inició su actividad en un determinado aeropuerto hasta que los hechos fueron denunciados por la ITSS. Ninguna duda había de que en este caso la contratación a través de la ETT no respondía a ninguno de los supuestos previstos en el art. 6 LETT y de que, en la medida en que los trabajadores estaban destinados a prestar servicios permanentes en la empresa usuaria, se trataba de un uso fraudulento de la contratación a través de ETTs.

La cuestión era determinar qué sanción administrativa procedía aplicar en estos casos. Al respecto, entran en juego dos tipos infractores de la LISOS. El previsto en el art. 8.2 LISOS, que tipifica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”. Y los arts. 18.2.c) y 19.2.b) LISOS que, en materia de infracciones de ETTs y de empresas usuarias, respectivamente, califican como infracciones graves “Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”.

Se trata, en otras palabras, de decidir si deben aplicarse los tipos específicos previstos expresamente para ETTs y empresas usuarias en los arts. 18.2.c) y 19.2.b) LISOS, o, por el contrario, el tipo general contemplado en el art. 8 LISOS<sup>11</sup>. Son dos los pronunciamientos del Tribunal Supremo que abordan este caso<sup>12</sup>, desde la perspectiva de la ETT y de la empresa usuaria, respectivamente. Pero en ambos se sigue el mismo razonamiento y se alcanza la misma conclusión: el Tribunal Supremo se inclina por aplicar el art. 8.2 LISOS y descarta la existencia de las infracciones previstas en los arts. 18 y 19 LISOS. Esto último se justifica porque, en palabras del Tribunal, “en ambos supuestos se están sancionando conductas que afectan exclusivamente a las empresas de trabajo temporal y a las empresas usuarias, quienes son, a la postre, las que suscriben el contrato de puesta a disposición (...) sin que en ninguno de los preceptos examinados se esté contemplando la cesión ilegal de trabajadores”.

En definitiva, lo que prima es que, en un caso como el analizado no se trata únicamente de una utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el art. 6.2 LETT o para la cobertura de puestos de trabajo

---

<sup>11</sup> La doctrina de duplicación no era unánime al respecto. Algunos pronunciamientos habían considerado apropiada la aplicación de los arts. 18 y 19 LISOS (SSTSJ Cataluña, de 23 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TSJCAT:2018:10016, y Andalucía/Málaga, de 31 de octubre de 2018, ECLI:ES:TSJAND:2018:13188). Otras, por el contrario, se habían inclinado por aplicar el tipo infractor de art. 8 LISOS (STSJ Cantabria, de 4 de enero de 2018, ECLI:ES:TSJCANT:2018:663).

<sup>12</sup> SSTS de 2 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4495) y de 29 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2779).



respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos cuya comisión afectaría exclusivamente a la ETT y a la empresa usuaria. Por el contrario, se trata de una cesión ilegal de trabajadores en toda regla, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilícitamente a trabajadores de la ETT a la empresa usuaria que debe reputarse falta muy grave de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2 LISOS.

Es interesante el argumento que añade el Tribunal Supremo cuando señala que “Si no fuera así, si la cesión ilícita de trabajadores, ejecutada por una ETT, quedara reducida a falta grave, derivada de la utilización indebida de los contratos de puesta a disposición, se produciría un efecto perverso, toda vez que, siendo las ETTs las únicas empresas autorizadas para la cesión de trabajadores, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como dispone el art. 43.1 ET, podrían ceder ilícitamente a trabajadores, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior al resto de empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado”. Y es que, efectivamente, conforme a la tipificación y sanciones previstas en la LISOS en el momento de producirse los hechos que se valoraban, las sanciones aplicables por las infracciones de los arts. 18 y 19 LISOS resultaban económicamente muy inferiores a las que resultan de la tipificación de la infracción como falta muy grave del art. 8.2 LISOS.

Pero debe advertirse que la tipificación de estas infracciones administrativas y su sanción resultaron modificadas por el RDL 32/2021, de 30 de diciembre. En la actualidad, tanto en el art. 18.2.c) para las ETTs como en el 19.2.b) para las empresas usuarias, se ha añadido la matización de que “*se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectada*”. Esta modificación, así como las incorporadas a las sanciones, podrían alterar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo o, al menos, poner en cuestión la razón última que justifica su interpretación<sup>13</sup>. Y es que, en la actualidad, en ambos preceptos (18.2.c) y 19.2.b) LISOS) se ha añadido la matización de que “*se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectada*”. El resultado es que, en función del número de contratos afectados por el uso incorrecto del contrato de puesta a disposición, la sanción puede resultar cuantitativamente muy superior si se aplica la prevista en estos preceptos últimamente citados que la que corresponde por la infracción del art. 8.2 LISOS incluso en su grado máximo<sup>14</sup>.

Aunque esta medida, considerar una infracción por cada persona trabajadora afectada, no es exclusiva de la actuación de las ETTs –también se ha incorporado en el art. 7.2 LISOS para el uso incorrecto de la contratación temporal– no es descartable que el legislador haya intentado, con esta medida, corregir el efecto perverso que generaba la diferente calificación de las infracciones cometidas en la cesión de trabajadores, en función de si

<sup>13</sup> Vid, al respecto, SELMA PENALVA, A., “Las nuevas infracciones en el orden social y el reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, [https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/selma\\_noticias\\_cielo\\_especial\\_reforma\\_2022.pdf](https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/selma_noticias_cielo_especial_reforma_2022.pdf)

<sup>14</sup> Tal y como ocurriría precisamente en el caso analizado en la STS de 29 de junio de 2022. En la actualidad, si se aplicara la sanción prevista en el art. 19.2.c) LISOS en su grado medio, aplicando una por cada trabajador, la cuantía económica de la sanción resultaría sensiblemente más elevada que la que impuso la ITSS tipificando la infracción cometida por la empresa usuaria conforme al art. 8.2 LISOS.

la realiza o no una ETT, recuperando además la aplicación del principio de especialidad que permite reconducir las infracciones cometidas por ETTs y empresas usuarias a los preceptos legales que a ellas se refieren<sup>15</sup>. Una fórmula que, por otra parte, no impediría la aplicación de los efectos que el art. 43 ET asocia a la cesión ilegal y que permitiría a los trabajadores afectados disfrutar de los derechos y garantías que este precepto contempla.

En definitiva, por unos u otros motivos, estos pronunciamientos judiciales que se han mencionado en las páginas anteriores ponen de manifiesto que también la cesión ilegal, su existencia y sus consecuencias, está sujeta a cambios interpretativos y modulaciones. Unas y otras derivan, en ocasiones, de cambios en la fisonomía empresarial y en el tipo de actividad que las empresas desarrollan en una economía cada vez más condicionada por los activos intangibles, digitales y algorítmicos. En otros casos, el origen de las novedades remite a decisiones legislativas que buscan corregir derivaciones inesperadas, o al menos no buscadas expresamente, en la aplicación de los medios legales de represión de la cesión ilegal.

---

<sup>15</sup> Superando así esta interpretación judicial que no deja de resultar cuestionable en la medida en que desconoce la existencia de tipos específicos para la actuación de las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias. Vid, al respecto, GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Régimen sancionador. Perspectiva de conjunto”, en AA.VV. (Dirs. J.L. Monereo, S. Rodríguez Escanciano y G. Rodríguez Iniesta) *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, págs. 282-283.