

Contratas intensivas de mano obra y la (alargada) sombra de la cesión ilegal

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado, Acreditado a Catedrático. Universitat Oberta de Catalunya
(UOC)

Sumario:

1. Presentación: la externalización como paradigma	1
2. Delimitación de una contrata lícita.....	5
3. Factores delimitadores de la cesión ilegal e interpretación devaluadora	7
3.1. Aportación de medios propios.....	8
3.2. La autonomía técnica de la contrata	9
3.3. El ejercicio del poder de dirección y control.....	12
4. El ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2008/104: el asunto Ruhrländklinik	15
5. Valoración final: el elefante en la habitación.....	18

1. Presentación: la externalización como paradigma

El proceso productivo contemporáneo está vertebrado, fundamentalmente, a través de una suma de relaciones de interconexión y profunda interdependencia de los operadores económicos.

El incremento de la especialidad, la flexibilidad y/o la mejora de la competitividad han sido los principales acicates que han alimentado este proceso de *pluralidad empresarial*, alcanzando unos niveles de granularidad hace unas décadas inimaginables¹. En muchos sectores, las plantillas (primera corona) se han reducido a su mínima expresión, de modo que el proceso productivo está mayoritariamente en manos de trabajadores de las empresas contratistas (segunda corona - y, según los casos, tercera o más). La intensidad con la que se ha materializado esta estrategia (no se olvide, legítima desde el punto de vista de la libertad de empresa²), no obstante, ha tensionado los límites de muchas de las

¹ La formalización de una contrata para la redacción de la exposición de motivos de la Ley de movilidad, promovida por el Ministerio de Transición Ecológica y del Ministerio de Cohesión de los Territorios del Gobierno francés en el año 2018, probablemente sea (en palabras de SUPIOT, A.: *El trabajo ya no es lo que fue*. Siglo XXI, 2023, págs. 49 y 50) el caso más pintoresco.

² Tal y como recogen, entre otras, las (SSTS 27 de octubre 1994, rec. 3724/1993; 10 de mayo 2006, rec. 725/2005) la posibilidad de externalizar la realización de trabajos propios de la actividad de la empresa encomendándoselos a otra, lo que es lícito, conforme al art. 38 de la Constitución. Así pues, «El

instituciones jurídicas implicadas. Partiendo de la base de que la Declaración de Filadelfia de 1944 afirma que “el trabajo no es una mercancía”, en este proceso, al menos, los contornos entre el uso legítimo de una contrata y el fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores se han difuminado.

Dada la textura abierta del marco normativo (en esencia, las reglas de los arts. 42 y art. 43 ET) y que estos conflictos gravitan, esencialmente, sobre cuestiones de hecho³, el papel de los Tribunales en este deslinde conceptual ha sido determinante. De hecho, la jurisprudencia es plenamente consciente de la dificultad que esta tarea comporta al afirma que «Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita»⁴.

Esta doctrina jurisprudencial apegada inevitablemente a las particularidades de una pluralidad empresarial cada vez más compleja y cambiante, no impide que, en una visión de conjunto, pueda delimitarse una tendencia interpretativa subyacente. Si bien es cierto que el prestamismo de trabajadores al margen de una ETT es una opción prohibida (art. 43.1 ET) y, por consiguiente, describe una línea roja que las empresas contratistas no pueden sobrepasar, esta frontera se ha ido desplazando progresivamente a causa de la devaluación de los indicios que podrían precipitar la aplicación del art. 43 ET.

Este proceso de contención del riesgo para las empresas comitentes, que esta restricción del supuesto de hecho de la cesión ilegal acarrea, ha cohabitado con una multiplicidad de factores que, describiendo una especie de relación simbiótica, han alimentado el tránsito hacia una intensificación de la descentralización productiva. Es claro que las cargas asociadas a la cesión de trabajadores a través de una ETT que impone el marco normativo son muy superiores a las exigidas en aplicación del art. 42 ET. En este sentido, la equiparación de las «condiciones de trabajo» de los trabajadores cedidos con los de la usuaria (en los términos exigidos por la Directiva 2008/104, relativa al trabajo a través de ETT) y la interpretación expansiva por parte de la jurisprudencia de este concepto⁵,

ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para ‘la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa’, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores». Y la STS 4 de marzo 2008 (rec. 1310/2007) establece que «mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa».

³ Lo que, obviamente, se ha convertido en un factor que dificulta la necesaria contradicción para la unificación de doctrina. Entre otras, SSTS 30 de mayo 2002 (rec. 1945/2001); y 20 de septiembre 2003 (rec. 1741/2002).

⁴ Entre otras, SSTS 18 de mayo 2016 (rec. 3435/2014); 8 de julio 2020 (rec. 14/2019); 19 de junio 2012 (rec. 2200/2011); y 3 de octubre 2005 (rec. 3911/2004).

⁵ En efecto, se ha entendido que la equiparación incluye a las condiciones previstas en convenios colectivos estatutario y extraestatutarios, pactos o acuerdos colectivos de aplicación general excluyendo únicamente los pactos individuales y los complementos *ad personam* no vinculados al puesto de trabajo (STS 22 de

contrasta con la visión restrictiva de los elementos medulares del art. 42 ET (fundamentalmente, «contrata»⁶, «propia actividad»⁷ y «salario»⁸). Esta disparidad también es visible en la articulación de un régimen de responsabilidad más estricto en el caso del recurso a ETT (teniendo en cuenta la posible exoneración de responsabilidad que habilita el art. 42 ET⁹). Y, más todavía, si se repara que la contratación temporal ilegal por parte de una ETT describe un supuesto de cesión ilegal¹⁰ (no así cuando se produce esta ilicitud en el sí de una contrata).

En definitiva, este *encarecimiento* ha habilitado el caldo de cultivo idóneo para, por igual, constituir empresas contratistas y las principales, tras decidir descentralizar¹¹, acudir a

enero 2009, rec. 4262/2007). También se extiende a las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo (STS 7 de febrero 2007, rec. 104/2005). Y, en función de su finalidad, también se extiende a las partidas extrasalariales (STS 7 de febrero 2007, rec. 104/2005). No obstante, no se extiende al complemento de incapacidad temporal, porque es una mejora voluntaria prevista en convenio colectivo de la empresa usuaria (STS 18 de marzo 2004, rec. 23/2003 – en contra, STSJ Cataluña 17 de enero 2019, rec. 6677/2018). Tampoco las mejoras en las suspensiones o extinciones de la relación laboral (STS 22 de enero 2009, rec. 4262/2007). Recientemente, el TJUE ha abordado el concepto de «protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal» (Sentencia 15 de diciembre 2022. C-311/21, *TimePartner Personalmanagement*) y ha exigido que la compensación a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por ETT, en caso de extinción de su relación laboral con una empresa usuaria, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente sea la misma que la percibida por los trabajadores de la usuaria (Sentencia 12 de mayo 2022, C-426/20, *Luso Temp*).

⁶ Debe tenerse en cuenta que, aunque de forma esporádica, las SSTS (2) 15 de diciembre 2015 (rec. 2614/2014; y rec. 2653/2014) mantuvieron que el contrato de agencia quedaba excluido del art. 42 ET. Posteriormente, a través de la STS 21 de julio 2016 (rec. 2147/2014), el Alto Tribunal estableció que el hecho de que exista un contrato de Agencia «no comporta, de manera automática y necesaria, la imposibilidad de que entren en juego las previsiones del artículo 42 ET».

⁷ Adoptando la denominada «teoría del ciclo productivo» (entre otras, SSTS 26 de abril 2023, rec. 870/2020; 9 de marzo 2023, rec. 1518/2020; y STS\C-A 16 de noviembre 2022, rec. 5089/2020).

⁸ Excluyendo a los salarios de tramitación (entre otras, SSTS 14 de julio 1998, rec. 3482/1997; y 23 de enero 2001, rec. 1706/2000).

⁹ Recuérdese que, en virtud de la STS\C-A 3 de febrero 2021 (rec. 2584/2019), la responsabilidad solidaria del empresario principal del art. 42 ET «se ciñe a los descubiertos generados por el contratista o subcontratista durante el tiempo que dure la relación contractual». Añadiendo que el empresario principal puede exonerarse de esta responsabilidad si la TGSS no emite el certificado en treinta días (porque esta inactividad deja al empresario principal sin una información que le permitiría reaccionar para evitar esa responsabilidad) y también en el caso de que el certificado contenga una información inexacta (porque produciría un efecto análogo a la dicha falta de información). Sin olvidar que la responsabilidad subsidiaria que establece el art. 168.1 LGSS está reservada para las contrataciones en las que no concurre el requisito de la «propia actividad» (SSTS 23 de septiembre 2008, rec. 1048/2007; 9 de diciembre 2010, rec. 1266/2010; \C-A 6 de julio 2005, rec. 451/2004).

¹⁰ Por todas, STS 19 de febrero 2009 (rec. 2748/2007). Y, además (según las SSTS 2 de diciembre 2021, rec. 4701/2018; 29 de junio 2022, rec. 749/2019; y 27 de abril 2023, rec. 2935/2020), en tal caso, es una sanción “muy grave” *ex art. 8.2 LISOS* (y no “grave” *ex art. 18.2 LISOS*).

¹¹ Repárese que la decisión de externalización, en cierto modo, también ha sido facilitada por la doctrina jurisprudencial. En efecto, se ha admitido que la mera decisión empresarial de externalizar pueda describir una «causa de empresa» procedente: Concertación con Mutua Accidentes de Trabajo servicios de prevención y medicina de la empresa (SSTS 3 y 4 de octubre 2000, rec. 651/2000 y rec. 4098/1999); Externalización servicio centralita telefónica (STSJ Cataluña 14 de noviembre 2002, rec. 4687/2002); Exteriorización servicio de transporte y reparto a clientes de un determinado ámbito geográfico (SSTS 31 de mayo 2006, rec. 49/2005; 10 de mayo 2006, rec. 725/2005); Externalización gestión administrativa y contable (STSJ Navarra 27 de abril 2006, rec. 43/2006).

ellas. En efecto, las facilidades para gestionar los excedentes de plantilla de las contratistas al finalizar las contrata (mediante la flexibilidad externa¹² y/o bien, a través de la subrogación de plantilla vía convenio colectivo) también ha contribuido a alimentar la proliferación de empresas contratistas (y quizás, incrementar la competitividad entre ellas y, de este modo, aumentar su atractivo para las empresas principales). Finalmente, la existencia de diversas vías para eludir la extensión del contenido de los convenios colectivos sectoriales (ya de por sí, *descafeinada*) del nuevo art. 42.6 ET, probablemente, ha evidenciado dos cosas: por un lado, el carácter esencialmente *cosmético* de la reforma operada por el RDLey 32/2021¹³; y, por otro, que la externalización a través de una contrata, en muchos casos, probablemente, seguirá siendo una opción más atractiva que a través de una ETT (y, por consiguiente, puede ser una palanca que acabe favoreciendo el *statu quo*, o bien, no lo aleje demasiado del punto en el que se encontraba antes de la reforma). En paralelo, es obvio que la creación de una ETT está sujeta a mayores requisitos, garantías y formalidades.

Teniendo en cuenta este *hábitat*, la descentralización a través de empresas contratistas y, en particular, multiservicios, no deja de ser una consecuencia *natural*: un resultado previsible que, ciertamente, no debería sorprender¹⁴. La lógica del mercado es particularmente eficiente a la hora de identificar y explotar los puntos ciegos del sistema y la falta de contundencia de la Sala IV en determinados supuestos se ha erigido en un factor acelerador de este tipo de iniciativas empresariales. El marco normativo y su interpretación ha tenido un efecto lubricante. Su generalización, además, ha contribuido

¹² Se entiende que la finalización de una contrata describe una causa productiva u organizativa sin que sea necesario agotar todas las posibilidades de recolocación en la empresa: SSTs 16 de mayo 2011 (rec. 2727/2010); 8 de julio 2011 (rec. 3159/2010); 1 de febrero 2017 (rec. 1595/2015); 31 de enero 2018 (rec. 1990/2016); 3 de noviembre 2020 (rec. 1521/2018); 23 de marzo 2022 (rec. 1985/2020); 22 de marzo 2022 (rec. 51/2021); 14 de septiembre 2022 (rec. 931/2021); 21 de diciembre 2022 (rec. 3835/2021); y 14 de marzo 2023 (rec. 1920/2020). Por otra parte, la reducción del volumen de actividad encomendado por una empresa comitente a otra auxiliar puede justificar la extinción de cierto número de contratos por circunstancias objetivas al amparo del artículo 52.c) ET, pero no la extinción al amparo del art. 49.1,c): SSTs 10 de junio 2008 (rec. 1204/2007); 8 de noviembre 2010 (rec. 4173/2009); y 16 de julio 2014, rec. 1777/2013). Doctrina también aplicable a las ETT (STSJ Asturias 26 de julio 2016, rec. 1582/2016). No obstante, el TS ha advertido que no basta con que en la carta de despido se indique que se ha producido una reducción en el volumen de la contrata por parte de la principal, sino que debe acreditarse dicha reducción (STS 1 de febrero 2017, rec. 2309/2015). De otro modo, debe entenderse que la resolución es improcedente. Finalmente, la STS 10 de enero 2017 (rec. 1077/2015) ha establecido que una reducción de contrata impuesta por pliego de condiciones justifica un despido objetivo de la contratista entrante tras una subrogación convencional.

¹³ Es claro en el instante que el convenio colectivo de sector queda supeditado a la inexistencia de un convenio colectivo propio; y también en la medida que no se ha modificado el art. 84.1 ET y que la jurisprudencia ha admitido que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no opera durante la ultraactividad (STS 5 de octubre 2021, rec. 4815/2018). Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6 ET como medida correctora. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 11, núm. 1, 2023, págs. 524 – 556.

¹⁴ La descentralización a través de trabajadores autónomos y/o cooperativas de trabajo asociado también podría ser calificado como un fenómeno incardinable en este proceso. Especialmente, si se tiene en cuenta que en estos casos, el TS ha entendido que queda fuera del art. 42 ET (STS 17 de diciembre 2001 (rec. 244/2001) y sólo se ha podido atacar a través de la acreditación de la existencia de una falsa relación por cuenta ajena o de cooperativista – esto es, describiendo una falsa cooperativa (ver al respecto, STS 18 de mayo de 2018, rec. 3513/2016).

a su normalización¹⁵ y, con ella, puede apreciarse una insensibilización con una realidad que sigue evidenciando la existencia de un posible conflicto con el marco normativo. Especialmente porque, en el caso de contratas intensivas en mano de obra y que llevan a cabo tareas que requieren poca cualificación, cabe plantearse si no se está socavando el efecto útil de la citada Directiva 2008/104.

El propósito de este breve ensayo es abordar esta problemática, poniendo el foco de atención sobre los factores que podrían cuestionar la legalidad de estas respuestas jurisdiccionales, desde el punto de vista del derecho interno y también del comunitario. Con este objetivo, se hará un breve repaso de los elementos configuradores de las contratas lícitas, para, a continuación, hacer lo propio de la cesión ilegal y, en particular, de los criterios interpretativos que han contribuido a desdibujar los contornos de la cesión ilegal (incrementando los lindes de la contrata lícita). El enfoque desde la perspectiva comunitaria del sumatorio de estos factores (tradicionalmente omitido) culminará este análisis.

2. Delimitación de una contrata lícita

En el marco de la libertad de empresa anteriormente citado, la jurisprudencia, a la hora de describir los elementos configuradores de la contrata lícita, ha partido siempre de la base de que la contratación externa para integrar la actividad productiva no está prohibida por el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, «se supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores»¹⁶.

Dicho esto, los elementos configuradores prototípicos de la contrata lícita han sido recogidos por los tribunales en numerosas ocasiones (erigiéndose en una doctrina muy consolidada). En apretada síntesis¹⁷, se exige que la contratista disponga de una organización con existencia autónoma e independiente (debe estar válidamente constituida) y, por consiguiente, cuente con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad (instalaciones, maquinaria, herramientas necesarias y organización estables). Derivado de lo anterior, el empresario contratista debe organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad y ejercer las funciones inherentes a su condición de tal. Y, finalmente, como corolario de todo lo anterior, debe asumir las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de una gestión empresarial¹⁸. La jurisprudencia también ha exigido que se desarrolle una

¹⁵ Quizás ha podido contribuir a esta normalización el hecho de que en el marco de la sucesión de contratas (y en la órbita de la Directiva 2001/23 y del art. 44 ET), se ha admitido que, en aquellas actividades intensivas en mano de obra, esto es, desmaterializadas (porque el valor de los activos tangibles y/o intangibles son nulos o muy residuales), es posible que se traspase una entidad económica que mantiene su identidad si se ha asumido una parte esencial (cuantitativa y/o cualitativa) de la contratista saliente.

¹⁶ STS 20 de octubre 2014 (rec. 3291/2013)

¹⁷ Siguiendo la exposición, entre otras, de la STS 17 de diciembre 2001 (rec. 244/2001).

¹⁸ En este sentido, «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal».

actividad lícita, propia y específica, que sea diferente de la actividad de la empresa principal, aunque complementaria y de colaboración con aquélla.

Extremo, este último, que suscita (al menos, en el plano conceptual o teórico) no pocas dudas, en la medida que el concepto de «propia actividad» *ex art. 42 ET* ha quedado anclado a la órbita del ciclo productivo¹⁹; y, por consiguiente, se crea una *simbiosis* organizativo-productiva en la que puede ser complejo sostener que la actividad de la contratista es *propia y/o específica*. O, al menos, se dan las condiciones para que las fronteras puedan quedar, según las circunstancias del caso, sensiblemente desdibujadas. Esta difuminación se acrecienta en el instante que el propio Tribunal Supremo ha admitido que cabe la posibilidad de formalizar contratos con organización puesta a disposición de principal «muy simple»: «en empresas de actividad simple esta puesta a disposición de organización de elementos personales y materiales queda reducida a mínimas aportaciones, como ocurre en las empresas de limpieza y vigilancia, aceptándose que, por las características de la actividad, la organización puesta al servicio de la empresa comitente ha de ser necesariamente de la máxima simpleza»²⁰. De modo que, llegados a este punto, cabe hacerse la siguiente reflexión: si la base organizativa es residual o inexistente, entonces, salvo la mano de obra, ¿qué aporta verdaderamente la contratista?

Como contrapunto a este acervo hermenéutico (que podría calificarse *de frontera*), téngase en cuenta que estos criterios contrastan con el contenido del art. 5.2.f) de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, y la prohibición de formalizar contratos con «*subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra*». Una posible lectura este precepto sería la siguiente (aunque no se exteriorice de forma explícita): en estos casos, es decir, en aquellos en los que el valor de los activos instrumentales empleados sea residual, no cabe acudir a la contrata lícita porque se estaría ante un fenómeno de prestamismo ilícito.

¹⁹ Como expone la STS 6 de julio 2022 (rec. 2103/2021) en una extensa cita, pero particularmente ilustrativa (al recoger el acervo jurisprudencial sobre esta cuestión), «la Sala desde la STS 18 de enero 1995, Rcu. 150/1994, ha venido señalando que el círculo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado. El fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata (STS 29 de octubre 1998, rec. 1213/1998). Por tanto, ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, entendiéndose, de acuerdo con la sentencia referida que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial (STS 24 de noviembre 1998, rec. 517/1998)». Un testimonio más reciente, en la STS 9 de marzo 2023 (rec. 1518/2020), citando la STS 29 de octubre 1998 (rec. 1213/1998). Esta doctrina también ha sido asumida por la Sala 3ª del Tribunal Supremo (entre otras, STS\C-A 16 de noviembre 2022, rec. 5089/2020).

²⁰ STS 17 de diciembre 2001 (rec. 244/2001).

Si esta interpretación es correcta, automáticamente, aflora la duda respecto de situaciones similares que puedan darse en otros sectores económico-productivos; y, en especial, si, a pesar de la ausencia de una norma que explícitamente lo impide, sería posible alcanzar similar conclusión. Para responder a esta cuestión, es necesario delimitar cuáles son los criterios definidores de la cesión ilegal de mano de obra. Este es el propósito del epígrafe que sigue.

3. Factores delimitadores de la cesión ilegal e interpretación devaluadora

Los factores definidores de la cesión ilegal, como si se tratara de un negativo fotográfico, están intrínsecamente unidos a los que - como se acaba de exponer - conforman los elementos que describen una contrata lícita.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial, superando la concepción tradicional del *merchandise*²¹, «ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador»²². Estos son: la justificación técnica de la contrata²³; la autonomía de su objeto; la aportación de medios de producción propios²⁴; el ejercicio de los poderes empresariales²⁵; y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.).

²¹ En efecto, como recoge la propia jurisprudencia (STS 15 de marzo 2023, rec. 3390/2020), recogiendo un criterio muy consolidado, «la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización ‘no se ha puesto en juego’, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS 19 de junio 2012, rec. 2200/2011; y 11 de julio 2012, rec. 1591/2011). De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio». Este fenómeno interpositorio ha sido diseccionado como sigue: «supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal».

²² Entre otras, SSTS 19 de enero 1994 (rec. 3400/1992); 16 de junio 2003 (rec. 3054/2001); y 14 de marzo 2006 (rec. 66/2005).

²³ Así se recoge, por ejemplo, en la STS 3 de octubre 2005 (rec. 3911/2004).

²⁴ En este sentido, la STS 12 de diciembre 1997 (rec. 3153/1996) afirma: «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial».

²⁵ Sobre esta cuestión las SSTS 17 de julio 1993 (rec. 1712/1992); y 17 de diciembre 2001 (rec. 244/2001) aseveran: «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal».

A resultas de la reforma operada por la Ley 43/2006, el art. 43.2 ET ya recoge estos elementos en forma de presunciones²⁶. Aunque este añadido se limita a reproducir el acervo jurisprudencial existente (con la salvedad de la autonomía técnica – a la que se hará referencia explícita posteriormente), es importante recordar que, de la literalidad de la norma se desprende que basta con que concurra «alguna» de estas circunstancias para entender que se ha producido una cesión ilegal²⁷ (no están formuladas en términos cumulativos)²⁸. Esto debería impedir (o limitar al máximo), la posibilidad de compensar las carencias de un elemento con la presencia de otros.

No obstante, la jurisprudencia ha recurrido a la «aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el ‘empresario efectivo’»²⁹. En una visión de conjunto, puede apreciarse (como se ha avanzado al inicio de este ensayo) una cierta devaluación de los indicios que podrían precipitar la aplicación del art. 43 ET, a partir de una doble vía³⁰: primero, *relajando* la exigencia de estas circunstancias singularmente consideradas; y/o, segundo, *compensando* las eventuales carencias en algunas de ellas con la presencia de otras (normalmente, resaltando su valor)³¹. Es decir, conforme a una lógica *modular* y *modulable* de estas presunciones. Este fenómeno (en ocasiones, fundamentado en puros formalismos y/o argumentos meramente tautológicos) es apreciable de forma acusada, al menos, en tres de los elementos: aportación de medios productivos propios, la autonomía técnica de la contrata; y el ejercicio del poder de dirección y control.

3.1. Aportación de medios propios

La relevancia de la aportación de medios propios, en algunos supuestos, ha experimentado un proceso de cierta *relajación*. Como se sabe, si quien los aporta es la

²⁶ «En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este 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». En opinión de la Sala IV (SSTS 2 noviembre 2016, rec. 2779/2014; y 25 de noviembre 2019, rec. 81/2018) se trata de «cuatro conductas de la empresa que comportan ‘consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado’».

²⁷ En términos similares, JURADO SEGOVIA, A.: La distinción entre contrata lícita y cesión ilegal de trabajadores. En *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos. Monografía de la Revista Trabajo y Empresa*. Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 27; y ESTEVE SEGARRA, A y TODOLÍ SIGNES, A.: Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales. *Revista de Derecho Social*, núm. 95, 2021, pág. 48.

²⁸ Recogiendo las críticas vertidas por la doctrina por el resultado de esta positivización, JURADO SEGOVIA, A.: En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales. *Labos*, Vol. 3, No. 2, 2022, pág. 25 (y, en particular, la nota 4).

²⁹ Por todas, STS 20 de julio 2020 (rec. 14/2019).

³⁰ Algunos autores hablan de «banalización de los indicios». GOERLICH PESET, J. M.: Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas. En López Balaguer (Coord.), *Descentralización productiva y transformación del Derecho del trabajo*. Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 30.

³¹ Una valoración crítica también con este enfoque jurisprudencial en ESTEVE SEGARRA, A. y TODOLÍ SIGNES, A, op. cit., págs. 48 a 50.

comitente, existe cesión ilegal³². No obstante, la jurisprudencia ha entendido que no se contraviene el mandato del art. 43 ET si se alquilan herramientas técnicas de la principal y se procede a la instalación de sus equipos³³ (ni siquiera si son de especial valor³⁴); ni tampoco si se emplean sus equipos informáticos³⁵. En estos casos, se ha evitado ilicitud de la contrata a partir de la evaluación conjunta (*compensación*) de otras circunstancias concurrentes (por ejemplo, ejercicio del poder de dirección por parte de la contratista, naturaleza intrínseca de la propia actividad objeto de la contrata y/o cumplimiento de las obligaciones formales como empresario por parte de la contratista).

3.2. *La autonomía técnica de la contrata*

La autonomía técnica de la contrata, como se acaba de apuntar, es un elemento que no fue incluido en el art. 43.2 ET tras la reforma de 2006. Esta omisión, no obstante, no ha impedido que la jurisprudencia acudiera a él con posterioridad, «recuperándolo»³⁶. Antes de proceder a describir qué debe entenderse por tal, es importante hacer dos puntualizaciones para delimitar el marco interpretativo:

- Primero, en un contexto en el que la Sala IV (como se ha apuntado), admite la formalización de contratas consistentes en una puesta a disposición de una organización empresarial «muy simple», la identificación de la autonomía (o justificación) técnica puede erigirse en el elemento clave para calificar la licitud (o no) de la contrata y más todavía si se asume el concepto de «propia actividad» *ex art. 42.1 ET*.

³² Entre otras, SSTS (2) 16 de mayo 2019 (rec. 3861/2016; y rec. 4082/2016); 26 de octubre 2016 (rec. 2913/2014); y 16 de junio 2003 (rec. 3054/2001); 19 de enero 1994 (rec. 3400/1992).

³³ El hecho de que las empresas subcontratadas compren o alquilen herramientas e instrumentos técnicos necesarios a la principal, cuyo precio es descontado del conjunto de la facturación correspondiente al trabajo que hubiere sido correctamente realizado, no es determinante para concluir que se ha producido una cesión ilegal. Especialmente (STS 10 de junio 2020, rec. 237/2018) si no median «indicios ni elementos de prueba que permitan considerar que esos negocios jurídicos de alquiler o compraventa puedan ser ficticios y simulados, sino, bien al contrario, se ha declarado probado el pago por las empresas subcontratadas de la correspondiente contraprestación». Añadiendo que «Es evidente que los aparatos que se instalan en los domicilios de los clientes - routers, teléfonos -, deben ser de la empresa proveedora del servicio de fibra óptica al que deben conectarse, por lo que esa circunstancia no es relevante para valorar la existencia de cesión ilegal».

³⁴ STS 8 de julio 2020 (rec. 14/2019)

³⁵ Por ejemplo, una herramienta electrónica para fijar repartos y controlar las entregas (STS 6 de octubre 2022, rec. 2498/2021). O bien (STS 25 de noviembre 2019, rec. 81/2018) el «uso de ordenadores y medios informáticos de la entidad pública que contrata el servicio, pues para dispensar los medicamentos y material sanitario a cada anciano es preciso conocer las prescripciones médicas relativas al mismo para facilitarle la dosis y unidades que necesita, lo que requiere poder conocer esas prescripciones y se logra mediante el uso de los medios informáticos dichos accediendo a los datos de cada paciente». En términos similares, el hecho de que la principal aporte «ordenadores y equipos informáticos no tiene la trascendencia que se le pretende dar porque, dada la índole del servicio contratado, atención personalizada a un cliente concreto, la prestación del servicio requería acceder a los datos de la empresa contratante sobre el cliente, los servicios contratados por él y la forma de prestarle el servicio y de solucionar sus problemas» (STS 10 de enero 2017, rec. 1670/2014).

³⁶ SSTS 8 de julio 2020 (rec. 14/2019); y 19 de junio 2012 (rec. 2200/2011); y la doctrina judicial, entre otras muchas, STSJ Cataluña 8 de julio 2016 (rec. 2706/2016).

- Segundo, el ejercicio del poder de control y dirección por parte de la contratista (al que se hará referencia más tarde) está intrínsecamente unido a la delimitación de la autonomía técnica de la contrata. Especialmente porque (como también será objeto de análisis) ésta también se encuentra en permanente fricción con la idea de la «subordinación técnica» de la contratista a los dictados de la comitente. Cuanto mayor sea la subordinación, menor será la autonomía; y, por consiguiente, mayores serán las dificultades para que la contratista pueda ejercer un poder de dirección *real y efectivo* sobre su plantilla.

La complejidad asociada a estos dos factores, quizás, sea el motivo por el que la concreción de qué debe entenderse por «autonomía técnica» apenas haya sido abordada por los órganos jurisdiccionales (es frecuente que se mencione, pero sin concretar excesivamente sus elementos configuradores³⁷). Su materialización más explícita se ha dado cuando se ha identificado con el «saber hacer» (*know how*)³⁸, o bien, con la aportación de un «capital de conocimientos técnicos especializados o un patrimonio inmaterial que resultara relevante para la ejecución del encargo convenido»³⁹. Esto significa que la contrata deberá calificarse como una cesión ilegal si no consta que el personal que la contratista empleó en la contrata «tuviera una especialización profesional relevante»⁴⁰.

Una interesante aproximación desde el punto de vista judicial en este sentido (y que destaca porque no es frecuente este nivel de concreción), la encontramos en la STSJ Galicia 14 de marzo 2023 (rec. 5871/2022). En particular porque, a partir de una síntesis de diversos criterios hermenéuticos, propone una delimitación con cierto detalle de este elemento. Lo expone en estos términos: «se trata de determinar si la contratista ejerce una auténtica actividad específica en el seno de la de la principal, en forma autónoma, corriendo como auténtica empleadora con el riesgo y ventura de su función mercantil y no limitándose a aportar mera mano de obra. Así, por ejemplo, se viene afirmando la existencia de una cesión ilegal cuando los trabajadores de la contrata prestan sus servicios mezclados con el personal de la principal, sin diferenciación sustantiva en cuanto a sus funciones (...). Sin embargo, no existe cesión cuando el proyecto y el diseño del servicio han sido realizados por la contratista, limitándose el trabajador a aplicarlo en el seno de la comitente (...); o cuando la contratista cuenta con controles de calidad propios (...). Asimismo, hallaremos pronunciamientos que viene a considerar que el ejercicio por el trabajador de funciones distintas a las establecidas en la contrata determina la existencia de una cesión ilegal». De hecho, probablemente debido a la falta de descripción de sus contornos, no es infrecuente que los factores que han llevado a los tribunales a descartar

³⁷ Por ejemplo, SSTSJ Cataluña 8 de julio 2016 (rec. 2703/2016); Galicia 5 de mayo 2016 (rec. 546/2016); Comunidad Valenciana 18 de abril 2012 (rec. 464/2012); Andalucía\Sevilla 10 de junio 2003 (rec. 3707/2002); y Madrid 26 de mayo 2003 (rec. 1935/2003).

³⁸ SSTS 10 de enero 2017 (rec. 1670/2014); y 25 de noviembre 2019 (rec. 81/2018)

³⁹ STS 17 de diciembre 2019 (rec. 2766/2017).

⁴⁰ En la doctrina JURADO SEGOVIA (En torno a la externalización de actividades empresariales, op. cit., pág. 36) afirma: «parece que con ello se plantea, en efecto, la necesidad de valorar si la actividad realizada por la empresa contratista es diferenciable o si, por el contrario, no se distingue sustancialmente de las incluidas y ejecutadas en el proceso productivo de la principal, sin perjuicio de que aquella actividad de la contratista pueda quedar conectada con dicho proceso productivo de la principal, siendo lo relevante que comporte una actividad de cierta especificidad y especialización, aportando la contratista su organización a la misma».

la existencia de autonomía técnica se presenten entrelazados con el resto de presunciones⁴¹.

Por otra parte, la justificación técnica de la contrata, como se ha avanzado, puede quedar sustancialmente diluida si concurre una elevada subordinación técnica impuesta por la empresa principal. Recuérdese que, cuanto mayor sea ésta, menos margen queda para la primera y, por consiguiente, *a priori*, los elementos para justificar el recurso a una contrata lícita quedarían más diluidos (o reducidos a su mínima expresión).

Una corriente de la doctrina judicial ha tratado de articular un marco teórico en aras a justificar una elevada subordinación técnica (con la consiguiente *marginalización* de la autonomía técnica), sin incurrir en la interposición ilícita⁴². La base de este enfoque radica en la distinción entre *gestión empresarial mediata* (o poder empresarial de carácter mediato) y *gestión empresarial inmediata* (o poder empresarial de carácter inmediato). Esta última, «que es la que se refiere a las potestades empresariales necesarias para la gestión diaria de la actividad (tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones concretas sobre el cumplimiento de las obligaciones e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales) no determina por sí sola la presencia de cesión ilegal, sino que habrá de atenderse a la gestión empresarial mediata, en donde se enmarca, como tanto el poder disciplinario del empresario, u otros determinantes como la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc.». Conforme a esta distinción, la

⁴¹ Por ejemplo: – prestación de servicios, de apoyo en las labores de información y atención al público (...), y que se ejecutan en el marco de la empresa principal, la CAM, en el desarrollo de una contrata de dudosa justificación técnica, habida cuenta de que se llevan a cabo junto a otra trabajadora de la principal, y bajo la dirección asimismo de una empleada de la CAM – la letrada del Consejo Arbitral de Alquiler -, en los locales de esta última y empleando sus medios técnicos y materiales, no siendo relevante a estos efectos, como circunstancias que desvirtúen dichos indicios, el control formal de ausencias y permisos por parte de quien figura como su empleador, o de que sean también a su cargo las acciones emprendidas en materia de salud laboral, pues lo realmente trascendente, en aplicación de la citada doctrina, es determinar quién asume la condición del auténtico empresario, y este es, conforme a lo ya dicho, la CAM (STSJ Madrid 11 julio 2016, rec. 430/2016); – en el presente caso no consta (...) ni el objeto de la contrata interempresarial, ni qué eran las funciones ejercidas por la comisionista: únicamente es apreciable que el actor prestaba servicios en misión para la recurrente. Y en este punto no puede la Sala dejar de constatar que tanto la principal como la contratada tienen en su nombre comercial la expresión «outsourcing». A la vez, es pacífico (...) que el demandante prestaba servicios en las dependencias de la recurrente, usando los ordenadores de esta» (STSJ Cataluña 8 de julio 2016, rec. 2706/2016); - concurren las notas que caracterizan dicha figura de la cesión ilegal, esencialmente el desarrollo del vínculo laboral bajo las directrices y organización de ADIF, en cuya sede y con medios sustancialmente proporcionados por ésta, desempeña la trabajadora su trabajo. Se aúna la circunstancia de que la modificación horaria que teóricamente sucedió en 2014 provocó que en el tiempo de trabajo que tenía que desarrollar en INECO, ninguna función le fue atribuida, como destacó el Informe de la Inspección de Trabajo -«sin ocupación efectiva» y «no existe cometido en dichas oficinas relacionado con el contrato de Asistencia Técnica suscrito con Adif por lo que la trabajadora no tiene encomendado actualmente trabajo específico alguno en este centro de trabajo»-, evidenciando, en fin, que era Adif la destinataria real de la actividad profesional y en consecuencia la concurrencia del fenómeno de interposición ilegal proscrito por el legislador y la jurisprudencia (STSJ Madrid 30 de junio 2016, rec. 7/2016). En cambio, se ha afirmado que efectivamente concurre la autonomía técnica: – contrata de servicios entre empresas reales siendo la justificación técnica de la contrata la especificidad de los servicios de soporte técnico especializado en seguridad de accesos en el entorno requerido por Telefónica (STSJ de Madrid, 23 de enero 2015, rec. 705/2014)

⁴² Entre otras, SSTSJ Galicia 4 de febrero 2016 (rec. 5102/2015); 5 de junio 2014 (rec. 898/2014); 29 de marzo 2021 (rec. 2758/2020); y 27 de julio 2021 (rec. 4655/2020); Madrid 22 de diciembre 2010 (rec. 3102/2010); And/Granada 2 de abril 2020 (rec. 1691/2019)

existencia de *subordinación técnica* se enmarcaría en el ámbito de la gestión inmediata y, por ende, no sería sinónimo de falta de autonomía técnica.

En cualquier caso, repárese que esta distinción en las tareas de gestión (mediata e inmediata) es muy próxima (por no decir que se solapa) a la *bicefalia* funcional prototípica de las empresas usuarias y las ETT (lo que, según las circunstancias, podría minar el efecto útil de la Directiva 2008/104).

3.3. *El ejercicio del poder de dirección y control*

La facultad de organización y dirección por parte de la empresa contratista está intrínsecamente unida con la idea de la autonomía técnica (o la ausencia de ella). En efecto, si la subordinación técnica es excesiva o muy intensa, el control y dirección del empresario contratista pueden verse seriamente menguados. Es obvio que la evaluación de quién imparte las órdenes de trabajo y cómo se hace son dimensiones absolutamente clave, porque, si la función de mando es ejercida por la principal, difícilmente podría evitarse la ilicitud de la cesión⁴³.

No obstante, el deslinde entre una dimensión y otra no está exento de dificultad. De hecho, se admite la existencia de una «subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante, teniendo en cuenta también que 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 peculiaridades, 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»⁴⁴. A su vez, el hecho de que los trabajadores de la contratista puedan recibir alguna orden concreta de los mandos de la principal respecto de la labor que se esté realizando, no tiene por qué implicar una dependencia orgánica en esa empresa⁴⁵. No obstante, la existencia de responsables de la contratista, que ejercen como tales, en la principal se ha erigido en un «elemento de valoración importante a fin y efecto de poder determinar si existe una autonomía productiva, o cuando, pese a ello - incumpliendo las órdenes dadas y provocando quejas de la comitente- el trabajador pide instrucciones a los jefes de aquélla, quedando acreditada que es la contratista la que ejerce las funciones de control y vigilancia de su actividad»⁴⁶. Si bien es cierto que la existencia de coordinación entre mandos intermedios (acompañada de algún tipo de instrucción de los encargados de la principal a los de la contratista), se califica como una consecuencia normal y lógica⁴⁷, es necesario que estos responsables de la contratista no sean meramente aparentes y ejerzan auténticas funciones directivas⁴⁸.

⁴³ STSJ Galicia 14 de marzo 2023 (rec. 5871/2022).

⁴⁴ STSJ Canarias\Tenerife 2 de septiembre 2002 (rec. 245/2002).

⁴⁵ SSTSJ Asturias (2) 17 de diciembre 2004 (rec. 4413/2003; y rec. 4409/2003).

⁴⁶ STSJ Galicia 14 de marzo 2023 (rec. 5871/2022)

⁴⁷ STSJ Cataluña 10 de julio 2001 (rec. 2263/2001).

⁴⁸ En la doctrina judicial, aunque se ha entendido que la existencia de coordinadores de la contrata dificulta identificación de cesión ilegal (STSJ And\Málaga 19 de abril 2017, rec. 38720/17), no obstante, la clave está en evaluar el "grado de autonomía de dicho responsable del equipo respecto del control y dirección de la empresa cliente" (SAN 30 de abril 2014, rec. 90/2014).

El caso de las contrataciones intensivas en mano de obra presenta, por sus características intrínsecas, perfiles propios en esta controvertida delimitación. La doctrina jurisprudencial ha entendido que, en este contexto, disciplinar la forma en que deben ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación no predetermina, *per se*, la existencia de una cesión ilegal⁴⁹. No obstante, en un supuesto de contrata consistente en la asistencia y apoyo al alumnado con necesidades especiales de los centros educativos de la Junta de Andalucía (en los que se ratifica esta doctrina⁵⁰), se ha formulado un voto particular discrepante con esta doctrina (que firma el Magistrado Sebastián Moralo) que, en la línea de que se pretende describir en este trabajo, constata que la doctrina jurisprudencial podría haber sobrepasado el límite hermenéutico admisible. Dada su claridad, conviene detenerse con cierto detalle en su argumentación, pues, probablemente, es extrapolable a otras muchas contrataciones intensivas en mano de obra que desarrollan tareas que requieren poca cualificación.

En este caso, la empresa subcontratada (que acude al centro de trabajo de la principal) no pone en juego ninguna clase de infraestructura empresarial verdaderamente relevante en la ejecución de la actividad formalmente subcontratada. La sujeción al horario de la principal y de acuerdo con la programación de las actividades realizadas en el centro educativo, así como la propia naturaleza del acompañamiento dispensado a los alumnos necesitados (comprendiendo aspectos físicos, cognitivos, afectivos y comunicativos) describe, en su conjunto, un bagaje tan escaso que (en opinión del magistrado que formula el voto discrepante) pone de manifiesto que la contratista «no pone en juego ninguna clase de organización mínimamente relevante»⁵¹. El hecho de que no se aporte ningún tipo de infraestructura material para la ejecución de esas actividades (todos los medios utilizados son los de la principal), se evidencia que se está «ante una situación en la que el único valor aportado por la empresa subcontratada es la mano de obra, a través de la mera prestación de los servicios del trabajador, sin que pueda apreciarse la efectiva puesta en juego de elementos materiales de alguna importancia, o, en su caso, de naturaleza personal, de conocimientos singularmente especializados y altamente cualificados, o de

⁴⁹ En un caso de prestación del servicio mediación intrajudicial para el Gobierno vasco en las dependencias judiciales, STS 24 de mayo 2022 (rec. 694/2020). Especialmente porque «ha quedado probado que la subcontratada era la encargada de la formación de los trabajadores; que disponía de coordinadores; gestionaba las vacaciones, permisos, licencias y bajas médicas; no recibía instrucciones del responsable del Gobierno Vasco en la materia; y facilitaba a los trabajadores el material informático, ordenadores, impresoras y teléfonos móviles necesarios para su actividad». Y tampoco es relevante que «la cliente disciplinara en sus aspectos generales la forma en que habían de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, ya que estas circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora».

⁵⁰ En este supuesto afirma que tales indicaciones «resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora» (SSTS 12 de enero 2022, rec. 1903/2020; [2] 12 de enero 2022, rec. 1307/2020; y rec. 2715/2020; 7 de febrero 2022, rec. 175/2020; 6 de abril 2022, rec. 2524/2019; y 15 de marzo 2023, rec. 3390/2020).

⁵¹ En concreto, «limita a la mínima expresión la trascendencia de los medios materiales y humanos que aporta la subcontrata como elemento cualificado de infraestructura empresarial, en tanto que los horarios, descansos, vacaciones y jornadas de trabajo, se encuentran totalmente sujetos y condicionados a los establecidos directamente por la principal, así como el tipo de actividad lectiva, extraescolar o de ocio en la que deben intervenir sus trabajadores, sobre los que carece de cualquier capacidad decisoria».

cualquier otra clase de organización e infraestructura empresarial verdaderamente relevante».

Este punto de partida es determinante para dos planteamientos de suma relevancia:

- En primer lugar, advierte que, aunque la actividad objeto de contratación esté sustentada esencialmente en la mano de obra (sin que se requieran medios materiales cualitativamente importantes), no desvirtúa la necesidad de ajustarse a las «pautas que imperativamente impone el art. 43 ET». De lo que se colige que tan solo será posible formalizar una contrata «cuando efectivamente pueda llevarse a término conforme a los requisitos y parámetros que dicho precepto legal establece, de tal forma que la subcontratación deba incluso descartarse si no hay espacio fáctico y jurídico para que la empresa contratista pueda poner realmente en juego alguna clase de infraestructura empresarial verdaderamente relevante». Admitir lo contrario, «supondría una contravención de esas normas legales, para convalidar indiscriminadamente la cesión ilegal de trabajadores en toda esta clase de actividades que no exigen la aportación de una infraestructura material importante, ni tampoco de una organización especializada en áreas de conocimientos profesionales o intelectuales singularmente cualificados, como pueda ser, por ejemplo, el caso de las empresas de apoyo y mantenimiento de los servicios informáticos o similares, en las que la alta especialización de los conocimientos de los trabajadores pudiere considerarse en sí misma como valor determinante de la infraestructura empresarial en juego».
- En segundo lugar, en estos casos (ausencia de conocimientos singularmente cualificados y también de infraestructura empresarial efectiva, real y mínimamente relevante), la contrata sólo podría ser lícita si se pudiera acreditar que «tiene un relevante ámbito de decisión en la organización y ejecución de las tareas que desarrollan sus trabajadores en las instalaciones de la principal». El hecho de que la contratista cuente con una persona que ejerce funciones de coordinación (o supervisión) no tiene relevancia alguna (es una mera formalidad o apariencia de control, organización y dirección) si no tiene potestad alguna para la organización de las actividades en la principal. Y añade: «Es obvio que en toda clase de subcontratación la actividad de la subcontratada debe desarrollarse conforme a las instrucciones y las pautas del cliente -la empresa principal-, sin que eso suponga incurrir en cesión ilegal de mano de obra. Pero cuando no hay la menor aportación de elementos materiales relevantes, considero que se produce una situación de cesión ilegal si los trabajadores de la subcontrata se limitan a participar y ejecutar las actividades organizadas, diseñadas y fijadas por la principal».

La solidez de esta batería de argumentos es (en mi opinión) difícilmente rebatible, en especial, porque (aunque no se mencione de forma explícita), es obvio que, a través de un mero constructo mercantil, se están produciendo situaciones que materialmente podrían encajar en el concepto de cesión ilegal. Y, al no hacerlo, es obvio que se está eludiendo el efecto útil de la Directiva 2008/104. Recuérdese que, tal y como se describe en el considerando 14 de la misma, «Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo aplicables a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal deben ser al menos las que se aplicarían a dichos trabajadores si fueran contratados directamente por la

empresa usuaria para ocupar el mismo puesto» (objetivo que se concreta en el art. 5, bajo la rúbrica de «principio de igualdad de trato»).

Teniendo en cuenta que la redacción del vigente art. 42.6 ET está muy lejos de este propósito y que en nuestro tejido productivo son numerosas las actividades descentralizadas que participarían de las características descritas por el Voto Particular sintetizado, conviene hacer una breve aproximación a la perspectiva comunitaria y sondear si el ámbito de aplicación subjetivo de la citada Directiva admitiría su extensión a situaciones en las que no participe una ETT. Como veremos en el epígrafe que sigue, esto no ha sido un obstáculo para el TJUE, en aras a preservar su efecto útil.

4. El ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2008/104: el asunto *Ruhrlandklinik*

El ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2008/104 queda delimitado a partir de los siguientes términos (art. 3.1): «empresas de trabajo temporal», «trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal», «empresa usuaria» y «misión».

Respecto, del primer término, la Directiva describe una «*empresas de trabajo temporal*» como «*toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas*». Concepto que debe complementarse con el contenido del art. 1.2, al describir el ámbito de aplicación: «*La presente Directiva se aplicará a las empresas públicas y privadas que son empresas de trabajo temporal o empresas usuarias y ejercen una actividad económica, independientemente de si tienen o no fines lucrativos*».

El concepto de «trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal», se refiere a «*todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección esta*».

El término «empresa usuaria», se describe como «*toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal*»⁵²;

Y, finalmente, el concepto «misión» está referido a «*el período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria*».

El TJUE no ha tenido excesivas oportunidades para concretar el sentido de estos conceptos. Probablemente, la más significativa se ha dado en la STJUE 17 de noviembre 2016 (C-216/15), *Ruhrlandklinik*. En este asunto, ha dictaminado que los miembros de una Hermandad de enfermeras de la Cruz Roja Alemana de Essen, que desarrollan su

⁵² En virtud de la STJUE 11 de noviembre 2021 (C-948/19), *UAB «Manpower lit»*, debe entenderse que una Agencia de la UE (el *Instituto Europeo de la Igualdad de Género* - EIGE) también queda subsumido en el concepto de «empresa usuaria».

actividad profesional para y bajo la dirección de instituciones sanitarias a las que son cedidos de forma periódica por dicha asociación, y que les paga a cambio una remuneración, quedan subsumidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En concreto, el TJUE concluye que «El artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal debe interpretarse en el sentido de que entra dentro de su ámbito de aplicación la cesión por una asociación sin ánimo de lucro, a cambio de una compensación económica, de uno de sus miembros a una empresa usuaria para que realice en ésta, a cambio de una retribución, una prestación laboral, con carácter principal y bajo su dirección, siempre que dicho miembro esté protegido por ello en el Estado miembro de que se trate, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, aunque ese miembro no tenga la condición de trabajador en Derecho nacional por no haber celebrado un contrato de trabajo con la referida asociación».

Si bien es cierto que la controversia del caso gravita sobre la delimitación del concepto de «trabajador» (pues, dichos miembros no tienen esta consideración de acuerdo con la legislación alemana), es importante reparar que, para el TJUE, la naturaleza jurídica del cedente no es (en absoluto) un impedimento para la aplicación de la Directiva (lo que de otro modo podría convertirse en un obstáculo para la consecución del efecto útil de la misma).

En este sentido, especialmente interesante resulta la definición que da el TJUE al concepto de «actividad económica» al que hace referencia el art. 1.2 de la Directiva (dando respuesta a una de las cuestiones prejudiciales que se le formulan), pues, en el marco de la particular naturaleza jurídica de la cedente y el hecho de que no tenga ánimo de lucro, siguiendo el parecer del Abogado General en sus conclusiones, se afirma que «según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tiene carácter económico cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado». A lo que, a continuación, añade: «en el caso de autos, la Hermandad presta servicios en el mercado de la cesión de personal de enfermería a establecimientos sanitarios en Alemania, a cambio de una compensación económica que cubre los gastos de personal y los gastos administrativos».

Aseveración particularmente relevante a los efectos de este ensayo, pues, se formula con la amplitud (o generalidad) suficiente como para entender que no es descartable que, en determinadas circunstancias (bastante «comunes» en nuestro entorno), las empresas contratistas intensivas en mano de obra podrían quedar subsumidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Hasta la fecha, al menos que tenga constancia, el TJUE no se ha pronunciado sobre el concepto de empresa «usuaria» en el marco de esta Directiva. No obstante, atendiendo a su descripción, parece claro que la cuestión relativa al control y dirección sobre la prestación de servicios del trabajador cedido es un elemento de especial relevancia. En este sentido, en el asunto *Ruhrlandklinik* el TJUE no centra su atención en esta dimensión de forma explícita para valorar si la Directiva es o no aplicable al caso. De hecho, si bien es cierto que la obvia (probablemente porque no es objeto de la cuestión prejudicial formulada), repárese que el propio Tribunal remitente constata que «los referidos

miembros están sometidos a las instrucciones técnicas y organizativas del establecimiento de que se trate».

La valoración conjunta de todas estas circunstancias podría estar sugiriendo que la posibilidad de extender la aplicación de la Directiva a la actividad de un número considerable de empresas contratistas no es – a mi entender – «remota». Especialmente si se tiene en cuenta que la existencia de instrucciones técnicas y organizativas por parte de la principal no es infrecuente; y, por ende, es razonable pensar que ejerce una «cierta» dirección y control de su desarrollo para evaluar si se produce una adecuación a las mismas. Sin olvidar que, como se ha apuntado, en los casos en los que los trabajadores prestan servicios en las instalaciones de la «usuaria», es posible que dicho «control y dirección» tenga una connotación «tenue» o «laxa» por parte de la «cedente» (trasladándose, consiguientemente, a la principal – o compartiéndolo entre ambas). Lo que permitiría afirmar que las empresas principales podrían quedar subsumidas con relativa frecuencia en el concepto de «empresa usuaria» ex Directiva (y, las contratistas, como «ETT»)⁵³.

En definitiva, la trascendencia de esta sentencia en el contexto de la controversia descrita resulta particularmente relevante. Y, más si se repara en la circunstancia de que, como se ha expuesto, han proliferado empresas contratistas como «alternativa» a las ETT y (deliberadamente o no) se está eludiendo su régimen jurídico (y, en particular, el principio de igualdad de trato descrito). Por consiguiente, deberíamos preguntarnos si no se está neutralizando el efecto útil de la Directiva. Y, éste - sin duda - es un elemento que (si se confirma) debería prevalecer de forma determinante en la evaluación de la controversia que se ha descrito. Sin olvidar que feminización de muchos de estos sectores, además, ahonda en la profunda inadecuación del *statu quo*.

A la luz de todo lo expuesto (y de la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial ajena a esta aproximación), quizás, sería muy deseable conocer el parecer del TJUE al respecto. De hecho, algunas resoluciones sí han reparado en este problema. Por ejemplo, la SAN 30 de mayo 2014 (rec. 90/2014), en un supuesto vinculado a empresas multiservicio (y tras rechazar la formulación de una cuestión prejudicial porque no es pertinente para resolver el fondo de la controversia), *obiter dicta*, afirma que: «La Directiva [2008/104] es aplicable a cualquier empresa, independientemente de que tenga o no autorización administrativa o esté formalmente reconocida como empresa de trabajo temporal, en la medida en que realice un acto de puesta a disposición de uno o varios trabajadores». En otros casos, se ha puesto de manifiesto que el esquema entre las empresas principal y contratista es el mismo que el de una usuaria con una ETT: «a saber, el trabajador presta servicios en una empresa que externaliza su actividad, vía ETT vía empresa multiservicios»⁵⁴. En definitiva, a la luz de todo lo expuesto, creo que hay elementos suficientes para entender que el efecto útil de la Directiva 2008/104 está siendo impune y profundamente socavado.

⁵³ A nivel interno, esta resolución, a pesar de su indudable relevancia, apenas ha sido recogida. Salvo error u omisión, la STS 21 de enero 2020 (rec. 159/2018), es el primer (y único) pronunciamiento que (*obiter dicta*) se refiere a esta doctrina afirmando: «Si una entidad no lucrativa pone a disposición de una empresa el trabajo de sus asociados estamos ante verdaderos trabajadores y cesión ilegal, pues de hecho actúa como una ETT».

⁵⁴ STSJ Canarias\Las Palmas 30 de diciembre 2019 (rec. 48/2018).

5. Valoración final: el elefante en la habitación

La libertad de empresa no puede amparar cualquier decisión descentralizadora. Tiene límites infranqueables. En concreto, no es posible si incurre en un fenómeno de prestamismo de mano de obra ilícito⁵⁵. En las actividades intensivas en mano de obra de escasa cualificación y sometidas a las directrices de la empresa comitente (como sugiere el Voto Particular del magistrado S. MORALO) no debería poderse formalizar una contrata lícita. De hecho, salvo que concurra una causa de temporalidad (lo que, probablemente no es frecuente, porque se trata de servicios estructurales), tampoco debería poderse acudir a una ETT. En estos casos, la contratación indefinida directa sería la única opción al alcance.

En cambio, la realidad está muy alejada de este enfoque. El efecto combinado del marco normativo y de su interpretación jurisprudencial describe, de hecho, un resultado paradójico. Mientras que las ETT difícilmente pueden operar (pues, como se acaba de apuntar, no acostumbra a concurrir una causa de temporalidad habilitante), las exigencias para acudir a una contrata (a través del uso modular y modulable de sus indicios) se han rebajado paulatinamente. Las cesiones de mano de obra al margen del cauce previsto a través de ETT es manifiesta y el principio de equiparación de condiciones, que proclama el art. 5 de la Directiva 2008/104, está siendo sistemáticamente incumplido. Hemos normalizado una patología y esto ha posibilitado su cronificación⁵⁶. De hecho, como se ha apuntado, la nueva redacción del art. 42.6 ET ha dado carta de naturaleza a este desajuste, positivizándolo. Desde esta perspectiva, es claro que, como dirían los anglosajones, «hay un elefante en la habitación» y nos comportamos como si no lo viéramos. Como ha sucedido con la contratación temporal abusiva, parece que tendrá que ser el TJUE el que, como un espejo, nos desvele esta verdad tan incontestable como incómoda.

En especial, porque hemos invisibilizado que las personas externalizadas (muchas de ellas mujeres) son trabajadores *relegados*, esto es, «privados de carta de ciudadanía en la empresa a la que sirven»⁵⁷.

⁵⁵ Para PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 229, 2020, versión digital), «si la contratación y subcontratación de obras o servicios son supuestos de ejercicio de las libertades económicas meritadas y del derecho a la libertad de empresa, cualquier regulación laboral que suponga el establecimiento de nuevas limitaciones y restricciones a las mismas deberá tomar en consideración las regulaciones europea y nacional expuestas y la interpretación que de las mismas vienen haciendo la jurisprudencia europea y constitucional, pues de lo contrario, caso de ser impugnadas, podrían ser declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea y/o a la Constitución».

⁵⁶ Como expone GOERLICH PESET (op. cit., pág. 30) es posible que en la evaluación de la licitud de estas contrataciones haya incurrido un proceso de «adecuación social» y que, de forma progresiva, algunos sectores (como limpieza, vigilancia de control de accesos, entre otros) hayan ido adquiriendo dosis de respetabilidad (la formalización de unidades de negociación colectiva sería uno de los principales exponentes de la adquisición de legitimación social). Y añade: «Mientras se produce este proceso de legitimación social basada en la reiteración y normalización de los fenómenos de externalización de servicios, los indicios que permiten diferenciar contrataciones y cesión son objeto de cierta banalización: se convierten en meras formas que funcionan con independencia de la realidad del intercambio entre las empresas»

⁵⁷ SUPIOT, A., op. cit., pág. 113. Reflexión que viene precedida por esta otra especialmente aguda (págs. 112 y 113): «conviene respetar la coherencia y el dinamismo de las comunidades de trabajo, dándoles a cada uno de sus integrantes la oportunidad de una movilidad profesional, en vez de subcontratar, como se

De nosotros depende de que recuperen el estatus que merecen.

empecinan en hacer, las tareas más modestas con la excusa de que serían no esenciales. ¿No es esencial alimentar bien a los pacientes en un hospital o poner a disposición de los clientes habitaciones limpias en un hotel? ¿Es justo que quienes realizan esas tareas sean tratados como nuevos ‘intocables’, tercerizados y privados del derecho de acceder, en la empresa donde sirven, a funciones más elevadas, en las cuales darían toda la medida de su conocimiento y habilidad?».