**Cesión ilegal de trabajadores**

El artículo 43.2 especifica que se considera cesión ilegal de trabajadores en dos situaciones:

1. Una empresa A cede a otra B, trabajadores, sin que la empresa A tenga una estructura, actividad o organización propia, es decir, es simplemente una empresa pantalla sin actividad.
2. Una empresa A cede a otra B, trabajadores que la empresa A realice labores propias del empleador, es decir, no organiza su trabajado, sino que lo hace B, y en la práctica es con la empresa B la que da las órdenes.

De manera resumida, **existe cesión ilegal cuando un trabajador está contratado por una empresa A, pero está dentro de la organización o bajo la dependencia de una empresa B.**

Existen varias cuestiones que se deben evaluar para saber si nos encontramos ante una cesión ilegal.

Cuantas más preguntas de estas se respondan con la empresa B, la que no tiene contratado al trabajador puede que nos encontremos ante una cesión ilegal:

* ¿Quién establece la jornada y horario de trabajo?
* ¿Quién organiza el trabajo diario y da las órdenes sobre el mismo?
* ¿Cómo se identifica el trabajador frente a terceras personas, ya sea otras empresas o clientes ( es decir, a que empresa indica pertenecer?, ¿tiene algún distintivo de la empresa?, ¿de que empresa es el uniforme o la ropa que lleva?
* ¿A quién le tiene que pedir las vacaciones o cualquier tipo de permiso?
* ¿A que empresa pertenecen los medios materiales que utiliza el trabajador para realizar sus funciones?
* ¿La empresa que me tiene contratado tiene como único cliente la empresa cliente?
* ¿La empresa que me contrata tiene una estructura empresarial para organizar el trabajo?
* ¿En qué centro de trabajo se realizan las funciones?
* ¿Quién realiza las sanciones o amonestaciones verbales?

La cesión ilegal puede tener tanto lugar entre dos empresas reales, como entre una real y otra aparente. En el caso de **dos empresas reales los problemas consistirán en diferenciar la cesión de la contrata.**

**Diferencia entre cesión y subcontratación de obras y servicios.**

La subcontratación está recogida en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

En este caso, una empresa A, contrata a una empresa B, para una determinada tarea, para la cual la empresa B tiene una estructura y actividad propia que le permite organizar el servicio y los trabajadores.

Por lo tanto, tiene que existir una **independencia funcional, organizativa y material**entre ambas empresas.

A modo de ejemplo, una constructora de un inmueble que subcontrata a otra para la instalación de la fontanería. La subcontrata tiene sus propios trabajadores, material y su organización productiva que será independiente de la empresa que está construyendo el inmueble.

La **jurisprudencia acude a diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios** para diferenciarla de la cesión ilegal:

* Justificación técnica de la contrata. Ha de mantener la organización, el control y la dirección de la actividad, con asunción del riesgo correspondiente a su condición de empleador, y, en todo caso, a los trabajadores en su plantilla
* Autonomía de su objeto.
* Aportación de medios de producción propios. La subcontratista cuenta con determinado capital, patrimonio específico, solvencia y estructura productiva.

**Consecuencias de una cesión ilegal y opciones de los trabajadores**

La consecuencia más importante es que en caso de cesión ilegal, las dos empresas **responden solidariamente de cualquier deuda** que exista con el trabajador, ya sea salarios, indemnizaciones o cotizaciones a la seguridad social.

Ahora bien, para la consideración de cesión ilegal, es obligatorio que el trabajador demande la cesión ilegal mientras ésta se mantenga vigente, por lo tanto, la **acción judicial sólo podrá ejercitarse durante el período en que se mantenga la cesión ilegal**, siendo el término temporal de referencia la fecha de presentación de la demanda.

En otro caso, se presupone el trabajador consiente esa cesión y se pierde el derecho de reclamar.

**En caso de que se declare la existencia de cesión ilegal**, se producen diferentes efectos en relación a los siguientes supuestos:

* **Derecho de opción**. Pueden adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria (A o B). El salario que corresponde al trabajador que ha optado por integrarse en la empresa cesionaria es el establecido en el convenio colectivo para otro trabajador del mismo grupo profesional y antigüedad.
* **Fijeza en plantilla**. En caso de no contar con un contrato indefinido, el trabajador tiene derecho automático a ser considerado como trabajador con contrato indefinido. La opción a integrarse en la plantilla fija de la empresa cedente o cesionaria corresponde al trabajador, pero una vez producida la opción, si media también despido y se declara improcedente, la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde a la empresa. La antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

**Demandar en caso de despido**

Una situación muy importante es **ganar la impugnación de un despido por el hecho de existir cesión ilegal.**

Esto es así, por que si existe cesión ilegal, habrá despedido una empresa que no es realmente la empleadora.

Por lo tanto, en caso de despido objetivo o disciplinario, el trabajador podrá demandar acumulando dos acciones, despido y cesión, para que sea declarado despido improcedente o nulo.

Si quieres [demandar por despido te recomiendo que leas nuestra guia](https://www.cuestioneslaborales.es/guia-despido-toda-la-informacion-necesaria/).

**La cesión ilegal en la Administración pública**

Lo normal es que exista cesión ilegal en caso de un trabajador que está trabajando para la administración pública a través de una empresa privada. Sin embargo, también se puede producir la cesión ilegal entre administraciones.

Cuando la cesión ilegal se produce en la Administración Pública, los trabajadores cedidos adquieren la condición de trabajadores con relaciones laborales indefinidas, pero no son fijos de plantilla, pudiéndose extinguir el contrato al cubrirse reglamentariamente la plaza ocupada, todo ello para salvaguardar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.