

Universidades Lusíada

Cabeza Pereiro, Jaime

Empresas de trabalho temporal y puestas a disposición en contraste com empresas de servicios y subcontrataciones: el alcance de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<http://hdl.handle.net/11067/7856>

<https://doi.org/10.34628/PTYJ-6509>

Metadados

Data de Publicação

2025

Resumo

Las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva de empresas de trabajo temporal han realizado su importancia en el marco de un crecimiento exponencial de diferentes formas de trabajo atípico. En particular, la más reciente –asunto LM– se ha centrado en las diferencias entre cesión de mano de obra y externalización de una parte de la actividad- de una empresa cliente. La doctrina del Tribunal de Luxemburgo cuestiona la actividad de ciertas empresas auxiliar...

The latest rulings of the Court of Justice of the European Union on the Temporary Employment Agencies Directive have increased its importance in the context of an exponential growth of different forms of atypical work. In particular, the most recent ruling – the LM case – has focused on the differences between the assignment of labour and the outsourcing of part of the activity of a client company. The doctrine of the Luxembourg Court questions the activity of certain auxiliary companies that,...

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Empresa de trabalho temporário - Países da União Europeia, Contrato de trabalho - Países da União Europeia, Rescisão de contratos - Países da União Europeia, União Europeia. Tribunal de Justiça - Jurisprudência

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Minerva, v. 14, n. 07 (2025)

**EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y PUESTAS A
DISPOSICIÓN EN CONTRASTE CON EMPRESAS DE SERVICIOS
Y SUBCONTRATACIONES: EL ALCANCE DE LA DOCTRINA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Jaime Cabeza Pereiro

Professor Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Vigo - Espanha

Investigador Colaborador do CEJEA

DOI: <https://doi.org/10.34628/PTYJ-6509>

Resumen: Las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva de empresas de trabajo temporal han realzado su importancia en el marco de un crecimiento exponencial de diferentes formas de trabajo atípico. En particular, la más reciente –asunto LM– se ha centrado en las diferencias entre cesión de mano de obra y externalización de una parte de la actividad- de una empresa cliente. La doctrina del Tribunal de Luxemburgo cuestiona la actividad de ciertas empresas auxiliares que, eludiendo la normativa reguladora de las empresas de trabajo temporal, aplican a sus personas trabajadoras condiciones laborales peores de las que rigen en las entidades con las que contratan. En este estudio se analiza su alcance y se argumenta sobre los efectos que puede tener en la aplicación que los jueces españoles desarrollen de la normativa interna en esta materia. La conclusión fundamental consiste en que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo debe servir para corregir prácticas abusivas y de explotación laboral que han sido frecuentes, muchas veces convalidadas por una práctica judicial muy tolerante con ellas.

Palabras-clave: Empresa de trabajo temporal; Empresa usuaria; Cesión de trabajadores; Prestación de servicios.

Abstract: *The latest rulings of the Court of Justice of the European Union on the Temporary Employment Agencies Directive have increased its importance in the context of an exponential growth of different forms of atypical work. In particular, the most recent ruling – the LM case – has focused on the differences between the assignment of labour and the outsourcing of part of the activity of a client company. The doctrine of the Luxembourg Court questions the activity of certain auxiliary companies that, evading the regulations governing temporary employment agencies, apply to their workers worse working conditions than those in force in the entities with which they contract. This study analyses its scope and argues*

about the effects it may have on the application of internal regulations in this matter by Spanish judges. The fundamental conclusion is that the jurisprudence of the Luxembourg Court should serve to correct abusive practices and labour exploitation that have been frequent, often validated by a judicial practice that is very tolerant of them.

Keywords: *Temporary employment agency; User company; Assignment of workers; Provision of services.*

Índice: 1. Premisas. 2. La condición de empresa de trabajo temporal. 3. Cesiones de mano de obra y otras situaciones concurrentes. 4. Negocios de interposición y contratos de servicios. 5. El refugio en la actividad menos regulada. 6. La doctrina del TJUE: una descripción. 7. Ponderación del alcance de estas sentencias. 8. Los últimos pronunciamientos judiciales internos que acogen la doctrina del TJUE. 9. Recapitulando y concluyendo.

1. Premisas

La aplicación de la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, está produciendo una doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– progresivamente acelerada, que afecta a diversos asuntos de su articulado. No va a ser objeto de estas páginas el análisis sistemático de la misma, pero sí de un grupo de pronunciamientos que han culminado en la sentencia de 24 octubre 2024³³⁹ cuya argumentación jurídica no puede considerarse estrictamente novedosa, pero sí bastante importante en términos de su potencial influencia en el desarrollo de las jurisprudencias internas de los Estados Miembros de la UE. No es una sentencia que, en apariencia, provoque cambios normativos, al menos necesariamente, pero sí sitúa la referida Directiva en una posición más central en la ordenación de los sistemas laborales de todos ellos.

Pese a que no han pasado demasiados años desde la entrada en vigor de esa Directiva, sí que ha sucedido desde entonces un cambio muy

339 Asunto C-441/23, LM.

sustancial en las formas de trabajar y en las relaciones de prestación de servicios, que pone en tela de juicio su importancia y la centralidad de su regulación. La reciente aprobación de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, aparentemente desplaza el interés de la de empresas de trabajo temporal hacia un espacio más clásico y en parte superado por los acontecimientos. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE se está decantando hacia un entendimiento amplio de su ámbito de aplicación que, a la postre, realza su trascendencia.

Aunque no se pretende centrar el análisis en esta sentencia, sí que conviene partir de su relato fáctico para, desde él, orientar el discurso hacia el ámbito de aplicación de la Directiva, como núcleo de estudio. Se trataba de una trabajadora que, después de un período de prácticas profesionales en la empresa principal, fabricante de *software*, realizó tres contratos seguidos con otras tantas entidades que habían celebrado sucesivamente contratos de prestación de servicios con aquella. En virtud del contrato de trabajo suscrito con la última de las tres, la demandante trabajó como consultora para un departamento de la principal, desempeñando para esta labores comerciales no desarrolladas por ninguna persona de su propia plantilla. Durante el embarazo de la trabajadora, la entidad contratante denunció el contrato con la contratista por razones presupuestarias. Pocos días antes del día de expiración de ese vínculo mercantil, la trabajadora inicia un proceso de incapacidad temporal y, posteriormente, ya extinguido el mismo, da a luz y comienza el permiso por nacimiento de hijo, al cual acumula el de lactancia y el disfrute de vacaciones anuales. Cuando se reincorporó, recibió carta de extinción de contrato por parte de su empleadora por causas objetivas derivadas de la caída en los proyectos previstos.

Interpuesta demanda, el órgano de instancia calificó el despido como nulo, pero absolvió de sus consecuencias a la empresa principal. Entendió que la empresa contratista era la que organizaba la jornada y el horario, abonaba las nóminas, proporcionaba formación, autorizaba permisos y vacaciones y gestionaba bajas por maternidad. La trabajadora recurrió en suplicación alegando que su contrato era una puesta a disposición y que, por lo tanto, la empresa principal –que en realidad

era empresa usuaria- debía responder solidariamente de las consecuencias del despido.

No es necesario profundizar en el contenido del auto del TSJ de Madrid de 7 junio 2023³⁴⁰, que plantea cuestión prejudicial ante el TJUE, pero sí recordar las tres primeras preguntas que le formula. En concreto, las siguientes:

- A) Si la Directiva 2008/104/CE es aplicable a una empresa que ponga una trabajadora a disposición de otra empresa, aunque la primera empresa no sea reconocida por la legislación interna como empresa de trabajo temporal por no disponer de una autorización administrativa como tal;*
- B) En caso de ser aplicable la Directiva 2008/104/CE a empresas que ponen a disposición trabajadores sin ser reconocidas en el Derecho interno como empresas de trabajo temporal, si en una situación como la descrita anteriormente la trabajadora debe ser considerada como trabajadora cedida por una empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.c de la Directiva 2008/104/CE, la empresa Leadmarket S.L. debe ser considerada como empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.b de la misma Directiva y la empresa Microsoft Ibérica debe ser considerada como empresa usuaria en el sentido del artículo 3.1.d de la misma Directiva; en concreto si puede entenderse que la empresa Leadmarket S.L. mantenía la dirección y control de la actividad laboral (excluyendo así 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 firmase los permisos, vacaciones y horarios de la trabajadora, aunque la prestación cotidiana de los servicios de la trabajadora consistiese en atender a los clientes de Microsoft, resolviendo las incidencias contactando frecuentemente con responsables de Microsoft y trabajando desde su domicilio con un ordenador puesto a disposición de la trabajadora por Microsoft y acudiendo una vez a la semana al centro de trabajo de Microsoft;*
- C) En caso de ser aplicable la Directiva 2008/104/CE y encontrarnos ante una puesta a disposición de la trabajadora, si, como conse-*

340 Dictado con ocasión del recurso de suplicación nº 1225/2022.

cuencia de la aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, el salario de la trabajadora debe ser cuando menos el mismo que le correspondería si hubiese sido contratada directamente por Microsoft Ibérica S.L. (...)."

La tercera pregunta, y más trivial por lo previsible de su respuesta, se refería a los efectos de la aplicabilidad de la Directiva 2008/104/CE. Pero la primera y la segunda se centraban precisamente en su ámbito de aplicación, en torno a una resultancia fáctica que ponía en tela de juicio algunos de los negocios jurídicos más habituales entre dos empresas para la prestación de servicios en una de ellas. No se trata tanto de responder a la identidad de las empresas de trabajo temporal como del contenido del contrato mercantil en su sustrato material, más allá de su contenido formal. Aunque esa propia identidad también se cuestiona en el auto, pese a que la respuesta esperable no resultase difícil de pronosticar.

2. La condición de empresa de trabajo temporal

En efecto, que la legislación interna no reconozca a la empresa principal como una empresa de trabajo temporal no es en sí impedimento alguno para la aplicación de la Directiva 2008/104/CE. En efecto, el art. 3.1 b) de la Directiva entiende como tal empresa "toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas". En consecuencia, no contiene ninguna precisión en cuanto a su forma jurídica. Eso sí, la Directiva requiere que celebren contratos de trabajo o establezcan relaciones laborales con la intención de poner a las personas contratadas a disposición de una empresa usuaria. Precisa la sentencia que la expresión "con arreglo al Derecho nacional" tan solo se refiere al procedimiento de celebración de contratos de trabajo o al modo en el que se establecen las relaciones laborales.

Precisa en su párrafo 35 que "ningún elemento en la definición de empresa de trabajo temporal... exige que disponga de una autorización administrativa previa para ejercer esa actividad en el Estado miembro en el que ejerce sus actividades". Esa disposición, habría que añadir,

tan solo es un requisito de Derecho interno, por más que el art. 3.2 del Convenio 181 de la OIT de 1997 sobre las agencias privadas de empleo disponga que “todo Miembro deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales”. En cualquier caso, y como parece obvio, la no disposición de esa autorización, aunque exigida por el Derecho interno, no puede erigirse en barrera para la aplicación de la norma de la UE. De acuerdo con el párrafo 41 de la sentencia, limitar la aplicación de la Directiva a las empresas de trabajo temporal autorizadas implicaría que la protección diferiría entre Estados Miembros en función de si los sistemas internos contemplan o no esa autorización y en el marco del mismo Estado en atención a si la empresa cuenta con ella o no. Con esa distinción formal, no se protegería adecuadamente a los trabajadores y trabajadoras sujetos a cesiones de mano de obra.

Por otra parte, la sentencia recuerda (párrafo 39) que la norma es de aplicación a empresas públicas y privadas que funcionen como empresas de trabajo temporal o como empresas usuarias, e independiente de si tienen o no fines lucrativos. En ese sentido, la Directiva deja un amplio margen de apreciación a los Estados Miembros.

Así pues, la entidad formal de la empresa cedente no tiene repercusiones en torno a la aplicación de la norma de la UE. La sentencia, a este respecto, argumenta en un espacio próximo a la del asunto *Ruhrlandklinik*³⁴¹. En ella, la controversia se refería a un contrato de cesión de personas trabajadoras celebrado entre una clínica y una asociación sin ánimo de lucro vinculada a la Federación de hermandades de enfermeras de la Cruz Roja alemana cuyas socias desempeñan su actividad profesional con carácter principal en la propia asociación o en establecimientos sanitarios en el marco de acuerdos de cesión de trabajadores. En este último caso, las referidas integrantes estaban sometidas a las instrucciones técnicas y organizativas del establecimiento cliente. Como peculiaridad digna de tenerse en cuenta, entre la asociación y las enfermeras no existía un contrato de trabajo.

341 Asunto C-216/15, sentencia de 17 noviembre 2016.

Evidentemente, en el asunto *Ruhrlandklinik* tiene un protagonismo grande el concepto de “trabajador” que, de forma refleja, también se proyecta en el asunto *LM*, aunque en este no se contiene cita alguna de aquél. Pero también lo tiene el de “actividad económica” del art. 1.2 de la Directiva 2008/104/CE Como quiera que la asociación recibía una compensación por la prestación de sus servicios, claramente desarrollaba una actividad económica, sin que la carencia de ánimo de lucro fuera un dato pertinente a estos efectos. Por lo tanto, podía estar cubierta por la Directiva, por más que, desde la perspectiva del Derecho interno, no se ajustase a la normativa de empresas de trabajo temporal.

En definitiva, y por lo que por ahora importa, la condición formal de empresa de trabajo temporal no es requisito necesario para que se aplique la Directiva de 2008. Del mismo modo que en la sentencia del caso *LM* se expresa que no resulta necesario que la entidad cedente tenga la consideración formal de empresa de trabajo temporal. En esta tesitura, el asunto de la aplicabilidad de la norma de la UE se deriva hacia qué relaciones establecidas entre una persona trabajadora y dos entidades que desarrollan una actividad económica deben regirse por la misma. Se trata, por lo tanto, de identificar los casos que deben considerarse cesiones temporales de mano de obra y de diferenciarlos de otros más o menos próximos que deben quedar al margen de esa calificación.

3. Cesiones de mano de obra y otras situaciones concurrentes

La tarea de identificar el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2008/104/CE ostenta una importancia creciente, si cabe mayor, en el contexto de unas relaciones de producción como las actuales, en las que se producen diversas relaciones de prestación de servicios calificables como multipartitas, la mayoría más o menos alejadas de la forma estandarizada de contrato de puesta a disposición por la cual una empresa de trabajo temporal cede a una persona trabajadora a una empresa cliente. En realidad, el caso de *Ruhrlandklinik* constituía una variación, pero que el TJUE consideró dentro de la norma: una asociación sin ánimo de lucro que, conforme al Derecho alemán, no empleaba a sus componentes, pero que las cedía a hospitales y entidades sanitarias alemanas. Eso sí, las retribuía mensualmente y les restituía ciertos gastos en los que

incurrían, a la vez que les reconocía derecho a vacaciones y a ciertas mejoras de Seguridad Social. En consecuencia, el TJUE admite que al menos hay una relación laboral entre las personas cedidas y la entidad cedente, añadiendo que esas personas se amparan sin dificultades en el concepto de “trabajador” propio de la UE.

Hay casos más o menos próximos, que se están extendiendo como modalidades más o menos típicas de prestación de servicios, en los que, por ejemplo, las empresas cedentes solo son empleadoras sobre el papel, como *payroll companies* de unas personas cualificadas que encuentran ocupación bajo la cobertura de contratos mercantiles entre esa empleadora y una entidad cliente. O incluso sucede en práctica cada vez más frecuente que la actividad de las empresas de trabajo temporal se extiende hacia el autoempleo, de modo tal que actúan como “empresas paraguas” (*umbrella companies*) que prestan un servicio de gestión en favor de profesionales que se colocan, sea o no con ayuda de la *umbrella Company*, para prestar servicios para terceras entidades. En otro ámbito de la realidad, pueden resultar más o menos recurrentes situaciones en las que una entidad ceda a unidades familiares a personas para que desarrollen trabajos domésticos y de cuidados, en las que la aplicación de la Directiva dependerá de nuevo de la interpretación más extensa o más restrictiva que se le otorgue al concepto de empresa usuaria³⁴².

Podría postularse asimismo, en un haz de consideraciones próximo, la aplicación de la Directiva de empresas de trabajo temporal a ciertas situaciones de trabajo a través de plataformas digitales en las que una persona titular de varias licencias a su vez encomendara el desarrollo de la prestación de servicios a otras vinculadas a ellas por una relación, formalizada o no, que se aproximase a un contrato de trabajo. A la vista de la amplitud de los conceptos de “plataforma digital de trabajo” y de “persona que realiza trabajo en plataformas” del art. 2.1, letras a) y c) de la Directiva (UE) 2024/2831 pocas dudas deben quedar de que existe un espacio tangente de aplicación simultánea de ambas Directivas³⁴³. A

342 Sobre todas estas relaciones, y con referencias muy interesantes al sistema de los Países Bajos, ZEKIK, *Possible avenues for a more effective temporary agency work directive*, European Labour Law Journal, vol. 15(I) 2024, pp. 68 ss.

343 Es muy descriptivo en este sentido su considerando 24: “en algunos casos, las personas que realizan trabajo en plataformas no tienen una relación contractual directa con la plataforma digital de trabajo,

este respecto tiene una importancia central su art. 3, que bajo el epígrafe “intermediarios” dispone que “Los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para garantizar que, cuando una plataforma digital de trabajo recurra a intermediarios, las personas que realizan trabajo en plataformas que mantengan una relación contractual con un intermediario disfruten del mismo nivel de protección de conformidad con la presente Directiva que las que tengan una relación contractual directa con una plataforma digital de trabajo. A tal fin, los Estados miembros adoptarán medidas, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, para establecer los mecanismos apropiados, que incluirán, en su caso, sistemas de responsabilidad solidaria”. Lo cual reconduce a la definición de tales que contiene el art. 2 e), que incluye toda la gama de colores desde las externalizaciones más diáfanos y transparentes hasta las cesiones de mano de obra más indiscutibles y abiertas³⁴⁴. Parece previsible que en un tiempo futuro más o menos próximo los órganos judiciales internos y el TJUE habrán de pronunciarse sobre estas situaciones.

Es verdad que, en el caso del trabajo en plataformas, la dirección y control quedan diluidas, pese a la labor de reconducción relativa que formula el art. 5 de la Directiva y, en todo caso, distribuidas entre la plataforma y la entidad intermediaria. Pero no por ello deja de ser plausible defender una hipotética aplicación combinada de ambas normas de la UE.

4. Negocios de interposición y contratos de servicios

En esta mezcla confusa de relaciones de servicios ocupa, en todo caso, un lugar privilegiado la frontera entre la cesión de mano de obra y la subcontratación de actividades con empresas auxiliares. Es aquí don-

sino que mantienen una relación con un intermediario a través del cual realizan trabajo en plataformas. Esta forma de organizar el trabajo en plataformas a menudo da lugar a gran variedad de relaciones multipartitas diversas y complejas, incluidas cadenas de subcontratación, así como a responsabilidades difusas entre la plataforma digital de trabajo y los intermediarios”.

344 “...toda persona física o jurídica que, con objeto de ofrecer trabajo en plataformas a plataformas digitales de trabajo o a través de estas: i) establezca una relación contractual con esa plataforma digital de trabajo y una relación contractual con la persona que realiza trabajo en plataformas, o ii) se encuentre en una cadena de subcontratación entre la plataforma digital de trabajo y la persona que realiza trabajo en plataformas”.

de proyecta su atención la sentencia del asunto *LM* y donde pronuncia una doctrina que debe calibrarse cuidadosamente. Como es sobradamente conocido, la división entre negocios puramente de interposición de una entidad de cesión de mano de obra y contratos de servicios en los que la empresa auxiliar realiza una actividad para la principal han constituido uno de los tópicos más conocidos de fricción, que ha dado lugar a un inmenso caudal de doctrina judicial. Ahora se omite el análisis de ese caudal, precisamente porque sus orientaciones predominantes han de someterse en adelante al contraste con la doctrina del TJUE, por la hipótesis de que haya un ámbito de incompatibilidad con ella.

Sí que merece añadirse, como referencia sobradamente conocida, que la realidad de las empresas multiservicios, que desarrollan diversas actividades para auxiliar a entidades contratantes, comenzó un inusitado desarrollo en el marco español de relaciones laborales a partir de que, por primera vez, la Ley 29/1999, de 16 julio, modificase la Ley 14/1994 con el objetivo expreso de ensayar vez la equiparación retributiva entre personas que trabajaban para entidades usuarias a través de empresas de trabajo temporal. La ventaja competitiva de un marco mucho más desregulado como era el de las relaciones entre empresa principal y empresas contratistas y subcontratistas, desde luego ajeno al principio de igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras de unas y otras entidades, era un revulsivo demasiado goloso como para no inclinar la balanza desde una prevalencia de las empresas de trabajo temporal a otra de las empresas multiservicios. No en vano, el marco español de relaciones laborales ha arrojado a lo largo de los últimos veinte años unas cifras de contratos de puesta a disposición relativamente modestos si se contrasta con las de otras realidades próximas³⁴⁵.

Así, comenzó a ser frecuente una práctica que, aunque no exclusiva del marco interno de relaciones laborales, encontró en el sistema español un inmejorable ecosistema de desarrollo. Se trataba de que no pocas empresas gestionaban su temporalidad mediante relaciones al alimón con

345 Véase en este sentido el documento de Asempleo *Empresas de Trabajo Temporal. Análisis del sector y de Asempleo 2018. Previsiones 2019*, abril 2019, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfindmkaj/https://asempleo.com/wp-content/uploads/2016/05/190716_Informe-Estudio-Anual-ASEMPLEO_Sector7820.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfindmkaj/https://asempleo.com/wp-content/uploads/2016/05/190716_Informe-Estudio-Anual-ASEMPLEO_Sector7820.pdf), en particular en p. 7.

una empresa de trabajo temporal y con una empresa de servicios varios, frecuentemente ambas pertenecientes al mismo grupo empresarial que se “empotraban” en el centro de trabajo de la empresa principal mediante la presencia constante de personas encargadas y responsables de personal que, en la práctica, gestionan cuantitativa y cualitativamente la temporalidad con el departamento “de recursos humanos” de la entidad contratante. Por supuesto, el contenido de estos contratos “de servicios”, por revestidos que formalmente estén con cláusulas que persiguen realzar la actividad de la empresa auxiliar y la consecución de unos determinados resultados más o menos mensurables, en la práctica no consiste sino en poner a disposición de la entidad principal a personas trabajadoras para que sirvan a su actividad productiva³⁴⁶.

Al margen de esa realidad concreta, el fenómeno expansivo de las empresas multiservicios se produjo en ámbitos de trabajo normalmente de baja cualificación y escaso valor añadido, precisamente los mismos en los que se producía una mayor concentración de puestas a disposición por empresas de trabajo temporal. En particular, la reforma legal del año 2012, que produjo la prioridad aplicativa del convenio de empresa, en concreto en materia de cuantía salarial, precipitó un perfil más agresivo de empresa multiservicio que contaba con convenio colectivo propio y, por lo tanto, con tablas retributivas siempre arrimadas al salario mínimo interprofesional. Precisamente a este perfil trató de responder la reforma del año 2021 optando por dar preferencia al convenio de sector mediante una reforma combinada de los arts. 42.6 y 84.2 ET que queda fuera de los propósitos de este estudio, al margen de un comentario final que habrá que expresar³⁴⁷.

De nuevo, los contratos mercantiles circulaban sobre el alambre de la diferencia entre externalizaciones lícitas y meras cesiones de mano de

346 Sobre esta y otras realidades, CABEZA PEREIRO, J., “Sobre los porqués del auge de las agencias privadas de empleo”, en VV.AA. (coord.. SIERRA BENÍTEZ, E.M. y MELLA MÉNDEZ, L.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. III, Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente: España, Uruguay, Portugal, Brasil, Italia, Perú*, Peter Lang (Suiza, 2017) pp. 17 ss.

347 Sobre este tema, en profundidad, MERINO SEGOVIA, M^a.A. y GRAU PINEDA, C., *La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso*, Revista de Derecho Social, n^o 96, 2021, pp. 19 ss.

obra, siempre ilícitas si no se amparaban en la Ley 14/1994. Pero había otros escenarios emergentes, como el muy conocido de la prestación de servicios desarrollada en el contexto de cooperativas de producción, que pueden actuar de cedentes de sus socios trabajadores a terceras empresas al amparo de contratos mercantiles. A este respecto, la trama de una conocida cooperativa del sector cárnico ha dado lugar a la importante sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 24 septiembre 2024³⁴⁸, de contenido muy complejo, pero que, por lo que aquí interesa, desarrolla una fundamentación jurídica que puede calificarse como clásica, pero congruente, y que conduce a calificar como cesión ilegal el contrato entre la cooperativa, que cedía a sus supuestos socios-cooperativistas para que prestasen servicios, y la empresa cesionaria, que se beneficiaba de los mismos. Sin que haya que profundizar tampoco demasiado en este asunto, puede decirse que guarda cierto paralelismo con el *Ruhrlandklinik*, cuyo sustrato fáctico también se refería a una entidad con cuyas personas asociadas no había formalmente ningún contrato de trabajo, pero sí algo muy asimilado a una relación laboral.

5. El refugio en la actividad menos regulada

Dicho lo cual, la diferencia entre la puesta a disposición y la subcontratación de servicios cuenta con una debilidad evidente desde el prisma del Derecho de la UE. Se trata de que uno de los elementos de la comparación –la puesta a disposición– cuenta con una regulación acabada en la Directiva 2008/104/CE, incluso complementada, para el caso de las cesiones transnacionales, por la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Pero la regulación de la subcontratación es, en el mejor de los casos, fragmentaria y limitada. En efecto, y al margen de otras referencias más indirectas en materia de seguridad y salud en el trabajo, de protección de denunciantes, de contratación pública o de diligencia debida, la definición clásica, que por lo demás no es especialmente rica en contenidos, procede del art. 2 f) de la Directiva 2009/52/CE, del

348 Rcd. 5766/2022.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, que considera “subcontratista” a “toda persona física o entidad jurídica a quien se conceda la ejecución parcial o total de las obligaciones contempladas en un contrato preexistente”. Por lo demás, la propia especificidad de esta Directiva desaconseja un análisis algo más profundo de su art. 8, que basta aquí con citar.

Alguna centralidad mayor tiene el art. 12³⁴⁹ la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. Se refiere a la responsabilidad en la subcontratación, en el contexto de los desplazamientos transnacionales de personas trabajadoras. Se trata de un precepto de un interés sustantivo, pero que no aporta demasiado al debate sobre la diferencia entre subcontratación y cesión de mano de obra, sin perjuicio de la interesante apelación a la necesidad de combatir el fraude y los abusos contenida en su apartado 6. Pero, en todo caso, nada se aproxima sobre derechos a la igualdad, en particular retributiva³⁵⁰, entre la hipótesis de trabajar en la empresa subcontratista y de hacerlo en la empresa principal.

Ahora bien, puede tener un impacto grande, como punta de lanza, la definición de “intermediario” del art. 2 e) de la Directiva de tra-

349 A él se refiere el considerando 25 de la Directiva (UE) 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 junio 2018, de modificación de la Directiva 96/71/CE.

350 A este particular sí que se refieren dos Directivas, aunque no en su articulado. Por una parte, la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, apela en su considerando 30 a la subcontratación abusiva, a los efectos de las medidas sobre seguimiento, control e inspecciones, y en su considerando 31 a los incumplimientos en relación con los salarios mínimos en los convenios colectivos aplicables en los casos de subcontratación en la contratación pública. Esta última referencia encuentra una pálida traducción en el art. 9 de la Directiva. Por otra, la Directiva (UE) 2023/970, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, en su considerando 57, también en relación con los contratos públicos, expresa que “los poderes adjudicadores también deben poder tener en cuenta el incumplimiento del principio de igualdad de retribución por parte del licitador o de alguno de sus subcontratistas al considerar la aplicación de motivos de exclusión o al tomar la decisión de no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa”.

bajo en plataformas digitales que, como se ha dicho, incorpora toda la gama de subcontrataciones. Para estas, el art. 3 predica también que “las personas que realizan trabajo en plataformas que mantengan una relación contractual con un intermediario disfruten del mismo nivel de protección de conformidad con la presente Directiva que las que tengan una relación contractual directa con una plataforma digital de trabajo”. Evidentemente, la expresión “mismo nivel de protección” no es equivalente a “igualdad de derechos” ni garantiza, como es obvio, una asimilación retributiva. También es cierto que el alcance del precepto se circunscribe al ámbito del trabajo en plataformas digitales. Siendo todo esto cierto, no cabe duda de la potencia como modelo regulatorio que tiene la Directiva (UE) 2024/2831 y que permite entrever que tal vez en un futuro no muy lejano la normativa de la UE avance en la equiparación de derechos entre las personas que trabajan en una empresa principal y las que lo hacen en sus auxiliares. Alguna postura reduccionista que entiende que la equiparación del nivel de protección solo se refiere en este precepto a la protección de datos personales no parece muy congruente con la literalidad del precepto ni con la sistemática de la Directiva³⁵¹.

6. La doctrina del TJUE: una descripción

Tradicionalmente, los trabajos subcontratados han sido los de más bajos salarios y menor valor añadido. Sin que esta tendencia se haya corregido sustancialmente, también se han externalizado actividades que conciernen al núcleo del ciclo productivo de las empresas. Pero en ambos casos se mantiene la necesidad de la empresa contratante de preservar un control sustancial sobre los resultados del trabajo. Ahora bien, el deslizamiento de ese control desde la sustancialidad del resultado a la sustancialidad del proceso productivo produce, en la práctica, una aproximación a situaciones de cesión de mano de obra en las que la empresa principal mantiene el poder de dirigir y organizar la actividad

351 Una visión más sustantiva con la que estoy fundamentalmente de acuerdo, en TODOLÍ SIGNÉS, A., *La Directiva de trabajo en plataformas digitales. Puntos conflictivos y recomendaciones para la trasposición*, Temas Laborales, nº 173, 2024, pp. 45 ss., en particular pp. 57-8.

laboral, también la de los trabajadores y trabajadoras que pertenecen a la plantilla de las empresas auxiliares.

Es en este escenario en el que se ubica la doctrina del asunto *LM*. Pero sería superficial desentrañar sus argumentos sin previamente citar otros dos pronunciamientos del TJUE en los que ya se planteaba el problema de discernir la cesión de personas trabajadoras de la subcontratación de una parte de la actividad. En ambos se argumentaba acerca de la aplicación del principio de libre prestación de servicios, pero mediatizado, en cuanto afecta al período transitorio después del ingreso en la UE de los países que entraron en el año 2004, por tratarse de cesión de mano de obra, de modo tal que podían limitarse los desplazamientos temporales a través de empresas de trabajo temporal³⁵². Es decir, si la actividad contratada por la empresa cliente consistía en la prestación de un servicio por la auxiliar, regía sin más la libertad de servicios y no cabía limitación alguna a cualquier empresa radicada en esos países. Pero si se trataba de cesión de personas trabajadoras, en ese caso podía limitarse, y así se hacía por los Estados Miembros, de conformidad con los respectivos acuerdos de adhesión a la UE.

Hay dos pronunciamientos en los que esta división se discute en términos muy directos. El primero de ellos y más claro es el relativo a los asuntos *Vicoplus y otros*³⁵³. Se trataba de asuntos de nacionales polacos prestando servicios en los Países Bajos en el marco de desplazamientos transnacionales en los que las autoridades neerlandesas habían multado a las empresas polacas por haber desplazado trabajadores de esta nacionalidad sin la previa obtención de un permiso de trabajo. Las autoridades del país de acogida habían entendido que en todos los casos la actividad desarrollada había consistido en la puesta a disposición de mano de obra. En efecto, como recuerdan los apartados 28 y 29 de la sentencia, “el Tribunal de Justicia ha reconocido que tal actividad puede tener un impacto en el mercado laboral del Estado miembro del destinatario de la prestación. Por un lado, los trabajadores empleados por

352 Sobre este asunto, CABEZA PEREIRO, J., *Proteger a los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal y controlar la actividad de las empresas de este tipo para eliminar en ellas los abusos: una visión desde las libertades de servicios y de circulación de personas trabajadoras*, Minerva. Revista de Estudos Laborais, nº 6, 2024, pp. 209 ss.

353 C-307/09 a C-309/09, sentencia de 10 febrero 2011.

empresas de suministro de mano de obra pueden estar comprendidos, en su caso, dentro del ámbito de aplicación de los artículos 45 TFUE a 48 TFUE y de los reglamentos de la Unión adoptados para su desarrollo. Por otro lado, debido a la naturaleza particular de las relaciones laborales inherentes al suministro de mano de obra, el ejercicio de dicha actividad afecta directamente tanto a las relaciones en el mercado laboral como a los intereses legítimos de los trabajadores de que se trate”.

Consecuentemente, la sentencia responde a la identificación de los desplazamientos que se incluyen en el ámbito del art. 1.3 c) de la Directiva 96/71, esto es, decisiones de empresas de, “en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento”. En interpretación de este precepto, la sentencia expresa que “un trabajador desplazado en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71 trabaja bajo el control y la dirección de la empresa usuaria. Este es el corolario del hecho de que tal trabajador no realiza su trabajo en el marco de una prestación de servicios efectuada por su empresario en el Estado miembro de acogida”. Y, al margen de otros argumentos que no son centrales al objeto de este análisis, acaba puntualizando que “si bien la falta de correspondencia entre las tareas realizadas por el trabajador en el Estado miembro de acogida y la actividad principal de su empresario podría dar lugar a pensar que dicho trabajador fue puesto a disposición por este último, no cabe excluir, en particular, que el referido trabajador efectúe una prestación de servicios para su empresario que esté comprendida en un ámbito de actividad secundario o nuevo de éste. A la inversa, el hecho de que las referidas tareas correspondan a la actividad principal del empresario del trabajador desplazado no excluye que este trabajador haya sido puesto a disposición”. Este último argumento tiene un indudable interés, porque sale al paso de algunas presunciones que han tenido cierta fortuna en el contexto de la jurisprudencia interna española.

El otro pronunciamiento viene a ser el reverso de *Vicoplus*. Se trata

del caso *Martin Meat*³⁵⁴. Los hechos aludían a una empresa austríaca de procesamiento y comercialización de carne que, también en el intervalo transitorio después de la integración de Hungría a la UE, contrata con una empresa auxiliar húngara el procesamiento y envasado de una cantidad determinada de vacuno. La actividad de esta entidad se desarrollaba en las instalaciones de la empresa principal, en Austria. Por utilización del local y de las máquinas, la empresa auxiliar le abonaba una cantidad a tanto alzado a la principal. El capataz de esta daba instrucciones al de aquella sobre el procesamiento de carne y, posteriormente, la dirección de la empresa húngara organizaba a su plantilla para la ejecución del servicio, aunque la entidad austríaca controlaba la calidad final del producto. Los servicios de la empresa auxiliar se calculaban en función de la carne procesada, aunque cabían reducciones en atención a una peor calidad del producto.

En estas condiciones, las autoridades austríacas impusieron una multa a la empresa principal porque consideraron que el desplazamiento de las personas trabajadoras de la entidad húngara consistía simplemente en una cesión de mano de obra. Como, en virtud del contrato mercantil entre ambas empresas se hacía responsable del importe a la auxiliar, esta repitió la cantidad contra sus asesores, en el seno de cuyo proceso se planteó la cuestión prejudicial.

A la vista de la resultancia fáctica, que se ha destacado para no oscurecer esta valoración, pocas dudas cabrían de que los órganos judiciales españoles, en un caso homólogo, muy difícilmente hubieran apreciado cesión ilegal. En realidad, la sentencia, con cita del asunto *Vicoplus*, que parafrasea, llega a la misma conclusión, a través de una argumentación que puede sistematizarse como sigue:

- Como premisa básica, ha de tenerse en cuenta todo elemento que indique si el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye o no el objeto de la prestación de servicios. Bien al contrario, un proveedor de servicios debe, en principio, realizar una prestación conforme a lo previsto en el contrato, de modo que éste debe soportar las consecuencias de la realización de una prestación no conforme al mismo. Es decir, si está obligado

354 C-586/13, sentencia de 18 junio 2015.

a la buena ejecución de la prestación estipulada, es menos probable que se trate de una cesión de mano de obra. Pero si no está obligado a cargar con las consecuencias de una prestación no conforme, las probabilidades se incrementan notablemente. En el caso concreto, que la remuneración del proveedor de servicios variase en función no sólo de la cantidad de carne transformada sino también de la calidad de ésta tiende a indicar que está obligado a la buena ejecución de dicha prestación.

- Si el proveedor de servicios puede determinar el número de trabajadores que considere apropiado enviar a la empresa usuaria, como parecía ser el caso en el litigio principal, aparentemente el objeto de la realización de la prestación considerada no es la cesión de mano de obra, sino que la movilidad de personas trabajadoras al centro de trabajo de la empresa principal tiene carácter accesorio respecto de la realización de la prestación estipulada en el contrato de que se trata.
- No son relevantes ni la circunstancia de que el proveedor de servicios tenga un único cliente en el Estado miembro de acogida, ni el hecho de que este proveedor arriende los locales en los que se lleva a cabo la prestación de servicios y las máquinas.
- Debe trazarse una distinción entre el control y dirección de los propios trabajadores y la comprobación por parte del cliente de que el contrato de prestación de servicios se ha ejecutado correctamente. En efecto, en el marco de una prestación de servicios es normal que un cliente compruebe que el servicio se está prestando de conformidad con el contrato. En ese marco, un cliente puede impartir determinadas instrucciones a los trabajadores del proveedor de los servicios, sin que ello suponga el ejercicio de una facultad de dirección y control sobre ellos siempre que dicho proveedor les proporcione las instrucciones precisas e individuales que considere necesarias para ejecutar la prestación de servicios de que se trate.

En realidad, en la sentencia del asunto *Martin Meat* ya se desarrollan todos los criterios que aparecen en la sentencia del asunto *LM*, aunque con la importante salvedad de que en aquél se aplicaba la Directiva

96/71/CE y en este se trata de verificar la aplicabilidad de la Directiva 2008/104/CE. Ello no obstante, como en una y otra está en juego el concepto de mano de obra, ambas atienden claramente a la misma realidad. Con todo, conviene ahora repasar brevemente los fundamentos de esta última sentencia de 24 octubre 2024 ya en cuanto a las diferencias entre cesión ilegal y subcontratación para comprobar esa simetría argumental e identificar algunas interesantes matizaciones que aparecen en ella.

Si anteriormente se insistió en el concepto de empresa material, que se expresa en términos substantivos al margen de las formalidades y requisitos establecidos por los sistemas internos, la misma pauta de búsqueda de la realidad subyacente se aprecia en la identificación de una y otra actividad. En realidad, en la propia pregunta se identificaba la situación de la trabajadora demandante en el litigio principal como una puesta a disposición, aunque añadiendo la duda de si la empresa empleadora formal mantenía la dirección y control de la actividad laboral por el hecho de que su administrador recibiese un informe mensual de la trabajadora y, por otra parte firmase sus horarios, permisos y vacaciones, por más que la labor cotidiana de la trabajadora consistiese en atender a la clientela de la empresa principal, contactando frecuentemente con responsables de la misma y trabajando a distancia desde su domicilio con un ordenador a su vez aportado por la principal, a cuyas dependencias debía acudir una vez por semana.

La sentencia expresa que la puesta a disposición de personas trabajadoras cedidas temporalmente constituye una figura compleja y específica que implica una doble relación laboral: de un lado entre una empresa de trabajo temporal y esa persona y de otro entre esta y una empresa usuaria. Asimismo, existe una relación de puesta a disposición entre ambas entidades empresariales. Conviene subrayar esta identificación, porque excluye claramente todas las situaciones fácticas anteriormente sugeridas en las que no pueda identificarse una relación laboral entre la empresa que pone a disposición. Aunque también es necesario recordar el concepto amplio de trabajador diseñado por la jurisprudencia del TJUE, de la que el reiterado asunto *Ruhrlandklinik*, por cierto no citado en la sentencia *LM*, constituyó un paso decisivo. Precisamente por ese motivo –recordar la amplitud del concepto– la sentencia le dedica unos párrafos al mismo, por más que no sería necesario en el caso

concreto, en el que no había duda acerca de la existencia de un contrato de trabajo entre la trabajadora y las sucesivas empresas contratistas de la entidad principal.

En la relación de puesta a disposición, la empresa cedente mantiene el vínculo laboral, pero transfiere el control y el poder de dirección a la usuaria, generando así una nueva relación de subordinación con el trabajador cedido, que se somete a su poder de dirección. Tal sometimiento debe verificarse a la luz de las circunstancias y de los hechos concretos. En efecto, en el caso concreto planteado, el informe mensual que la trabajadora le remitía a la empresa que la contrataba laboralmente era un elemento que debía ponderarse. En cuanto a la fijación de vacaciones, horarios y permisos, la sentencia considera que es normal que esas tareas se mantengan en la esfera de decisión de la empresa cedente, sin que ello cuestione la existencia de una puesta a disposición.

Además, si la empresa usuaria puede imponer a la persona que presta servicios para ella el cumplimiento de una normativa interna y de una metodología de trabajo, así como ejercer sobre ella una vigilancia y control en cuanto al desempeño de sus funciones, claramente se estará ante una situación de puesta a disposición regida por la Directiva 2008/104/CE. A cuyo efecto, con cita expresa del asunto *Martin Meat*, el apartado 61 de la sentencia salva que una comprobación del resultado del trabajo o la formulación de consignas generales por parte de la supuesta empresa cesionaria no es bastante para apreciar cesión.

Como asunto previo, y volviendo a aspectos relacionados con la propia entidad de la actividad de puesta a disposición, los apartados 52 y 53 de la sentencia expresan un argumento de indudable interés: no es necesario para que una entidad actúe como empresa de trabajo temporal que ponga a disposición a un número determinado o porcentaje mínimo de personas trabajadoras. Ahora bien, no basta con poner a disposición a alguno de sus trabajadores o, puntualmente, una parte de ellos, pues estas situaciones equivalen a prestaciones de servicios entre empresas y no a prestaciones de trabajo desarrolladas por las personas cedidas. A este respecto, aplicando esa situación al derecho interno español, quedarían fuera de la afectación de la Directiva las cesiones más esporádicas y puntuales, como es el caso más claro de las previstas en el caso de relación laboral especial de deportistas profesionales, reguladas

en el art. 11 del RD 1006/1985, de 26 junio. Por otro lado, no es decisivo que la cesión de mano de obra sea o no la actividad principal de la empresa, basta con que se desarrolle de una forma habitual. Aunque, en el contexto de los hechos probados en el asunto principal de la cuestión prejudicial planteada en la STJUE de 24 octubre 2024, podría ponerse de relieve que se referían a una única trabajadora, sin que constase el carácter habitual de la puesta a disposición ni las relaciones ordinarias entre la parte empleadora y la otra empresa contratante³⁵⁵.

7. Ponderación del alcance de estas sentencias

Con esta descripción de la doctrina acumulada, en particular de los asuntos *Martin Meat* y *LM*, pueden identificarse una serie de criterios que deben manejarse, con mayor o menor entidad decisoria, en la diferencia entre subcontratación y cesión de personas trabajadoras. Aunque no es el objeto de estas páginas describir ni siquiera someramente la doctrina judicial española, se aprecian en ella ciertas tendencias aparentemente incompatibles con la jurisprudencia del TJUE. Antes, conviene recordar que la definición de cesión de mano de obra del art. 43 ET, procedente en su redacción actual de la reforma de 2006 culminada con la Ley 43/2006, de 29 diciembre, se concibió a partir de un precipitado de la jurisprudencia dictada hasta entonces. De esa definición, la última alternativa –que la empresa cedente “no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”– es la que ha concentrado mayor atención, por las dificultades de apreciación que conlleva.

En este sentido, es cierto que algunos de los criterios más recurrentes expresados por la Sala Cuarta del TS coinciden con los apreciados por el TJUE. Pero hay otros que las sentencias descritas relativizan o, al menos, no les conceden la misma importancia que les otorga la jurisprudencia interna. Entre ellos, la presencia de una persona encargada que acompaña a la plantilla de la empresa auxiliar y que habitualmente está en el centro de trabajo de la principal en comunicación constante con esta. O también la asignación de horarios, concesión de permisos y

³⁵⁵ Destacando esta idea, RIVAS VALLEJO, P., *Prestación de servicios y cesión de trabajadores: concepto de empresa de trabajo temporal en el derecho de la Unión*, Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 10, 2024, p. 2.

vacaciones o gestión de las nóminas de las personas afectadas al contrato entre las dos empresas, o el ejercicio del poder disciplinario. O la dación de cuentas periódica por las personas que prestan servicios en beneficio de la empresa cliente con una periodicidad determinada.

Dicho lo cual, hay dos elementos decisivos que, en el asunto *Martin Meat* conducen al TJUE a desechar que el contrato entre la empresa principal y la auxiliar pudiera ser una cesión de mano de obra: por un lado, la identificación, como fin del contrato, de una obligación de resultado –en el caso concreto, el procesamiento de una cantidad determinada de carne-, a cuya consecución se ajusta el precio del contrato. De otro lado, la determinación del número y la identidad de las personas trabajadoras asignadas al mismo, que, si le corresponde a la empresa auxiliar, difícilmente podrá apreciarse cesión de mano de obra. Es decir, en los casos en los que la relación entre ambas empresas se concreta en la prestación de servicios sin el compromiso de un resultado, y en los que la empresa principal tiene capacidad de decisión acerca del número o de las concretas personas que van a prestar servicios en la actividad contratada, es más probable que pueda identificarse una mera puesta a disposición de personas trabajadoras.

Ahora bien, ciertamente ambas jurisdicciones –la interna y la de la Unión Europea- coinciden en que la diferencia fundamental consiste en el ejercicio de un poder de dirección, vigilancia y control, que denota la condición de empresa usuaria, en contraposición con la emisión de instrucciones esporádicas y la supervisión sobre la correcta ejecución del contrato de servicios, que no son sino actuaciones razonables en el marco de la ejecución de un contrato de servicios. Con todo, los casos en los que hay una subordinación técnica intensa parecen arrimarse más, con la nueva jurisprudencia del TJUE, a negocios de interposición en los que la empresa auxiliar se comporta verdaderamente como una empresa de trabajo temporal.

8. Los últimos pronunciamientos judiciales internos que acogen la doctrina del TJUE

La doctrina judicial ya ha aplicado en alguna sentencia del asunto *LM*, y lo ha hecho en unos términos que permiten entrever cierto cam-

bio. En particular, hay dos interesantes sentencias del TSJ de Madrid que avanzan algunas de las ideas sobre la diferencia entre subcontratación y cesión. La primera de ellas³⁵⁶ se refiere a la actividad de portería y conserjería en edificios y fincas urbanas, que puede desarrollarse mediante una contratación directa por parte de la comunidad de propietarios o mediante una empresa de servicios intermediaria, al amparo del convenio colectivo -estatal- de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Pero esa intermediación, como expresa el Tribunal, es claramente una puesta a disposición. La sentencia cita el asunto *LM* y añade que, aunque la empresa mantenga el control formal sobre la jornada y el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, el poder de dirección corresponde a la titularidad dominical del inmueble. En cuanto al convenio colectivo aplicable, expresa la sentencia que, si es posterior a la entrada en vigor de la Directiva 2008/104/CE, no puede lícitamente contrariarla, de manera que no cabe una cláusula opuesta a lo regulado en ella que establezca condiciones peores para las personas cedidas que para las contratadas directamente por parte de la titularidad del inmueble. O, dicho en términos más amplios y como expresa la propia sentencia, “desde que entró en vigor la Directiva...los poderes normativos internos españoles quedaron privados de la posibilidad de dictar [reglas] que fijasen normas contrarias al contenido de la Directiva, en concreto a su art. 5”. Los convenios colectivos entran, por supuesto, en el ámbito de aplicación de esta prohibición.

La otra sentencia³⁵⁷, asimismo con cita expresa del asunto *LM*, a partir de una descripción de la evolución normativa en paralelo del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 14/1994, de 1 junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, constata que la cesión y la puesta a disposición de personas trabajadoras constituyen la misma figura jurídica. Añade que la reserva de cierto poder de control por parte de la entidad cedente no pone en entredicho que la dirección y control hayan sido cedidos a la empresa usuaria. Como expresa en su fundamentación jurídica, “...hay que recordar que conforme a la Ley

356 STSJ de Madrid de 6 noviembre 2024 (rsup 538/2024).

357 STSJ de Madrid de 4 diciembre 2024 (rsup 648/2024).

14/1994, dentro de la actividad normal de una empresa de trabajo temporal constituida expresamente como tal se encuentra la contratación del trabajador, la vigilancia de la salud, la formación inicial en materia preventiva o la gestión de sus nóminas y tiempo de trabajo, sin que ello impida que la relación siga siendo una cesión o puesta a disposición de trabajadores...”³⁵⁸ A partir de esta idea, argumenta que es característica de la cesión ilegal que la estructura administrativa de la empresa cedente, a los efectos de la relación establecida con la usuaria, solo se utiliza para el cumplimiento de las funciones formales que le corresponden como entidad empleadora en sentido formal, pero la otra empresa “a) impone al trabajador las prestaciones que debe realizar y la manera de llevarlas a cabo; b) le da instrucciones y normas que debe observar [y] c) ejerce vigilancia y control sobre el modo en el que el trabajador desempeña sus funciones”. Pero estas facultades “no excluyen necesariamente las propias de la empresa empleadora cedente en el ámbito de la gestión del contrato de trabajo, el pago de salario, el ejercicio de la facultad disciplinaria y el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, entre otras, que exigen un cierto grado de control sobre la actividad del trabajador, además de las funciones de gestión del contrato entre ambas empresas que sirve de base jurídica a la cesión”. Con estos presupuestos, concluye la argumentación de la sentencia profundizando en su distinción entre subcontratación y cesión de trabajadores en unos términos perfectamente compatibles con los de las sentencias *Martin Meat* y *LM*³⁵⁹.

358 Como puntualiza en el fundamento de derecho tercero, “cuando por el contrario la empresa empleadora cuenta con medios suficientes para realizar la gestión puramente laboral y documental de contratación de trabajadores, pago de salario, control de la jornada realizada, alta en Seguridad Social, etc, nos encontramos dentro del supuesto del artículo 2.2.a de la Ley 14/1994, puesto que incluso la empresa de trabajo temporal reconocida legalmente como tal y dedicada a la cesión de trabajadores debe disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir sus obligaciones como empleador en dichos ámbitos”.

359 “Lo característico entonces es que la dirección y control de la empresa cedente se proyecta esencialmente sobre el cumplimiento del horario y tiempo de trabajo del trabajador cedido, esencial para la ejecución del contrato entre las empresas, mientras que la dirección y control de la empresa cesionaria se proyecta sobre el contenido del trabajo desde el punto de vista de las funciones realizadas, el cumplimiento del trabajo realizado y la calidad del trabajo ejecutado. Obviamente cuando existe un contrato de servicios entre dos empresas la prestataria de los mismos ordinariamente ejercerá una vigilancia y control de la

Sin duda, la doctrina judicial interna española seguirá profundizando en esta diferencia, en seguimiento de la estela de la jurisprudencia del TJUE y tendrá que adaptarse a ella, con toda seguridad produciendo un cierto “corrimiento” de situaciones que hasta ahora amparaba en el art. 42 y que, a partir de esta jurisprudencia, en particular del asunto *LM*, tendrá que ubicar en el art. 43, como cesiones de mano de obra. Entretanto, creo que pueden expresarse dos ideas de la más incipiente casuística producida a la vista de la última sentencia del TJUE:

- Por una parte, una muy interesante concepción de la Ley 14/1994, de 1 junio, como un marco que define las competencias y facultades que les corresponden a las empresas de trabajo temporal –y, por extensión, a las empresas cedentes- sin que puedan desmentir la existencia de una puesta a disposición. Es decir, aquellas funciones que la norma les atribuye no pueden utilizarse para acreditar que existe una subcontratación en vez de una cesión de personas trabajadoras. Por poner ejemplos tangibles, evidentemente el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, la prestación de formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales, el cumplimiento de las obligaciones formativas en cuanto a los contratos del art. 11 del Estatuto de los Trabajadores o el ejercicio de la facultad disciplinaria, o la atención a reclamaciones laborales que le competen a la entidad cedente son asuntos que le corresponden a esta y no a la entidad cesionaria, de modo que su ejercicio en modo alguno puede servir para acreditar que, en realidad, no hay cesión de mano de obra sino subcontratación de una parte de la actividad. Además, todas las funciones que, implícitamente y aunque no lo

calidad del servicio prestado, sin que ello implique que exista una puesta a disposición de trabajadores. Lo característico de la puesta a disposición es que la dirección y control funcional de la actividad laboral no se proyecta genérica y globalmente sobre el servicio recibido, sino sobre la prestación de cada uno de los concretos trabajadores. Sobre esa base el hecho de que la empresa empleadora de los trabajadores lleve a cabo un control secundario, recibiendo la información y en su caso quejas de la empresa usuaria para que actúe contractualmente sobre los trabajadores que tiene destacados a su servicio, a través de informes escritos periódicos o meras quejas verbales, no supone que no estemos en presencia de una puesta a disposición, puesto que la facultad de sancionar, incluso con el despido, seguirá residenciada en el empleador”.

expreses la Ley 14/1994, les afectan a las entidades que formalizan el contrato de trabajo con las personas trabajadoras –definir la jornada y, en el caso de los contratos a tiempo parcial, las horas complementarias, decidir el recurso a estas, establecer los horarios, gestionar las vacaciones, los descansos de fin de semana y los permisos, así como las horas extraordinarias, tampoco pueden utilizarse con esa finalidad. Es decir, es el ejercicio desnudo del poder de dirección el elemento definidor de la existencia de una cesión o de una subcontratación, en los términos en los que ha sido descrito en las páginas anteriores y en seguimiento de las competencias que los arts. 15 a 17 de la Ley de empresas de trabajo temporal les atribuyen a las empresas usuarias. Solo cuando tales competencias las desarrolle la empresa auxiliar y no la principal podrá apreciarse subcontratación de actividades y no cesión de mano de obra.

- Por otra parte, parece decantarse una doctrina que va a poner más el acento en el objeto del contrato entre las empresas. Cuando se expresa en términos de ejecución de una obra y la retribución se marca en función del grado de cumplimiento de la misma, resulta más difícil apreciar que exista una cesión de mano de obra. Pero cuando se contrata el desarrollo de una actividad no ligada a resultados concretos, la diferencia se difumina, y se aproxima tanto más a la cesión cuanto la entidad cliente toma decisiones acerca del número de horas contratadas, o la identidad o cantidad de personas que han de trabajar en la empresa supuestamente auxiliar. Y, por supuesto, la titularidad o puesta a disposición de bienes muebles o inmuebles no parece un elemento decisivo en la distinción. Que pertenezcan a la empresa principal no implicará que haya más proximidad a la cesión ilegal, sobre todo si hay la imputación de un coste por su uso, de la misma forma que la aportación de instrumental y maquinaria por la empresa auxiliar no disipará la posibilidad de que actúe cediendo a trabajadores que quedan a disposición del poder de dirección de la empresa cliente. Dicho en otros términos, qué entidad ostente los activos patrimoniales no es un asunto central en la diferencia de aplicación del art. 42 o del art. 43 ET.

9. Recapitulando y concluyendo

Ahora bien, esta evolución así descrita, sugiere tres reflexiones en clave de derecho interno, que ponen de relieve hasta qué punto la diferencia entre empresas de trabajo temporal y empresas de servicios varios es un problema enquistado en las relaciones laborales en nuestro sistema interno:

1. La reforma del año 2021 mediante el RD-ley 32/2021, de 28 diciembre, tuvo en el art. 42 –“subcontratación de obras y servicios” uno de sus escenarios más discutidos, que se cerró con un apartado 6 relativo al convenio colectivo aplicable, con una clara orientación al del sector correspondiente a la actividad subcontratada. Evidentemente, el problema del convenio colectivo aplicable está mediatizado por la aplicación del principio de igualdad del art. 5 de la Directiva y de los arts. 11 de la Ley 14/1999 y 43.4 del ET, de tal modo que, en los casos en los que se aprecie cesión de personas trabajadoras, habrá de regir el de la empresa usuaria como marco de referencia, y solo se aplicaría el de sector en el poco probable caso de que este constituyese norma más favorable.
2. La doctrina del TJUE no pone en entredicho la sistematización del Derecho español en torno a la cesión de mano de obra. No parece haber ningún intersticio, al margen de la relación laboral especial de deportistas profesionales, entre la Ley 14/1994 y el art. 43 ET. Por consiguiente, toda cesión que se realice con una entidad que no tenga la condición formal de empresa de trabajo temporal o que no se desarrolle al amparo de la legislación que atañe a estas entidades tendrá automáticamente la consideración de cesión ilegal, con las consecuencias previstas en el art. 43 ET y en el art. 8.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En este sentido, no parece que la doctrina del asunto *LM* imponga una reforma de la normativa interna, porque es totalmente coherente con los mandatos de la Directiva. Otro asunto distinto sería, por razones de oportunidad política, plantear una reforma del marco normativo de la cesión de personas trabajadoras, siempre dentro del marco de la Directiva 2008/104/

CE la cual, desde luego, ofrece algunos márgenes de flexibilidad que la legislación interna no ha utilizado. Aunque en este debate de oportunidad, seguramente habría que recordar que la trama principal de la diferencia entre subcontratación y cesión tiene como actoras a las entidades que siempre huyeron de la aplicación del principio de igualdad de condiciones con la plantilla de la empresa cliente y persiguieron mediante técnicas jurídicas diversas una mejor posición competitiva mediante la reducción de los costes y de las seguridades laborales de sus trabajadores y trabajadoras.

3. Hay un último asunto que ha quedado oscurecido en la doctrina interna española y en su diálogo con la del TJUE, pero que ha emergido en esta. Se trata de la diferencia entre las cesiones temporales y las cesiones permanentes, pues las últimas no están amparadas por la Directiva 2008/104/CE³⁶⁰. Esa diferencia, en cuanto a la aplicación del art. 43, no parece tener trascendencia alguna: bajo su manto quedan cubiertas las cesiones temporales y las permanentes. Es decir, la renovación de contratos de servicios que encubren cesiones, aunque se prolongue en el tiempo durante largos años, no por eso deja de constituir una cesión prohibida. Podrán no aplicárseles las garantías de la Directiva 2008/104, pero no por eso se pone en cuestión la propia existencia de una cesión ilegal.

La última reflexión enfoca la pregunta más sencilla que le formula el TSJ de Madrid al TJUE en el asunto *LM*, sobre si el salario de la trabajadora debería ser cuando menos el mismo que le correspondería si hubiese sido contratada directamente por la empresa cliente. La respuesta es lacónica, en sentido afirmativo. En realidad, el órgano judicial se podía haber ahorrado esta cuestión, pero está muy bien que la hubiera explicitado para expresar con nitidez el problema que subyace a la interposición de una empresa cedente, que no es otra que la de explotar la aplicabilidad de un régimen más favorable para la empresa y más desfavorable para la trabajadora. A esta modalidad de explota-

360 Como expresa y clarifica la sentencia del TJUE de 22 junio 2023 (asunto C-427/21, LD).

ción laboral quiso poner coto la Directiva 2008/104/CE, que ha querido defraudarse sistemáticamente en España a través de la aplicación artificiosa del art. 42, como norma de cobertura de un fraude laboral muy extendido. Ahora, parece que la doctrina del TJUE puede servir para enderezar una jurisprudencia interna que, en términos generales, ha sido bastante concesiva y contemplativa de algunos excesos.

En estas páginas que aquí cierro he omitido, con todo, un análisis más preciso de la doctrina judicial interna. No me ha parecido un ejercicio necesario, porque no se trata tanto de comentar críticamente el pasado sino de alinear las posiciones de los órganos internos con los del TJUE. Aquellos son también jueces comunitarios, a los que les corresponde interpretar el acervo de la UE, de acuerdo, por supuesto, con las orientaciones del Tribunal de Luxemburgo. Esas orientaciones, desde luego, imponen situar en cuarentena y en sospecha las empresas que se dedican a servicios varios de actividad intensiva de mano de obra, con contratos de mera actividad y en los que su presencia en las entidades clientes es ciertamente muy limitada.

Tampoco he tratado el asunto de las consecuencias de la apreciación de cesión frente a subcontratación. Es un problema de gran complejidad técnica, pero que no tiene una relación excesivamente intensa con la Directiva de empresas de trabajo temporal, más allá de las medidas necesarias para evitar los abusos de su art. 5.5. Pero es una relación bastante colateral, ajena al objeto del análisis.

Y se impone una última reflexión: el asunto *LM* ha sido fallado por tres jueces y juezas del Tribunal, "oído el Abogado General", pero sin conclusiones. Quiere esto decir que la cuestión prejudicial no se ha considerado como especialmente novedosa ni muy discutible. Por otra parte, una de las juezas ha sido Arastey Sahún, de modo que parece imposible siquiera insinuar que el Derecho español ha sido malinterpretado. Por lo tanto, la respuesta que expresa el TJUE a la segunda pregunta resulta bastante contundente y, en mi opinión, es un muy serio aviso a la actividad de la mayoría de las empresas multiservicio.