

La distinción entre contrata lícita y cesión ilegal de trabajadores

Ángel Jurado Segovia

Profesor Contratado Doctor (acreditado a Titular)
Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO NORMATIVO. 2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. 2.1. La infraestructura empresarial y el ejercicio de los poderes empresariales. 2.2. Otros criterios o indicios. 3. ALGUNAS CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: En este estudio se aborda la cuestión de la compleja frontera desde el punto de vista jurídico-laboral de las lícitas contrataciones de obras o servicios entre empresas y la cesión prohibida de trabajadores. Tras una reseña y valoración de los criterios que ofrece la ley a efectos de tal distinción, se presta especial atención a los criterios e indicios que viene manejando una jurisprudencia muy llena de matices. El estudio se cierra con una conclusión y reflexiones finales en las que el autor hace una valoración esencialmente positiva del resultado que se desprende de la jurisprudencia sobre esta compleja cuestión.

Palabras clave: Contratas; cesión ilegal de trabajadores; infraestructura y poderes empresariales; criterios jurisprudenciales.

ABSTRACT: This study addresses the question of the complex boundary, from the point of view of labour law, of lawful outsourcing and the prohibited supply of employees. After a review of the criteria offered by the law for this purposes, special attention is paid to the criteria that have been used by case law, which is full of nuances. The study closes with conclusions and final reflections in which the author makes an essentially positive assessment of the result that emerges from the case law on this complex issue.

Key words: Outsourcing; illegal supply of employees; employers infrastructure and powers; case law criterion.

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO NORMATIVO

Cualquier estudio relativo a la regulación contenida en el ordenamiento laboral español en punto a las contrataciones de obras o servicios hace necesaria la referencia a otra institución jurídico-laboral íntimamente relacionada, cual es la cesión ilegal de trabajadores. Y es que el legislador no sólo ha manifestado una preocupación por garantizar ciertos derechos de los trabajadores empleados en las contrataciones (art. 42 ET), sino también, paralelamente, por evitar que las contrataciones, en principio perfectamente lícitas, enmascaren otras prácticas prohibidas por el ordenamiento jurídico (art. 43 ET). En este sentido, el legislador español ha mostrado tradicionalmente una actitud de desconfianza con respecto a los fenómenos de cesión de mano de obra y sólo a partir de Ley 14/1994 se legalizaron las denominadas Empresas de Trabajo Temporal. Con la excepción de la actividad desarrollada por estas empresas debidamente autorizadas, el art. 43 ET ha venido recogiendo una prohibición de aquella actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos a otras empresas.

Sucede, con todo, que desde hace tiempo se viene advirtiendo que, en la práctica y en no pocas ocasiones, puede resultar notablemente complejo distinguir entre una lícita contratación de obras o servicios y una cesión de trabajadores prohibida por la ley¹. 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 también sería manifestación elocuente la aparición de las denominadas empresas multiservicios². En este contexto, fue particularmente con ocasión de la reforma laboral de 2006 que se hizo patente una mayor preocupación del legislador por trazar una frontera entre las contrataciones y las meras puestas a disposición de mano de obra ilegales³. 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”*. Sin perjuicio del loable esfuerzo en aras de superar la parquedad de anteriores previsiones estatutarias con el objetivo de atender a esa distinción, cuya complejidad, como se decía, ha ido en aumento, lo cierto es que su

- 1 Por todos, GARCIA MURCIA, J.: “El trabajo en contrataciones y la cesión ilegal de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de Política Social*, nº 130, 1981, pág. 11.
- 2 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).
- 3 Sobre el proceso de concertación social —Gobierno y agentes sociales— que llevó a dicha reforma a intervenir sobre esta materia, PEREZ GUERRERO M^a. L y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Contrataciones y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006”, *Temas Laborales*, nº 85, pág. 115 y ss.

plasmación legal no ha resultado muy afortunada. Sobre todo porque se ha querido aquilatar un concepto más o menos categórico de cesión ilegal a partir de algunos de los criterios y/o conclusiones que cabría extraer de la doctrina jurisprudencial en la materia⁴, la cual no ha venido operando, sin embargo, sobre la base de unos criterios o elementos formulados con valor constitutivo, sino mayormente a modo de criterios orientativos e indicios, lo que restaría bastante operatividad a la definición legal ensayada⁵, cuyo tenor presenta, además, un cierto aire tautológico.

Más específicamente, la utilización en el art. 43.2 ET de las expresiones “*en todo caso*” y “*alguna de las siguientes circunstancias*” podría dar a entender que se ha querido establecer una serie de presunciones que comportasen un método de calificación no convergente con el que desprendía de la “*jurisprudencia indiciaria*”⁶. La jurisprudencia había venido apostando, en efecto, por una aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes entre sí, sino complementarios y tienen un valor indicativo u orientador⁷. Por el contrario, a tenor del art. 43.2 ET, y de la “*autonomía tipificadora*” de las circunstancias en él enumeradas, para declarar la concurrencia de una cesión ilegal de trabajadores podría bastar con un juicio centrado en torno a sólo una de las circunstancias enumeradas, despreciando la valoración de otros elementos tal vez también merecedores de ser tenidos en cuenta⁸. Por lo demás, algunas de las referencias contenidas en el art. 43.2 ET, como especialmente las que aluden a <<*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*>>, no parecen aportar, en realidad, demasiado desde el punto de vista calificador, más allá de hacer alusión al resultado prohibido por la ley⁹. No debe extrañar, por tanto, que, desde un primer momento tras la reforma, algunos autores apostasen por la no producción de un cambio relevante de método en la doctrina de los tribunales¹⁰, como, de hecho, así ha acontecido al menos por lo que se refiere a la jurisprudencia del TS, que sigue siendo de capital importancia a la hora de trazar

4 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*”.

5 En esta línea, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La reforma laboral de 2006: un análisis crítico del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo”, en (AAVV): *La reforma laboral de 2006. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 54 y 55.

6 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. 2 y ss (versión digital).

7 Cfr., entre otras, SSTS 16-6-2003 (Rº 3054/2001) y 3-10-2005 (Rº 3911/2004).

8 En esta línea, destacando que la disposición legal parece apartarse de la jurisprudencia de indicios precedente para dotar de “*autonomía tipificadora*” a cada una de las circunstancias previstas legalmente, VALDES DAL-RE, F., op. cit., p. 6 y 7.

9 En esta línea, MOLERO MANGLANO, C., op. cit., pág. 6. Y haciendo también una valoración negativa del art. 43.2 ET, entre otras cuestiones, por no tener en cuenta que los criterios manejados por la jurisprudencia no son excluyentes, así como por hacer referencias que no aportan criterios calificadores, RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: “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, pág. 13 y ss.

10 Cfr. MOLERO MANGLANO, C., op. cit., pág. 6 y ss.; VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 7 y 8.

una distinción cabal entre la contrata lícita y la cesión prohibida¹¹. Tras la reforma de 2006, la jurisprudencia ha seguido apelando a la necesidad de tomar en consideración diversos criterios de valoración complementarios que operan muchas veces con valor un indicativo u orientador¹².

A nivel normativo cabe identificar alguna otra previsión relacionada con la distinción entre, en este caso, negocios jurídicos habituales en el ámbito del sector público y la cesión ilegal de mano de obra. Se trata más bien de indicaciones dirigidas a los gestores públicos en aras de evitar que figuras tales como los contratos públicos de servicios puedan comportar una cesión ilegal. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, alude, en efecto, a que los *“responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”* (art. 308.2) y a que *“se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones”* (art. 312.f). A propósito de estas disposiciones, se ha hablado de una cierta banalización de los indicios de cesión ilegal¹³, pero el hecho de que la principal norma encargada de ordenar la contratación administrativa haga referencia a esta cuestión parece traer causa en la notable trascendencia o repercusión que ha adquirido la misma en dicho ámbito. Ciertamente, a la luz de las bases de datos jurisprudenciales, puede afirmarse que la conflictividad en torno a la existencia de posibles situaciones de cesión ilegal de trabajadores se concentra en un alto porcentaje en la contratación de obras o servicios por parte de organismos públicos, no apreciándose, con todo, diferencias significativas en cuanto a los principales criterios tomados en consideración por la jurisprudencia a la hora determinar la concurrencia de un supuesto de cesión ilegal, ya sea en la esfera de las contratas privadas o públicas¹⁴. A tales criterios jurisprudenciales nos referimos con cierto detenimiento en el análisis subsiguiente.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

2.1. La infraestructura empresarial y el ejercicio de los poderes empresariales

De la jurisprudencia obrante hace ya unas décadas se desprende la idea de que una empresa para actuar como verdadera contratista y no incurrir en cesión ilegal

11 En esta línea, CEINOS SUAREZ, A.: “La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, nº 143, 2019, págs. 138-141.

12 Cfr., por ejemplo, STSS 2-11-2016 (Rº 2779/2014) y 8-7-2020 (Rº 14/2019).

13 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, pág. 31.

14 Cfr. CEINOS SUAREZ, A., op. cit., pág. 149 y 150.

debe ser una empresa con entidad real y no una mera empresa “ficticia” o “aparente”, con lo que parecía centrarse la atención —si no exclusiva al menos primordialmente— en que la misma contase con el patrimonio, la infraestructura y los medios necesarios —vgr. instalaciones, maquinaria, herramientas— para desarrollar una actividad empresarial y ejecutar la actividad objeto de la contrata, pues de lo contrario quedaría puesto de manifiesto que la actividad desarrollada por la contratista consiste simplemente en una puesta a disposición de trabajadores al comitente¹⁵. En esta misma línea, en la jurisprudencia más reciente cabe también identificar algunos supuestos en que, para la calificación de cesión ilegal y a la luz de los criterios del vigente art. 43.2 ET, se resaltó fundamentalmente que la contratista no contaba con ninguno de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión, ni disponía de una organización propia y estable a esos efectos¹⁶. Y a la importancia que puede adquirir este criterio relativo a los medios necesarios, la jurisprudencia añade, además, una precisión en el sentido de que *“cualquiera que sea el título que permita a la subcontratada la utilización y disposición de esos medios, debe corresponder necesariamente a un negocio jurídico real y conforme a derecho, ajeno a cualquier intento de simulación o fraude con la utilización de subterfugios (...), dirigida a encubrir la mera y simple cesión gratuita de esos medios materiales por parte de la empresa principal, o de terceras empresas interpuestas con esa misma finalidad defraudatoria”*. Si bien, por ello y al mismo tiempo, que la contratista compre o alquile herramientas o instrumentos a la principal, cuyo precio es descontado del conjunto de la facturación de la contrata, no se ha entendido como determinante para hablar de cesión ilegal, pues de tal circunstancia no cabe deducir que estemos ante un negocio jurídico ficticio o simulado¹⁷.

Dicho lo anterior, junto a la idea del empresario “aparente” se han ido consolidando progresivamente otros criterios de valoración que, en cierto modo, han matizado tal idea en un doble sentido. De un lado, se ha considerado que la existencia de una empresa real no excluye que en un momento determinado actúe como mero suministrador de mano de obra. Y, por otra parte, también son posibles otros supuestos en que la aportación por parte de la contratista de una infraestructura mínima o inapreciable no significa necesariamente que concurra una cesión ilegal de trabajadores, pues, como ha señalado la jurisprudencia, hay actividades productivas que pueden ser objeto lícito de contratación y no requieren la aportación de una infraestructura material relevante¹⁸.

15 Cfr., en esta línea, SSTS 7-3-1988 (RJ 1863) y 17-1-1991 (RJ 58); 17-7-1993 (Rº1712/1992). Una jurisprudencia que parece bastante influenciada por doctrina anterior del Tribunal Central del Trabajo. Cfr. SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTÍNEZ, 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, págs. 111

16 Cfr., por ejemplo, STS 26-10-2016 (Rº 2913/2014).

17 Cfr. SSTS 8-9-2020 (Rº 25/2019) y 10-6-2020 (Rº 237/2018).

18 Cfr., entre otras, STS 10-6-2020 (Rº 237/2018).

Centrándonos ahora en esta última perspectiva, no cabe, de entrada, identificar la exigencia de que la empresa contratista cuente con los medios e infraestructura necesaria con la imposibilidad de que la contrata se desarrolle en los locales o centros de trabajo de la empresa principal. De las pautas jurisprudenciales no cabe, en efecto, deducir que ello sea siempre relevante a efectos de calificar una contrata como cesión ilegal de mano de obra, pues la valoración dependerá, entre otros posibles factores, de cuál sea la actividad objeto de la contrata¹⁹. Y ocurre en general que la delimitación de lo que cabe entender por empresario "*aparente*" no se puede sino afrontar de forma muy apegada a las características de cada caso concreto, pues la valoración no puede seguir las mismas pautas en una contrata de, por ejemplo, servicios de limpieza o seguridad, que en una contrata de producción fabril²⁰. En este sentido, en la jurisprudencia se identifican algunos supuestos en que se ha descartado la existencia de cesión ilegal considerando expresamente la simpleza o escasa relevancia de los medios materiales necesarios para ejecutar la actividad contratada²¹. A lo que cabe añadir que, a la hora de enjuiciar la entidad de una organización empresarial, también puede jugar un papel relevante lo intangible; esto es, todo aquello que puede englobarse bajo la idea de "*know-how*", cuya aportación a la contrata, junto con otros elementos que denoten el ejercicio de los poderes empresariales por la contratista, puede resultar suficiente para excluir la existencia de cesión ilegal²². De hecho, esta es la orientación que parece, asimismo, poder detectarse en la doctrina judicial que ha aludido a la idea de "*actividad laboral organizada*" para justificar la licitud de contratas con escasa relevancia material²³; una línea de tendencia que también cabe apreciar en la jurisprudencia del TS, tal y como se podrá ir observando a largo de estas páginas²⁴.

Así, que, en el marco de una contrata de un servicio de incidencias en redes telefónicas y telemáticas, la principal aportase ordenadores y ciertos equipos informáticos utilizados por los trabajadores de la contratista no se consideró determinante en tanto que ésta última había puesto a disposición otros elementos materiales —muebles dotados con mobiliario y líneas telefónicas a su cargo—, además de haber puesto su organización empresarial al servicio de la ejecución de la contrata²⁵. Y,

19 Cfr., por ejemplo, SSTS 16-6-2003 (Rº 3054/2001); 25-11-2009 (Rº 81/2018) y STS 24-5-2022 (Rº 694/2020). En la doctrina, descartando que la contrata se ejecute en el centro de trabajo de la principal sea un elemento en sí mismo relevante para valorar la existencia de cesión ilegal, SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., pág. 110.

20 Cfr., reflexionando en esta línea, SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., pág. 112 y 117.

21 Cfr. SSTS 17-12-2001 (Rº 244/2001) y 27-9-2011 (Rº 4095/2010).

22 Cfr., en esta línea GOERLICH PESET, J.M., op. cit, pág. 29.

23 Cfr. LLANO SANCHEZ, M.: "Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo", Relaciones Laborales, nº 2, 2006, págs. 6 y 10.

24 Por hacer referencia expresa al "*know-how*", baste ahora citar las SSTS 10-1-2017 (Rº 1670/2014) y 25-11-2019 (Rº 81/2018).

25 STS 10-1-2017 (Rº 1670/2014). En la misma línea, en supuestos que guardan cierta similitud, SSTS 8-1-2019 (Rº 3784/2016) y 9-1-2019 (Rº 108/2018). Considerando, asimismo, que estamos ante una contrata lícita, pues las herramientas que utilizaban los trabajadores eran propiedad de la contratista,

con la misma orientación, el que, como consecuencia de la externalización del servicio de atención farmacéutica en un centro de personas mayores, los trabajadores de la contratista se ubicasen en dicho centro y utilizarasen ordenadores y programas informáticos de la comitente, no se consideró trascendente, pues, dada la índole del servicio contratado, la atención a los usuarios exigía tal ubicación y acceder a datos recogidos en tales programas informáticos, organizando la contratista el resto de elementos para ejecutar, a través de sus trabajadores, el servicio contratado²⁶. De este modo, el propio objeto de la contrata, que puede requerir una cierta atención personalizada a un tercero-cliente, hace natural y lógico no dar trascendencia a que se utilicen herramientas y programas tecnológicos de la principal, en tanto que es esa atención la que hace necesaria acceder a información en posesión de la principal y relativa a dicho tercero-cliente, a los servicios contratados por él y a la forma de prestarle el servicio²⁷. Esta referencia a algunas decisiones jurisprudenciales bastante recientes sirve, en buena medida, para confirmar la observación formulada por la doctrina en el sentido de que la aportación de infraestructura y medios por parte de la empresa principal no convierte necesariamente a la contrata en un fenómeno de interposición ilícito, sino que habrá que valorar la entidad de dicha aportación y compararla, en su caso, con la efectuada por el contratista y con la organización con la que ésta actúa para ejecutar la actividad contratada²⁸.

Y enlazando con lo anterior, como se apuntaba más arriba, la tesis del empresario “*aparente*” o “*ficticio*” también habría sido matizada en otro sentido, pues, según una reiterada consideración jurisprudencial, no basta la existencia de una empresa real para excluir la interposición ilícita, sino que es la actuación empresarial en el marco de la contrata en relación con los poderes de organización y dirección, lo que deviene, aun en el caso de empresas reales y solventes, un elemento esencial²⁹. Lo que, asimismo, engarza con aquella extendida consideración jurisprudencial en el sentido de que la esencia de la distinción entre la contrata y la cesión ilegal radica en que la organización de la empresa contratista se haya puesto “*en juego*” o “*a contribución*”³⁰. Por ello, coincidiendo con otros autores, cabe afirmar que, más allá del concreto alcance que se le atribuya a la idea de empresa “*aparente*”, en un buen número de casos el aspecto más determinante para distinguir entre la verdadera contrata y la pseudocon-

no resultando relevante que otros materiales fuesen de la principal, STS 8-7-2020 (R° 14/2019). Y con la misma orientación cabe citar también la STS 10-6-2020 (R° 237/2018) y la STS 4-10-2022 (R° 2498/2021).

26 STS 25-11-2019 (R° 81/2018).

27 Cfr., en esta línea, SSTS 15-4-2010 (R° 2259/2009) y 10-1-2017 (R° 1670/2014).

28 SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., p. 117.

29 En esta línea, entre las primeras sentencias que fueron asentando esta línea interpretativa, cabe citar las SSTS 16-2-1989 (RJ 874) y 19-1-1994 (R° 3400/1992). Y en la jurisprudencia reciente, aludiendo a esta idea, véase, por ejemplo, SSTS 9-1-2019 (R° 108/2018); 8-7-2020 (R° 14/2019) y 12-1-2022 (R° 1903/2020).

30 Cfr., entre otras, SSTS 12-12-1997 (R° 3153/1996); 14-3-2006 (R° 66/2005); 19-6-2012 (R° 2200/2011); 9-1-2019 (R° 108/2018) y 24-5-2022 (R° 694/2020).

trata ilícita es la valoración, también a menudo compleja, de quién organiza, dirige y controla la actividad de los trabajadores ocupados en la contrata³¹. La jurisprudencia más reciente resulta elocuente en este sentido y ofrece algunas orientaciones indicativas cuando afirma que se trata de discernir si la empresa contratista mantiene la dirección y organización de la actividad laboral, sin trasladar tales facultades a la principal, lo que, en la práctica, se traduce en que sea dicha contratista quién adopte decisiones en materia tales como: *"distribución de tareas, determinación de los turnos, vacaciones, descansos, aplicación de las facultades disciplinarias"*³². Con todo, a pesar de estas indicaciones, la valoración de este otro criterio también se revela, como se apuntaba, compleja y está llena de matices.

Así, según se colige de la jurisprudencia, que la empresa contratista disponga entre su personal de unos coordinadores o supervisores del resto del personal encargado de ejecutar las tareas objeto de la contrata puede ser indicativo de que la contratista ostenta una capacidad organizativa y directiva relevante³³. Sin embargo, la jurisprudencia también ha destacado en alguna ocasión que tales figuras pueden revestir a veces un carácter meramente formal, carente de suficientes contenidos o con unas funciones no demasiado diferenciadas de las que ejerza la empresa comitente³⁴. Y, por ello, a pesar de la existencia de una coordinadora de la empresa contratista, se resaltó la especial relevancia de que dicha coordinadora, a efectos de concretar las funciones a realizar, actuase en continuo contacto y bajo la supervisión de una coordinadora de la comitente, presente durante toda la jornada laboral en las dependencias donde se prestaba el servicio³⁵. A la luz de ello y de alguna otra sentencia, parece que se trataría de valorar si, efectivamente, tales coordinadores o supervisores de la contratista tienen o no un cierto margen de decisión para, por ejemplo, asignar tareas o concretar determinados aspectos del trabajo a realizar y controlar su cumplimiento³⁶.

Por otra parte, ocurre que en la esfera de las facultades empresariales de organización y dirección se entremezclan a menudo y sin una fácil delimitación aspectos de índole más técnica y otras decisiones que son manifestaciones del poder de dirección más típicamente laboral. En este último sentido, de la jurisprudencia reciente se puede deducir la relevancia que adquiere que la determinación y supervisión de cues-

31 Cfr., en esta línea, LLANO SANCHEZ, M., op. cit., págs. 3, 6 y 10; RODRIGUEZ RAMOS, M. J., op. cit., págs. 16 y 26.

32 Cfr. STS 24-5-2022 (Rº 694/2020), con citas de otras SSTS recientes.

33 Cfr., en la jurisprudencia reciente, entre otras, SSTS 10-1-2017 (Rº 1670/2014); 8-1-2019 (Rº 3784/2016); 9-1-2019 (Rº 108/2018); 14-1-2020 (Rº 126/2019); 12-1-2022 (Rº 1903/2020); 24-5-2022 (Rº 694/2020).

34 Cfr., en esta línea, SSTS 17-7-1993 (Rº 1712/1992); 8-3-2011 (Rº 791/2010); 20-10-2014 (Rº 3291/2013) y 26-10-2016 (Rº 2913/2014).

35 STS 20-10-2014 (Rº 3291/2013).

36 En la jurisprudencia reciente, negando la existencia de cesión ilegal, destacando entre otras circunstancias que eran las subcontratistas las que distribuían el trabajo entre sus operarios, SSTS 8-7-2020 (Rº 14/2019) y 8-9-2020 (Rº 25/2019).

tiones relativas a jornada, horarios —y su registro y control—, permisos, vacaciones, etc., de los trabajadores ocupados de la contrata se lleve a cabo por la contratista³⁷. Es cierto que, en ocasiones, estas funciones pueden ser consideradas insuficientes o meramente accesorias a la simple aportación de mano de obra, ante la constatación de que la contratista no aporta medios materiales ni una estructura organizativa relevante para llevar a cabo la actividad contratada³⁸. Mas descartado que se trate de un supuesto que, cuando menos, se aproxime a la idea de empresario “*aparente*”, no parece, como ya apuntó hace tiempo la doctrina, que el elemento 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 contratada³⁹. Particularmente expresiva en este sentido resulta la doctrina de algún TSJ, a cuyo entender habría actividades que, cuando se subcontratan, requieren inevitablemente instrucciones y controles por parte de la principal para garantizar que el producto o servicio responde a sus pautas técnicas y/o comerciales; lo que no implica cesión ilegal, siempre y cuando la contratista conserve un cierto margen propio de autonomía para organizar el trabajo en cuestiones tales como las referidas al tiempo de trabajo⁴⁰.

Al hilo de lo anterior, de varios pronunciamientos del TS se puede colegir que el Tribunal lleva a cabo una suerte de cotejo entre las funciones organizativas y directivas que en el caso concreto son asumidas por la contratista y por la principal⁴¹, lo que ya de por sí denota un reconocimiento, al menos implícito, de que el criterio relativo al ejercicio del poder de dirección admite gradaciones. En algunas de tales sentencias recientes, se concluye que las facultades ejercidas por la contratista —concesión de vacaciones, permisos, imposición de sanciones, cierta formación— resultaban muy escasas en comparación con las ejercidas por la comitente, que era la que daba directamente órdenes específicas sobre el trabajo diario a realizar⁴². No obstante, de algunas otras sentencias, también cercanas en el tiempo, cabe resaltar que el Alto Tribunal, para descartar la existencia de cesión ilegal, haya puesto particularmente el acento en aspectos como el papel desarrollado por los coordinadores de la contratista y en las decisiones y funciones de ésta en extremos relativos al tiempo de trabajo y su control, añadiéndose, además, en algunos casos, que la conclusión sobre la

37 Cfr., entre otras, SSTS 2-11-2016 (Rº 2779/2014); 10-1-2017 (Rº 1670/2014); 9-1-2019 (Rº 108/2018); 8-9-2020 (Rº 25/2019); 10-6-2020 (Rº 237/2018); 12-1-2022 (Rº 1903/2020); 24-5-2022 (Rº 694/2020) y 4-10-2022 (Rº 2498/2021).

38 Cfr., por ejemplo, el supuesto resuelto por la STS 26-10-2016 (Rº 2913/2014).

39 Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, M. J., op. cit., pág. 27. Ya en la década de los 80, se advertía por la doctrina que, aunque debe ser el contratista el que ostente la dirección de los trabajos, a veces puede ser el empresario principal quien ejerza ciertas funciones, si así lo exige el trabajo 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.

40 Cfr., entre otras, SSTSJ Galicia 5-6-2014 (Rº 898/2014), 4-2-2016 (Rº 5102/2015); 29-3-2021 (Rº 2758/2020).

41 En esta misma línea, LLANO SANCHEZ, M., op. cit., pág. 6.

42 SSTS 16-5-2019 (Rº 3861/2016 y Rº 4082/2016), con votos particulares discrepantes.

inexistencia de cesión ilegal no quedaba desvirtuada *“por circunstancias que son propias y definitorias de la relación existente entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como lo son el 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”*⁴³. Es decir, una orientación interpretativa que se movería en la misma línea que la doctrina judicial antes apuntada; a saber: siempre dentro de ciertos límites, la prohibición de cesión de mano de obra ex art. 43 ET no debe obstar a una natural y consustancial coordinación técnica ejercida por las empresas comitentes en las contrata de diversa índole. Aunque también es cierto que, como se ha advertido doctrinalmente, no siempre resultara fácil determinar dónde están los límites entre las instrucciones de carácter técnico y/o de coordinación y aquellas otras que suponen una injerencia en los poderes directivos del empresario⁴⁴.

Y, conectado a lo anterior, se puede también plantear la dificultad de determinar el valor que adquieren otras posibles circunstancias que guardan relación, asimismo, con los poderes empresariales y tienen que ver con decisiones o funciones relativas a la selección, formación, evaluación, etc., de los trabajadores de la contratista. Jurisprudencialmente, se ha destacado que difícilmente puede ejercer como verdadero empresario quien tiene fuertemente limitadas sus facultades en la selección del personal ocupado en la contrata⁴⁵, otorgándose cierta relevancia, en esta línea, a que el comitente se reservase facultades de control de idoneidad y de rechazo de los trabajadores de la contratista⁴⁶. Mas, no es menos cierto que en tales casos esas funciones de la empresa principal iban, en buena medida, acompañadas de la ausencia de otros elementos materiales, organizativos y de dirección relevantes aportados por la contratista⁴⁷. Y, por ello, dicha jurisprudencia no sería probablemente incompatible con el criterio que también se desprende de algunas otras sentencias del TS, en el sentido de que, siempre que la empresa contratista aporte cierta infraestructura y

43 STS 12-1-2022 (Rº 1903/2020). Resolviendo en el mismo sentido en supuestos muy semejantes o asimilables, SSTS 12-1-2022 (Rº 1307/2020); 21-1-2022 (Rº 553/2020) y 24-5-2022 (Rº 694/2020). En la misma línea, cabe citar otras sentencias anteriores, como, por ejemplo, la STS 10-6-2020 (Rº 237/2018) en que, pese a considerarse esencial verificar el ejercicio del poder de dirección empresarial por la contratista, también se afirma que la contratista deberá atenerse a las órdenes e instrucciones que establezca la empresa principal que ha contratado sus servicios y retribuye sus servicios.

44 Cfr., en esta línea, SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J. M., op. cit., pág. 114; LLANO SANCHEZ, M., op. cit., pág. 8

45 Cfr. STS 17-7-1993 (Rº 1712/1992) y 17-12-2001 (Rº 244/2001).

46 Cfr. SSTS 20-10-2014 (Rº 3291/2013) y 16-5-2019 (Rº 3861/2016 y Rº 4082/2016).

47 Además de la SSTS citadas en las dos notas al pie precedentes, véase también, por ejemplo, las SSTS 19-1-1994 (Rº 3400/1992) y 6-5-2020 (Rº 2414/2017) en las que, junto con la formación impartida directamente por la principal, se constata que la ejecución de la actividad contratada se llevaba a cabo fundamentalmente a través de los medios materiales y otras directrices organizativas de dicha principal.

organización, no constituye indicio relevante de cesión ilegal el hecho de que la empresa principal se reserve, por ejemplo, funciones de determinación del perfil de los trabajadores ocupados en la contrata o de formación y de control de cómo estos ejecutan sus servicios, en tanto que, nuevamente, se reputan como funciones “*necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata*”⁴⁸.

2.2. Otros criterios o indicios

De un repaso a la jurisprudencia obrante en la materia cabe deducir que en ocasiones se han manejado otros criterios o indicios adicionales para declarar la existencia de cesión ilegal, si bien su pertinencia y/o significación sería, a mi juicio, menor por las razones que a continuación se apuntan.

Tal es lo que ocurriría con la denominada autonomía técnica de la contrata. Aunque no resulta fácil deducir este criterio de los elementos plasmados en el art. 43.2 ET para diferenciar la contrata y la cesión ilegal, ni de acotar con demasiada precisión a qué se refieren los tribunales cuando aluden a ello⁴⁹, parece que con tales referencias se plantea 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 misma⁵⁰. Así, la falta de autonomía técnica se habría destacado cuando las funciones desarrolladas por los trabajadores de la contratista no se distinguían, sino que se confundían y mantenían una identidad básica con las de los funcionarios de la Administración que actuaba como comitente⁵¹. Y, en esta misma línea, la falta de autonomía y diferenciación del objeto de la contrata se habría subrayado cuando consistía en el suministro de personal de cabina de vuelo a una empresa de aerolíneas, produciéndose una confusión de plantillas y funciones entre los trabajadores contratados por cada una de las empresas, asumiendo la empresa principal la organización de todo el personal de cabina y un control inmediato, directo y constante de la ejecución de su labor⁵².

48 STS 8-1-2019 (R° 3784/2016). Con una orientación semejante, cabe citar, asimismo, las SSTS 2-11-2016 (R° 2779/2014); 10-1-2017 (R° 1670/2014); 9-1-2019 (R° 108/2018); 8-9-2020 (R° 25/2019); 24-5-2022 (R° 694/2020) y 4-10-2022 (R° 2498/2021).

49 Cfr., en esta línea, BELTRAN DE HEREDIA, I. (2017): “Cesión ilegal (y carga de la prueba) y autonomía técnica de la contrata” (<https://ignasibeltran.com/2017/01/16/cesion-ilegal-y-carga-de-la-prueba-y-autonomia-tecnica-de-la-contrata/>).

50 Así puede deducirse de la lectura conjunta de diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Cfr., entre otras, SSTS 17-01-2002 (R° 3863/2003), 3-10-2005 (R° 3911/2004); 14-3-2006 (R° 66/2005); 19-6-2012 (R° 2200/2011); 8-7-2020 (R° 14/2019) y 10-6-2020 (R° 237/2018).

51 STS 19-6-2012 (R° 2200/2011).

52 SAN 17-3-2021 (R° 265/2020).

Ahora bien, dicho lo anterior, cabe realizar algunas puntualizaciones sobre el alcance de estas referencias en la calificación de cesión ilegal. Y es que tales referencias evocan, en buena medida, a la jurisprudencia que ha intentado precisar la noción de contrata de *"propia actividad"* a efectos de las responsabilidades solidarias ex art. 42.1 ET; esto es, las contrata que conciernen de forma inherente al ciclo productivo de la empresa principal, afectando sensiblemente a su actividad empresarial, por incorporarse al producto o resultado final del servicio prestado al mercado por dicha empresa, por contraposición a las contrata de actividades complementarias, no indispensables o no nucleares⁵³. Pues bien, ya hace tiempo que la doctrina apuntó que la licitud de una contrata no parece que dependa de la coincidencia de actividades o de la integración de la actividad contratada en el ciclo productivo de la principal⁵⁴, de modo que la concurrencia de la nota de *"propia actividad"* no es en sí mismo determinante para la calificación de cesión ilegal, pues precisamente el art. 42 ET viene a confirmar que tales contrata pueden ser perfectamente lícitas. En este mismo sentido resulta elocuente alguna jurisprudencia reciente⁵⁵.

A pesar de la indefinición apuntada y de esa posible confusión de planos, hay quien, sin tampoco demasiada precisión, hace hincapié en la necesidad de otorgar una importancia esencial al criterio de la autonomía técnica de la contrata para distinguirla de la cesión ilegal⁵⁶. Y proyectando ello sobre un tema de actualidad, como es el de las contrata de transporte de ciertas plataformas digitales, se tiende a considerar que existiría falta de autonomía técnica y, por tanto, cesión ilegal por insertarse la contrata en el proceso productivo de la plataforma principal y presentarse la actividad de la contratista como no distinguible del negocio de la plataforma frente al cliente final⁵⁷. A mi modo de ver, sin embargo, cuando una empresa, cuya actividad se presenta —en referencia a uno de los supuestos en que la cuestión se está plateando— como una plataforma de comercio electrónico, contrata con una tercera empresa el servicio de último transporte/reparto de los productos adquiridos hasta el destinatario final, está contratando un servicio que razonablemente cabe entender que se corresponde con su *"propia actividad"*; mas de igual modo razonable resulta entender que en esa actividad la contratista puede aportar cierta especialización en la prestación de un servicio de reparto que es muy específico dentro de los procesos productivos que singularizan la actividad de la principal, más propiamente encuadrable en la comercialización y la logística (ofrecimiento de productos y ofertas, gestión de compras y pedidos, almacenaje, empaquetado, etc.). Dicha especialización de la

53 Cfr., entre otras, SSTS 18-1-1995 (R° 150/994); 24-11-1998 (R° 517/1998); 22-11-2002 (R° 3904/2001); 15-6-2017 (R° 972/2016) y 23-1-2020 (R° 2232/2017).

54 Cfr. GARCIA MURCIA, J., op. cit., pág. 24.

55 Cfr. STS 9-1-2019 (R° 108/2018) y 10-6-2020 (R° 237/2018).

56 ESTEVE SEGARRA, A.: *"Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios"*, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 50 y 51.

57 ESTEVE SEGARRA A. y TODOLI SIGNES, A.: "Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales", *Revista de Derecho Social*, nº 95, 2021, págs. 51 y 61.

empresa contratista quedaría puesta de manifiesto al centrarse exclusivamente en tales actividades de transporte —máxime si es una empresa que acredita una cierta trayectoria y que presta tales servicios para una diversidad de clientes⁵⁸—; actividades que sus propias características las hacen, en buena medida, distinguibles de aquellas otras que preceden o quedan conectadas a dicho transporte⁵⁹.

Dicho lo anterior, habría que evitar otra posible confusión de argumentos, pues cuando los tribunales aluden a la necesaria autonomía técnica de la contrata no parece que estén negando por completo la posibilidad de que la principal ejerza ciertas funciones de dirección y coordinación técnica sobre la actividad contratada. Como se apuntaba anteriormente, cabe detectar una orientación interpretativa que descarta que se pueda asimilar con automatismo el ejercicio de ciertas funciones técnicas por parte de la principal con la cesión ilegal de mano de obra. De hecho, hay doctrina judicial que viene negando la existencia de cesión ilegal, a pesar de llegar a advertir incluso una “*subordinación técnica*” de la contratista a la principal, compatible con apreciar, a través del examen de otros elementos, que la contratista goza de cierta autonomía organizativa en el desarrollo de una actividad con perfiles propios, así como en la dirección de los trabajadores empleados en tal actividad⁶⁰. A este respecto, seguramente carece de fundamento legal considerar que en las contrataciones de obras o servicios se produce un desdoblamiento de los poderes de dirección empresariales en dos sujetos, lo que no obsta para admitir que, en tales casos, las prestaciones y obligaciones laborales pueden quedar moduladas por las órdenes y directrices que el comitente emita en el marco de la relación jurídico civil o mercantil que constituye la contrata⁶¹.

Por otra parte, la asunción por la empresa contratista de un riesgo empresarial en la ejecución de la contrata también ha sido a veces destacado como criterio que puede adquirir relevancia para trazar la frontera entre la contrata lícita y la cesión ilegal⁶². Y, en este sentido, la jurisprudencia ha prestado sobre todo atención al modo de facturación fijado para la contrata, en tanto que eventualmente revelador de que la misma supone esencialmente un suministro de mano de obra y de que la contra-

58 En la jurisprudencia se ha otorgado, en ocasiones, cierta relevancia al hecho de que la contratista viniese operando en el mercado y tuviera otros clientes distintos a la empresa principal respecto de la cual se valoraba la posible cesión ilegal. Cfr. STS 7-3-1988 (RJ 1863).

59 Cfr., en esta línea, negando la existencia de cesión ilegal en contrataciones de transportes, SSTSJ País Vasco 2-5-2007 (Rº 731/2007); Galicia 1-3-2011 (Rº 4900/2010) y Cataluña 13-1-2012 (Rº 5434/2011).

60 Cfr., en esta línea, entre otras, SSTSJ Madrid 22-3-2010 (Rº 4260/2009) y 21-9-2020 (Rº 56/2020); Galicia 21-5-2014 (Rº 2770/2012) y 4-2-2016 (Rº 5102/2015); Andalucía 1-6-2017 (Rº 270/2017); Cataluña 10-3-2020 (Rº 6034/2019). Una lectura semejante parece que estaba ya presente en la doctrina del antiguo Tribunal Central del Trabajo. Cfr. SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., págs. 113 y 114.

61 Cfr., en esta línea, MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 48, 2004, pág. 138.

62 Ya en la STS 17-1-1991 (RJ 1991/58), se podía leer que existe verdadera contrata con la contratista aporta en la ejecución de la contrata su “*propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente (...) inherentes a la condición de empleador*”

tista no asume el riesgo propio del carácter de empresario⁶³. No obstante, parece que esta apreciación quedaría muy conectada y condicionada por la valoración hecha sobre otros elementos indiciarios existentes en cada caso concreto, pues cuando la contrata es poco más que la aportación de mano de obra suele ser difícil encontrar fórmulas de retribución de la misma que expresen algo diferente. Así, el sistema de precios pactado resulta, ciertamente, llamativo, por confirmador, cuando la contratista no aporta prácticamente ningún medio material para la ejecución de la contrata, tiene limitadas sus facultades para decidir cuántos trabajadores son necesarios en cada momento para ejecutarla y, a la postre, dicho sistema de precios pactado descansa expresa y fundamentalmente en los costes salariales y de Seguridad Social⁶⁴. Sin embargo, no tiene la misma significación el modo de facturación cuando, aunque el número de trabajadores ocupados en la contrata tenga cierto peso en el mismo, emergen otras circunstancias, propias o no del sistema de facturación pactado, que engarzan con otros medios, organización y costes asumidos por la contratista diferentes a la mano de obra. No se dio, así, relevancia al hecho de que el precio fijado operase conforme a un baremo operario/hora al quedar acreditado que la contratista aportaba una parte de los medios relevantes para la contrata y asumía otros costes en tal sentido⁶⁵.

De la jurisprudencia en materia de cesión ilegal se advierte, asimismo, la cierta atención que se presta a aspectos relativos a la apariencia o imagen exterior (ves-tuarios, rótulos, logotipos, tarjetas de identificación, etc.) de los trabajadores de la contratista. No obstante, en términos generales, parece que cabe afirmar que su relevancia, en cualquiera de los dos sentidos calificadores, quedaría, de nuevo, condicionada por la ponderación efectuada sobre otros elementos antes apuntados y que se reputan manifestación más elocuente de los criterios significativos: los medios y organización esenciales para ejecutar la actividad y el ejercicio de los poderes empresariales. Así, por ejemplo, no se le otorgó relevancia a que el trabajador de la contratista llevase ropa distintiva de la misma, ante la evidencia de que el mismo prestaba sus servicios sin que dicha contratista aportase ninguna otra infraestructura y bajo la dirección de los mandos de la principal⁶⁶. Por su parte, en algún otro supuesto se subrayó el hecho de que la empresa principal exigiese que los trabajadores de la contratista llevasen ropa identificativa de dicha principal, pero como elemento muy unido a que era esta empresa la que prácticamente organizaba todo el sistema de trabajo y aportaba los medios necesarios⁶⁷. Y, en fin, en la jurisprudencia reciente no se le ha dado relevancia a que los trabajadores utilizasen elementos de identificación

63 Cfr. SSTs 17-7-1993 (R° 1712/1992); 16-6-2003 (R° 3054/2001); 3-10-2005 (R° 3911/2004) y 10-6-2020 (R° 237/2018); SAN 17-3-2021 (R° 265/2020).

64 A estos perfiles responden, en gran medida, los supuestos resueltos, declarándose la existencia de cesión ilegal, por las SSTs 17-7-1993 (R° 1712/1992) y 16-6-2003 (R° 3054/2001).

65 En esta línea, en la jurisprudencia reciente, STS 9-1-2019 (R° 108/2018).

66 STS 14-9-2001 (R° 2142/2000).

67 STS 20-10-2014 (R° 3291/2013). En la misma línea, más recientemente, STS 6-5-2020 (R° 2414/2017).

de la principal al constatarse que las contratistas eran las que fundamentalmente organizaban y dirigían la actividad de tales trabajadores⁶⁸.

Con todo, también recientemente algunos autores parece que se inclinarían por darle una mayor importancia a aspectos como los señalados, poniéndolos en relación, como antes se apuntaba, con llamada autonomía técnica de la contrata, considerando que resultaría indicativo de la ausencia de tal autonomía el hecho de que los trabajadores de la contratista se presenten hacia el exterior como trabajadores del comitente⁶⁹. Pero lo cierto es que, como apuntábamos, de diversos pronunciamientos del TS se deduce que hasta ahora no se le ha dado mayor relevancia a que, por ejemplo, los trabajadores de la contratista se identificasen como de la principal o al logotipo de la misma presente en el centro de trabajo de la contratista, por cuanto ello sería lo propio ante un cliente que tiene contratados o quiere contratar servicios con la principal⁷⁰. Y, en la misma línea, en el ámbito de la externalización de servicios por parte de la Administraciones Públicas, tampoco se le ha dado mayor relevancia a que los usuarios creyesen estar relacionándose directamente con la Administración y no con los trabajadores de la empresa a la que se externalizó el servicio⁷¹.

Finalmente, el perjuicio sufrido por los trabajadores es, asimismo, resaltado a veces por los tribunales cuando declaran la existencia de cesión ilegal⁷². No obstante, de la actual jurisprudencia cabe colegir que, aunque el fin tuitivo de la prohibición de cesión de trabajadores está asociado a la posible *“degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real”* y/o a *“la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes”*, ello no implica que la cesión ilegal se caracterice jurídicamente por perseguir y/o generar un perjuicio a los trabajadores⁷³. La prohibición de cesión constituiría un tipo objetivo que no requiere de la constatación de un particular fraude o daño causado a los trabajadores⁷⁴, quedando así atrás el criterio en sentido diverso mantenido por

68 Cfr., entre otras, SSTS10-1-2017 (Rº 1670/2014); 9-1-2019 (Rº 108/2018); 8-7-2020 (Rº 14/2019), 4-10-2022 (Rº 2498/2021).

69 ESTEVE SEGARRA A. y TODOLI SIGNES, A., op. cit., pág. 61.

70 Considerándose, además, presentes otros datos reveladores de que los trabajadores prestaban sus servicios sometidos a un margen propio de organización y dirección de la contratista —vgr. procedimientos técnicos, órdenes directas, facultades disciplinarias, STS 10-1-2017 (Rº 1670/2014). En la misma línea, STS 9-1-2019 (Rº 108/2018), no otorgando relevancia a que los trabajadores utilizaran una dirección electrónica en que aparecía el nombre de la principal.

71 Así, en la STS 2-11-2016 (Rº 2779/2014), no se considera trascendente, a efectos de la pretensión de cesión ilegal, que los usuarios al contactar con los trabajadores de la contratista creyeran estar contactando con la Administración que había externalizado el servicio de atención telefónica. Y en la misma dirección respecto a la externalización por parte de la Administración de un servicio de mediación, STS 24-5-2022 (Rº 694/2020).

72 Cfr., por ejemplo, SSTSJ Galicia 5-6-2019 (Rº 419/2019) y Canarias 31-10-2019 (Rº 272/2019).

73 Cfr., entre otras, SSTS 19-6-2012 (Rº 2200/2011); 2-11-2016 (Rº 2779/2014) y 9-1-2019 (Rº 108/2018).

74 Así parece deducirse también de la STS 3-2-2005 (Rº 3911/2004).

los tribunales en épocas pretéritas⁷⁵. Por tanto, el perjuicio causado podrá cobrar importancia en orden a las reclamaciones de que puedan interponer los trabajadores cedidos y/o a los criterios de graduación de la sanción administrativa a imponer por la Autoridad Laboral ante la constatación de una cesión ilegal (art. 39.2 LISOS), pero desde el punto de vista calificador no es relevante. En particular, que el orden convencional aplicado a los trabajadores de la contratista sea distinto al aplicado en la empresa principal resulta intrascendente, pues repárese ello puede ocurrir también en las contrataciones lícitas, incluidas las de "*propia actividad*", tal y como se colige de la jurisprudencia y lo ha venido a confirmar la reciente reforma del art. 42 ET por el Real Decreto-Ley 32/2021⁷⁶.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Como conclusión general, cabe afirmar que, a la luz del art. 43.2 ET y de la experiencia jurisprudencial, los criterios fundamentales para distinguir entre la contrata lícita y la cesión ilegal de trabajadores giran en torno a la infraestructura material y organizativa aportada por la contratista y en torno al ejercicio por parte de la misma de los poderes que caracterizan al empresario laboral, mas sin que ninguno de tales elementos pueda ser entendido en términos absolutos, pues el objeto y características de la contrata pueden comportar que la principal también realice aportes materiales y organizativos y/o adopte determinadas decisiones que incidan en la prestación de los trabajadores de la contratista, sin que ello signifique siempre la existencia de una cesión ilegal. Y poniendo, además, en relación esos dos criterios fundamentales, su valoración tal vez sea una cuestión de intensidad y grado variable, en el sentido de que, a menor infraestructura necesaria y aportada por la contratista, más exigente debiera ser valoración de si la misma tiene un suficiente ámbito de decisión en la organización y ejecución de las tareas de los trabajadores ocupados en la contrata. Por su parte, otros criterios y/o indicios que pueden deducirse de la doctrina jurisprudencial, no resultan, a mi modo de ver, tan relevantes o tienen una significación menor, en buena parte porque, como se ha visto, su consideración queda bastante conectada y, a su vez, condicionada por la valoración que se haga de otros criterios e indicios que aparecen como más significativos. Por decirlo más gráficamente, es

75 Ampliamente, analizando críticamente la doctrina judicial que durante bastante tiempo vino exigiendo una intencionalidad fraudulenta o efectos lesivos para los derechos de los trabajadores, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, pág. 353 y ss.

76 Cfr. SSTS 12-3-2020 (R° 209/2018); 11-6-2020 (R° 9/2019); 12-2-2021 (R° 2839/2019) y 11-11-2021 (R° 3330/2019). Considerando que la reforma estaría recogiendo esta jurisprudencia, LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 54. En la misma línea, aunque abriendo la puerta a diversas soluciones interpretativas a la luz del conjunto de elementos presentes en el nuevo art. 42.6 ET, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrataciones y subcontratas", en (AAVV): *La reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 133 y ss.

la apreciación de que es la principal —y no la contratista— la que ejerce fundamentalmente los poderes organizativos y directivos la que seguramente permita resaltar que una contrata carece de autonomía técnica y consienta, en su caso, otorgarle cierta trascendencia a factores accesorios como que los trabajadores de la contratista porten identificativos de la principal. Dicho lo anterior, resulta complejo afirmar algo que vaya más allá de estas conclusiones generales, pues, como viene reiterando la jurisprudencia, la valoración de la existencia o no de cesión ilegal deberá necesariamente ceñirse a las particularidades del caso concreto⁷⁷.

Desde un punto de vista más valorativo de la jurisprudencia obrante, no comparto algunas críticas que la califican de excesivamente formalista y requerida de nuevos indicios o criterios, que se apuntan como de interpretación finalista, pero que, en tanto que no claramente deducibles de la norma, serían más bien, a mi juicio, postulados de política del derecho; a saber: la *"necesidad de evitar la competencia desleal"* que se vincula a la descentralización productiva, así como una llamada a considerar la *"existencia de una fuerte subordinación económica entre la empresa principal y la contratista"* (...) *como un indicio de cesión ilegal*⁷⁸. Como se colige del análisis precedente, la jurisprudencia sobre la delimitación entre contrata lícita y cesión ilegal remite a diversos criterios e indicios de valoración —por lo demás, muy semejantes a los que se vienen empleando en otros ordenamientos de nuestro entorno⁷⁹—, que, no en balde, son los que han servido para, al compás de la extensión de los fenómenos de externalización, ampliar la noción de cesión ilegal y apreciarla también entre empresas reales⁸⁰. Y no creo que resulte apropiado incorporar a la calificación de la cesión ilegal elementos como los propuestos, que se plantean, en buena medida, en términos tan apodícticos como imprecisos, ni mucho menos que su posible consideración pueda llegar a postergar o a mediatizar la apreciación que se haga de otros elementos —vgr. los medios e infraestructura aportada por la contratista y el ejercicio por la misma de manifestaciones típicas del poder de dirección laboral— en los que se sigue cristalizando la esencia y lógica institucional de la cesión prohibida de trabajadores. Por lo demás, que las apuntadas objeciones a la jurisprudencia en materia de cesión ilegal tienen que ver más con planteamientos de *lege ferenda*, que no de *lege data*, sobre el fenómeno de la descentralización productiva, se deduce del hecho que se entienda y se subraye que los tribunales se encuentran claramente limitados, pues sólo pueden declarar una contrata lícita o ilícita, y que no existiendo cesión ilegal la regulación de

77 Cfr., por ejemplo, SSTS 19-6-2012 (Rº 2200/2011); STSS 6-10-2016 (Rº 2913/2014) y 12-1-2022 (Rº 1903/2020).

78 ESTEVE SEGARRA A. y TODOLI SIGNES, A., op. cit., págs. 41, 49, 51, 62 y 64.

79 Por ejemplo, respecto al ordenamiento italiano, véase CARINCI, M.T.: "La somministrazione di lavoro altrui", en (AAVV): *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, pág. 5 y ss. Para algunas referencias a la experiencia comparada, DE LUCA TAMAJO, R.: "Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2007, págs. 14 y 15.

80 Cfr., en esta línea, CEINOS SUAREZ, A., op. cit., pág. 138-141 y 159.

las contrataciones legales resultaría insuficiente frente a la precarización de las condiciones de trabajo⁸¹.

Al hilo de todo lo anterior, no es objeto de estas páginas un análisis y valoración sobre los cambios introducidos en el ámbito de las contrataciones por la última reforma del mercado de trabajo (Real Decreto-Ley 32/2021), pero ante cualquier lectura del conjunto de disposiciones laborales con incidencia en tal materia, incluidas las relativas a la cesión ilegal, sí que procede recordar que la contratación de obras y servicios entre empresas constituye una manifestación relevante del derecho a la libertad de empresa garantizada por nuestra Constitución (art. 38)⁸² y por el Derecho de la Unión Europea⁸³, de modo que la preservación de su contenido esencial condiciona, sin duda, la actividad normativa —ley y autonomía colectiva—, así como la interpretación y aplicación de la norma por parte de las Administraciones y los órganos de justicia⁸⁴. Alguna sentencia reciente del TS resulta muy elocuente en este sentido⁸⁵. Y a estas alturas, se puede dar por absolutamente confirmada la consolidación de la descentralización productiva como forma de organización de las empresas, hasta el punto de hablarse de la “universalidad” de esta tendencia organizativa⁸⁶. No se trata, en efecto, de un fenómeno que singularice al tejido productivo español frente a otros y, como seguramente ocurrirá, en mayor o menor medida, en todos, habrá decisiones de externalización más motivadas en sortear costes laborales y otras que obedezcan a más amplias razones funcionales de optimización de costes en general —y no sólo

81 En este sentido, ESTEVE SEGARRA, A., op. cit., pág. 47.

82 Cfr., entre otros, MARTIN VALVERDE, op. cit.; pág. 214; RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, (AAVV): *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, p. 25 y 26. Ampliamente, PEZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en (AAVV): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 181 y ss. En la jurisprudencia, aludiendo a su conexión con la libertad de empresa a la hora de resolver cuestiones conectadas a los arts. 42 y 43 ET, entre otras, SSTs 27-10-1994 (R° 3724/1993); 17-12-2001 (R° 244/2001); 14-2-2011 (R° 130/2010) y 20-11-2015 (R° 104/2015).

83 PEZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 229, 2020, pág. 1 y ss. (versión digital).

84 Cfr. PEZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2005), op. cit., pág. 181 y ss.

85 STS 21-2-2020 (R° 159/2018), que, a la hora de interpretar el alcance de una cláusula convencional limitativa de las posibilidades de externalización, señala, de un lado, que: “La posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida”. Y, por otra parte, recuerda que la “STC 225/1993 (en el debate sobre libertad de empresa y limitación de horarios comerciales) expresa que la empresa es libre para establecer sus propios objetivos, dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. La STJUE de 27 de noviembre de 2019 (C-402/18; Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service) ha advertido que la protección de las personas implicadas en tareas productivas no debe llevarse a cabo restringiendo las libertades empresariales de organizar la producción”

86 DE LUCA TAMAJO, R., op. cit., pág. 3.

laborales—, así como a otras motivaciones conectadas a la adaptación de las empresas a nuevos y cambiantes mercados y escenarios económicos⁸⁷.

Regresando a la noción de cesión ilegal de trabajadores, lo que, sin duda, la caracteriza, como acontece también con otras instituciones jurídico-laborales, es que la heterogeneidad de las realidades socio-económicas subyacentes se resiste enormemente a ser aprehendida a través de un concepto normativo⁸⁸, entendido éste como aquel que indica de forma bastante taxativa las notas de un fenómeno con consecuencias jurídicas, facilitando la tarea lógico-formal de la subsunción y proporcionando previsibilidad en la aplicación del derecho⁸⁹. Que, tras la delimitación normativa de cesión ilegal introducida por la reforma de 2006, los tribunales hayan seguido operando sobre la base de un método indiciario es muestra de las dificultades que rodean a la elaboración de conceptos normativos, existiendo siempre un cierto riesgo de no reparar en todos los elementos que justifican la elaboración del concepto o, inversamente, de ir más allá de esa *ratio legis*. En esta materia, como en otras, la aplicación del derecho se construye en torno a la idea de un tipo jurídico, cuyas características se extraen, en buena medida, por contraposición a las del concepto normativo. El tipo no permite subsumir, pero ayuda a enjuiciar si una conducta tiene trascendencia jurídica a través de un razonamiento orientado por ciertos elementos muchas veces graduables e intercambiables, con connotaciones jurídicas y fácticas, que aisladamente considerados tan sólo tiene el valor de señales o indicios⁹⁰.

Por ello, el método tipológico en materia de cesión ilegal tiene semejantes ventajas y hándicaps a los apreciados en torno a otros tipos jurídicos. Su principal virtualidad es la plasticidad en la aplicación al caso concreto y su adaptabilidad a realidades de morfología poliédrica y cambiantes en el tiempo, aunque abonando, a cambio, un cierto precio de inseguridad jurídica, máxime ante la habitualidad de que se den supuestos fronterizos en los que incluso es lógico que se puedan dar ciertas discrepancias judiciales. Algunos ejemplos de pronunciamientos del propio TS acompañados de votos particulares pueden resultar expresivos al respecto⁹¹. Es cierto, por lo demás, que en este tipo de calificaciones jurídicas también parece jugar un cierto papel una suerte de criterio de aceptación social, lo que ayudaría a explicar por qué prácticamente no se cuestiona la licitud de contrata clásicas, como las de limpieza

87 Una morfología variable y cambiante de estos fenómenos de la que la doctrina se hizo eco desde hace ya tiempo. Cfr. BLAT GIMENO, B.: “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, (AAVV): *Descentralización...*, op. cit., pág. 19 y ss.

88 Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, n° 39, 1993, pág. 37 y ss.

89 Sobre la elaboración de conceptos normativos y sus ventajas y desventajas, LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, págs. 205 y ss. y 442 y ss.

90 Cfr. LARENZ, K., op. cit., pág. 208 y ss. y 451 y ss.

91 Cfr., en la jurisprudencia más reciente, SSTs 16-5-2019 (R° 3861/2016 y R° 4082/2016) y 21-1-2022 (R° 553/2020);

u otros servicios auxiliares⁹², y, en cambio, sí se cuestiona hoy en día la contrata de transporte en el ámbito de las denominadas plataformas digitales. Mas, al fin y al cabo, lo que resulta exigible al operador jurídico que se enfrenta al método tipológico es rigurosidad, tomando en consideración el conjunto de circunstancias concurrentes, sin recurrir a una suerte de apreciación selectiva o de espiguelo, así como otorgando a tales circunstancias un valor consistente con la esencia y significación de las notas más distintivas del tipo, pues de otro modo la valoración se vuelve tan discrecional o personal que ya no es que no se cuente con un concepto axiomático, sino ni tan siquiera con un tipo con valor orientativo⁹³.

92 Cfr., en esta línea, GOERLICH PESET, J.M, op. cit., pág. 30. Apuntado, asimismo, la cierta paradoja que se produce en torno al hecho de que no se cuestionen contratos clásicas, como las de limpieza o vigilancia, y sí otros supuestos de externalización, SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., pág. 117; LLANO SANCHEZ, M., op. cit., pág. 11.

93 Reflexionando en esta línea en punto al sistema de indicios de laboralidad, SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: "Las fronteras del contrato de trabajo y el sistema de indicios de laboralidad", Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social, nº 143, 2019, pág. 37 y ss.