

La aportación de trabajadores por parte de una persona u organización, para prestar servicios bajo la dirección y organización de otra persona u organización, es una realidad cotidiana, tanto en el pasado como en el presente.

Ya en los siglos XVIII y XIX, existían “capataces” que contrataban a un grupo de trabajadores, y los dueños de explotaciones industriales o agrícolas tenían que pactar con estos intermediarios la contratación de trabajadores. Este capataz garantizaba la fidelidad de los trabajadores prestados, y aquellos que no fueran de fiar, no eran contratados. O bien la existencia de la cuadrilla de segadores, contratada por un capataz y puesta a disposición del propietario agrícola por un precio unitario, es la muestra paradigmática de este tipo de fenómenos. Esta actividad pasa a estar penalizada a principios de siglo XX.

La cesión ilegal de trabajadores (también conocida popularmente como “prestamismo”) es una figura jurídica presente en nuestro ordenamiento jurídico desde hace tiempo, desde mucho antes de la aprobación de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores del año 1980; figura esta, la cesión de trabajadores, que ha ido apareciendo con regularidad en las normas centrales de nuestro ordenamiento del trabajo. En este sentido, el artículo 43 de dicho texto legal ni supuso en el momento de su aparición, el Estatuto de 1980, una gran novedad ni es más que la versión estatutaria de una regla de Derecho central y estructural de nuestra legislación laboral: la de que ceder trabajadores contratados por un empresario a otro es una práctica prohibida; o, al menos, que no es la forma normal de organizar las prestaciones de servicios personales profesionales por cuenta ajena. Y si nos fijamos en el Derecho Comparado, la figura también existe, aunque sea con otras denominaciones.

Las relaciones laborales en este país han ido evolucionando a lo largo de las décadas. Si comparamos con la situación del mercado laboral en el año 1980, momento de aparición de nuestro Estatuto de los Trabajadores, recordamos que la práctica totalidad de los trabajadores tenían una relación laboral indefinida, casi siempre derivada de un acuerdo verbal. Poco a

poco, y de cara a reducir los altos niveles de desempleo, las modalidades de contratación se fueron ampliando.

Más tarde, ya en el año 1996, las Empresas de Trabajo Temporal fueron legalizadas, de forma que los trabajadores contratados por las mismas y puestos a disposición de la empresa usuaria (titular del centro de trabajo donde prestaban aquellos sus servicios), percibían unos salarios inferiores a los trabajadores de la empresa usuaria para un mismo puesto de trabajo. Extremo que, tras cambios legales y acuerdos convencionales, fue corrigiéndose, de forma que los salarios fueron acercándose progresivamente, hasta igualarse completamente.

Esta situación, a mi entender, dio lugar a que, a partir aproximadamente del año 2000, dejara de ser interesante contratar trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal. Y aquí aparecen, en múltiples formas, las Empresas de Servicios, que, por regla general ofrecen unos salarios y unas condiciones de trabajo inferiores a los trabajadores de la empresa titular del centro.

Ello da lugar a que aparezca con mucha facilidad, y mayor frecuencia, de la que nos pensamos, la figura de la cesión ilegal de trabajadores, o prestamismo, al estar, dentro del mismo centro de trabajo, trabajadores de diferentes empresas prestando servicios para el empresario titular del centro. Es decir, cabe la posibilidad de que, en el fondo, se produzca un cambio de empresario, y nos encontremos ante el empresario real: el que realmente dirige y organiza los medios humanos y materiales del centro, área, obra, o lugar de trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que nuestro actual Derecho, contempla la posibilidad de un cambio de empresario, a través de las denominadas Garantías.

La prestación laboral de servicios por parte del trabajador tiene un carácter personalísimo, por lo que no cabe su sustitución, salvo que se proceda a la extinción de su relación laboral.

Sin embargo, es posible el cambio de titularidad de la empresa por cuanto el empresario puede ser sustituido por otro, o, sin dejar de serlo, cederle los servicios del trabajador.

Para que los derechos de los trabajadores no se vean mermados por estas situaciones se establecen legalmente una serie de garantías, fundamentalmente en cuanto al mantenimiento del puesto de trabajo y de las condiciones laborales.

En el cambio de titularidad de la empresa hay que tener en cuenta que, a través de la llamada descentralización productiva, de la que forman parte las contratas y subcontratas, junto a los grupos de empresas, la franquicia, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición de las ETT o el arrendamiento de servicios, se está posibilitando al empresario el desplazamiento, hacia otras empresas, de determinadas partes o actividades de su ciclo empresarial.

Todas estas situaciones o garantías se pueden enmarcar en tres grandes materias:

- Sucesión de empresa
- Contratas y subcontratas
- Cesión ilegal de trabajadores

En resumen, referir que la cesión ilegal de trabajadores es un tema muy controvertido, con numerosas sentencias judiciales y resoluciones administrativas que pueden ayudar a solventar los casos reales que se nos planteen en las empresas, y, a la vez, fácilmente opinable, sobre todo cuando la relación mercantil se realiza entre dos empresas reales.

Y en muchos casos, por experiencia propia, he comprobado que empresas serias o la propia Administración Pública, incurren en indicios de prestamismo sin intencionalidad, por desconocimiento, o por cuestión económica de ahorro de costes, ..., o por otros motivos tan comunes y populares como “otros hacen lo mismo”.

Esta obra pretende acercar, a través de la experiencia y la práctica, esta controvertida figura de la cesión ilegal de trabajadores al sector de los servicios y del mantenimiento, dando herramientas e ideas para evitar incurrir en el perseguido prestamismo.

*Francisco Castillo Baiges*  
*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*  
Barcelona

## **BLOQUE I**

# **ANTECEDENTES Y SITUACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN ESPAÑA**



## **CAPÍTULO 1.**

### **MI EXPERIENCIA COMO PREÁMBULO**





En los numerosos cursos que imparto en diversos centros, siempre hay un tema que sorprende y causa gran admiración y preocupación, y es el relativo al Prestamismo Laboral o la Cesión Ilegal de Trabajadores. Cuando expongo un par de transparencias, donde reflejo alrededor de dieciocho circunstancias o situaciones que pueden dar pie a calificar un determinado trabajo —que no servicio— como prestamismo, la mayoría de los asistentes cambian el aspecto de sus caras, y muchos se atreven a reconocer que incumplen muchas de las dieciocho. Es el reflejo de la situación de una importante parte de las empresas españolas con actividades externalizadas.

No me extrañó cuando desde FC Editorial me pidieron que les preparara este libro o manual, como el lector quiera llamarlo. Aquí intentaré reflejar gran parte de las vivencias de más de treinta años de profesión, íntimamente relacionadas con el mantenimiento. En estos años, he visto la enorme diferencia entre las reglamentaciones de otros países de nuestro entorno y la nuestra. Diferencias que, en este aspecto concreto y relativo a los trabajos contratados y subcontratados, no entiendo cómo no han sido legisladas con valentía por los políticos. Nos encontramos ante una traba de enorme envergadura que lastra de forma muy grave a las empresas españolas y a su competitividad. Creo que debería haber sido incluido este aspecto tan importante en la reciente Reforma Laboral Española, me consta que sí ha estado encima de las mesas de trabajo pero no han tenido valor para hacerlo.

Creo que es bueno empezar este libro contando cómo empecé yo a tomar contacto (a sufrir y vivir) el prestamismo o la cesión ilegal de trabajadores, es bastante elocuente.

En 1981 comencé mi andadura profesional en el Metro de Madrid, empresa a la que debo mucho por el apoyo que me ha dado en más de veintiocho años para formarme, y que me permitió compatibilizar mi trabajo con muchas experiencias como asesor a otras empresas bajo el pretexto de la formación. Mi examen final de entrada lo hice con un transistor encima de la mesa del tribunal de examen oyendo los tres miembros

de dicho tribunal cómo salían los guardias civiles del Congreso de los Diputados, era el 24 de febrero. Todos recordarán que el 23 se había producido el intento de golpe de Estado. Debió ser por eso por lo que aprobé, supongo. No estaban muy atentos a mis respuestas. Los tres miembros del tribunal, que, además de jefes míos, fueron luego amigos, me ayudaron a evolucionar en la Compañía y a llegar a Director de Ingeniería y Mantenimiento: José Antonio Fernández, que nos dejó tras una larga enfermedad, Enrique Wilt y Víctor Jiménez. Tres grandes profesionales y, repito, amigos. A cada pregunta sobre motores, mecánica o electrónica me pedían que no contestara enseguida, mientras subían el volumen para seguir escuchando las noticias. Quizás deba mi entrada en Metro de Madrid al teniente coronel Tejero.

Entré en Metro y, durante el primer año, tuve la oportunidad de dedicarme casi en exclusiva a mi formación en el campo ferroviario. Un año más tarde, en 1982, me destinaron al Taller de Canillejas como responsable de las pruebas y puesta en marcha de una serie de trenes recientemente adquiridos por la empresa. En ese taller coexistían dos tipos de trenes, los que prestaban servicio en la línea 7 y los de la línea 5, más antiguos y, a su vez, de dos suministradores eléctricos, Westinghouse y General Electric, quienes, también estaban contratados y mantenían integralmente los mismos. La firma General Electric creó en España una filial denominada Cimisa.

Había una enorme sintonía en el taller, hasta que recibimos la noticia de que otro cliente de Cimisa, RENFE, había absorbido una importante parcela de actividad de estos en cuanto a reparación de motores. Sobraba una importante parte de su personal, iban a ser despedidos y nada nos hacía sospechar lo que vendría después.

Pasadas unas semanas recibimos una demanda por prestamismo laboral de toda la plantilla de Cimisa destacada en nuestro taller de Canillejas, alrededor de 36 personas, si no recuerdo mal. Ganaron el juicio argumentando, como así era, que fichaban en nuestros propios relojes, que les dábamos órdenes directamente, que organizábamos su

trabajo, que cumplimentaban nuestros formatos y protocolos, que organizábamos sus vacaciones, etc., etc. El resultado fue que todos se incorporaron al Metro de Madrid como trabajadores fijos, con sus derechos y privilegios, desde el Ingeniero Técnico, que estaba al frente, hasta el administrativo. Sólo se quedó fuera la hija del médico de la empresa, que pasaba por allí de vez en cuando, no sé para qué. Un golpe enorme, que se intentó mantener relativamente oculto, pero que nos indujo gravísimas consecuencias organizativas. Creo que a mis compañeros de la Asesoría Jurídica de Metro les cogió absolutamente desconcertados, y los abogados que llevaron la demanda por parte de los Sindicatos, sobre todo CC.OO., fueron implacables. Habían recopilado tal cantidad de pruebas y evidencias que el dictamen fue contundente en nuestra contra.

Ahora, pasados los años y con la experiencia acumulada de docenas de casos en diferentes empresas y sectores en los que he intervenido, veo lo fácil que es incurrir en este delito, al igual que nos pasó a nosotros. Lo he visto y sigo viendo, como decía, en docenas de empresas que, como nosotros, encargamos trabajos a terceros y, muy a menudo, utilizamos a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas como si fueran de nuestra propia plantilla. Así de simple, y, para muchos compañeros responsables de mantenimiento, de lógico.

Vuelvo a mi historia. Tras este batacazo y éxito sindical en nuestra contra, recibimos un gran número de demandas de otras contratadas. Era lógico. Incorporarse al Metro de Madrid, una gran empresa, sólida y con buenos salarios en comparación con el sector, era una alternativa más que interesante para trabajadores de muchas contratadas que veían los privilegios que disfrutaban los trabajadores de nuestra gran plantilla, además de la estabilidad. Por fortuna, y con gran esfuerzo, fuimos modificando la organización interna, los contratos, las rutinas a pie de obra, los formularios, etc. y conseguimos que no hubiera más dictámenes jurídicos desfavorables. No fue fácil, pues, como veremos a lo largo del texto, no basta con una labor legal de nueva redacción de los pliegos de condiciones y documentos de compra y contratos. Eso, creo que carece de dificultad, y

que me perdonen mis amigos abogados. Lo que creo realmente complejo es cambiar la mentalidad y operativa de los jefes de mantenimiento, los mandos intermedios y supervisores. Ellos ven cómo el personal de los contratistas suele ser más ágil a la hora de intervenir, están más disponibles, no ponen pegas a sus solicitudes, etc. Además, muy a menudo, la falta de personal propio se ha cubierto, de forma totalmente impulsada desde la alta dirección, por personas de empresas exteriores, que se mezclan con nuestro propio personal, intervienen conjuntamente en los mismos trabajos y, por tanto, reciben nuestras órdenes, nuestros cursos de formación, comparten herramientas y medios de producción, etc. ¿Cómo no considerarlos personal propio cuando ha sido mi propia dirección la que no me ha dado el personal requerido y, en su lugar, me ha puesto a mi disposición personal de la contrata?

Es obvio que cada caso es particular, la heterogeneidad de situaciones y sectores hace imposible dar consejos de amplio espectro como las medicinas, válidos para todos los casos. Recomiendo desde estas primeras líneas que el lector preocupado por este problema se asesore con especialistas en la materia. No es un problema enteramente jurídico. No quiero usurpar la parcela de competencia asociada a mis amigos abogados, pero creo que es un caso en el que la experiencia de la jurisprudencia en este campo es básica, y las formas de soslayar estas situaciones, de manera que sea compatible con la actividad y producción de la empresa en cuestión, también es básica. Ello debe enfocarse y solucionarse desde posiciones y alternativas experimentadas sobre el terreno y con una gran base de ingeniería. No quiero decir que ello baste, no, los pliegos de condiciones, las ofertas y los contratos deben estar impregnados desde su gestación con las medidas y estipulaciones jurídicas que prevengan estas circunstancias. Pero, además, deben ser operativas y es muy importante la materialización de las actividades en el día a día y sobre el terreno. Por tanto, creo que el enfoque del libro debe tener dos grandes prismas, el contractual y el operativo en planta, dos enfoques complementarios, pero con actuaciones concretas diferentes en unos casos y muy claras y complementarias en otros.

No voy a referirme en este texto exclusivamente al campo del mantenimiento, que me apasiona. El problema de la cesión ilegal de trabajadores o prestamismo laboral, como me referiré indistintamente en el texto, afecta a todos los servicios, salvo a algunos “relativamente” protegidos como son los concernientes a la limpieza, la vigilancia jurada, el *catering* o restauración y, recientemente, el *handling* aeroportuario, al estar amparados sus trabajadores por el concepto de subrogación de trabajadores, gracias a sus convenios sectoriales. No lo he visto reflejado por escrito en ningún sitio, pero considero que quizás los jueces ven suficientemente protegidos a los trabajadores de estos sectores. Ante el hecho de un cambio de una contrata por otra, la nueva está obligada a quedarse con los antiguos trabajadores de la contrata saliente. En el resto de servicios, además del mantenimiento, informática, telecomunicaciones, incorporación de datos, limpiezas industriales, almacenaje y logística, ingeniería, direcciones de obras continuadas, controles de calidad, etc. el riesgo del prestamismo está presente. Muy presente y avalado por las cientos de sentencias que he leído al respecto y las docenas de casos en que, como ya he dicho, he intervenido como asesor, industrias papeleras, gasísticas, químicas, de producción fabril, astilleros, minería, etc. Pondré ejemplos vividos personalmente en estos campos, sin nombrar las empresas concretas a las que he asesorado, por razones obvias de ética profesional y confidencialidad.

La realidad es que nos hallamos ante un problema o, mejor dicho, una situación casi única en el mundo occidental. El proteccionismo laboral que existe en España desde finales de la década de los setenta es extremo. Quizás, mis amigos de ciertos sindicatos no coincidirán conmigo, quizás no, seguro, pero la realidad tozuda es esta. Si, como veremos, estudiamos la situación en Alemania o Estados Unidos, como no podía ser de otra forma ante su liberalismo y defensa a ultranza de la competitividad, nos encontramos con referencias legales a estas situaciones, pero que suelen paliarse sólo mediante una comunicación o autorización formal previa. España es diferente, como dice el tópico, pero en este caso en contra de nuestra competitividad. Es una lástima, pero hasta que no exista un planteamiento valiente al respecto, este tema será una lacra más o una

losa que seguirá pesando sobre nuestra economía, y sobre las posibilidades de salir pronto de la grave crisis en que nos encontramos.

Con esta enorme diferencia, y sin ser conscientes de manera global de su peligro y realidad cotidiana, en España la externalización de actividades va aumentando año a año. El siguiente cuadro lo he elaborado con base en los resultados de las encuestas que preparamos en la Asociación Española de Mantenimiento (AEM) cada cinco años. El lector podrá ver cómo ha ido aumentando la contratación externa en el sector del mantenimiento en nuestro país, a pesar del enorme proteccionismo que hay hacia los trabajadores contratados, las exigentes leyes en materia de prevención de riesgos laborales, la solidaridad entre contratistas y contratantes ante percances, que no subsidiaridad como muchos creen, etc.

Parece impensable, y sólo es justificable por el gran desconocimiento de muchos directivos y de sus asesores, observar cómo en entornos menos proteccionistas que el nuestro, la contratación de mantenimiento es 10 puntos sobre 100, inferior a la de nuestro país.

<b>Datos de contratación externa de Mantenimiento en España</b>	
1990	25%
1995	28%
2000	37%
2005	40%
2010	50%

Fuente: AEM

**En EE.UU, Francia, Italia, Reino Unido, Holanda y Países nórdicos la media es 10 puntos inferior sobre 100 (fuente IMPOMAG y Rijconsult bv)**

Figura 1.

## **CAPÍTULO 2.**

### **ESTRUCTURA DEL LIBRO E INTRODUCCIÓN**