

Cesión de trabajadores y contrataciones desde la perspectiva de la Directiva sobre empresas de trabajo temporal (a propósito de la STJUE de 24-10-2024, C-441/23) *

Ángel Jurado Segovia

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

Assignment of employees and outsourcing from the perspective of the Directive on temporary agency work (regarding the ruling of the CJEU of 24 October 2024, C-441/23)

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. RESEÑA DE LA STJUE DE 24-10-2024 (C-441/23). 3. CONSIDERACIONES VALORATIVAS SOBRE EL POSIBLE IMPACTO DE LA STJUE DE 24-10-2024 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

RESUMEN: La distinción entre la cesión de trabajadores y la contrata entre empresas es una de las “zonas grises” del Derecho del Trabajo español, con implicaciones relevantes a efectos de la tutela de los trabajadores. En los criterios de distinción deducibles de la legislación y jurisprudencia nacional, se deben integrar las pautas que se desprenden de una reciente sentencia del TJUE, que ha dado respuesta a una cuestión prejudicial promovida por un tribunal español, desde la perspectiva de la Directiva relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. En el presente estudio se reseña la citada sentencia del TJUE y se realizan algunas consideracio-

* Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Internacionalización y europeización del Derecho del Trabajo: desafíos en un contexto globalizado de los instrumentos de flexibilidad (EUROILABOUR)”; Investigador principal: Juan Gil Plana. Convocatoria PR-12/2024, Ayudas para la financiación de proyectos de investigación, Universidad Complutense de Madrid, 2023.

nes valorativas acerca de su impacto en el ordenamiento español, dando cuenta de las primeras resoluciones judiciales nacionales al respecto.

Palabras clave: cesión de trabajadores; contrataciones entre empresas; Directiva sobre empresas de trabajo temporal; interpretación del TJUE; dirección y control de los trabajadores; ordenamiento español.

ABSTRACT: The distinction between the assignment of employees and the outsourcing is one of the “gray areas” of Spanish labor law, with relevant implications for the protection of employees. In the criteria of distinction that can be deduced from national legislation and case law, we must integrate the guidelines that emerge from a recent ruling of the CJEU, in response to a preliminary ruling by a Spanish court, from the perspective of the Directive on temporary agency work. This paper reviews this CJUE’s case and makes some evaluative considerations about its impact on the Spanish legal system, reporting on the first national court rulings on the subject.

Keywords: illegal of employees; outsourcing; Directive on temporary agency work; interpretation of the CJEU; direction and supervision of employees; Spanish legal system.

1. INTRODUCCIÓN

La cesión de trabajadores es una institución clásica de nuestro Derecho del Trabajo. Sin dejar de mencionar el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, como primera norma que manifestó expresamente una preocupación por, cuando menos, mitigar los efectos de ciertas prácticas de cesión de trabajadores, buena parte de los rasgos esenciales del actual art. 43 ET hunden sus raíces en el Decreto 3677/1970. Siguiendo la orientación de otros ordenamientos nacionales, dicho Decreto se expresó en un sentido prohibitivo al sancionar que una persona física o jurídica contratara a un trabajador y lo cediera a una empresa para prestar servicios en ella; y lo hacía estableciendo una responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social, así como declarando que los trabajadores adquirirían la condición de fijos en la plantilla de la empresa en que efectivamente prestaran los servicios —*ergo*, la cesionaria en la actual terminología del art. 43 ET—; y, en fin, contemplando un régimen de multas administrativas para ambos sujetos intervinientes en la cesión¹.

Desde el Decreto de 1970 hasta la ordenación contenida en el vigente art. 43 ET se han sucedido diversas intervenciones normativas que han afectado a la institución,

1 Sobre la importancia de esta norma y un análisis de diversas cuestiones interpretativas suscitadas, MARTIN VALVERDE, A.: “Interposición y mediación en el contrato de trabajo. Análisis del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre”, *Revista de Política Social*, N° 91, 1971. Algunas referencias a dicha norma también en GARCIA MURCIA, “El trabajo en contrataciones y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de Política Social*, N° 130, 1981, particularmente págs. 10, 11, 58 y 59; RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma laboral de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995. *pág.* 62 y 63.

siendo seguramente la más relevante la que significó una legalización de las denominadas "empresas de trabajo temporal" ("ETTs"), reflejada en el actual art. 43.1 ET, de cuyo tenor se desprende que la actividad de tales empresas opera como excepción a la cesión ilegal de trabajadores, siempre y cuando se traten de empresas debidamente autorizadas con arreglo a las previsiones de la legislación aprobada específicamente para regular la actividad de tales empresas y otras cuestiones relativas a las prestaciones laborales a través de ellas (Ley 14/1994). Las "ETTs" son, por tanto, las únicas habilitadas para "poner a disposición" trabajadores a otras empresas para que presenten servicios en ellas (art. 1 Ley 14/1994).

Al margen de la regulación de las "ETTs", la distinción entre la cesión ilegal de trabajadores y la contratación de actividades entre empresas preocupa especialmente al legislador según se desprende de lo dispuesto en el art. 43.2 ET —incorporado por una reforma de 2006— y es una cuestión que ocupa, en efecto, un lugar claramente prominente en la jurisprudencia en la materia, confirmándose, en buena medida, que la frontera entre ambos fenómenos y figuras jurídicas es uno de los ejemplos gráficos de las "zonas grises" existentes en el Derecho del Trabajo², con obvias repercusiones a efectos de tutela de los trabajadores. Así se desprende de una mera aproximación al diferente alcance de las responsabilidades empresariales y garantías laborales que el legislador asocia a cada una de tales figuras (arts. 42 y 43 ET), en correspondencia con un ya tradicional abordaje legal —con origen en el Decreto 3677/1970 antes citado— de carácter dual: admitiendo la licitud de la contrata de obra o servicios y reputando la cesión de trabajadores como conducta prohibida³.

Y, ciertamente, desde los orígenes de este enfoque legislativo se viene advirtiendo como, en la práctica y en no pocas ocasiones, puede resultar notablemente complejo distinguir entre una lícita contrata y una cesión ilegal. Una complejidad que, además, habría ido *in crescendo* a raíz de la proliferación y diversificación de los fenómenos de externalización de actividades empresariales, de lo que sería un ejemplo elocuente la aparición de las denominadas empresas multiservicios⁴. Se trataría, en efecto, de un incremento de la complejidad asociado, en buena medida, a transformaciones de la realidad normada con notas semejantes a las destacadas a la hora de analizar hace ya bastantes años otras diversas instituciones jurídico-laborales; esto es, sintetizando: superación del paradigma industrial, amplia irrupción de la economía de servicios y papel destacado de las nuevas tecnologías, que, operando en este caso como eficiente instrumento de coordinación interempresarial, habrían coadyuvado al incremento de las estrategias de descentralización productiva⁵.

2 Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, M. J., op. cit., pág. 117, citando a IGLESIAS CABERO.

3 Cfr. GARCIA MURCIA, J., op. cit., pág. 10-12.

4 Cfr. VALDES DAL-RE, F.: "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia", *Relaciones Laborales*, Nº 12, 2007, pág. 2 y 3 (versión digital).

5 Cfr. GOERLICH PESET, J.M., "Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas", en (AAVV): *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 16-18 y 28.

Como se apuntaba, fue con ocasión de la reforma laboral de 2006 que se hizo patente una mayor preocupación del legislador por trazar la frontera entre las contrataciones lícitas y las meras puestas a disposición de mano de obra ilegales. A través, en efecto, del RD-Ley 5/2006, convertido posteriormente en Ley 43/2006, se incorporó un nuevo apartado 2 en el art. 43 ET del siguiente tenor: *"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario"*.

Más allá de las diversas lecturas y valoraciones críticas efectuadas sobre este precepto, mayoritariamente la doctrina coincidió en que, dada la recepción en la ley de criterios manejados por la jurisprudencia⁶, no cabía esperar un cambio relevante de método en la doctrina de los tribunales⁷. Y, de hecho, así habría acontecido a la luz de la jurisprudencia del TS, que, sin haber alterado sustancialmente su enfoque tras la reforma de 2006, sigue siendo de capital importancia a la hora de trazar una distinción cabal entre la contrata lícita y la cesión prohibida. Tras dicha reforma, la jurisprudencia ha seguido apelando a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador⁸. Más concretamente, pero expresado de un modo sintético, de un análisis de la jurisprudencia se colige que tales criterios e indicios girarían esencialmente en torno a dos elementos, que llevan a valorar en qué medida la empresa que actúa como contratista aporta una infraestructura material y/o organizativa relevante y si ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores ocupados en la contrata⁹.

Pues bien, a esta perspectiva de derecho nacional se le debe sumar la del Derecho de la UE, que, aunque no contiene una regulación particular y específicamente dirigida a identificar, los perfiles y la tutela en el plano laboral, de las contrataciones y la cesión de trabajadores, sí que se ocupa, aunque sea tangencialmente, de la materia toda vez que, a través de la Directiva 2008/104, se estableció un marco común europeo de protección de los trabajadores cedidos por "ETTs". Basta leer la definición bastante

6 Según Exposición de motivos del RD-Ley 5/2006, lo pretendido es *"una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la Ley la jurisprudencia sobre esta materia"*.

7 Cfr., en esta línea, MOLERO MANGLANO, C., *"¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?"*, Actualidad Laboral, Nº 21, 2006, pág. 6 y ss. (versión digital); VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 7 y 8; SEMPERE NAVARRO, A. V., *"Comentario al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Cesión de trabajadores"*, en (AAVV): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2007, pág. 9 (versión digital).

8 Cfr., por ejemplo, STSS 2-11-2016 (Rº 2779/2014); 8-7-2020 (Rº 14/2019); 19-5-2022 (Rº 320/2021).

9 Para un análisis jurisprudencial bastante reciente, me remito a mi trabajo: JURADO SEGOVIA, A.: *"La distinción entre contrata lícita y cesión ilegal de trabajadores"*, Trabajo y Empresa, Nº 1, 2022, pág. 28 y ss.

amplia de “empresa de trabajo temporal” contenida en el art. 3.1 b) de la citada Directiva, para poder intuir que las previsiones de la misma pueden ser relevantes a la hora de interpretar las diferentes previsiones del derecho nacional que se refieren a la cesión de trabajadores. Y así lo ha venido a confirmar una reciente sentencia del TJUE de 24-10-2014 (C-441/23), que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid, en un supuesto referido al despido de una trabajadora que había venido trabajando en el marco de un contrato de servicios entre dos empresas, considerando el órgano judicial nacional, que a la hora de determinar la tutela que le podría corresponder a tal trabajadora, resultaba pertinente interrogar al Tribunal europeo sobre la aplicación de dicha Directiva en materia de “ETTs”.

2. RESEÑA DE LA STJUE DE 24-10-2024 (C-441/23)

Como se apuntaba, la citada STJUE responde a una cuestión prejudicial planteada en un caso referido a una trabajadora que había prestado servicios laborales, como consultora comercial desempeñando tareas de marketing, en el marco de una contrata de servicios. El trabajo lo prestaba desde su propio domicilio, en régimen de teletrabajo, utilizando al efecto un ordenador proporcionado por la empresa principal, a cuya sede acudía una vez por semana. Para realizar su prestación contactaba a menudo con los responsables de dicha empresa principal. Por su parte, la empresa contratista, junto con abonarle la nómina, era la encargada de organizar su jornada y horario de trabajo, así como de autorizar permisos y vacaciones, amén de haberle proporcionado cierta formación. Asimismo, la trabajadora remitía mensualmente, a un responsable de la empresa contratista, un informe sobre la actividad realizada. Invocando razones presupuestarias y mientras la trabajadora estaba embarazada, la empresa principal informó a la contratista que el contrato de prestación de servicios finalizaría el 30-9-2020 y no sería prorrogado. El 29-4-2021, fecha en que debía producirse la reincorporación de la trabajadora, tras el disfrute de sus derechos de maternidad y vacaciones, recibió una carta de la empresa contratista comunicándole la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (art. 52 c ET), aduciendo una disminución de la demanda por la “caída” de proyectos previstos.

Frente a ello, la trabajadora presentó una demanda suplicando la nulidad del despido o, subsidiariamente, la improcedencia y solicitando, además, la condena solidaria de ambas empresas. El Juzgado de lo Social competente declaró el despido nulo, por fundamentarse en una causas genéricas e insuficientes y aplicarse la nulidad como consecuencia de haberse producido el despido en un periodo posterior a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de un menor (art. 53.4 ET), pero absolvió a la empresa principal al entender que se trataba de una contrata lícita entre empresas que no había implicado una mera puesta a disposición de la trabajadora. Por ello, también desestimó la pretensión de que la trabajadora debería haber percibido el salario que le hubiera correspondido en caso de ser directamente contratada directamente por dicha empresa principal. Frente a esa sentencia, la trabajadora interpuso recurso de suplicación, insistiendo en que habría sido objeto de una puesta a

disposición, razón por la cual entendía que ambas empresas debían ser condenadas solidariamente a las consecuencias del despido, incluida la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo. Pues bien, siendo estas las circunstancias esenciales del litigio, el TSJ de Madrid consideró oportuno formular ante el TJUE hasta cinco cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión planteaba si la Directiva 2008/104, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, resultaría aplicable a una empresa que ponga a disposición a un trabajador a otra empresa, aunque la primera empresa no sea reconocida por la legislación nacional como una "ETT", por no disponer de una autorización administrativa como tal. La respuesta a este interrogante por parte del TJUE es clara y positiva, sobre la base de una interpretación literal, sistemática y teleológica de la Directiva. Razona el Tribunal que el artículo 3, apartado 1, letra b) de la Directiva 2008/104 define como "ETT" a toda persona física o jurídica que celebre contratos de trabajo, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinar a los trabajadores a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas últimas, sin que de tal definición pueda deducirse que para ser considerada una "ETT" se deba disponer de una autorización administrativa, pues lo contrario *"implicaría que la protección de los trabajadores diferiría entre los Estados miembros, en función de si los Derechos nacionales exigen o no tal autorización, y dentro de un mismo Estado miembro, dependiendo de si la empresa de que se trate posee o no tal autorización, y podría contravenir los objetivos de dicha Directiva, consistentes en proteger a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, y, por otra parte, menoscabaría el efecto útil de la citada Directiva, al restringir de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación de esta"*. *"Tal limitación —si-gue el TJUE— permitiría que cualquier empresa que, sin disponer de tal autorización, pusiera a disposición de otras empresas trabajadores (...) pudiera eludir la aplicación de la Directiva 2008/104 y, por lo tanto, no permitiría a los trabajadores disfrutar de la protección que persigue esa Directiva"*.

La segunda cuestión partía de la hipótesis de una respuesta favorable a la primera. Sobre la base, en efecto, de que la citada Directiva se aplicaría también a situaciones de puesta a disposición realizadas por empresas no formalmente reconocidas como "ETT" en el Derecho interno, el TSJ de Madrid preguntaba si, dadas las circunstancias del asunto arriba descritas, la trabajadora debía ser considerada una trabajadora puesta a disposición y, por tanto, las empresas intervinientes como una "ETT" y una empresaria usuaria en el sentido de la Directiva de referencia. Y más particularmente, el TSJ cuestionaba si cabía entender que la empresa que contrató a la trabajadora mantenía la dirección y control de la actividad laboral —pues de ser así, habría que excluir la existencia de una puesta a disposición de la trabajadora— por el hecho de que el administrador de la misma recibiese de la trabajadora un informe mensual de actividad y, además, aprobase los permisos, vacaciones y horarios de la misma, aunque su prestación laboral cotidiana consistiese en atender a los clientes de la empresa principal, contactando frecuentemente con sus responsables y traba-

jando desde su domicilio con un ordenador puesto a disposición por tal empresa y acudiendo una vez a la semana al centro de trabajo de la misma.

A este respecto, la respuesta del TJUE se inicia subrayando que *"incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si un trabajador ejerce sus funciones bajo la dirección y el control de una empresa usuaria o del empleador que lo contrató y que celebró un contrato de prestación de servicios con esta última"*. No obstante lo cual, a continuación el Tribunal ofrece diversas *"precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional remitente en su interpretación"*. Sobre el concepto de "ETT", tras reiterar la definición que emana de la Directiva, el TJUE señala que esta no supedita la calificación de "ETT" al requisito de que la empresa deba poner a disposición de otra a un determinado número o porcentaje de trabajadores, pero, al mismo tiempo, entiende que no basta con que una empresa ponga puntualmente a disposición a trabajadores suyos a otra empresa, con lo que parece apuntarse a que se requiere que ello sea una actividad, sea la principal o no de la empresa, que revista cierta habitualidad¹⁰.

Por otra parte, en cuanto la noción de trabajador cedido, el Tribunal recuerda el concepto europeo de trabajador y señala que la esencia de la relación laboral radica en que una persona realice, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, a cambio de las cuales percibe una remuneración. Para a continuación señalar que la peculiaridad de la relación del trabajador cedido por una "ETT" radica en que *"esta última mantiene una relación laboral con ese trabajador, pero transfiere a la empresa usuaria el control y la dirección que, en principio incumben a todo empresario, creando así una nueva relación de subordinación entre el trabajador cedido y la empresa usuaria conforme a la cual dicho trabajador realiza una prestación contractualmente debida por la empresa de trabajo temporal a esta última empresa y, a tal efecto, se encuentra bajo la dirección y el control de esta"*. A efectos de valorar la concurrencia de una situación tal, el TJUE se remite de nuevo al órgano jurisdiccional nacional, atendiendo a *"cada caso concreto, en función del conjunto de elementos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes"*.

A estas consideraciones de corte general añade al TJUE algunas otras más focalizadas en el caso concreto, si bien en una línea no demasiado concluyente acerca del valor que pueden adquirir ciertas circunstancias a efectos de determinar quién ejerce la dirección y control sobre el trabajador. De un lado, se señala que el hecho de que la contratista reciba un informe mensual de la trabajadora sobre la actividad realizada *"es una circunstancia que puede, en su caso, tomarse en consideración, en función del objeto específico perseguido por ese informe"*. De otro, se afirma que *"el*

10 Cfr., en esta línea, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Los trabajadores de una empresa contratista pueden reclamar las condiciones laborales de la principal si está bajo su poder de dirección y control (STJUE 24/10/24): <https://ignasibeltran.com/2024/10/25/los-trabajadores-de-una-empresa-contratista-pueden-reclamar-las-condiciones-laborales-de-la-principal-si-estan-bajo-su-poder-de-direccion-y-control-stjue-24-10-24/>

hecho de que la empresa de trabajo temporal apruebe las vacaciones y los permisos del trabajador cedido y fije sus horarios (...) a priori, no es anormal, (...) sin que ello ponga en entredicho la realidad de la dirección y el control del trabajador asumidos por la empresa usuaria en el marco de la puesta a disposición de este último". Tras lo cual, el TJUE vuelve a remitirse al órgano jurisdiccional nacional, al que corresponderá determinar, a la luz de todas las circunstancias del caso concreto, si existen otras circunstancias que lleven a considerar que la empresa contratante del trabajador ha conservado su dirección y control.

Asimismo, el TJUE se refiere a la noción de empresaria usuaria deducible de la Directiva y complementando las consideraciones relativas al ejercicio de la dirección y control sobre los trabajadores, señala que tal empresa es la que *"puede, como tal, exigir al trabajador cedido el cumplimiento de normas internas y de métodos de trabajo, además de ejercer sobre él una vigilancia y un control en cuanto a la manera que desempeña sus funciones"*, si bien termina con una advertencia en el sentido de que para entender que tal empresa ejerce un poder de dirección y control *"no basta con (...) que compruebe el trabajo realizado o de meras consignas generales a dichos trabajadores"*.

Las precisiones anteriores llevan al TJUE a responder de forma global a la segunda cuestión planteada en los siguientes términos: *"el artículo 3, apartado 1, letras b) a d) de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de "empresa de trabajo temporal", a efectos de esta disposición, la situación en la que una empresa cuya actividad es celebrar contratos o establecer relaciones de empleo con trabajadores, con el fin de ponerlos a disposición de una empresa usuaria por un período determinado, cuando dicho trabajador se encuentra bajo la dirección y control de esta última empresa y cuando esta, por un lado, le impone las prestaciones que debe realizar, la manera de llevarlas a cabo y la observancia de instrucciones internas y, por otro, ejerce vigilancia y control sobre el modo en que ese trabajador desempeña sus funciones"*.

La tercera cuestión prejudicial planteaba si, en el caso concreto, de ser aplicable la Directiva 2008/104 y como consecuencia de su art. 5.1, el salario de la trabajadora debería ser cuando menos el mismo que le correspondería si hubiese sido contratada directamente por la empresa contratista. Nótese que el citado art. 5.1 dispone que: *"Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto"* y que, a tenor del art. 3.1 f) de la propia Directiva, por tales condiciones esenciales se entienden las establecidas por cualquier disposición normativa, convenio colectivo y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor, que se refieran, entre otras materias, a la remuneración de los trabajadores. En consecuencia, como era de esperar, el TJUE responde afirmativamente a esta cuestión, en el sentido de que los trabajadores cedidos a los que resulte de aplicación la Directiva deben percibir, durante su prestación en la empresa

usuaria, un salario al menos igual al que habrían percibido si hubieran sido contratados directamente por dicha empresa.

Finalmente, la cuestión prejudicial presentada contenía dos preguntas más. Una sobre si, en el supuesto analizado, la trabajadora tendría derecho a reintegrarse en su puesto de trabajo u otro equivalente tras el descanso por maternidad, al amparo del art. 15 de la Directiva 2006/54, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y si tal derecho pudiera implicar reintegrarse no en la empresa que contrató a la trabajadora sino en la empresa principal. Y otra pregunta que, en referencia de nuevo a la Directiva sobre “ETTs”, planteaba si, en virtud del antes citado art. 5.1, la nulidad del despido declarada a tenor de las previsiones españolas debería generar una responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto a las consecuencias asociadas a dicha nulidad. Pues bien, estas dos cuestiones no fueron admitidas por el TJUE, esencialmente por entenderse que se trataba de cuestiones poco fundamentadas y formuladas sobre la base de elementos hipotéticos, no habiéndose aportado suficiente demostración de que el supuesto encajaba en las previsiones de la Directiva en materia de “ETTs” y resultando, asimismo, que una eventual interpretación de las normas europeas invocadas con efectos sobre ambas empresas chocaría con el hecho de que desde el inicio de la maternidad la trabajadora ya no estaba prestando servicios en el marco del contrato de servicios entre tales empresas y que esta relación contractual había finalizado varios meses antes del despido de la trabajadora.

3. CONSIDERACIONES VALORATIVAS SOBRE EL POSIBLE IMPACTO DE LA STJUE DE 24-10-2024 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Hasta aquí la reseña de la reciente STJUE y a partir de aquí algunas consideraciones valorativas sobre su posible impacto en el ordenamiento laboral español. De entrada, en cuanto a la aplicación de la Directiva en materia de “ETTs” en el caso de empresas no autorizadas como tales, parece lógica la respuesta dada por el TJUE, pues siendo la autorización una exigencia no derivada de la normativa europea, sino impuesta por nuestro ordenamiento, no tendría sentido que quien actuase *de facto* como una “ETT”, pudiera escapar de las obligaciones y garantías dispuestas por la normativa de la UE. De hecho, la respuesta dada por el TJUE al respecto ya había sido apuntada por cierta doctrina judicial y académica a la hora de prestar atención a cuestiones controvertidas en torno a las “empresas de servicios”, que sin ser formalmente “ETTs” actuarían muchas veces como tales¹¹. Y, en esta misma línea, en punto a lo que se califican como contrata intensivas en mano de obra se había apelado

11 Cfr., al hilo de las consideraciones formuladas en *obiter dicta* por la SAN 30-5-2014 (Rº 90/2014), GOERLICH PESET, J. M.: “Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo”, Información Laboral, Nº 6, 2014, pág. 5 (versión digital).

al efecto útil de la Directiva en materia de "ETTs" y, en particular, de su principio de igualdad de trato ex art. 5, como un elemento a preservar a la hora de determinar la frontera entre la contrata lícita y la cesión ilegal, apuntándose ya algunos criterios interpretativos en favor de la aplicación de tal Directiva en determinadas contratas¹².

Ocurre, sin embargo, que, dados los términos inevitablemente abstractos de la STJUE antes reseñada, no resulta fácil calibrar el concreto impacto de dicha jurisprudencia europea. Y si a lo anterior se le suma la regulación ya contenida en nuestro art. 43 ET y las reiteradas remisiones del TJUE al órgano judicial nacional a efectos de valorar el elemento clave relativo a quién ejerce la dirección y control sobre los trabajadores, se comprende, en cierta medida, que haya quien le haya otorgado una relevancia más bien menor a esta cuestión prejudicial¹³. Sin embargo, aunque sea con un tono más bien poco concluyente, la STJUE ofrece, como se ha visto, algunas pautas orientativas, resultando, a mi juicio, cabal realizar una interpretación conforme del art. 43 ET a la luz de dichas pautas, proyectándose particularmente sobre la lectura de su apartado 2 relativo a los criterios reflejados por el legislador para distinguir la contrata lícita de la cesión ilegal de trabajadores¹⁴. La lógica del art. 43 ET e incluso la literalidad de ciertas normas así lo reclaman, pues si, de un lado, se excepciona de la prohibición de cesión de trabajadores a las "ETTs", cuya actividad consiste en "*poner a disposición*" de otra empresa trabajadores por aquellos contratados, ejerciendo la empresa usuaria las "*facultades de dirección y control de la actividad laboral*" (arts. 1 y 15 Ley 11/1994); de otro lado, fuera de los supuestos en que interviene una "ETT", se reputan como cesión ilegal "*los contratos de servicios entre (...) empresas*", que se limiten "*a una mera puesta a disposición de los trabajadores*", previéndose, asimismo, como circunstancia indicativa de la cesión ilegal que la empresa contratante de los trabajadores "*no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario*" (art. 43.2 ET).

Y, al hilo de lo anterior, hay quien se decanta por entender que la reciente STJUE podría tener un notable impacto, sobre la base de considerar que podrían ser bastantes las contratas que responden a los perfiles que se deducen de dicha sentencia y que actualmente no se estarían calificando por nuestros tribunales como cesión ilegal¹⁵. Ciertamente, cabe detectar en la doctrina judicial y en la propia jurisprudencia del TS una cierta orientación interpretativa refractaria a asimilar la cesión ilegal con el ejercicio de ciertas funciones de dirección técnica por parte de la principal con incidencia en el modo de ejecutar la prestación laboral por parte de los trabajadores de la

12 BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Contratas intensivas en mano de obra y la (alargada) sombra de la cesión ilegal", en (AAVV): *Desafíos emergentes de la descentralización productiva laboral*, Tirant lo Blanch, 2024, pág. 289 y ss.

13 DURAN LOPEZ, F.: "Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, a propósito de la reciente sentencia del TJUE", (22-11-2014): https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/prestacion-servicios-empresas-cesion-trabajadores-proposito-reciente-sentencia-tjue.

14 Cfr., en esta línea, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "A propósito de la STJUE de 24 octubre: la posible aplicación a determinadas contratas de la directiva sobre empresas de trabajo temporal" (13-11-2024): <https://www.oleartabogados.com/stjue-directiva-empresas-trabajo-temporal-contratas/>

15 Cfr., en esta línea, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Los trabajadores...", cit.

contratista, poniendo el foco de atención en otras circunstancias para entender que esta última empresa mantiene un margen suficiente de organización y control sobre sus trabajadores¹⁶. También doctrinalmente, se ha venido apuntando, desde hace tiempo, que no parece que el criterio relativo al ejercicio del poder de dirección se deba entender en términos absolutos y como excluyente de un margen de dirección técnico-organizativa de la empresa comitente por razón de la actividad contratada, no existiendo cesión si, aunque el comitente ejerza una cierta dirección sobre los trabajadores, éstos mantienen lazos suficientes de subordinación con la empresa contratista¹⁷.

En el terreno de la jurisprudencia más reciente, valga una referencia, seguramente como ejemplo bastante sintomático, a una amplia serie de sentencias referidas a concesiones administrativas de la Junta de Andalucía para el servicio de asistencia escolar de alumnos con necesidades especiales. Para negar la existencia de cesión ilegal en estos casos, el TS ha puesto particularmente el acento en aspectos como la existencia de coordinadores de la contratista, que con cierta periodicidad realizaban visitas de supervisión a los centros públicos, y en las funciones y decisiones de tal empresa contratista en extremos relativos al tiempo de trabajo (controles horarios y de asistencia, concesión de permisos, vacaciones, excedencias, etc.), considerándose, por otro lado, que el hecho de que la ejecución de las tareas habituales de los trabajadores quedase vinculada a la programación, pautas, indicaciones y supervisión del personal de los centros docentes públicos, serían "*circunstancias que son propias y definitorias de la relación existente entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, (...) obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata*", que no desvirtúan el poder de dirección y control ejercido por parte de la contratista¹⁸. Sería, en efecto, esta orientación interpretativa la que parece que podría quedar más entredicho a la vista de las pautas que se coligen de la reciente doctrina

16 En la jurisprudencia, además de otras sentencias recientes que se citarán a continuación, pueden ser indicativas, entre otras, las SSTS 10-1-2017 (R° 1670/2014); 8-1-2019 (R° 3784/2016); 10-6-2020 (R° 237/2018); 24-5-2022 (R° 694/2020); 4-10-2022 (R° 2498/2021). Y en la doctrina judicial resultarían expresivas, por ejemplo, STSJ Cataluña 10-3-2020 (R° 6034/2019); STSJ Madrid 21-9-2020 (R° 56/2020); STSJ Galicia 29-3-2021 (R° 2758/2020).

17 Cfr., en esta línea, RODRIGUEZ RAMOS, M. J., op. cit., pág. 127; y de la misma autora, con ocasión de la reforma que introdujo el vigente art. 43.2 ET, "La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales", Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 15, 2007. p. 27. Y, en efecto, tradicionalmente no han faltado consideraciones doctrinales en el sentido de que, aunque para hablar de contrata lícita debe ser el contratista el que ostente la dirección de los trabajos, a veces puede ser el empresario principal quien ejerza ciertas funciones directivas, si así lo exige la actividad contratado. Cfr. GARCIA MURCIA, J., op cit., pág. 24, nota 39; MARTIN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios", (AAVV): *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1988, pág. 238. Véase también, con cita de otros autores en esta misma línea, NORES TORRES, L. E.: "Cesión de trabajadores: concepto y régimen", en (AAVV): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 818.

18 Cfr., entre otras, SSTS 12-1-2022 (R° 1903/2020); 7-2-2022 (R° 175/2020); 13-1-2023 (R° 2715/2020); 30-11-2023 (R° 1024/2022); 30-5-2024 (R° 1743/2023); 28-1-2025 (R° 1928/2022).

del TJUE en punto a lo que se debe entender por dirección y control de la actividad de los trabajadores.

De hecho, tras la reciente del TJUE reseñada, e incluso antes de resolverse el recurso de suplicación en cuya sede se planteó la cuestión prejudicial, el TSJ de Madrid ya dictó una sentencia¹⁹ entendiendo que la noción de "puesta a disposición" debe ser objeto de una interpretación uniforme de acuerdo con la reciente doctrina del TJUE e integrarse en la lectura que se haga en nuestro ordenamiento en torno a la distinción entre contrata lícita y cesión ilegal de trabajadores, pues, no en balde, lo que el art. 43.2 ET denomina como "*mera puesta a disposición no es sino el supuesto previsto en la Directiva 2008/104/CE, al que debe equipararse la falta de ejercicio por la cedente de las funciones inherentes a su condición de empresario*". De suerte tal que, a tenor de las pautas apuntadas por el TJUE, se entiende que habrá que valorar si el trabajador se encuentra bajo la dirección y control de la empresa principal, dando instrucciones y exigiendo normas que cumplir, así como ejerciendo una vigilancia y control desde el punto de vista de las funciones realizadas, del trabajo realizado y su calidad, con independencia de que la empresa que haya contratado al trabajador también pueda ejercer otras funciones de empleador en sentido formal o jurídico-laboral, aludiéndose a este respecto a cuestiones tales como el control del cumplimiento de las obligaciones en materia de tiempo de trabajo.

Pues bien, sobre la base tales premisas, en el caso concreto se concluye que se habría producido una cesión ilegal, considerando particularmente relevante que fuera la empresa comitente la que directamente asignase tareas a realizar por los trabajadores ocupados en la contrata, sin que en tal proceso hubiera una participación de la contratista; sucediendo algo semejante respecto a la solución de incidencias detectadas, pues, a pesar de la existencia a tal efecto de un protocolo de comunicación entre la principal y la contratista, no se apreciaba un papel activo de dirección funcional de los trabajos por parte de la contratista. En esta misma dirección, se destaca el hecho de que tuvieran lugar reuniones periódicas en las que se producía una interacción entre los mandos de la empresa principal y los trabajadores de la empresa contratista, dándoles instrucciones directas. Y, finalmente, también se subraya, como elemento indiciario del ejercicio de funciones dirección y control por parte de la empresa principal, la circunstancia de que la misma impartiese formación a tales trabajadores, no de forma esporádica y sobre elementos más bien genéricos, sino de modo reiterado y con un contenido muy especializado sobre concretas tareas a desempeñar por los mismos.

A su vez, de los razonamientos de la citada STSJ de Madrid también se desprenden otros factores que, a tenor de su doctrina con vocación integradora de la del TJUE, se considerarían irrelevantes para desvirtuar la existencia de una mera puesta a disposición de trabajadores; a saber: la existencia de un "coordinador" de la empre-

19 STSJ Madrid 4-12-2024 (Rº 648/2024).

sa contratista en tanto que, a pesar de su habitual participación en las antes citadas reuniones entre el personal de ambas empresas y en el protocolo de comunicación de incidencias, no habría quedado probada cuál habría sido su efectiva aportación en términos de dirección y control funcional de la actividad desempeñada por los trabajadores. Y, por otra parte, el control ejercido por la contratista en materia de horarios y ausencias de los trabajadores, así como que fuera dicha empresa la que se encargase de la concesión de vacaciones, permisos o de determinar los trabajadores que debían prestar servicios extraordinarios solicitados por la principal.

Contando ya con el reseñado precedente de aplicación de la doctrina del TJUE, cabía presagiar, en buena medida, cuál sería sentido de la más reciente STSJ de Madrid resolviendo el procedimiento en que se planteó la cuestión de prejudicial²⁰. Se considera que el contenido material de las funciones desarrolladas por la trabajadora venía determinado por los responsables de la empresa principal, mientras que la intervención de la empresa que la contrató —el control mensual a través del informe al administrador y la organización de vacaciones, permisos, jornada y horario— se reputa insuficiente a la luz de las pautas del TJUE, entendiéndose que de las mismas se desprende que, para descartar la puesta a disposición y, por tanto, en el presente caso la cesión ilegal ex art. 43 ET, resulta necesaria una aportación sustantiva en la dirección funcional de la actividad del trabajador. A lo que se añade que el hecho de que tal empresa contratante hubiese impartido cierta formación a la trabajadora no desvirtúa tampoco la puesta a disposición, pues la impartición de formación forma parte también parte de las funciones o incluso obligaciones que deben asumir las “ETTs” (arts. 2.3 y 12.2 Ley 14/1994). Cabe concluir, por tanto, que las citadas SSTSJ de Madrid se situarían claramente en la línea antes apuntada sobre el impacto de la reciente doctrina del TJUE, introduciendo matices en la calificación de la cesión ilegal de trabajadores que, en buena medida, irían en detrimento de otra valoración más “permisiva” que se desprende de nuestra jurisprudencia.

Con todo, a partir de una lectura de las propias SSTSJ de Madrid cabe realizar algunas otras consideraciones que ponen de relieve la dificultad de calibrar de modo muy preciso la repercusión que puede tener la doctrina del TJUE a la hora de valorar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores ante los supuestos de variadas características que se pueden plantear en la práctica, quedando abiertos espacios para lecturas llenas de matices. En ambas sentencias, y aunque ello no impide apreciar en el caso concreto una cesión ilegal, se puntualiza, en una línea convergente con una advertencia formulada en la doctrina del TJUE, que los contratos de servicios entre empresas comportan de ordinario una vigilancia y control de la calidad de los servicios prestados que no debe confundirse con una dirección y control de la principal que implique una puesta a disposición de trabajadores, siendo decisivo a tal efecto que la dirección y control funcional no se proyecte genérica y globalmente sobre el servicio recibido, sino sobre la prestación de cada uno de los trabajadores concre-

20 STSJ Madrid 29-1-2025 (Rº 1225/2022).

tos. De ello emerge una compleja fricción entre la tutela laboral frente a la cesiones de trabajadores y la naturales facultades atribuidas a las empresas comitentes en las contrata de diversa índole, cuya no consideración haría seguramente inviable en bastantes casos la legítima decisión de externalizar actividades productivas, y sin que, probablemente muchas veces, resulte fácil de determinar dónde están los límites entre la dirección y coordinación técnica de la contrata y un ejercicio de los poderes directivos sobre los trabajadores²¹.

En otro orden, cabe también llamar la atención sobre que, en las dos STSJ de Madrid referenciadas, queda apuntado otro matiz relevante a efectos de valoración y calificación de los distintos supuestos de hecho que pueden darse en la práctica. Nótese que en el asunto que dio lugar a la cuestión prejudicial, la fundamentación del TSJ basada esencialmente en las pautas extraídas de la doctrina del TJUE respecto a la dirección y control de los trabajadores, se acompaña de una referencia a que en el caso analizado no quedaba constancia de *"la aportación de elementos de activo material o inmaterial de ningún tipo"* por la empresa contratista a efectos de la ejecución de los servicios contratados, realizando la trabajadora las funciones con un ordenador propiedad de la empresa principal y desde su propio domicilio. Y ello engazaría con otras consideraciones más explícitas recogidas en la primera STSJ citada²², en el sentido de que habría supuestos —aunque tampoco sería el caso del supuesto enjuiciado— en que la valoración sobre quién ejerce la dirección y control de los trabajadores quedaría relegada ante la constatación de que la empresa contratista *"aporta medios sustanciales para la realización de los servicios distintos a la mano de obra"* —vgr. inmuebles, maquinaria, equipos, propiedad industrial o intelectual— *"que por su importancia y características se le deba atribuir un valor esencial en la ejecución del contrato y además la prestación de los trabajadores sea inseparable de dichos medios"*, pues en tal caso el contrato entre empresas *"difiere notablemente de lo que sería la mera puesta a disposición de los trabajadores"*. Esta apreciación ha sido criticada en la línea de que la reciente sentencia del TJUE, en consonancia con lo previsto en la Directiva en materia de "ETTs", en ningún momento alude a la aportación de activos tangibles y/o intangibles por parte de la contratista como elemento delimitador de lo que cabe entender como trabajador cedido, por lo que se entiende que la atención debería centrarse exclusivamente en el elemento relativo a la dirección y control en los términos apuntados²³.

21 Cfr., en esta línea, entre otros, SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J. M.: "Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores", (AAVV): *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 114; NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 818.

22 STSJ Madrid 4-12-2024 (R° 648/2024).

23 BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Reacciones al caso Omnitel: primeras contratas equiparables a ETT (STSJ Madrid 4/12/24)": <https://ignasibeltran.com/2024/12/13/reacciones-al-caso-omnitel-primeras-contratas-equiparables-a-ett-stsj-madrid-4-12-24/>.

A mi modo de ver, seguramente el TSJ de Madrid comete un exceso al apuntar que en caso de aportación de medios relevantes por la contratista resultaría innecesario un análisis de quién ejerce la dirección y control, pero lo cierto es que la toma en consideración de la infraestructura aportada no parece tampoco del todo punto irrelevante a la luz de la letra del art. 43.2 ET y de la valoración de ambos elementos como no excluyentes, sino complementarios, que viene haciendo nuestra jurisprudencia²⁴. Y también resultaría, a mi juicio, excesivo considerar que, como consecuencia de este método de ponderación de elementos, en cierto modo graduables, el ordenamiento español no se ajusta a las exigencias del Derecho de la UE. Aunque la reciente STJUE no resulte del todo expresiva al respecto, leyendo, en cierto modo, entrelíneas, no parece descabellado pensar que el Tribunal europeo, a la hora de pronunciarse sobre el alcance de las previsiones de la normativa en materia de “ETTs”, tuviera particularmente en mente aquellas relaciones interempresariales que, con independencia de su desarrollo bajo una u otra denominación, se corresponden con el patrón de empresa que recurre a otra para cubrir una necesidad de actividad que esencialmente lo que exige son unos trabajadores con unas determinadas características. Algunas precisiones y referencias contenidas en el pronunciamiento del TJUE podrían contribuir a alcanzar este entendimiento, pues parece ponerse el acento en la necesaria concurrencia de una empresa “cuya actividad”, revestida de cierta habitualidad, consista en celebrar contratos de trabajo “con el fin de” o “con vistas a” destinarlos a otras empresas para que trabajen en ellas temporalmente. Ello abonaría, en efecto, a favor de pensar que no se ha querido proyectar una interpretación amplia del ámbito de aplicación de la Directiva de “ETTs” sobre cualquier fenómeno de externalización de actividades empresariales.

Por consiguiente, y dicho de otro de modo, regulando la normativa europea las condiciones del trabajo a través de “ETTs”, parece lógico entender que su interpretación se proyecte sobre las denominadas contrata intensivas en mano de obra, en las que operan habitualmente las denominadas “empresas de servicios”, que no requieren una infraestructura relevante o en que el servicio contratado comporta utilizar la infraestructura de la principal. En tales casos, es cuando parece razonable que el criterio calificador se centre primordial y reforzadamente en el elemento relativo al ejercicio del poder de dirección, lo que no parece incompatible con que en supuestos de otros perfiles quepa también razonablemente otorgarle relevancia, en tal juicio de valoración sobre la existencia o no de cesión ilegal, a la aportación por la contratista de medios relevantes y necesarios para la ejecución del objeto de la contrata²⁵.

24 Como se infiere, por ejemplo, de las SSTs 10-6-2020 (Rº 237/2018) y STS 4-10-2022 (Rº 2498/2021).

25 En este sentido, cabe traer a colación el voto particular formulado a la STS 21-1-2022 (Rº 553/2020), referida precisamente a uno de esos supuestos en que no se apreció la existencia de cesión ilegal en una prestación laboral desarrollada en el marco de una concesión administrativa relativa a centros educativos de la Junta de Andalucía. El voto particular resulta, en efecto, de interés en tanto que se refiere al distinto valor e importancia que adquirirían los dos criterios fundamentales que viene manejando la jurisprudencia para apreciar la existencia de cesión ilegal, en función de si la actividad objeto de la contrata requiere de una aportación material y/o organizativa relevante o si se sustenta

Continuando con una valoración de las posibles consecuencias de la reseñada STJUE, pero ahora desde el punto de vista de los mecanismos de tutela asociados a la cesión de trabajadores, la respuesta dada a la cuestión relativa al salario a que se tendría derecho, en caso de resultar aplicable la Directiva en materia de “ETTs”, creo que sería la misma desde el punto de vista de la interpretación del art. 43 ET²⁶. En la Directiva europea, ello conecta con probablemente la garantía más importante reconocida en la misma; esto es, con el principio de igualdad en las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos (art. 5). Y, en nuestro ordenamiento, entre los efectos legales de la cesión ilegal, se ha aludido también a un principio de igualdad en las condiciones de trabajo (art. 43.4 ET)²⁷, que, aunque legalmente aparece vinculado al derecho a reclamar la condición de fijo en la empresa cesionaria, en la interpretación hecha por los tribunales no va necesariamente unido al ejercicio de ese derecho de opción, sino que parece que puede considerarse como una garantía autónoma dirigida a neutralizar los efectos de la interposición ilícita, permitiendo reclamar, con responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria (art. 43.3 ET), los derechos económicos —en sentido amplio, lo que incluiría tanto salarios y también otros conceptos, como, por ejemplo, mejoras de Seguridad Social— derivados de esa garantía con efectos *ex tunc* y, por tanto, no limitados a partir del momento de declararse judicialmente la existencia de cesión ilegal²⁸. En todo caso,

esencialmente en la mano de obra. En estos últimos casos, se considera que la contrata sólo será lícita si se acredita que la contratista “*tiene un relevante ámbito de decisión en la organización y ejecución de las tareas que desarrollan sus trabajadores*”; añadiéndose que: “*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*”. De hecho, el propio BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., op. cit., pág. 289 y ss., había llamado la atención sobre este voto particular, conectando sus consideraciones con las contratas intensivas en mano de obra y la necesidad de garantizar el efecto útil de la Directiva en materia de “ETTs”.

26 Cfr., en esta línea, DURAN LOPEZ, F., cit. De hecho, en la STSJ Madrid 29-1-2025 (Rº 1225/2022), dictada tras el planteamiento de la cuestión prejudicial, se afirma que la equiparación salarial en los supuestos de cesión de trabajadores se derivaría no sólo de la Directiva en materia de “ETTs” sino también del art. 43 ET.

27 Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, M. J., op. cit., pág. 208.

28 Aunque la cuestión relativa a cuándo el trabajador cedido ilegalmente tenía derecho a reclamar las diferencias económicas, por las condiciones superiores que le hubieran correspondido en la empresa cesionaria, fue una cuestión objeto de cierto debate en nuestra jurisprudencia, una ya lejana STS 30-11-2005 (Rº 3630/2004) avaló aquella solución judicial consistente en reconocer el derecho a tales diferencias a raíz de un proceso sobre cesión ilegal con reclamación de cantidad “*en favor de un trabajador cuya relación laboral está extinguida*” y sin que éste hubiera hecho “*previa opción de integración en la plantilla de la empresa cesionaria*”. En la doctrina judicial, considerando viable reclamar diferencias económicas derivadas de la cesión ilegal anteriores a su constatación judicial y de forma independiente al derecho a integrarse en la empresa cesionaria, véase, por ejemplo, STSJ Aragón 24-9-2019 (Rº 412/2019); STSJ Cataluña 9-6-2021 (Rº 1287/2021) y STSJ Madrid 10-12-2021 (Rº 932/2021). En todo caso, más allá de la cuestión relativa a su posible vinculación con el derecho de opción a adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, la jurisprudencia resulta clara en el sentido que la integración en la empresa cesionaria no sólo produce efectos a partir de la declaración

tras la reciente STJUE así se confirmaría a partir de una lectura conjunta de los arts. 43.3 y 4 ET y 11.1 Ley 11/1994, encargado éste último de transponer a nuestro ordenamiento el principio de igualdad de trato de los trabajadores objeto de una "puesta a disposición". Por lo demás, nuestra jurisprudencia también ha considerado que, en caso de cesión ilegal, el derecho a unas condiciones salariales superiores que le hubiera correspondido al trabajador en la empresa cesionaria debe tenerse en cuenta a efectos de determinar la cuantía de la indemnización por despido improcedente²⁹, resultando lógico entender que el mismo razonamiento es predicable respecto a los salarios de tramitación en caso de despido nulo.

Y, al hilo de lo anterior, aunque el hecho de que la STJUE glosada inadmitiera las dos últimas cuestiones prejudiciales impide hacer una comparación más precisa entre la normativa europea y el régimen nacional, lo cierto es que las tutelas a las que se referían tales cuestiones —posible reintegración de la trabajadora despedida en la empresa principal y posible responsabilidad solidaria de ambas empresas de las consecuencias asociadas a la nulidad del despido— pueden deducirse de la lectura que se viene haciendo del art. 43 ET y su integración con las reglas sobre despido. De hecho, así se ha entendido también por la propia STSJ de Madrid dictada en el procedimiento en que dicho órgano judicial considero necesario plantear las cuestiones prejudiciales³⁰. Y es que concurrente una cesión ilegal y un despido nulo, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que la obligación de readmisión es ineludible para la empresa elegida por el trabajador en virtud del derecho de fijeza electiva (art. 43.4 ET), manteniéndose, en todo caso, una responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria (art. 43.3 ET) respecto a otras consecuencias económicas del despido nulo —vgr. salarios de tramitación y eventuales indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales—³¹.

Por contraste, la Directiva en materia de "ETTs" se halla huérfana de referencias a algún esquema de responsabilidad empresarial solidaria y no parece contener ninguna previsión de la que inferir consecuencias semejantes a las que en nuestro marco normativo se extraen del derecho de los trabajadores cedidos ilegalmente a adquirir

judicial constatando la existencia de cesión ilegal, sino también efectos *ex tunc*, limitados tan sólo por las reglas sobre prescripción, toda vez que la declaración de cesión ilegal no tiene efectos constitutivos y, por tanto, resulta posible reclamar las diferencias económicas derivadas de la comparación entre el régimen aplicable a la empresa cedente y el de la empresa cesionaria mientras duró la cesión ilegal. Cfr. SSTs 4-7-2013 (R° 2637/2012) y 11-2-2014 (R° 544/2013).

29 Cfr. SSTs 16-7-2020 (R° 733/2018) y 13-10-2020 (R° 801/2018).

30 En efecto, en dicha STSJ Madrid 29-1-2025 (R° 1225/2022), partiendo de la existencia de un despido nulo y de una cesión ilegal de trabajadores e invocando las consecuencias previstas en el art. 43 ET, se condena a la empresa cedente y cesionaria a la readmisión inmediata de la trabajadora, debiendo optar la recurrente por una de ambas empresas. Y, asimismo, se condena solidariamente a ambas empresas demandadas al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la efectividad de la readmisión, así como a abonarle una indemnización de 30.000 euros en concepto de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo y maternidad.

31 Cfr. STS 15-10-2019 (R° 1620/2017).

la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. A este respecto, resulta indicativa otra STJUE también bastante reciente, que declaró que del texto de la Directiva en materia de "ETTs" no cabe deducir que los Estados miembros estén obligados a contemplar, para el caso de incumplimiento de las previsiones de dicha Directiva, un derecho subjetivo del trabajador cedido al establecimiento de una relación laboral con la empresa usuaria³². Tampoco en nuestra normativa nacional relativa al trabajo a través de "ETT" se prevén unas responsabilidades empresariales del alcance como el que se desprende del art. 43 ET, ni se prevén expresamente supuestos en que el trabajador pueda ser acreedor de un derecho a integrarse como trabajador en la plantilla de la empresa usuaria, limitándose la ley a establecer una responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo; responsabilidad respecto a esos conceptos que se convertirá en solidaria en caso de que la puesta a disposición no haya respetado los requisitos legales a los que queda sujeta la contratación temporal o en otros supuestos en que el recurso a la puesta a disposición queda expresamente prohibida por la Ley de "ETTs" (art. 16.3 Ley 11/1994)³³. Ello sin perjuicio de que la jurisprudencia haya reconducido la contratación temporal ilícita a través de "ETT" precisamente al régimen de la cesión ilegal ex art. 43 ET para extraer mayores garantías para los trabajadores y a efectos de su sanción administrativa³⁴.

En definitiva, parece que cabe concluir que el principal impacto de la reciente STJUE radicaría en que, al integrarse sus pautas en la distinción entre la contrata lícita y la cesión ilegal, pasen a calificarse en este último sentido supuestos que hasta ahora no lo hacían en atención a otras lecturas y tendencias interpretativas, de modo que el resultado en términos de mejora de garantías de los trabajadores ocupados en ciertas contrataciones se podría hacer perceptible respecto al más claramente limitado alcance de las garantías previstas en el art. 42 ET. Es en este sentido, creo, que se subraya que tras la sentencia TJUE se podría ver, en bastantes casos, superada en la orientación jurisprudencial y legislativa reflejada en el apartado 6 del art. 42 ET³⁵. Se trata, como es sabido, de un apartado incorporado por la reforma laboral de 2021, con el objetivo de clarificar la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de empresas contratistas, pero sin imponer, siempre y para todos los

32 STJUE 17-3-2022 (C-232/20)

33 El citado art. 16 se remite a los arts. 6 y 8 de la misma Ley 11/1994, que exigen la concurrencia de causa temporalidad ex art. 15 ET y prohíben los contratos de puesta a disposición para sustituir a trabajadores en huelga, para realizar trabajos especialmente peligrosos para la seguridad y salud, para cubrir puestos de trabajo en empresas usuarias que los hubiese amortizado por determinadas decisiones extintivas o, en fin, para ceder a trabajadores a otras "ETTs".

34 Cfr., entre otras, SSTs 4-7-2006 (Rº 1077/2005); 29-9-2006 (Rº 2691/2005); 3-11-2008 (Rº 1697/2007); 19-2-2009 (Rº 2691/2005); 2-12-2021 (Rº 4701/2018); 23-4-2023 (Rº 2935/2020); 20-3-2024 (Rº 134/2022).

35 En esta línea, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Los trabajadores...", cit.

casos, una equiparación en cuanto al convenio aplicable en la empresa principal³⁶, pudiendo incluso el convenio de empresa de la contratista tener prioridad aplicativa en materia salarial³⁷.

La apuntada reflexión sobre el art. 42.6 ET será pertinente partiendo de que, en efecto, se aprecie un supuesto en que concurra una puesta a disposición en los términos que cabe inferir de la doctrina del TJUE y, por tanto, trasladado a nuestro ordenamiento, una cesión ilegal de trabajadores. Sin embargo, lo que no parece de recibo es que, como se desprende de alguna otra STSJ de Madrid reciente³⁸, la doctrina del TJUE se pueda utilizar simplemente como una referencia hermenéutica para desplazar la determinación del convenio colectivo aplicable que pueda derivarse de las pautas del art. 42.6 ET, aludiendo a la igualdad de trato ex art. 5 de la Directiva en materia de “ETTs”, mas sin que en el caso concreto se invocase nada respecto a una posible situación de mera puesta a disposición; circunstancia que, en buena medida, parece presumirse por parte del órgano judicial por tratarse de una contrata en la que interviene una empresa de servicios y desarrollando el trabajador funciones como conserje en una comunidad de propietarios. Ciertamente, se trataría de uno supuestos en que parece imponerse particularmente una valoración de la licitud o no de la contrata a la luz de las pautas de la reciente STJUE, pero no en todos los supuestos que respondan a perfiles semejantes tiene por qué darse el mismo de “grado de subordinación” —utilizando la expresión de dicha STJUE— del trabajador a cada una de las organizaciones intervinientes; lo que —volviendo a utilizar palabras del TJUE— “debe apreciarse, en cada caso concreto, en función del conjunto de elementos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes”.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Contratas intensivas en mano de obra y la (alargada) sombra de la cesión ilegal”, en (AAVV): *Desafíos emergentes de la descentralización productiva laboral*, Tirant lo Blanch, 2024.

- “Los trabajadores de una empresa contratista pueden reclamar las condiciones laborales de la principal si está bajo su poder de dirección y control (STJUE 24/10/24): <https://ignasibeltran.com/2024/10/25/los-trabajadores-de-una-empresa-contratista-pueden-reclamar-las-condiciones-laborales-de-la-principal-si-estan-bajo-su-poder-de-direccion-y-control-stjue-24-10-24/>

36 Cfr. SSTS 12-3-2020 (Rº 209/2018); 11-6-2020 (Rº 9/2019); 12-2-2021 (Rº 2839/2019) y 11-11-2021 (Rº 3330/2019). Considerando que la reforma introducida en 2021 estaría recogiendo esta jurisprudencia, entre otros, LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 54; THIBAUT ARANDA, J.: “Las condiciones aplicables a los trabajadores empleados en las contratas”, Trabajo y Empresa, Nº 1, 2022, pág. 119.

37 Cfr. STS 29-1-2025 (Rº 202/2024).

38 STSJ Madrid 6-11-2024 (Rº 538/2024).

- “Reacciones al caso Omnitel: primeras contrataciones equiparables a ETT (STSJ Madrid 4/12/24)” <https://ignasibeltran.com/2024/12/13/reacciones-al-caso-omnitel-primeras-contratas-equiparables-a-ett-stsj-madrid-4-12-24/>.

DURAN LOPEZ, F.: “Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, a propósito de la reciente sentencia del TJUE”, (22-11-2014): https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/prestacion-servicios-empresas-cesion-trabajadores-proposito-reciente-sentencia-tjue.

GARCIA MURCIA, J.: “El trabajo en contrataciones y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de Política Social*, Nº 130, 1981.

GOERLICH PESET, J.M.: “Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo”, *Información Laboral*, Nº 6, 2014.

- “Los límites de la regulación de las contrataciones y subcontratas”, en (AAVV): *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

JURADO SEGOVIA, A.: “La distinción entre contratación lícita y cesión ilegal de trabajadores”, *Trabajo y Empresa*, Nº 1, 2022,

LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022.

MARTIN VALVERDE, A.: “Interposición y mediación en el contrato de trabajo. Análisis del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre”, *Revista de Política Social*, Nº 91, 1971.

- “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, (AAVV): *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1988.

MOLERO MANGLANO, C.: “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?”, *Actualidad Laboral*, Nº 21, 2006.

NORES TORRES, L. E.: “Cesión de trabajadores: concepto y régimen”, en (AAVV): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “A propósito de la STJUE de 24 octubre: la posible aplicación a determinadas contrataciones de la directiva sobre empresas de trabajo temporal” (13-11-2024): <https://www.oleartabogados.com/stjue-directiva-empresas-trabajo-temporal-contratas/>

RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma laboral de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995.

- “La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Nº 15, 2007.

SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J. M.: "Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores", (AAVV): *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Comentario al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Cesión de trabajadores", en (AAVV): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2007.

THIBAUT ARANDA, J.: "Las condiciones aplicables a los trabajadores empleados en las contratas", *Trabajo y Empresa*, Nº 1, 2022.

VALDES DAL-RE, F.: "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia", *Relaciones Laborales*, Nº 12, 2007.

