

cubiertos en instituciones de otros Estados miembros comparables a las instituciones austriacas enumeradas en el artículo 26, apartado 2, de la Vertragsbedienstetengesetz 1948, tales períodos deben tenerse en cuenta sin ningún límite de tiempo.

**b) SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1998 (C-187/96) (TJCE 1998, 46)**

1) Declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de las disposiciones del artículo 48 del Tratado CE (LCEur 1986, 8) y del apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 (LCEur 1968, 84), relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al excluir, en disposiciones de su normativa o en la práctica administrativa, la posibilidad de considerar, a efectos de la concesión del complemento de antigüedad y de la clasificación en la escala salarial de los empleados de la Administración Pública griega, los servicios prestados en la Administración Pública de otro Estado miembro, debido únicamente a que dichos servicios no han sido prestados en la Administración Pública nacional.

2) Condenar en costas a la República Helénica.

**§ 75**

**Una peculiar resolución sobre cesión ilegal de trabajadores en el seno de una Administración Pública**

por MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS *Profesora Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla*

*Sentencias comentadas:*

📌 Comentario a la STSJ del País Vasco (Social) de 10 julio 2001 (AS 2001, 3884)

**1. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA Y LAS CUESTIONES OBJETO DE DEBATE**

El Servicio Vasco de Salud –Osakidetza– adjudicó, mediante el correspondiente concurso administrativo, el servicio de conductores de ambulancias de la UTE de Álava a la empresa «Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Cooperativa»; servicio que anteriormente había sido detentado por la empresa «Alegría Hermanos, SA». Los trabajadores de esta última empresa fueron contratados posteriormente por Ambulancias Guipúzcoa, con la categoría de conductor-camillero de ambulancias, mediante sucesivos contratos temporales, hasta que fue adjudicado el concurso a dicha empresa por el Servicio Vasco de Salud, fecha ésta en la que continuaron prestando servicios para la misma empresa, realizando iguales funciones –conductor-camillero de ambulancias del Servicio Vasco de Salud–.

La prestación del servicio, de lo que se extrae de los escasamente claros antecedentes de hecho de la sentencia, se realizaba de la siguiente forma: los trabajadores, contratados por «Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Cooperativa» recibían la retribución de la misma, que organizaba los horarios, vacaciones, fijaba el esquema diario de

trabajo, aportaba los uniformes –aunque con el emblema del Servicio Vasco de Salud–, y prestaban su actividad en ambulancias propiedad del Servicio Vasco de Salud; sin que los medios materiales ni personales, salvo los conductores, fueran aportados por la empresa «Ambulancias Guipúzcoa». No obstante, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación a la sentencia del Juzgado de lo Social, reconoce que «no ha sido objeto de detalle en el relato fáctico de la sentencia cómo se concretaban esos parámetros de marcar el esquema de trabajo y cómo se concretaba el ejercicio del poder de dirección por parte de Ambulancias Guipúzcoa respecto de los demandantes [...], ni en cuál de las dos empresas se organizaba el trabajo de cada uno (jornada, permisos, vacaciones...)». Aspecto éste que sin duda alguna va a dificultar igualmente el comentario de la sentencia objeto de este estudio, para el que hemos tenido que «bucear» en la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas y así determinar cuál ha podido ser la situación real.

En la sentencia objeto de comentario se tratan varios temas: la posible existencia de fraude en la contratación, la necesaria subrogación de la empresa Ambulancias Guipúzcoa, Soc. cooperativa en los contratos de trabajo de la anterior empresa adjudicataria del concurso, con el consiguiente reconocimiento de antigüedad, y la delimitación entre cesión ilegal de trabajadores y contrata o subcontrata de obras o servicios del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), a efectos de determinar si estamos ante una u otra figura. El problema está en que la redacción de la sentencia recoge hechos fundamentales para la resolución de la litis, lo que debiera haber conducido, como apuntaremos posteriormente, a la nulidad por insuficiencia de hechos probados y no a la declaración de existencia de cesión ilegal de trabajadores. Cuanto menos es peculiar una resolución judicial sin apoyatura fáctica suficiente, de ahí el título del comentario.

## **2. LA NECESIDAD DE DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE OSAKIDETZA Y AMBULANCIAS GUIPÚZCOA, SOC. COOPERATIVA A EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN FINAL**

La prestación laboral de los trabajadores demandantes deriva, al menos en principio, de un contrato administrativo de servicio entre el Servicio Vasco de Salud y Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Cooperativa; lo que constituye título jurídico válido y suficiente para justificar la prestación de servicios laborales por los trabajadores de la empresa Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Coop. para el Servicio Vasco de Salud y, en teoría, y al menos formalmente, excluir la existencia de cesión de trabajadores a este Organismo Público. Pero, la determinación del nexo administrativo o laboral y los elementos que caracterizan la prestación es una cuestión para la que es necesario tener en cuenta «los correspondientes expedientes de contratación y los pliegos de condiciones que expresan el concreto trabajo específico [STS] de Andalucía/Sevilla (Social) de 4 de diciembre de 1998 (AS 1998, 4641) citando la STS de 15 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7419)». Es por ello necesario conocer el contenido de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas –mal llamados por la jurisprudencia pliegos de condiciones, pues esta terminología no existe en la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas– para determinar cuál es el objeto de la prestación laboral de los demandantes y cómo se desenvuelve la misma.

Como quiera que los antecedentes de hecho de la sentencia no son nada claros en relación a la forma de prestación del servicio, aunque sí detallan todo lo relacio-

nado a los distintos contratos temporales suscritos por los trabajadores, nos embarga la duda sobre cómo pudo ésta desarrollarse a partir del 29 de septiembre de 1997, fecha en que se suscribió contrato administrativo entre la representación de «Osakidetza-SVS» y la de «Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Cooperativa», por la que se concedía a ésta la explotación del servicio de la UTE de Álava.

La sentencia precisa que «El objeto del concurso, según el pliego de cláusulas técnicas, es la contratación de la empresa de conductores para el servicio de UTE de Álava, desarrollando los trabajadores demandantes las funciones que constan en dicho pliego, con los medios materiales de la entidad “Osakidetza-SV” y bajo el poder de dirección de la empleadora. .. 8º) Con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado contrato, la gestión de la UTE de Álava la llevaba la entidad “Alegría Hermanos, SA”, desde el 8 de Febrero de 1995, sin que se haya acreditado la existencia de vínculo empresarial alguno entre la entidad “Alegría Hermanos, SA” y “Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Cooperativa”».

La sentencia considera que existe una cesión ilegal de trabajadores basándose en que los medios materiales no son aportados por Ambulancias Guipúzcoa, sino que pertenecen –concretamente las ambulancias– a Osakidetza; que además los trabajadores han prestado su actividad con los Médicos y ATS de esta última durante toda su jornada laboral y con igual horario. Estos dos elementos son decisivos, para el juzgador, para decidir que estamos ante un prestamismo laboral ilícito.

Si bien trataremos la distinción entre contrata o subcontrata de obras o servicios y cesión ilegal de trabajadores, a la que la sentencia dedica la práctica totalidad de sus fundamentos jurídicos, en este momento es necesario analizar los dos elementos reseñados: primero, que la actividad se realiza con los bienes de Osakidetza; segundo, que incluso coincide el horario y la jornada laboral de los trabajadores demandantes con la de los médicos y ATS que viajan igualmente en la ambulancia.

En relación a la primera cuestión, es necesario precisar que el Servicio Vasco de Salud –Osakidetza– es un Ente público, al que se adscriben los bienes y derechos propiedad de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el cumplimiento de la finalidad que tiene encomendada (art. 24.2 de la Ley 8/1997 [RCL 1997, 2162 y LPV 1997, 351], de Ordenación Sanitaria de Euskadi), que no es otra que «desempeñar la provisión de servicios sanitarios mediante las organizaciones públicas de servicios dependientes del mismo (art. 20)». Esto significa que las ambulancias y el resto de bienes están afectos a la gestión del servicio público, que Osakidetza decide realizar de forma directa y no utilizando mecanismos de gestión indirecta del servicio público (concesión, concierto, gestión interesada o empresa mixta –art. 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas [RCL 2000, 1380 y 2126])–. Es precisamente esta circunstancia, la existencia de unos bienes materiales de propiedad pública por su adscripción al Osakidetza, una circunstancia no tenida en cuenta por la sentencia comentada, que de haberlo sido pudiera haber cambiado el signo del fallo.

Ello porque el artículo 8 de la Ley 14/1983, de 27 de julio (RCL 1983, 2909 cc aa y LPV 1983, 1235), del Parlamento Vasco de Patrimonio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, establece que «son también bienes de dominio público los bienes muebles propiedad de la Comunidad Autónoma de Euskadi afectados al uso o servicio público. 2. En todo caso se considerarán formando parte del dominio

público, los bienes muebles propiedad de la Administración de la Comunidad de Euskadi que pertenezcan a alguna de las siguientes categorías:... c) Vehículos que integran el parque móvil». La condición de bienes de dominio público de los medios materiales adscritos al Osakidetza –ambulancias– en los que realizaban su prestación laboral de conductores-camilleros los trabajadores de Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Coop., determina que su uso por sujetos privados debe realizarse en virtud de un título jurídico habilitante: concesión, autorización o licencia. La circunstancia considerada decisiva por la sentencia comentada para apreciar la existencia de cesión de trabajadores –el uso de medios materiales de Osakidetza y la prestación de servicios con médicos y ATS de este Ente público– debiera haber conducido precisamente a la apreciación contraria. Aunque la sentencia, como hemos apuntado, no sea un prodigio de claridad, hace referencia al artículo 203 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (RCL 1995, 1485 y 1948), de Contratos de las Administraciones públicas –actual Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio–, que regula el contrato administrativo de servicio, cuyo objeto será el previsto en el artículo 196.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (...complementario para el funcionamiento de la Administración).

Así, y dado que el contrato administrativo de servicio suscrito por Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Coop y Osakidetza, cuyo objeto era proporcionar conductores a las ambulancias de este Servicio Sanitario Público –donde prestaban servicio médicos y ATS del Servicio Vasco de Salud–, no implica transferencia de medios ni de potestades o servicios administrativos a sujetos privados, resulta no ya lógico, sino obligado por la legislación sobre propiedades públicas –sobre todo la relativa a los bienes de dominio público por estar afectos a un servicio público– que los bienes sean utilizados por la Administración titular del servicio público.

Distinto hubiese sido si el contrato administrativo suscrito entre Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Coop y Osakidetza fuera de gestión de servicios públicos regulado en los artículos 154 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, por sus modalidades de concesión y gestión interesada o empresa mixta.

El contrato de gestión de servicio público implicaría una gestión indirecta, llevaría a la transferencia del servicio y su gestión al sujeto privado –contratista– y sería título jurídico suficiente que le permitiría la utilización de los medios y bienes públicos afectos a la prestación del servicio. El hecho de que las ambulancias de Osakidetza –bienes de dominio público por estar afectos al Servicio público gestionado por el Servicio Vasco de Salud– están adscritos a este Ente público –lo que no es sino una prescripción legal (art. 24.2 de la Ley 8/1997, del Parlamento Vasco, de patrimonio)– y que en éstas presten servicios médicos y ATS de Osakidetza –empleados públicos– lleva a la conclusión que el servicio de ambulancias de este Organismo se realiza mediante fórmula de gestión directa, donde resulta plenamente admisible la contratación de servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración (art. 196.3 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas).

2º) En relación al segundo elemento, la presencia de los trabajadores en el centro del Servicio Vasco de salud o el mismo horario que sus trabajadores –incluido el personal estatutario– no son elementos que contribuyan a determinar que se trata de una cesión ilegal de trabajadores, tampoco se ve «afectada por la dependencia

funcional de cargos y funcionarios responsables de las tareas, al estar exigida por su naturaleza, siendo incluso irrelevante que el superior funcional con que se relacionaba le pudiera encargar tareas distintas a las contratadas, pues ello no puede vincular a la Administración, ya que el encargo sólo era válido ciñéndose a los contratos y únicamente sería relevante la decisión del órgano facultado para contratar, no la actuación por tolerancia u oculta de quien no podía contratar ni vincular a la Administración. [...] la doctrina declara que este tipo de contratos, para reunir el carácter formal y real de administrativo, debe ser consecuencia de un expediente de contratación, con pliego de condiciones que exprese el objeto concreto del trabajo [...] Ello no se altera por diversos datos como la presencia del interesado en las dependencias de la Administración contratante, por la eventual existencia de horario o incluso de control de éste, por la relación, incluso de dependencia funcional, de cargos y funcionarios responsables de las tareas en que intervenía [STS] de Andalucía/Sevilla (Social) de 4 de diciembre de 1998 (AS 1998, 4641)».

Todo ello, porque tanto en la relación laboral como en la administrativa hay una dependencia de la empresa o de la Administración que puede establecer un sistema de control sobre la dedicación horaria para hacerlo compatible con las necesidades del centro, y sin que sea necesario que el adjudicatario del servicio tenga una organización empresarial, pues el artículo 2 del Decreto 1005/1974 (RCL 1974, 847 y NDL 7398) establece que es suficiente con que la persona que celebra el contrato tenga materiales suficientes para su ejecución «... sin perjuicio de que hubiera haber podido utilizar otros que ya tuviera en el centro y de que solicitara a la Administración la renovación de los mismos si se producía su deterioro o surgían nuevas necesidades, fijándose además un precio para cada contrato, lo que nos lleva a concluir que el contrato se acoge a la cobertura formal de dicho Decreto y por ello no cabe cuestionar su naturaleza administrativa, como acuerdan los propios contratantes [STS] de Andalucía/Sevilla (Social) de 4 de diciembre de 1998 (AS 1998, 4641)».

Resulta controvertido que los servicios jurídicos de Osakidetza puntualicen que «el centro de trabajo de los demandantes sigue estando en su empresa y que en ella reciben las órdenes en materia de fijación de turnos, organización del trabajo, sustituciones, vacaciones, permisos y bajas, así como que es dicha empresa la que ejerce la facultad disciplinaria y paga la retribución, asegura la responsabilidad civil de los conductores, así como todo lo referente a los trámites para la autorización en materia de conducción de vehículos; que el uniforme se lo facilita la empresa adjudicataria, si bien llevan la correspondiente identificación de Osakidetza»; y que la sentencia no se pronuncie sobre tales datos.

Finalmente, y dadas las dificultades de conocer claramente los hechos probados, lo que sin duda puede llevar a dictar una u otra sentencia, consideramos que hubiera sido necesario que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco decretase la nulidad por insuficiencia de hechos probados; pues, la relevancia de los hechos omitidos es vital para la defensa de las partes (STS] 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 (RCL 1995, 1144 y 1563) y 359 LECiv [...] afectando al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), puesto que la motivación de la sentencia se rige por los artículos 248 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) 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)]».

### **3. DELIMITACIÓN ENTRE LA CESIÓN ILEGAL Y LA CONTRATA O SUBCONTRATA DE OBRAS O SERVICIOS**

Es en este punto donde la sentencia objeto de comentario abunda más, intentando desvelar si estamos ante una contrata o subcontrata de obras o servicios o ante una cesión de trabajadores, taxativamente prohibida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, salvo cuando se realice por empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Por ello, analizaremos esta cuestión, sin perjuicio de que estimamos que tal resolución, por insuficiencia de hechos probados, no debería haberse producido en ningún caso.

La problemática delimitación entre ambos negocios jurídicos, uno prohibido y el otro lícito en principio, se basa en una prueba de indicios; en cómo se desenvuelve realmente la prestación laboral. Así, la no presencia continuada de la empresa contratista y la exclusiva supervisión de los trabajos por la empresa principal, lógico por lo accesorio de la prestación contratada que no comprende el servicio integral de traslado de enfermos y cuidado y atención de éstos durante el mismo, sino tan sólo la conducción de los vehículos que sirven a tal fin; la pertenencia a esta última del material e instrumental, por imperativo legal, la sujeción de los trabajadores de la contratista al horario y la jornada de la empresa principal, que la empresa contratista sólo tenga a dicha empresa principal como cliente... son elementos que contribuyen a considerar que estamos ante una pseudocontrata, al encubrir una cesión ilegal de trabajadores. Sin embargo, no todos ellos son elementos decisivos ni excluyentes de la contrata o subcontrata de obras o servicios.

La jurisprudencia ha reiterado que existe contrata o subcontrata de obras o servicios y no cesión ilegal de trabajadores cuando existe una verdadera organización empresarial, que habrá que probar mediante indicios que habrán de interpretarse conjuntamente, sin que uno solo de ellos pueda servir para afirmar la existencia de este negocio jurídico. Probablemente la prueba no deba dirigirse tanto a averiguar si existe o no una empresa válidamente constituida como si lo que se produce es la aportación de trabajadores sin que la empresa contratista ejecute una obra o un servicio en realidad, pues el contrato de ejecución de obra existe cuando el contratista se obliga a cambio de una cantidad determinada en función de una obra o servicio a realizar.

La sentencia objeto de comentario basa la diferencia entre ambos negocios jurídicos, considerando que existe contrata o subcontrata de obras o servicios, cuando «el contratista sea 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, sin todo lo cual no existe contrata, sino cesión ilegal de trabajadores, ya que esa falta de aportación de medios materiales o la no asunción de los riesgos supone que la empresa contratista actúa siendo su única actividad la de contratar personal y cederlo a la empresa supuestamente principal».

Por ello, cuando se trata de una empresa real «el Tribunal Supremo tiene dicho que ha de estarse a otros elementos fácticos, tales como el de que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo social (STS de 17 de enero de 1991 [RJ 1991, 58]), o cuando, aun tratándose de empresas reales, el trabajador de una empresa se limite, de hecho, a trabajar para la otra (STS de 16 de febrero de 1989 [RJ 1989, 874]) [...] sin que la circunstancia de que la empresa cedente conserve la facultad disciplinaria respecto de los trabajadores formalmente contratados por ella sea obstáculo para la existencia de cesión ilegal de trabajadores (STS de 12 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9315])».

No obstante, todo lo dicho, la sentencia objeto de comentario basa la existencia de cesión ilegal de trabajadores en la falta de aportación de medios materiales por Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Coop. Se trata de un dato relevante, pero no puede ser un criterio exclusivo para diferenciar cesión ilegal de trabajadores y contrata o subcontrata de obras o servicios, sino que es necesario tener en cuenta quién ostenta el poder de dirección –que puede ser delegado–, es decir, quién da las órdenes e instrucciones, organiza la actividad productiva, quién retribuye y contrata al trabajador, cotizando por él a la Seguridad Social, sobre todo porque existen determinadas actividades que pueden realizarse sin necesidad de un soporte material importante –vgr. Actividad de limpieza, vigilancia...–. Dicho en otros términos: la empresa contratista ha de gestionar a propio riesgo y dirigiendo la actividad. Lo fundamental «no es dónde los trabajadores trabajan, sino quién impartía las órdenes e instrucciones para el desempeño de dicho trabajo y, en definitiva, ejercía el poder directivo propio de la función empresarial» [STS] de Andalucía/Málaga (Social) de 6 de abril de 2001 (AS 2001, 1869)]. Porque las ambulancias, donde prestaban sus servicios los conductores-camilleros de Ambulancias Guipúzcoa son verdaderos centros de trabajo, en los términos del artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores, y no como materiales que tenían que ser aportados por dicha empresa, sino como bienes de dominio público afectos a la gestión del servicio público, como ya viéramos anteriormente.

En suma, lo decisivo es la forma en que el trabajador está vinculado al empresario principal y al empresario contratista y cómo se detenta el poder de dirección. Sin embargo, este criterio tampoco puede ser tenido en cuenta en términos absolutos, ya que, en ocasiones puede ocurrir que el empresario principal dirija el trabajo, por las especiales funciones que exige el trabajo estipulado, o que se trate de trabajos con ciertas particularidades; de forma que a veces se trata de una mera supervisión de la actividad, elemento éste que no es suficiente por sí solo para considerar que existe cesión ilegal de trabajadores.

Pero además es necesario tener en cuenta que la prestación laboral de los actores deriva de la relación administrativa de contrato de servicio entre el Servicio Vasco de Salud y Ambulancias Guipúzcoa, SA. Por lo que es necesario conocer los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares para saber cuál era el objeto de la prestación. De forma que si los conductores-camilleros de ambulancias prestaron las tareas propias inicialmente pactadas, bajo el poder de dirección de Ambulancias Guipúzcoa, este elemento se reputa suficiente para excluir la existencia

de cesión ilegal de trabajadores; aunque los horarios y otras condiciones de trabajo pudieran coincidir con la del personal propio –médicos y enfermeros– del Servicio Vasco de Salud –UTE de Álava–.

En cuanto al dato que aporta la sentencia de que Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Cooperativa presta servicios exclusivamente para el Servicio Vasco de Salud, en su adjudicación de la UTE de Álava, entendemos que la exclusividad de la actividad como indicio de existencia de cesión ilegal de trabajadores es absolutamente cuestionable; pues podría existir el caso de empresas cuya actividad sea parcialmente interpuesta, como se contempla en la STSJ de la Comunidad Murciana (Social) de 25 de marzo de 1992 (AS 1992, 1475).

#### **4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL EN EL SUPUESTO OBJETO DE ANÁLISIS**

La sentencia objeto de comentario establece que considerando que existe cesión ilegal de trabajadores se declara el derecho de los actores «a ostentar la condición de trabajadores de Osakidetza, hasta tanto se cubra en forma reglamentaria con carácter definitivo las vacantes que ocupan. En efecto, no cabe reconocer la fijeza en las Administraciones públicas en supuestos de contratación irregular, ni siquiera en casos de cesión ilegal».

No obstante, tal declaración, la sentencia dice «con los efectos previstos en el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores». Sin desconocer, la ya reiterada doctrina del Tribunal Supremo de los indefinidos pero no fijos en relación a cuestiones de fraude en la contratación temporal o en relación a readmisión en supuestos de despido, entre otros casos, sí es cierto que en el caso de la cesión ilegal de trabajadores entendemos que se plantea una cuestión distinta. El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es una norma imperativa de derecho necesario que prohíbe taxativamente la cesión de trabajadores, salvo que sea realizada por una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada. Y es por este motivo por lo que el legislador establece toda una serie de mecanismos garantistas de los derechos de los trabajadores, pero cuando hay una Administración pública implicada se matizan los efectos jurídicos del incumplimiento de dicho precepto, al asimilarlos a una contratación temporal irregular. No cabe duda que es necesario garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público (arts. 23 y 103.3 CE) y que tales principios son aplicables también al personal laboral, pero también es cierto que cuando se declara la existencia de una cesión ilegal de los trabajadores –aunque entendemos que éste no es el caso– deberían articularse mecanismos alternativos de garantía de los derechos de los trabajadores, fundamentalmente cuando la empresa cedente sea una empresa aparente en la que, por dicha razón, es absolutamente imposible ejercer el derecho de opción previsto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

En relación a la cuestión de la subrogación de Ambulancias Guipúzcoa, Soc. Cooperativa en los contratos de trabajo de la empresa Alegría Hermanos, anterior adjudicataria del servicio, tal subrogación operaría sin asperezas por mor del artículo 9 del Convenio Colectivo Estatal de Transportes de Enfermos y Accidentados en ambulancia, de 4 de noviembre de 1999 (RCL 2000, 83), que establece la subrogación

del concesionario entrante en los contratos de trabajo del concesionario o contratista saliente, como reconoce la sentencia objeto de comentario. Siempre que hubiésemos considerado que se tratase de una concesión administrativa, como modalidad del contrato de gestión de servicio público, cuya existencia hemos descartado. No obstante, sí podríamos considerar la posibilidad de aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

## § 76

### **A propósito de las actividades marítimo-pesqueras determinantes de la aplicación de los coeficientes reductores de edad mínima de jubilación en el régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar**

por XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ *Universidad de A Coruña*

*Sentencias comentadas:*

☛ Comentada en STSJ Cantabria 21 septiembre 2001 (AS 2001, 4066)

1. La sentencia que aquí brevemente se comenta aborda el tema de las actividades marítimo-pesqueras que permiten a ciertos trabajadores del mar reducir hasta diez años como máximo la edad mínima exigible de sesenta y cinco para causar derecho a su correspondiente pensión de jubilación en el régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar, mediante la aplicación de unos específicos coeficientes reductores de la edad de jubilación. Dichos coeficientes, justificados «por la dureza, carácter agotador y condiciones penosas en que se desarrolla, en muchas ocasiones, el trabajo de los marinos mercantes y pescadores de altura» (cfr. punto 7, párr. 3, de la exposición de motivos del Decreto 2864/1974, de 30 agosto (RCL 1974, 2071 y NDL 19448) [BOE de 10 octubre]), aparecen regulados en el Decreto 2309/1970 (RCL 1970, 1408 y NDL 19417), de 23 julio (BOE de 24 agosto), la Orden de 17 noviembre 1983 (RCL 1983, 2542 y ApNDL 8780) (BOE de 24 noviembre) y el Real Decreto 863/1990, de 6 julio (RCL 1990, 1410) (BOE de 7 julio).

2. El concreto supuesto de hecho enjuiciado por esta resolución judicial es el siguiente.

**Primero.**—Se trataba de un trabajador del mar que, afiliado al régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar, «presentó solicitud de pensión de jubilación» (cfr. AH 2º, párr. 1) al ISM con «56 años y 2 meses» (cfr. AH 2º, párr. 3).

**Segundo.**—Tras considerar «acreditados 2.198 días en el Régimen Especial del Mar... [como] período de embarque [,] que suponen un total de 6 años» (cfr. AH 2º, párr. 4), el ISM acordó resolver favorablemente la solicitud del trabajador del mar, pero aplicando «un coeficiente reductor del 51,33% al considerar que se minoraba la edad de jubilación teórica de 65 años en 1 año y 6 meses» (cfr. AH 2º, párr. 3), por lo que se le reconocía tan sólo «una pensión por importe del 48,67% de la base reguladora de 144.987 pesetas» (cfr. AH 2º, párr. 4), dado que «para llegar a los 65 años aún le faltaban 7 años y 4 meses» (cfr. F. 1º). Precisamente por el hecho de que la exclusión de otros períodos de trabajo cotizados en el régimen especial de seguridad social del mar implicaba cobrar menos, el trabajador del mar formalizó demanda