

Comentarios de Jurisprudencia

Cesión ilegal de trabajadores entre una administración pública y una asociación con fines deportivos: ¿ser o no ser? Comentario a la STSJ (Social, Secc. 1ª) de Cantabria de 29 de julio de 2008 (STSJ CAT 1399/2008). Recurso 529/2008

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Abstract: El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores impide la cesión de trabajadores. Cuando algunas Administraciones Públicas colaboran con la Federaciones deportivas, no es sencillo delimitar cual de ellas ostenta el poder de dirección sobre el personal a su cargo. En este caso, el trabajador prestaba servicios para la Asociación Gestora Casa del Deporte de Cantabria, entidad sin fines lucrativos que tiene como “fin gestionar y coordinar las actividades y servicios de la Casa de Deporte”, inmueble que pertenece a la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria, y este inmueble era utilizado por las Federaciones deportivas, lo que añadía más complejidad al asunto.

Palabras clave: deporte, cesión ilegal de trabajadores, federaciones deportivas.

SUMARIO

- I. LOS HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO
- II. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE LA POLÍTICA DE INDICIOS EN LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO
 - A) La insuficiencia de hechos probados lleva al Tribunal a considerar que no existe cesión ilegal de trabajadores
 - B) ¿Estamos ante una verdadera cesión ilegal de trabajadores?: La valoración conjunta de la prueba como elemento para considerar si estamos ante una cesión ilegal de mano de obra
- III. EL ARTÍCULO 43.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y SU OCULTACIÓN MEDIANTE UN NEGOCIO JURÍDICO LÍCITO: LA NECESIDAD DE UTILIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CUANDO INTERVIENE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. LOS HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO

La sentencia analiza la posibilidad de existencia de cesión ilegal de trabajadores, proscrita en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, y la frontera con la contrata o subcontrata de obras o servicios, regulada en el artículo 42 del mismo texto legal. Para ello parte de una serie de hechos probados, insoslayables en este comentario, pues de ellos derivarán las conclusiones del mismo:

El trabajador presta servicios para la Asociación Gestora Casa del Deporte de Cantabria, entidad sin fines lucrativos que tiene como «fin gestionar y coordinar las actividades y servicios de la Casa de Deporte», inmueble que pertenece a la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria.

El trabajador ostenta la categoría profesional de conserje, aunque su puesto se denomina «Responsable Casa del Deporte», y entre sus funciones se encuentran coger el teléfono, recibir el correo, atender el salón de actos, actividad de mantenimiento, recibir las facturas y remitirlas a Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria; dichas instalaciones eran utilizadas para actividades tanto de las diferentes Federaciones deportivas, clubes y colegios oficiales como de la propia Consejería de Cultura, Turismo y Deportes del Gobierno de Cantabria.

La prestación del servicio, tal cual se extrae de los poco o nada claros antecedentes de hecho de la sentencia, se realizaba de la siguiente forma: el trabajador, había sido contratado mediante contrato de trabajo por la Asociación gestora Casa del Deporte de Cantabria; dicha Asociación organizaba los horarios y tiempos de trabajo, y retribuía y determinaba las obligaciones del trabajador, sin que conste ningún dato más relativo a dicha prestación de servicios. Si bien se precisa que la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes del Gobierno de Cantabria había realizado algunos pagos al trabajador por servicios prestados sábados y domingos.

El asunto que se debate en la sentencia objeto de comentario es si la Asociación Gestora Casa del Deporte de Cantabria es un mero empresario interpuesto entre el trabajador y la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria, y es ésta el verdadero empresario del trabajador; para ello se analiza la delimitación entre cesión ilegal de trabajadores y contrata o subcontrata de obras o servicios del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

El problema, como veremos, se encuentra en la insuficiencia de hechos probados; de hecho se solicita la revisión de los mismos por presuntos problemas de valoración de la prueba por el Juzgador de instancia, a lo que el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria se niega afirmando que debe prevalecer la valoración de la prueba realizada por el mismo, en base al principio de inmediación del proceso laboral. De ahí que el propio Tribunal afirme «la falta de concreción por la recurrente del detalle, parte o extremo que acredite lo pretendido, que sin ser un óbice formal determinante no contribuye a esclarecer ante esta Sala la oscuridad de los hechos»; aspecto éste sobre el que abundaremos en apartados posteriores del comentario de la sentencia.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE LA POLÍTICA DE INDICIOS EN LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO

A) La insuficiencia de hechos probados lleva al Tribunal a considerar que no existe cesión ilegal de trabajadores

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores proscribía toda forma de cesión ilegal de trabajadores, salvo las cesiones de personal a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, pasando de una prohibición absoluta de ceder y prestar trabajadores a una prohibición relativa, al permitir dicho negocio jurídico mediante empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establecen.

No obstante, aún habiéndose admitido esta forma de cesión de mano de obra, el artículo 43 TRET continúa, tras dicha reforma, siendo una norma de derecho necesario que genera una obligación de no hacer: no ceder trabajadores, salvo en el supuesto ya citado. Se trata de una norma imperativa prohibitiva, que tiene su razón de ser en la necesidad de protección del trabajador, como contraparte más débil de la relación contractual, y, en general, del conjunto de normas encaminadas a salvaguardar dicho interés de los posibles perjuicios que pudiera ocasionar la actuación del empresario, público o privado; pues no se sanciona a quien utiliza los servicios de los trabajadores, sino a quien lo hace a través de sujeto interpuesto, en lo que se ha denominado como la comodidad del empresario sin ser empresario (CHALARON).

Se observa que en muchas más ocasiones de las deseadas son las Administraciones públicas las que se ven implicadas en cesiones ilegales de trabajadores, ante la inexistencia de mecanismos de control de los negocios jurídicos lícitos utilizados y el recurso a empresas sin organización productiva propia que se limitan a prestar o ceder trabajadores, o empresas con organización productiva, pero no la «ponen en juego» en la actividad contratada.

En este contexto ha tenido una gran importancia la labor de los tribunales del orden social,

que han tenido que utilizar la teoría del *levantamiento del velo*, indagando qué existe tras determinados negocios jurídicos lícitos: si dicho negocio jurídico o una cesión ilegal de mano de obra. Para ello han utilizado determinados INDICIOS, que han de ser valorados conjuntamente, que son los que aportan luz al negocio jurídico utilizado y si, finalmente, estamos ante el supuesto de hecho proscrito en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia objeto de comentario analiza los argumentos expuestos por el trabajador que alega la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, y que pasamos a exponer: condición del trabajador de único en el centro de trabajo, dependencia exclusiva en todas las funciones del Director General de Deportes del Gobierno de Cantabria, que ejerce el poder de dirección, la Asociación, empresario formal del trabajador, se limita a abonar el salario, siendo una empresa aparente, y la realización en la Casa del Deporte de actividades ajenas a las Federaciones. Hechos que no han resultado debidamente probados y que, por ello, no pueden tener validez a efectos de dictar una sentencia a favor de considerar que estamos ante una cesión ilegal de trabajadores.

Conviene aclarar, para una mejor resolución y comentario del caso, que la Casa del Deporte es lugar de encuentro para las diferentes Federaciones deportivas de Cantabria, que las Federaciones deportivas cántabras son entidades asociativas privadas, con personalidad jurídica propia e independiente de la de sus asociados, integradas por clubes deportivos, que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte, como previene la Ley 2/2000, de 3 de julio del Deporte de Cantabria; y que el inmueble donde se ubica la Casa del Deporte es propiedad del Gobierno de Cantabria, que, en términos del artículo 49 de la misma Ley, son de titularidad pública y de uso público.

A la luz de estos datos resultaría a todas luces improbable la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, puesto que la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria se estaría limitando a aportar el inmueble y a utilizar, en todo caso, sus instalaciones como cualquier otro consumidor u usuario, entre ellos las Federaciones Deportivas, siempre, claro está, que se tratase de actividades conexas con la actividad deportiva que es el objeto principal de esta asociación con carácter no lucrativo, como figura en sus propios Estatutos.

B) ¿Estamos ante una verdadera cesión ilegal de trabajadores?: La valoración conjunta de la prueba como elemento para considerar si estamos ante una cesión ilegal de mano de obra

El artículo 43.2 TRET establece que «en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario».

Si partimos de este precepto normativo y de los hechos que resultan incontrovertidos de la sentencia objeto de comentario, vemos cómo la Asociación gestora Casa del Deporte de Cantabria está perfectamente constituida –se hace referencia a sus Estatutos–, dispone de un inmueble de uso público para el cumplimiento de sus fines, para lo que ha necesitado contratar a un trabajador, al que retribuye, y por el que, aunque nada se dice, cotiza a la Seguridad Social; es decir, ha cumplido las obligaciones formales jurídico-laborales; de forma que tal Asociación tiene una apariencia real. Sin embargo, nada se establece en cuanto a los medios necesarios para desarrollar la actividad, elemento éste que hubiera sido necesario a efectos de determinar si estamos o no ante una cesión ilegal de trabajadores.

Bien es cierto que cuando se trata de determinadas prestaciones de servicios, no son necesarios medios ni organización productiva para el desarrollo de la actividad, como pudiera ser el caso que nos ocupa, donde el trabajador desarrolla funciones de mero conserje (coger el teléfono, recibir el correo, atender el salón de actos y enviar las facturas a la Consejería); diferente es el caso si pensamos en la actividad de mantenimiento de las instalaciones, donde sí necesitaría los medios necesarios para desarrollar la misma. No obstante, en los hechos probados de la sentencia objeto de comentario nada se precisa en cuanto a quién proporciona al trabajador los medios para desa-

rollar su actividad, el uniforme u otros datos externos que podrían actuar como indicios de la existencia de cesión ilegal de trabajadores, si hubiera sido el propio Gobierno de Canarias quien proporcionase los medios. Y es que hemos de partir de que los distintos criterios que han utilizado los tribunales para delimitar ambos negocios jurídicos son «criterios de valoración que no son excluyentes sino complementarios y tienen un valor indicativo u orientador [...] como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios productivos, el ejercicio de poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista (STSJ de Cataluña [Social, Secc. 1^a] de 15 de diciembre de 2006, núm. de recurso 7001/2005)».

En el caso que nos ocupa lo decisivo es la forma en que el trabajador está vinculado a la Asociación gestora de la Casa del Deporte y, en su caso, a la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de la Consejería de Cantabria, y quién ejerce el poder de dirección, pero sobre todo si la primera pone en juego su organización productiva. Y si lo que pretende es ocultar una verdadera cesión ilegal de trabajadores, suele mantener la apariencia de legalidad. La cuestión es si la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte se coloca en la posición de utilizador efectivo de la prestación subordinada del trabajador, observándose un divorcio entre situación fáctica y situación real, dando instrucciones concretas al trabajador sobre el desarrollo de su actividad (STS [Social, Secc. 1^a] 15 de diciembre de 2005, núm. de recurso 465/2005). Indicios de «poner en juego su organización productiva» pueden ser «dar un curso de prevención de riesgos laborales a sus trabajadores, entregarle prendas de trabajo y equipos de protección individual, realizar el control horario de sus trabajadores, tener coordinadores que imparten órdenes» (STS [Social, Secc. 1^a] de 19 de diciembre de 2005, recurso núm. 5205/2004; STS [Social, Secc. 1^a] de 20 de diciembre de 2005, recurso núm. 5214/2004. STSJ de Cataluña [Social, Secc. 1^a] de 4 de noviembre de 2005, núm. de recurso 6078/2005).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, si tuviéramos que decantarnos, a partir de los hechos considerados probados, sobre quién ejercer el poder de dirección sobre el trabajador, si el Gobierno de Cantabria o la Asociación gestora de la Casa del Deporte, estaríamos ante un verdadero dilema. Si partimos del hecho de que el ejercicio del poder de dirección actúa como criterio fundamental para determinar si estamos o no ante una cesión ilegal de trabajadores, encontraremos que resulta difícil establecer si existe o no este negocio jurídico ilegal en el caso objeto de comentario.

Además de estos indicios los tribunales han alegado otros indicios como las tareas encomendadas y la exclusividad de la actividad profesional, la prestación de servicios de forma continuada e ininterrumpida para cubrir necesidades permanentes de la misma, para valorar si estamos o no ante una cesión de ilegal de personal; realizar en la empresa cesionaria una actividad distinta a la de la empresa cedente, o la prestación indiferenciada de servicios. No obstante, son meros indicios, no decisivos *per se* para considerar que estamos ante una cesión ilegal de trabajadores. Entendemos que la licitud de la prestación de servicios a un tercero sin que asuma la cualidad de empleador son los intereses perseguidos con la prestación de servicios a un tercero; donde la extraneidad del intermediario o del interpuesto a la realización de la causa del contrato de trabajo justifica la intervención del legislador y la prohibición del artículo 43 TRET (MAGRINI).

No obstante, la relación jurídica entre el trabajador y la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria no se limita a poner a disposición de la Asociación un local para el cumplimiento de sus fines, sino que va más allá. Constituye un *prius* determinar el elenco de funciones que realiza el trabajador, puesto que, como hemos apuntado, queda acreditado que se encargaba de «coger el teléfono, recibir el correo, atender el salón de actos, actividad de mantenimiento, recibir las facturas y remitirlas a Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria»; sin embargo, en los Estatutos de la Asociación gestora Casa del Deporte se precisan otras funciones como controlar el uso de las aulas y salón de actos, gestionar los elementos de uso común y controlar el buen funcionamiento de la calefacción, agua y luz; que han de entenderse que también eran realizadas por el mismo, al ser el único trabajador que prestaba servicios en dicho centro de trabajo, realizando todas las labores necesarias para su funcionamiento.

Faltan antecedentes de hecho claros, y quedan dudas sobre si ha podido producirse error en la declaración de hechos probados o en la valoración conjunta de la prueba, elementos sobre los que el Tribunal no quiere entrar. No se determina si el trabajador utilizaba medios materiales de la Consejería o eran proporcionados por la Asociación que figuraba como empleadora; medios

que no eran necesarios para determinadas funciones de las descritas –v. gr. coger el teléfono–, pero sí para otras –servicios de mantenimiento de agua, calefacción y luz–. Y existen dudas más que evidentes sobre el ejercicio del poder de dirección, que por determinados indicios parecen compartir la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes de Cantabria y la Asociación gestora Casa del Deporte. Datos ambos insoslayables a la hora de calificar una situación como cesión ilegal de trabajadores.

En este sentido, resultan decisivos algunos indicios que se aportan en la sentencia, y sobre los que no se abunda en la misma, a pesar de que pudieran resultar decisivos a efectos de considerar si estamos o no ante una cesión ilegal de trabajadores, tales como:

Primero, el trabajador ha prestado servicios algunos sábados y domingos, realizando iguales funciones que las que realiza en su prestación de trabajo para la Asociación gestora Casa del Deporte, y que han sido precisadas *supra*; cuando su horario de trabajo se desarrolla de lunes a viernes de 10 a 14 h y de 17.30 a 21.30, es decir, durante ocho horas diarias, lo que supone cuarenta horas a la semana –horario de apertura y cierre de la Casa del Deporte, como figura en su página web–. Este hecho no debería tener más trascendencia, si no fuera porque se deja caer que durante tales períodos el trabajador pudiera haber estado sometido al poder de dirección del Director General del Deporte; de forma que el propio Letrado de los Servicios jurídicos, aunque niega este hecho, se limita a precisar que «el Director General del Deporte ha puesto al trabajador en conocimiento de sus competencias y permanencia en el puesto de trabajo sábados y festivos», pero es la Asociación la que fija el horario y obligaciones del trabajador. A ello se añade que no se precisa en base a qué título jurídico se realiza tal prestación de servicios los fines de semana; título que parece no existir, por lo que podríamos aplicar la previsión del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores que recoge la presunción, *iuris tantum*, de existencia del contrato de trabajo cuando una persona, el trabajador, presta servicios de forma voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dependiente; o, finalmente, utilizar este dato como indicio de existencia de cesión ilegal de trabajadores.

Estos elementos podrían constituir un indicio de que estamos, cuanto menos, ante una relación laboral compartida, donde la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de Cantabria asume poderes que, indiscutiblemente, corresponden sólo al empresario del trabajador. Además ha de tener relevancia la decisión del órgano facultado para contratar que, si bien debería haber realizado un expediente de contratación, en este caso no lo hace, resultando la prestación de servicios del trabajador de una mera relación fáctica y no jurídica.

Bien es cierto que la Administración puede establecer un sistema de control sobre la dedicación horaria para hacerla compatible con las necesidades del centro, sin embargo, en este supuesto estamos, en mi opinión, ante un hecho diferente: el trabajador presta servicios en el marco de su jornada ordinaria de lunes a viernes y posteriormente se le exige, por parte de quien no es su empresario, al menos formalmente, la prestación de servicios algunos fines de semana; hasta el punto de que el empresario formal, la Asociación, no sabe realmente cuál es la jornada y el horario de dicho trabajador y decide reunirse con el Director General de Deporte del Gobierno de Cantabria.

La prestación de servicios algunos fines de semana podría haberse catalogado como prestación de horas extraordinarias, pero debería haber sido la Asociación, como empresario del trabajador, la que debería haber pactado con él su realización. En este contexto, la intervención del Director General de Deporte poniendo en conocimiento del trabajador sus competencias y permanencia en el puesto de trabajo sábados y festivos plantea, cuanto menos, dudas que podrían actuar como indicios a efectos de considerar si estamos o no ante una cesión ilegal de trabajadores.

Segundo, derivado de tal prestación de servicios los fines de semana, a petición de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de Cantabria, el trabajador recibió determinadas cantidades, ¿salario?, por parte del Gobierno de Cantabria durante los años 2003 y 2004. Pago que no queda acreditado si fue en concepto de horas extraordinarias o por otro concepto, pero que vuelve a sembrar las dudas sobre si no estamos ante una verdadera relación laboral directa con la Consejería o ante una cesión ilegal de trabajadores, en los términos que analizaremos. El Letrado de los Servicios jurídicos de Cantabria utiliza un concepto meramente fiscal para rechazar que se trate de salario, al precisar que tales abonos no eran en concepto de rendimientos del trabajo, sino de

rendimiento por actividades profesionales, al haber utilizado los servicios del trabajador sábados y domingos, fuera de la jornada laboral.

Tercero, resulta llamativo que en Junta general ordinaria de la Asociación gestora de la Casa del Deporte de Cantabria se proponga «pedir la colaboración de la Dirección General de Deporte para aclarar las funciones y horarios en sábados y festivos y la posible subvención del pago del salario del trabajador», así como despejar tales dudas. O que la Consejería, a instancia de la Asociación, se pronuncie en el sentido de que «no puede subvencionar el pago de los emolumentos del conserje al depender éste de la Asociación gestora de la Casa del Deporte» o la intención de ésta de «facturar por idéntico concepto a las distintas Federaciones», usuarias de las instalaciones de la Casa del Deporte.

Son elementos que podrían considerarse indicios e inclinar la balanza a favor de una cesión ilegal de trabajadores, pues no tiene sentido que el empresario del trabajador, la Asociación, quien ejerce el poder de dirección, tenga que consultar con la Administración pública las funciones del trabajador y si puede colaborar en el pago del salario. No obstante, al no figurar como hechos probados de la sentencia de instancia no han sido tenidos en cuenta en la valoración por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Cuarto, sin embargo, acierta el Tribunal cuando considera que no tiene relevancia para el caso, a efectos de determinar si estamos o no ante una cesión ilegal de trabajadores, que el Gobierno de Cantabria, titular del inmueble donde se encuentra ubicada la Casa del Deporte, cumpla la obligación de información en materia de prevención de riesgos laborales en su condición de titular del centro de trabajo, a lo que le obliga el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales.

Quinto, es cuanto menos significativo que la denominación de dicha Asociación –Asociación Gestora Casa del Deporte– coincida con la prevista por la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria para dicha instalación con fines deportivos y para la prestación de tal servicio público.

Haciendo un paréntesis en la exposición de los hechos, la página web de la Casa del Deporte de Cantabria reza así «la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte pone a disposición de todas las Federaciones Regionales un espacio propio con la infraestructura y los servicios adecuados para ruedas de prensa, reuniones, conferencias, formación, etc. La Casa del Deporte de Cantabria cumple la misión de dar soporte y aglutinar a todas aquellas Federaciones que requieran de un espacio para la realización de las tareas propias del deporte al que representan [...] para ello cuenta con salón con capacidad para 100 personas, equipo necesario para realizar reuniones, conferencias, equipo y pantalla de proyección, megafonía, mobiliario ergonómico, material didáctico; sala de prensa con capacidad para 14 personas donde poder reunirse el profesorado, el equipo técnico o deportivo siempre dentro del complejo deportivo; y aulas para un máximo de 46 alumnos».

Pero aún hay más, como se especifica en los hechos de la sentencia objeto de comentario, la Asociación Gestora Casa del Deporte, tal como figura en sus Estatutos, tiene como fin «gestionar y coordinar las actividades y servicios de la Casa del Deporte, inmueble que pertenece a la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria». Lo que parece indicar que es su único fin y pudiera poner de manifiesto que dicha Asociación ha sido creada *ex profeso* para realizar tales actividades; hecho que, si bien no está prohibido, pudiera actuar como indicio para considerar que es un mero empresario aparente y que estamos ante una cesión ilegal de trabajadores, pues es indicio de existencia de la misma que, en este caso, la Asociación, tenga como único cliente a la Consejería del Gobierno de Cantabria; a lo que se suman los elementos comentados, entre ellos que la Asociación no puede pagar el salario al trabajador y solicita «subvención» por el Gobierno de Cantabria o piensa revertir igual cantidad a las diferentes Federaciones usuarias del servicio prestado; o que tal Asociación no parece tener organización productiva propia, siendo el Gobierno de Cantabria el titular del centro de trabajo, el que se hace cargo de las facturas que éste genera, que tienen que serle remitidas por el conserje.

Por último, no se establece qué relación jurídica une a la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria y a la Asociación Gestora Casa del Deporte; aspecto éste sobre el que abundaremos en el siguiente apartado.

III. EL ARTÍCULO 43.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y SU OCULTACIÓN MEDIANTE UN NEGOCIO JURÍDICO LÍCITO: LA NECESIDAD DE UTILIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CUANDO INTERVIENE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es un hecho incontrovertido que el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores puede ser infringido tanto directamente como utilizando una norma de cobertura que regule un negocio jurídico perfectamente lícito, utilizado por acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo (FERRARA). Dado el carácter prohibitivo del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, su propia idiosincrasia posibilita su vulneración a través de planteamientos lícitos y aceptados por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la sentencia objeto de comentario intenta desvelar si estamos ante una contrata o subcontrata de obras o servicios o ante una cesión ilegal de trabajadores. La problemática delimitación entre ambos negocios jurídicos, uno prohibido y el otro, en principio, lícito se basa, como hemos visto, en una prueba de indicios, y existirá contrata y no cesión si el contratista es capaz de realizar la obra o servicio contratado, con su propia organización y patrimonio, instrumentos o maquinarias adscritos a dicha actividad, y con directa asunción de riesgos; lo que no parece por los hechos de la sentencia que ocurra en el caso objeto de comentario, pues nada se dice de los medios de la Asociación, y quedan serias dudas de que ésta asuma los riesgos.

La aportación de medios materiales, quién ostenta el poder de dirección, organiza la actividad productiva, quién retribuye y contrata al trabajador, cotizando por él a la Seguridad Social son elementos que han de valorarse conjuntamente, sobre todo porque existen determinadas actividades que pueden realizarse sin necesidad de un soporte material; quiere decir que la Asociación ha de gestionar a propio riesgo y dirigiendo la actividad. En suma, lo decisivo es la forma en que el trabajador está vinculado a la Asociación que figura como empresario del trabajador, sin que ello impida la supervisión de la actividad por el Gobierno de Cantabria. Así, según lo previsto en el artículo 24.21 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, la Comunidad Autónoma asume la competencia exclusiva en materia de promoción del deporte, entendiéndolo como una actividad de interés general, y en base a este precepto deberá garantizar el buen funcionamiento del servicio de la Casa del Deporte, pero sin que ello implique extralimitarse en tales funciones, asumiendo la posición de verdadero empresario, como pudiera deducirse de los elementos comentados *supra*.

El Tribunal realiza todo un *excursus*, con cita de jurisprudencia reiterada, sobre la delimitación de las fronteras entre los negocios jurídicos de cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios. Sin embargo, aunque usualmente el negocio jurídico al que se recurre para ocultar una cesión ilegal de trabajadores es la contrata o subcontrata de obras o servicios del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, sin embargo, cuando una de las partes, como es el caso que nos ocupa, es una Administración pública, la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de la Comunidad de Cantabria, los negocios jurídicos que pueden servir para ocultar una cesión de trabajadores serán los previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 15 de junio; que contempla, entre los contratos típicos, los contratos administrativos de obra pública, suministro, gestión de servicio público, consultoría y asistencia y servicios, y concesión de obra pública, así como los contratos mixtos y los contratos administrativos especiales.

De forma que la relación entre la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de Cantabria con la Asociación Gestora Casa del Deporte se instrumentará mediante el correspondiente contrato administrativo, de entre los previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas. Así, el artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, determina que la encomienda de servicios competencia de las Administraciones Públicas a sujetos o entidades privadas deberá someterse a las prescripciones de la legislación sobre contratación administrativa. Si bien, en ocasiones, se recurre a los convenios colaboración entre una Administración Pública y una entidad privada para la encomienda de servicios de su competencia, con los que se persigue eludir las disposiciones de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas.

Específicamente podríamos estar ante una gestión indirecta de servicio público, mediante

contrato de gestión de servicio público, por la que se encomienda la prestación de dicho servicio a una persona natural o jurídica de naturaleza privada por parte de la Administración pública, titular del servicio, que sigue siendo público, y pública será su control y supervisión; que no pueden ir más allá inmiscuyéndose en el poder de dirección del empresario.

En ocasiones el contrato de gestión de servicio público se oculta bajo un convenio de colaboración administrativo, así la STS (3ª, 4ª) de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1740) resuelve la impugnación de un pretendido convenio de colaboración administrativo entre el Gobierno de Cataluña, para la constitución de un servicio público (la creación de una Unidad de Sanidad Porcina en una provincia), con una *asociación, que, curiosamente, como en el caso que nos ocupa, toma igual denominación que el servicio público que pretende cubrir*. Esta sentencia pone de manifiesto que en «los convenios de colaboración que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado para la satisfacción de un interés público [artículo 3.1.d) del TRLCAP] la doctrina jurisprudencial entiende que han de someterse a los principios de publicidad, competitividad e igualdad de oportunidades que inspiran tales disposiciones y que el artículo 11 consagra de una manera explícita (Sentencias de 17 de octubre de 2000, 12 de enero de 2001 y 20 de diciembre de 2002), siempre que el objeto de los mismos coincida con el de los contratos regulados en dichas leyes o en normas administrativas de carácter especial, como con respecto a la encomienda de gestión –sea de carácter material o de prestación de servicios– recuerda el artículo 15 de la Ley de 26 de noviembre de 1992».

Sin embargo, en la sentencia objeto de comentario no se precisa si la concesión de la prestación del servicio de gestión de la Casa del Deporte ha cumplido los principios de publicidad, competitividad e igualdad en los términos indicados; no especificándose el tipo de relación jurídica que vincula a ambas partes, que pudiera ser título jurídico válido y suficiente para justificar la prestación laboral por el trabajador demandante; tampoco se hace referencia a si existe un expediente de contratación administrativa, ni si los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas expresan el contenido de la prestación que ha de desarrollarse en la Casa del Deporte de Cantabria; y que, al menos desde un plano teórico, podría excluir la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

La existencia de un contrato administrativo de los previstos en dicha norma determinaría que la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de Cantabria se situaría en «una posición de supremacía» en relación a la Asociación gestora de la Casa del Deporte, que le permite asegurar el buen funcionamiento del servicio, en este caso que la Casa del Deporte sirva a las diferentes Federaciones Deportivas, así como la prestación regular y continuada; dotando el ordenamiento jurídico a las Administraciones públicas en estos casos de facultades de dirección, inspección y control del cumplimiento de lo convenido en el contrato (PÉREZ BORREGO). En este sentido, la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes del Gobierno de Cantabria ostentará determinadas obligaciones que repercutirán en la esfera jurídico-laboral, como ocurre en el cumplimiento de obligaciones derivadas de la normativa de prevención de riesgos laborales, en su condición de titular del centro de trabajo (artículo 24 de la Ley de prevención de riesgos laborales). Sin embargo, habrá que determinar exactamente cuál ha sido su relación directa con el trabajador, en funciones de conserje, pues una cosa es que tenga que garantizar el servicio y otra muy diferente que le abone al mismo determinadas cantidades para trabajar sábados y domingos, y que establezca los horarios de trabajo los fines de semana; puesto que su relación jurídica ha de desenvolverse en todo caso con la Asociación gestora de la Casa del Deporte que, en caso necesario, tendría que contratar a otro trabajador para tales funciones; amén de que la Consejera, como queda acreditado en los hechos de la sentencia, utiliza la Casa del Deporte para organizar reuniones que tienen fines diferentes.

Entendemos que hubiera sido necesario determinar la relación jurídica que une a la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria y la Asociación gestora de la Casa del Deporte, pues pudiera tratarse de una gestión indirecta de un servicio público, mediante un contrato administrativo, o simplemente la cesión de uso de un inmueble a una asociación privada; siendo las consecuencias, en cuanto a la consideración de cesión ilegal de trabajadores o no, diferentes en uno y otro caso.

Esta afirmación es aplicable a aquellos supuestos en los que interviene una Administración pública, vinculada por el principio de legalidad y que debe perseguir el interés general, por lo que difícilmente en un contrato administrativo, de los previstos en la Ley de Contratos de las

Administraciones públicas, va a figurar un objeto ilícito en un contrato de servicios. Otra cosa será que la puesta en práctica de dicho contrato oculte una cesión ilegal de trabajadores; donde habrá que analizar los indicios que nos conducen a tal conclusión. No son pocas, precisamente, las sentencias de distintos tribunales que resuelven sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores donde ha participado una Administración pública.

Por último, dadas las dificultades de conocer claramente los hechos probados, estimamos que el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria debería haber decretado la nulidad por insuficiencia de hechos probados; pues, la relevancia de los hechos omitidos es vital para la defensa de las partes [STSJ Andalucía/Sevilla (Social) de 22 de octubre de 1999, recurso suplicación 2517/99], ya que, «una insuficiencia fáctica en la sentencia afecta al orden público procesal, por infringir lo prescrito en los artículos 97.2 LPL y 359 LECiv [...] afectando al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, ya que la motivación de la sentencia se rige por los artículos 248 de la LOPJ y 372 LECiv con las particularidades que introduce el artículo 97.2 LPL y tiene por finalidad asegurar el conocimiento de la parte sobre las razones de hecho y de derecho que justifiquen una determinada decisión, como garantía de la exclusión de la arbitrariedad y posibilitar la impugnación por vía de recurrir –art. 120.3 integrado en el art. 24 CE [STS (Social) de 4 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1965)]–».