

Tres razones para volver a un tema clásico: contratas, cesión ilegal y empresas de trabajo temporal¹

Three reasons to return to a classic topic: contracting, illegal assignment and temporary employment agencies

AMPARO ESTEVE-SEGARRA

Universitat de València, España

Resumen:

El presente trabajo pretende analizar un tema clásico sobre contratas, cesión ilegal y empresas de trabajo temporal sobre la base de tres elementos recientes. Primero, la STJUE de 24 de octubre de 2024, C-441/23. Segundo, se aludirá al concepto de intermediación que aparece en la Directiva sobre mejora de condiciones de trabajo en empresas de plataforma. Y finalmente se pretende abordar un análisis de los indicios que pueden determinar o excluir la calificación de cesión ilegal en empresas de plataforma de reparto de paquetes y de alquiler de vehículos de transporte de personas mediante licencias VTC.

Palabras clave: cesión ilegal, contratas, empresas de trabajo temporal, empresas de plataforma, intermediario

Abstract:

This work aims to analyze a classic topic on contracts, illegal assignment and temporary employment companies based on three recent elements. First, the STJUE of October 24, 2024, C-441/23. Second, we will refer to the concept of intermediation that appears in the Directive on the improvement of working conditions in platform companies. And finally, it is intended to address an analysis of the indications that can determine or exclude the classification of illegal transfer in platform companies for the delivery of packages and the rental of vehicles for transporting people through VTC licenses.

¹ Este trabajo reproduce la conferencia impartida en el Foro Aranzadi Social de Valencia en febrero de 2025. Trabajo en Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo” ref. PID2022-139967NB-I00.

Keywords: illegal assignment, contracts, temporary employment companies, platform companies, intermediaries

Laburpena:

Lan honek kontratei, legez kanpoko lagapenari eta aldi baterako laneko enpresei buruzko gai klasiko bat aztertu nahi du, oraintsuko hiru elementutan oinarrituta. Lehenengoa, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2024ko epaia, C-441/23. Bigarrenik, plataforma-enpresetako lan-baldintzak hobetzeari buruzko zuzentarauan agertzen den bitartekaritzaren kontzeptua aipatuko da. Eta, azkenik, VTC lizentzien bidez pertsonak garraiatzeko ibilgailuak alokatzeko eta paketeak banatzeko plataforma-enpresetan legez kanpoko lagapenaren kalifikazioa zehaztu edo baztertu dezaketen zantzuak aztertu nahi dira.

Hitz gakoak: legez kanpoko lagapena, kontratak, aldi baterako laneko enpresak, plataforma-enpresak, bitartekaria

1. Razones para volver a un clásico: la STJUE de 24 de octubre de 2024, el concepto de intermediación en la directiva y la cesión ilegal en empresas de plataformas

La cesión ilegal ha sido un tema clásico en el ordenamiento laboral. El fenómeno de interposición en el contrato de trabajo ha existido desde los mismos inicios de la generalización del trabajo subordinado, con cuadrillas de personas reclutadas y subempleadas. En sus orígenes, se partía de una idea muy simple, que no conviene olvidar la interposición empresarial en el contrato de trabajo tenía claros efectos perjudiciales para la parte débil de la relación laboral en tres aspectos: primero, en cuanto a la identificación del sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones empresariales; segundo, por las inferiores condiciones laborales y salariales; y, tercero porque la interposición dificultaba la acción colectiva y judicial. De ahí que se introdujera históricamente una regulación protectora frente a la interposición². La consecuencia era muy sencilla en caso de conculcación, a saber: derecho de la persona empleada a la fijeza, la obligación de las empresas cesionarias de cumplir todas las obligaciones laborales y seguridad social, con una responsabilidad solidaria de las empleadoras, responsabilidades administrativas e incluso penales, si en esta actuación existían maquinaciones o confabulaciones dolosas. Nótese que en la normativa histórica se contenía una prohibición absoluta y no vinculada a la concurrencia de fraude en la cesión. Enumerando sólo el iter legislativo más reciente³, podría señalarse que se admitieron las empresas de trabajo temporal mediante Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas

² Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952.

³ El Decreto 3677/70, de 17 de diciembre, sobre responsabilidades y sanciones por actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores sustituyó al Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952. Posteriormente, en el art. 19 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE de 21 de abril) se introdujo la acotación de que la responsabilidad solidaria de los empresarios implicados se limitaría al período de la cesión temporal. La versión matriz del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores contenía una prohibición de cesión en los siguientes términos: “*se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en la que trabajan*”.

Urgentes de Fomento de la Ocupación (art. 2) y posterior Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal (ETT). De esta forma, se permitiría legalmente la cesión temporal “exclusivamente” a través de las ETT, sometidas estas a un régimen teóricamente estricto y tutelado para esta actividad. Posteriormente, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET), fue modificado por el RD-L 5/2006, y la subsiguiente Ley 43/2006 relacionó una serie de indicios de cesión ilegal, si bien no alteró sustancialmente las consecuencias de esta calificación.

Ante este sucinto panorama cabría preguntarse retóricamente ¿cómo es que si la legislación apenas ha cambiado se plantean aún tantos problemas en la calificación de la intermediación laboral? Acaso ¿no está todo ya unificado? Pues bien, podría responderse que es un conflicto recurrente en los órganos judiciales dado que la externalización está absolutamente extendida en empresas privadas, Administraciones públicas, empresarios/as persona física y comunidades de bienes como forma esencial de la organización productiva. Se trata, por ende, de una cuestión casuística, donde la distinción entre formas lícitas e ilícitas se desdibujaría al hilo de la normalización de las “contrata de mano de obra”, que la doctrina iuslaboralista más clásica calificaría, con no poca sabiduría, de expresión incoherente o contradictoria en sus propios términos (Carnelutti, 1961: 503).

Sin embargo, aunque estemos ante un tema clásico, han surgido al menos tres materias que están moviendo las líneas del campo de juego de las contrata, la cesión ilegal y las ETT. La primera cuestión es la STJUE 24-10-2024, Caso Omnitel. El segundo elemento es el concepto de intermediación y omniequivalencia de la protección laboral que aparece en reciente normativa comunitaria, que ha de ser objeto de trasposición por el ordenamiento, pero de clara proyección ambas cuestiones en el derecho y la jurisprudencia nacional; y, en tercer lugar, los conflictos sobre posibles cesiones ilegales en empresas de plataforma.

2. La STJUE de 24 de octubre de 2024, C-441/23

La sentencia de 24 de octubre de 2024 da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por una sección de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Aunque en los círculos iuslaboralistas se cita a este pronunciamiento como asunto Omnitel, debería más bien llamarse caso Microsoft Ibérica. Y ello por tres razones. Primero, porque Omnitel es solo una de tres empresas contratistas que empleó a una trabajadora para prestar servicios para la empresa Microsoft. Segundo, porque lo que realmente se discute es la dirección y control por la filial de Microsoft sobre una concreta trabajadora que atendía a clientes de esta empresa tecnológica y si la misma podía ser considerada empresa usuaria a los efectos de la normativa comunitaria sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Y, tercero, porque el recurso a personal externo tiene precedentes en otros ordenamientos, donde se habría criticado a esta empresa por desmontar el sueño de los buenos empleos en el mundo de la tecnología mediante la externalización⁴.

⁴ Klein (2002: 297 y ss.) aludió a un famoso litigio en Estados Unidos donde el personal de Microsoft reclamó judicialmente que no era autónomo. Pese a la victoria judicial, la estrategia de Microsoft no fue

2.1. El caso que sustenta la cuestión prejudicial

Érase una vez una trabajadora, llamémosla Covadonga, nombre ficticio atribuido a la trabajadora en aras de la protección de datos, que realizó prácticas para una de las grandes multinacionales tecnológicas, en concreto, para Microsoft Ibérica, S.L.U. durante un curso académico (de septiembre a junio). Posteriormente, la trabajadora no fue empleada directamente por la corporación multinacional, pese a prestar servicios para la misma, sino que estuvo contratada durante distintos períodos por 3 empresas: Omnitel Comunicaciones, S. L., Indi Marketers, S. L. y Leadmarket, S. L. Todas las antedichas empresas estaban dedicadas, según publicitaban sus propias *webs* corporativas, al *outsourcing* digital, es decir, a atender contratos de empresas clientes.

Covadonga, pese a los sucesivos cambios de empresa contratista estuvo desarrollando funciones de asistencia en remoto para clientes de la empresa Microsoft. Para su trabajo, la trabajadora utilizaba un ordenador propiedad, al menos según constaba en el último contrato, de la propia empresa Microsoft, aunque anteriormente empleaba otro que no era de esta empresa. En su labor se comunicaba frecuentemente con dos responsables de la empresa Microsoft Ibérica, S.R.L. Asimismo, la trabajadora acudía una vez a la semana a las instalaciones de la filial española de Microsoft, disponiendo para ello de una tarjeta de acceso de personal externo proporcionada por la multinacional. Por su parte, la empresa contratista gestionaba nóminas, jornadas, permisos y vacaciones y el administrador de dicha empresa contratista recibía información mensual sobre el trabajo de Covadonga. El horario era comunicado por dicha empresa contratista a la filial de Microsoft. La empresa contratista también le había dado formación.

En 2020, dos hechos acaecieron en paralelo. El primero es que la trabajadora se quedó embarazada y el segundo es que, en el mes de septiembre, aproximadamente en su sexto mes de gestación, los dos superiores que tenía Covadonga en la empresa Microsoft le comunicaron “que no podía continuar en su puesto de trabajo por falta de presupuesto”. Esta causa es llamativa pues la empresa Microsoft Ibérica forma parte de una corporación multinacional, con un enorme valor bursátil ligado al dominio de la inteligencia artificial y que suele estar entre el primero y el segundo puesto del ranking. Volviendo al caso de Covadonga, la filial ibérica de Microsoft le notificó a la empresa contratista que ya no renovarían el contrato mercantil que daba soporte a su contrato laboral, quedando este finiquitado el 30 de septiembre del 2020.

El segundo hecho es que pocos días antes de acabar la contrata, la trabajadora había iniciado una suspensión del contrato por incapacidad temporal y subsiguiente maternidad. Tras acabar el descanso por nacimiento de menor, el mismo día de la reincorporación, la trabajadora recibió una carta del administrador de la última empresa contratista, llamada Leadmarket, S.L., en la que se le comunica su despido, con fecha de efectos de dos días antes, alegando “disminución de demanda por caída de proyectos que estaban previstos”.

agregar más personal a la nómina, sino recurrir a empresas externas para que contratasen al personal de informática, para que actuasen como empleadoras oficiales. La investigadora aludía a diversos ejemplos de cómo Microsoft no había querido que se confundiera al personal externo con los empleados directos, y no les permitía a los primeros acudir a fiestas o cenas de empresa.

La trabajadora impugnó esta decisión reclamando que su despido era nulo y, subsidiariamente, improcedente. Además, pedía en el suplico de su demanda la responsabilidad solidaria de ambas empresas (la principal, Microsoft Ibérica S.R.L. y la contratista Leadmarket, S.L.) en cuanto a las consecuencias del despido, esto es, la readmisión y salarios de tramitación, amén de una indemnización de 110.000 euros por vulneración de sus derechos fundamentales y una liquidación de salario pendiente de pago por valor de 1.100 euros.

En instancia, el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid estimó sólo parcialmente la demanda. En primer lugar, declaró que la empresa Microsoft Ibérica, S.R.L. no podía ser reputada responsable del despido de Covadonga porque era la empresa contratista quien le proporcionó formación para su puesto, pagaba su salario, organizaba su jornada, gestionó la baja por maternidad y autorizaba permisos y vacaciones. En definitiva, consideró que no se estaba ante una puesta de disposición de Covadonga, sino ante una contrata de servicios entre empresas, por lo cual absolvió a Microsoft Ibérica S.L. y expresamente desechó también la pretensión de que el salario de la trabajadora hubiera de ser el que le habría correspondido de ser contratada directamente por Microsoft Ibérica S.R.L. Sin embargo, respecto al despido estimó parcialmente la pretensión de la trabajadora, al calificarlo como nulo, por reputar que, aunque había causa para el despido (la resolución de la contrata), dicha causa no se había reflejado bien en la carta de despido. Reduciendo el foco de enjuiciamiento judicial a la empresa contratista, la sentencia de instancia consideró que la causa real del despido de Covadonga era la falta de presupuesto y la consiguiente finalización de la contrata, no el embarazo, ni la maternidad. No obstante, al mismo tiempo, señaló el juzgado de instancia que las causas de la extinción objetiva explicadas en la carta de despido eran "genéricas, vagas e insuficientes" y que, por tanto, el despido era ilegal, debiendo declararse nulo por disponerlo así la Ley española al haberse producido ese despido en el período de 12 meses desde el nacimiento. Pese a la calificación de nulidad del despido, la victoria judicial era pírrica. Y es que al considerarse inexistente la discriminación por maternidad en el despido, tampoco habría lugar a la cuantiosa indemnización solicitada por vulneración de derecho fundamental. El órgano judicial de instancia desestimó la pretensión indemnizatoria, por considerar que el despido respondía como causa real a razones presupuestarias y no a una discriminación por razón de sexo.

La trabajadora no se conformó y recurrió en suplicación. La representación letrada de la trabajadora alegó, en esencia, que la empresa que la contrató la habría puesto a disposición de la empresa Microsoft Ibérica, S.R.L., por lo que había de ser considerada responsable de las consecuencias del despido nulo, es decir, la readmisión y salarios de tramitación, conforme al salario que habría percibido la trabajadora de haber sido contratada directamente por la empresa Microsoft, así como la indemnización por vulneración de derecho fundamental a la que debían ser condenadas como responsables solidarias la empresa principal y la contratista. Un elemento, para nada irrelevante, que aparece mencionado en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, es que la última empresa contratista (Leadmarket S.L.) estaba desaparecida y sin actividad, tras resolverse la contrata que tenía dicha mercantil con la filial de Microsoft⁵. Por

⁵ Auto del TSJ Madrid, Secc. 2ª, 7-6-2023, Rec. 1225/2022, ponente magistrado López Parada.

consiguiente, sin dicha empresa, que figuraba como empleadora, la única posibilidad de Covadonga de obtener lo pedido en relación con la readmisión y el pago de la indemnización por vulneración del derecho fundamental, pasaba por responsabilizar a la empresa receptora de sus servicios.

La sección de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid planteó cinco cuestiones prejudiciales que giraban en torno a la aplicación de la directiva de empresas de trabajo temporal y a la consideración de quién tenía verdaderamente la dirección y control de la actividad laboral (cuestiones 1ª a 3ª) y a las consecuencias de un despido nulo de una trabajadora embarazada o en situación de permiso de lactancia y cómo efectuar la readmisión de la trabajadora si la empresa contratista había desaparecido, pudiendo responder de ello la empresa principal (cuestiones 4ª y 5ª).

2.2. La respuesta del TJUE a tres de las cinco cuestiones planteadas por el órgano nacional

La primera pregunta que se suscitó al Tribunal versaba sobre si la contratista podía ser una empresa de trabajo temporal a efectos de la Directiva pese a que no tuviera la autorización legal exigida en el derecho nacional a las empresas de trabajo temporal. El TJUE dio una respuesta afirmativa y utilizó dos argumentos que son irrefutables, a saber:

Primero, porque el requisito de autorización de las empresas de trabajo temporal no está previsto en el texto de la Directiva, que define tal concepto de persona física o jurídica que contrate para ceder a personas trabajadoras.

El segundo argumento es que otra interpretación privaría de efecto útil a la Directiva de “protección de los derechos de los trabajadores”. Así se señala y merece la pena destacarlo:

En efecto, tal limitación permitiría que cualquier empresa que, sin disponer de tal autorización, pusiera a disposición de otras empresas trabajadores que hubieran celebrado un contrato de empleo con ella *podría eludir la aplicación de la Directiva 2008/104 y, por lo tanto, no permitiría a los trabajadores disfrutar de la protección que persigue esa Directiva, aun cuando la relación de empleo que vincularse a estas personas con la empresa que las pone a disposición de otras empresas no fuera sustancialmente diferente* de la que las vincularía a una empresa que hubiera obtenido la autorización administrativa previa exigida en virtud del Derecho nacional.

La segunda pregunta planteada versaba sobre si una situación como la de la trabajadora del caso podría considerarse una puesta a disposición conforme a la Directiva comunitaria. La empresa Microsoft se opuso a la admisibilidad de esta cuestión prejudicial con un argumento procesal. En concreto, aducía esencialmente que, si el órgano judicial comunitario admitiera esta cuestión y la respondiese, entraría a valorar los hechos del caso, función que no correspondería al TJUE. El motivo de oposición era sugerente pues el TJUE habría estimado en no pocas ocasiones este argumento para evitar abrir su competencia *ad infinitum* y entrar a dirimir cuestiones que corresponderían al órgano nacional.

No obstante, el TJUE citando su propia doctrina sobre su cognición limitada al derecho de la Unión Europea, argumentó que se habría planteado una cuestión que sí

entraría en su ámbito de competencia. Y es que el órgano judicial que habría interpuesto la cuestión prejudicial hábilmente había planteado si una situación como la de la trabajadora sería susceptible de ajustarse a diversos conceptos de la directiva, tales como “persona trabajadora cedida”, “empresa usuaria” y “dirección y control”. Aprovechando el planteamiento del órgano judicial nacional pegado a las definiciones de la Directiva 2008/104, el TJUE entra a responder la segunda cuestión a efectos orientativos y señala que lo relevante para aplicar la directiva es que las personas trabajadoras sean contratadas para ser puestas a disposición bajo la dirección y control de la empresa cliente, de manera que se haya creado una relación de subordinación de esa persona con la empresa usuaria.

El TJUE apunta una idea que conviene analizar con detalle: el organizar nóminas, vacaciones, permisos y recibir informe mensual por la empresa contratista no excluye dirección y control de la empresa usuaria (ap. 59). Así se señala:

En cuanto al hecho de que la empresa de trabajo temporal apruebe las vacaciones y los permisos del trabajador cedido y fije sus horarios, procede señalar que, *a priori*, no es anormal que esa empresa, que sigue siendo el empleador del trabajador, proceda formalmente a esa aprobación y a esa fijación, sin que ello ponga en entredicho la realidad de la dirección y el control del trabajador asumidos por la empresa usuaria en el marco de la puesta a disposición de este último. No obstante, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional determinar, a la luz de todas las circunstancias del caso concreto, si existen otras circunstancias que podrían implicar que se considerase que es esa empresa la que ha conservado la dirección y el control del trabajador cedido.

Otro elemento que es interesante es que, citando una sentencia anterior (STJUE de 18 de junio de 2015, *Martín Meat*, C-586/13), el Tribunal de Luxemburgo indica que no basta con que la empresa receptora de los servicios dé consignas generales o exija el cumplimiento de normas internas y métodos de trabajo, sino que para ser considerada empresa usuaria deberá realizar un poder de dirección y control sobre las personas trabajadoras cedidas. Se hace constar literalmente en la sentencia:

La empresa usuaria puede, como tal, exigir al trabajador cedido el cumplimiento de normas internas y de métodos de trabajo, además de ejercer sobre él una vigilancia y un control en cuanto a la manera en la que desempeña sus funciones. A este respecto, para considerar que la empresa usuaria ejerce un poder de dirección y control sobre los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, no basta con que esa empresa compruebe el trabajo realizado o dé meras consignas generales a dichos trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de junio de 2015, *Martin Meat*, C-586/13, EU:C:2015:405, apartado 40)” (aps. 60 y 61).

Se viene a señalar por el Tribunal de Justicia que, si se han de seguir las instrucciones de la empresa principal, prestar el trabajo conforme a sus parámetros y pudiendo ser vigilada dicha prestación laboral en cuanto a la manera en que es desempeñada por esta empresa se aplica la protección de la Directiva.

La tercera pregunta versaba sobre si una persona trabajadora cedida tendría derecho al salario de la empresa usuaria mientras esté en misión. La respuesta obvia del Tribunal de Justicia es que conforme al artículo 5 de la Directiva, tendría derecho al salario, y añadiría, pero también, a iguales condiciones de trabajo y empleo, incluido convenio colectivo, que si hubieran sido contratados por la empresa principal.

Finalmente, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre las cuestiones judiciales 4º y 5º, declarándose inadmisibles por versar sobre cuestiones hipotéticas ya que trataban sobre el derecho de readmisión de la trabajadora en situaciones en que la empresa contratista hubiera desaparecido y se hubiera extinguido la contrata. Esto ha sido criticado por considerar que el Tribunal se habría salido por la tangente (Fernández Orrico, 2025).

2.3. Las críticas al planteamiento de la cuestión prejudicial y el impacto de la respuesta del TJUE

El solo planteamiento de la cuestión prejudicial generó ya atención en blogs iuslaboralistas (Beltrán de Heredia, 2024,a, Rojo Torrecilla, 2024, Durán López, 2024). Tras ser emitida la sentencia fue objeto de notoria atención doctrinal (Rivas Vallejo, 2024; Diario la Ley, 2024; Nogueira Guastavino, 2025 y Fernández Orrico, 2024, del mismo autor, 2025) y atribuyéndosele un efecto “sistémico” (Beltrán de Heredia, 2024). Sin embargo, como siempre ocurre en derecho, también el planteamiento de la cuestión prejudicial y la respuesta del TJUE suscitó cierta suspicacia en ámbitos forenses.

En primer lugar, se criticaría que en un órgano judicial colegiado las cuestiones prejudiciales se planteasen por secciones, a modo de lobos solitarios, y no por el pleno de las Salas. Ello no es novedoso y responde a un principio de autoorganización de los órganos judiciales. Sin embargo, la personalización en la activación del mecanismo prejudicial es mirada con recelo por un sector de la judicatura y de la doctrina como una manifestación irónica de “activismo judicial”. Con independencia de estos dimes y diretes, lo cierto es que el sistema de planteamiento de cuestiones prejudiciales está absolutamente descentralizado y no es jerárquico, ni vinculado a decisiones de Salas ni a estrictos requisitos de entrada como las cuestiones de constitucionalidad. Cada uno de los jueces/zas españoles lo son de la Unión, y deben aplicar e interpretar el derecho nacional conforme al derecho de la comunidad, pudiendo plantear en caso de duda, una cuestión prejudicial.

La segunda crítica consideraría que nuestra legislación interna, el artículo 43 del ET, ya daría una solución patria a un conflicto como el suscitado, de modo que se habría buscado una solución artificiosa en el Derecho comunitario. En el fondo, esta crítica parte de un *modus operandi clásico*, a saber, preferir siempre analizar un asunto desde la norma y la jurisprudencia nacional y, en el mejor de los casos, una vez alcanzada la solución, dirigir la mirada al Derecho de la Unión Europea y al Tribunal de Justicia de la Unión, para que la corroboren. Sin embargo, la propia respuesta del Tribunal de Justicia a tres de las cinco cuestiones planteadas reafirma el hecho de que el conflicto no podía resolverse sólo mirando al derecho nacional y a nuestro artículo 43 ET, sino que la aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea en un tema de contratas y empresas de trabajo temporal alteraría la solución del conflicto⁶ y ya había sido apuntado por la doctrina (Esteve, 2016: 274).

⁶ De hecho, señala Beltrán de Heredia (2024,a) en su blog que: “el criterio del TJUE no se enmarca en estos parámetros conceptuales (los del artículo 43 ET). De modo que, a los ojos del TJUE, es indiferente si la contratista aporta o no una infraestructura material importante o una organización especializada en áreas de conocimientos profesionales o intelectuales singularmente cualificados”.

La tercera crítica restaría importancia al pronunciamiento del Tribunal comunitario porque el enjuiciamiento de contrata es un tema casuístico por definición. De este modo, a priori, el pronunciamiento de la STJUE de 24 de octubre de 2024 impactaría sólo en la concreta contrata y no tendría por qué incidir en el extendido recurso a la subcontratación, pues no habría dos contrata iguales. Frente a las esperanzas de que la sentencia del Tribunal de Justicia fuera un torpedo en el modelo de negocio de las empresas multiservicios, ello podía quedar en nada. Como también ocurre con los torpedos y las bombas, a veces caen en el mar, de modo que la sentencia del TJUE en el caso Microsoft podría no alterar las aguas de nuestra doctrina jurisprudencial, siendo una simple estrella fugaz en el firmamento de las cuestiones prejudiciales, hasta ser sustituida por la siguiente sentencia del TJUE.

Sin embargo, la experiencia nos enseña que el TJUE a partir de *casos* puede tener una influencia decisiva en la legislación y en la jurisprudencia, donde hemos pasado de una situación donde se citaba jurisprudencia comunitaria, casi como guarnición ornamental o argumental, que se invocaba a modo de mayor abundamiento, para señalar que la conclusión que se alcanzaba venía refrendada por la jurisprudencia comunitaria, a pasar a una posición donde la STJUE puede convertirse en la *ratio decidendi* de muchas resoluciones. Por estas tres razones, convendría no minusvalorar el impacto de la sentencia, que afectaría a las siguientes cuestiones.

2.3.1. El recurrir a una contrata no excluye la posibilidad de que se considere una puesta a disposición como ETT: un torpedo al negocio de las empresas multiservicios

La sentencia debería impactar en las empresas multiservicios porque determinadas subcontrataciones con unas condiciones, si se producen, deberían dar lugar a aplicar la normativa de ETT, con independencia de que la empresa contratista no fuese tal, sino una empresa de servicios. La falta de autorización legal como empresa de trabajo temporal no sería un escudo. Esto es revolucionario porque hasta ahora el mundo de las ETTS y el de las contrata no se mezclaban. Las ETTs debían estar legalmente constituidas, sometidas a un régimen estricto y tutelado de prestamismo laboral, limitándose los supuestos en que podían utilizarse. No obstante, el problema es que la externalización ha funcionado en paralelo sin el principio de paridad de tratamiento. Las contrata podían ser calificadas en algunos casos, cada vez más raros como cesión ilegal, pero no aplicar la normativa de las empresas de trabajo temporal. Esto queda absolutamente trastocado e implicaría que en contrata de mano de obra puedan exigirse responsabilidades a las empresas clientes en supuestos fuera del marco del artículo 42 ET, sin ceñirse, por ejemplo, a las contrata de propia actividad, o excluir las responsabilidades por despido de las empresas receptoras de los servicios.

La puesta en jaque del negocio de las empresas multiservicio es una buena noticia. Estas empresas han crecido en paralelo a las mayores exigencias de las empresas de trabajo temporal especialmente a partir del momento en que tuvieron que pagar el mismo salario que percibían las personas empleadas para una empresa usuaria. Además, durante mucho tiempo las empresas multiservicios se alimentaron de las limitaciones al recurso en las ETT, estando prohibido su uso en Administraciones públicas en determinados ámbitos y en muchos convenios colectivos por una visión peyorativa de las ETT asumida por los agentes sociales, que durante años habría propiciado un incremento del recurso a

empresas multiservicios que actuarían en un mercado fronterizo. Posteriormente, la reforma del 2010, al trasponer la Directiva 2008/104/CE, eliminó restricciones para recurrir a los servicios de empresas de trabajo temporal; y en un segundo momento, amplió el margen de actuación de las empresas de trabajo temporal. Pero, aun así, las empresas de trabajo temporal han sido un empresario legalmente controlado como ningún otro, mientras que, en paralelo, en el mundo de la subcontratación las cosas han sido muy laxas. Ha habido incluso demandas por competencia desleal e impugnación de convenios de empresas multiservicios por la patronal de las ETTs (*vid.* SSAN 104 y 105/2014 de 30 de mayo). Pero la visión de las ETTs y de las empresas de gestión de contrataciones como competidoras es una visión irreal o parcial pues una porción de las de las grandes ETTs que operan en nuestro país (Radstand, Manpower, Adecco), tendrían una línea de empresas multiservicios, brindándose bien como ETT; bien como empresas contratistas que, en el lenguaje retórico de la externalización, se “ofrecen para llevar a cabo proyectos empresariales externos”.

2.3.2. Se aplica el convenio colectivo de la empresa contratista en contrataciones de mano de obra: potenciales efectos para *kellys* y centros especiales de empleo

El segundo impacto es que el artículo 42.6 ET quedaría sobrepasado (Beltrán de Heredia, 2024, b) en todos los casos de contrataciones de mano de obra. De hecho, la interpretación de la STJUE de 24 de octubre de 2024 ha sido aplicada en situaciones de subcontratación para determinar el convenio colectivo que habría de regir una relación laboral. Así, en la STSJ de Madrid 873/2024, de 6 de noviembre de 2024, se abordaba un supuesto de un trabajador que realizaba labores de conserjería y limpieza de escaleras, para dos comunidades de propietarios en subcontratación. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que el trabajador quedaba bajo el control material de las respectivas comunidades de propietarios, mientras que la empresa de servicios se limitaba a un control formal sobre jornada y cumplimiento de obligaciones empresariales de gestión del contrato. Esta situación sería una puesta a disposición conforme a la Directiva 2008/104/CE y, con cita expresa de la STJUE 24-10-2024, asunto C-441/23, el órgano judicial nacional consideró que las condiciones esenciales de trabajo y empleo debían ser las que hubieran correspondido a este conserje si hubiesen sido contratado directamente por las comunidades. La aplicación de la norma comunitaria implicaba que un convenio colectivo, en este caso, el nacional de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones⁷, no podría establecer condiciones inferiores de las que corresponderían de aplicarse una contratación directa.

Aunque en derecho es muy difícil hacer pronósticos, la STJUE puede tener implicaciones y cambios en la jurisprudencia, por ejemplo, en punto al convenio colectivo aplicable a las *kellys* o camareras de piso, donde el Alto Tribunal en una criticada posición había declarado que no se aplicaba el convenio de hostelería en las contrataciones de limpieza de los hoteles, sino los de limpieza (STS de unificación de doctrina de 12 de febrero de

⁷ *Vid.* Resolución de 19 de marzo de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

2021 y 11 de noviembre de 2021⁸). También en el sector de los enclaves o centros especiales de empleo (CEE), puede saltar por el aire la regulación que establece que para estos centros regirá el convenio de los centros especiales de empleo. La exclusión contenida en la DA 27 del ET introducida por la Ley 32/2021, 28 diciembre, podía ser contraria a la Directiva de ETT si se considera que existe una puesta a disposición, por cuanto el convenio de los CEE suele establecer condiciones inferiores a las previstas en otros convenios que deberían aplicarse si correspondiesen las condiciones de las empresas usuarias.

2.3.3. Las situaciones de intermediación sin finalidad fraudulenta quedarían en el ámbito de la normativa de las empresas de trabajo temporal y las de fraude en el terreno de la cesión ilegal

Un elemento a priori llamativo del caso que dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial de la STJUE de 24 de octubre de 2024 es que la situación de la trabajadora no se plantease desde la perspectiva clásica, es decir, sobre la base de la noción de cesión ilegal, regulada en nuestro Derecho en el artículo 43 ET. En *El arte de la guerra*, el maestro Sun Tzu, dice que «la mejor guerra es la que no tiene lugar», y lo cierto es que el caso de Covadonga se enfrentó sin un ataque directo a la contrata y a su posible calificación como cesión ilegal. Este planteamiento responde a una primera razón obvia, pero también, me atrevo a aventurar a una segunda razón, menos aparente. La razón obvia es que para permitir un planteamiento de una cuestión prejudicial era requisito *sine qua non* vincular el supuesto de hecho a la aplicación del Derecho Comunitario. Ello no era posible por la vía de cesión ilegal. Sin embargo, sí cabía desde la perspectiva del concepto de puesta a disposición de la Directiva 2008/104/CE y su trasposición al Derecho nacional.

La segunda razón responde a un elemento nacional y es que la calificación de cesión ilegal presentaría al menos un hándicap importante: se habría convertido en una calificación difícil de conseguir si la empresa contratista cumplía determinados requisitos como “empleadora formal”. Para ello conviene entender la evolución jurisprudencial en materia de cesión ilegal, donde gradualmente se produjo una separación progresiva del modelo normativo clásico. Si la versión inicial del art. 43 del ET de 1980 contenía una prohibición absoluta de cesión, de suerte que bastaba con que se cedieran para operar las consecuencias previstas en el artículo, en la práctica, los Tribunales no aplicaron estrictamente este régimen y exigieron fraude en la cesión, de suerte que si no se constaba esta finalidad fraudulenta no podían aplicarse las consecuencias jurídicas previstas en el art. 43 ET.

Simplificando el análisis, cabría decir que los tribunales reservaban la calificación de cesión a los supuestos en que se perseguía una elusión de las responsabilidades laborales mediante la interposición de un empresario/a ficticio/a, teniendo éste como único objeto el suministro. Esta exigencia de un elemento de fraude para aplicar el régimen del art. 43 ET vino motivada esencialmente por la necesidad de diferenciar esta figura de la subcontratación de obras y servicios, regulada en el art. 42 ET, como forma lícita de organización del trabajo. Los tribunales desarrollaron una doctrina conformada

⁸ Rjud. 2839/19 y 3330/19.

por una serie de indicios para diferenciar las verdaderas contrataciones de las “pseudocontratas”, realizadas eludiendo la prohibición del art. 43 ET. En este contexto, acabó siendo una pieza básica de la valoración de estas conductas la de la “empresa aparente”. Los Tribunales exigían para la constatación de una cesión ilegal que la empresa no tuviera estructura, ni una verdadera organización empresarial, sino que se tratara de una mera apariencia de empresa con el único objeto de suministrar personal con finalidad especulativa, actuando la empresa aparente como un testaferro o traficante de mano de obra, dado que no poseía los medios para utilizar sus servicios.

Y aunque posteriormente los tribunales parecieron evolucionar, pues señalaron que la cesión ilegal podía producirse también entre empresas reales, cuando éstas no ponían en juego su infraestructura propia, la evolución fue más aparente que real. No puede perderse de vista que el concepto de puesta en juego por la empresa cedente ha sido cada vez menos exigente, de manera que con que la empresa cedente ejerciera algunas funciones empresariales, aunque fueran mínimas o, meramente formales, quedaría excluida la cesión ilegal, que se reservaría prácticamente a las empresas meramente pantalla o donde habría una práctica especulativa muy clara.

Sin embargo, con la STJUE de 24 de octubre de 2024, el campo de juego ya no es sólo la delimitación entre contrataciones y falsas contrataciones, entre contrataciones y cesión ilegal, sino que lo relevante debería ser analizar si la empresa contratista actúa como ETTs y, por tanto, las personas trabajadoras tienen derecho al principio de omniequivalencia de condiciones de trabajo. Un caso de aplicación de la sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2024 es la STJS de Madrid 957/2024, de 4 de diciembre de 2024, rec. 648/2024. El asunto afectaba a un consultor informático que estaba empleado por una empresa contratista para trabajar para una empresa informática llamada Roberto Bosch España S.L.U. Ambas empresas realizaban labores de instalación, *software* y gestión de servicios informáticos, encargándose de las tareas de nivel 0 y 1, la contratista, mientras que la empresa Roberto Bosch España S.L.U. desarrollaba esas mismas tareas, pero de nivel 2.

Analizando las circunstancias de la contratación de forma pormenorizada⁹, se argumentó que la empresa contratista no constaba que realizase una delimitación técnica de cómo realizar el trabajo contratado, más allá de un poder de dirección formal y tener designado un coordinador para la contratación.

Aunque las personas trabajadoras de la contratación prestaban servicios de forma separada del personal de Robert Bosch España SLU, las realizaban igualmente en la sede de la empresa Bosch. Es importante destacar que la asignación de tareas estaba automatizada por la empresa Robert Bosch España SLU que las derivaba al personal de la contratista en función del nivel de las incidencias registradas. Además, la empresa Robert Bosch España SLU aportaba la conexión a Red de Robert Bosch España SLU, la herramienta de prestación de servicios y los equipos informáticos necesarios para la

⁹ En sentido contrario, otra sección de la misma Sala, en sentencia 568/2023, 28-9-2023, rec. 385/2023, en relación con las mismas empresas descartó la cesión ilegal. Un elemento que contrasta es que esta sentencia, tras reproducir extensamente la sentencia de TS de 2-11-2016, rec. 2779/14, resolvió en un solo párrafo la inexistencia de cesión ilegal señalando que, como no había prosperado, en un fundamento jurídico anterior la revisión fáctica, la Sala compartía la valoración jurídica de la sentencia de instancia sobre la inexistencia de cesión ilegal, a cuya fundamentación simplemente se remitía.

prestación del servicio. Por parte del Tribunal se reputó otro fuerte indicio de dirección por la empresa principal que se llegase hasta un control personalizado del horario de cada persona trabajadora de la contratista. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia consideró que, en una contrata, el control de la empresa cliente deberían proyectarse sobre el servicio global contratado, pero no sobre la prestación de cada concreta persona trabajadora. Aplicando la consideración de que la contrata había escondido una puesta a disposición conforme a la Directiva 104/2008, el Tribunal aplicó tres consecuencias: La primera es que se desvirtuaba la causa del despido objetivo, determinando su improcedencia, porque la finalización de la contrata no podía ser un motivo válido de terminación del contrato de trabajo. La segunda es que el trabajador tendría derecho al salario de la empresa cesionaria por el principio de omniequivalencia de condiciones. Y la tercera es que convertía en responsable solidario de las consecuencias económicas del despido a la empresa cesionaria, que debía ser la condenada a optar entre readmitir o indemnizar.

2.3.4. El prescindir de los indicios de empleador formal y atender a la autonomía técnica de la contrata

En palabras de alguna sentencia del Tribunal Supremo quién fuese la entidad “empleadora formal” esto es, a quien ejercía facultades empresariales tales como organizar turnos o vacaciones, facultades disciplinarias y contratar nuevos trabajadores (FJ. 4º, STS de 4 de octubre de 2022) era importante como determinantes de la exclusión de la cesión ilegal. El apelativo de empleadora formal no dejaba de ser una llamativa traición al subconsciente. El propio Tribunal venía a reconocer que firmar los contratos de trabajo, pagar las nóminas y organizar las vacaciones o los permisos podían ser meras apariencias indicativas de quién sea la entidad empleadora real o, por el contrario, formalidades que disimulan a esta¹⁰.

Sin embargo, la STJUE del caso Microsoft viene a evidenciar que la gestión y logística del contrato de trabajo que, debe realizarse por parte de cualquier empleadora, incluida una ETT, no es un elemento que pueda servir para excluir una puesta a disposición. Tampoco deberían ser obstaculizadores de una puesta a disposición, indicios formales que son fácilmente manipulables, como lucir un logo de la empresa de servicios, disponer de una tarjeta identificativa de personal externo o, incluso yendo más lejos, la no mezcla de personal.

Pero la parte más interesante que puede derivarse de la sentencia del Tribunal Comunitario es la relativa a la dirección de la actividad del personal externalizado. ¿Qué aporta la empresa contratista respecto a la prestación de servicios? Es decir, se habría de valorar quién ejerce la dirección material de la actividad. Ello supone volver a traer a la palestra el indicio de autonomía técnica de la contrata, que precisamente fue silenciado por el legislador de 2006 que, al reformar el artículo 43 del ET, realizó una recepción parcial de indicios valorados por los tribunales. El indicio de autonomía técnica de la contrata implicaría exigir capacidad operativa y organizativa de la actividad materialmente prestada. En otro caso, de existir un suministro de personas empleadas con

¹⁰ FJ. 4º, STS de 4 de octubre de 2022, rec. 2498/2021 y STS de 15 de marzo 2023, rec. 3390/2020.

escasa infraestructura material y sin dirección material de la contrata se daría una presunción de falta de validez de la contrata.

Un elemento para valorar la autonomía técnica de la contrata exigiría atender a si esta se presta en conexión directa e inmediatez temporal con el proceso productivo o el servicio prestado, sin poder diferenciar las actividades de las empresas. Si en una empresa se externaliza el envasado, el etiquetado y la paletización y ello se hace en las instalaciones de la principal, en conexión directa e inmediatez temporal con la actividad de la empresa principal, aunque la contratista gestione el contrato y haya un coordinador/a, ello puede constituir una puesta a disposición. Aunque es más fácil de visualizar en procesos industriales, también debe proyectarse en el sector servicios y en contratas inmateriales o de servicios *on line*. Si Microsoft ofrece programas informáticos y se requiere la asistencia técnica, y esta es prestada por una persona subcontratada sin que se pueda distinguir la actividad prestada, de la actividad de la empresa principal, con indicaciones de la principal y controlada la prestación por esta, tampoco se puede diferenciar el servicio de asistencia técnica de la contratista de la asistencia técnica de Microsoft.

En definitiva, si bien nos hemos acostumbrado a las contratas de solo o principalmente mano de obra, quizá ese término *made in Spain*, chirríe desde el punto de vista comunitario.

3. El principio de omniequivalencia de condiciones cuando hay intermediarios en las directivas de la última generación de la unión europea

El artículo 3 de la Directiva 2024/2831, del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, de 23 de octubre de 2024 (en adelante, Directiva condiciones de trabajo en plataformas) contiene una regla interesante y que conviene analizar. Aunque se trata de una regla dirigida al legislador en la trasposición futura de la Directiva y se limita a los derechos reconocidos en la mencionada norma comunitaria, relativos esencialmente a la presunción de laboralidad y a los derechos de información y transparencia algorítmica, contiene una suerte de principio interpretativo que debería ser objeto de atención por los juristas. Se trata de la obligación de los Estados miembros de garantizar que en el caso de que una empresa de plataforma recurra a intermediarios -concepto que incluye la subcontratación (*vid.* el art. 2.1.e) de la Directiva)- las personas que realizan un trabajo en plataforma gocen del mismo nivel de protección que si tuvieran una relación contractual directa. En este punto la normativa europea recoge un concepto que aparece y, no es casual, en algunas normas tributarias de la Unión Europea¹¹. No está de más recordar que el Derecho tributario siempre ha sido un acicate para diseñar estrategias para sortear las imposiciones, que a su vez han provocado una reacción para cazar al dinero por el fisco, en un constante juego del gato y del ratón.

¹¹ *Vid.* por ejemplo, Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

El concepto de intermediario y la garantía de la Directiva sobre condiciones de trabajo en empresas de plataforma es heredero de normativa fiscal y para entender su impacto, quizá sea conveniente lanzar una pregunta retórica ¿La externalización es una opción neutra desde la perspectiva del Derecho laboral? Para responder, conviene partir de una constatación y es que determinadas fisuras de nuestro ordenamiento han beneficiado a las empresas que externalizan y penalizado a las empresas que no. Como diría prosaicamente un gurú de la organización empresarial en un mensaje para el personal directivo de organizaciones empresariales: “si te quedas con ellos (las personas trabajadoras) es que eres tonto”. Klein (2002: 296), atribuye esta frase a Tom Peters que escribió una especie de biblia empresarial, llamada *The Circle of Innovation*. Aunque la frase se dirigía al mundo empresarial norteamericano, lo cierto es que en el ordenamiento español también la externalización ha contribuido a facilitar las reestructuraciones empresariales. Así, se han admitido determinadas contrataciones más flexibles vinculadas a contrata (antes obra o servicio, ahora fijos discontinuos en vez de fijos), o despidos, donde la rescisión de una contrata puede ser un camino más expeditivo y fácil que proceder a despedir a la plantilla contratada directamente.

Déjeme que lo explique esta idea de que externalizar sale a cuenta, a través de un ejemplo. En el caso resuelto en la STSJ Cataluña 11-12-20, rec. 50/20, la empresa de plataforma Airbnb había externalizado en España el servicio de *Contact-Center* para comunicaciones entrantes y salientes, para dar soporte a anfitriones, huéspedes, por vía telefónica, *email*, chat, y otros medios. Durante los primeros meses del confinamiento producido por la emergencia de la pandemia en los que la situación impedía operaciones turísticas, la empresa de plataforma decidió finalizar su contrato mercantil con la empresa de *contac-center* ubicada en España, la cual a su vez procedió a despedir colectivamente a las casi 1.000 personas trabajadoras que prestaban este servicio. Se daba la circunstancia de que la normativa española había apostado por los expedientes de regulación temporal de empleo para mantener los puestos de trabajo durante la crisis sanitaria.

El sindicato impugnante consideraba que la empresa de atención telefónica venía obligada a afrontar la situación mediante un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y se había vulnerado la prohibición de despedir contenida en el artículo 2.2. del Real Decreto-Ley 9/2020. Por su parte, la empresa contratista aducía que la empresa de plataforma cliente había procedido a rescindirle definitivamente la contrata.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán dio la razón a la empresa contratista, considerando que la causa “directa”, en el adjetivo que utiliza la propia sentencia para limitar su indagación, del despido colectivo, era la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles de Airbnb, no la pérdida de actividad por consecuencia del COVID-19. La sentencia tuvo un voto particular. El voto disidente, del magistrado Joan Agustí Maragall, ponía énfasis en la autoceguera de no contemplar las causas en su conjunto. El Tribunal Supremo en sentencia 20-4-22, rec. 241/22, sin ningún voto particular, no lo estimó así e insistió en no analizar más allá de la rescisión de la contrata. Pero, la cuestión no debe ventilarse con la fácil crítica a la sentencia comentada, sino que merece alguna reflexión sobre la ausencia de valoración de la decisión de la empresa de plataforma y la forma en que se producía el empleo para esta. No parece razonable que pudiera eludirse la prohibición de despedir y colocar en mejor posición a

las empresas de plataforma, que como Airbnb no tienen base física para su negocio de apartamentos turísticos y recurren a externalizar para el personal que precisan para su gestión, que a las empresas del sector de hostelería que optaban por la contratación directa de los empleados a su servicio. Si la actividad esencial de la empresa de plataforma es la de intermediar en el alquiler de apartamentos turísticos, debió quedar vinculada por las mismas reglas de juego que las de las empresas del sector. En caso contrario, se corre el riesgo de favorecer a unas empresas (las de plataforma que intermedian) sobre las empresas con estructuras físicas (hoteles) que pelean en el mismo espacio. Obsérvese que no se trataba de competir sobre la base de la mejor oferta, ni de que unas empresas fueran más creativas que otras en sus servicios de alojamiento, sino de que unas empresas habían quedado sometidas a controles institucionales, que no han regido para las que se han organizado con un negocio sin base física, y recurriendo a la externalización cuando era imprescindible contar con personal a su servicio, del que se prescindía sin mayores responsabilidades.

Una idea obvia, pero que no apareció en el voto mayoritario de la sentencia de instancia ni en la que resolvió el recurso, es que las firmas deben quedar sometidas a los mismos controles institucionales, si se organizan en red o si se organizan como empresas autosuficientes. En caso contrario, la supervisión estatal queda sorteada con una estructura en red, que permite que se les apliquen reglas diferentes, con menores garantías laborales para las personas trabajadoras de la red, porque sólo se toma en cuenta la empresa emergente, la que contrata, no la que se beneficia de este trabajo, en particular si esta empresa es una empresa de plataforma con una estructura difusa.

Por ello, es interesante analizar el principio contenido en el artículo 3 de la Directiva sobre mejora de condiciones de trabajo en plataforma, que, aunque no se aplicará a empresas de plataformas horizontales, como AirBnB (art. 2.2 Directiva). El artículo 3 de la Directiva serviría para sustentar un criterio interpretativo interesante: el de la neutralidad del recurso a los intermediarios en los derechos laborales reconocido en la Directiva. Primero porque prescinde de concepto de fraude, que no aparece, y segundo porque parte de la necesidad de exigir las mismas obligaciones a las empresas que externalizan y a las que no lo hacen. De una suerte de principio de neutralidad de la organización empresarial, desde el punto de vista los derechos de las personas trabajadoras, de manera que habrá que buscar siempre una interpretación que no haga más favorable una opción (la de externalizar) u otra (la de contratar y emplear directamente a la plantilla).

4. La controversia judicial en España sobre la cesión ilegal en empresas de plataforma de reparto

Podría pensar el lector que con la futura trasposición de la Directiva sobre mejora de condiciones de trabajo en empresas de plataforma se habrían acabado los problemas en punto a la cesión ilegal en empresas de plataformas. Ocurre, sin embargo, que, pese a que la Directiva es notablemente avanzada, contiene esencialmente derechos relativos a la presunción de laboralidad y de información y transparencia algorítmica, pero ello no agota otros problemas jurídicos. Y en nuestro país, ya contamos con experiencia en la materia. La presunción de laboralidad y ciertos derechos de información algorítmica ya estaban previstos en España, país pionero en la presunción de laboralidad de las empresas

de plataforma de reparto. Pero la reacción de estas empresas de plataforma a la llamada coloquialmente ley *riders*, no ha sido en muchos casos, la de engordar la plantilla, sino recurrir a empresas externas que gestionen la mano de obra, pero con ello pueden incurrir en fenómenos de cesión ilegal. Veamos algunos supuestos desde casos más sencillos a otros más complejos.

4.1. Los casos más burdos de cesión ilegal: las empresas aparentes de suministro de repartidores en bicicleta, empresas multiservicios y empresas de trabajo temporal

Así, se han descrito casos de empresas aparentes donde la calificación de cesión ilegal es bastante evidente. Por ejemplo, el inspector de Trabajo y Seguridad Social de Valencia, Juan José Camino Frías (2023), describe supuestos de empresas de plataformas dedicadas al reparto de comida a domicilio, donde dichas empresas optan por recurrir a un antiguo *rider* para que como personal autónomo sea dicha persona la que contrate laboralmente a otros repartidores, en vez de ser estos contratados directamente por la empresa de plataforma. El inspector describe cuál es el *modus operandi* de este tipo de subcontratación y conviene reproducir con cierto detalle, la forma en la que se opera en este tipo de casos, porque luego guardarán relación con otros supuestos más sofisticados de subcontratación empresarial para empresas de plataforma. Veamos los indicios destacados por el inspector:

- *A la nueva «empresa» se le ofrece captar y contratar repartidores para un área geográfica concreta.*
- *Los repartidores son contratados por la nueva empresa, quien los da de alta en el RGSS.*
- *La plataforma supervisa y da el visto bueno de todas esas contrataciones.*
- *Como es sabido, los repartidores de estas plataformas son titulares de cuentas: instrumentos que les sirven para operar con aquella. Pues bien, la nueva empresa resulta ser la titular de todas las cuentas que anteriormente correspondían a los repartidores a los que ahora contrata.*
- *La nueva empresa carece de conocimientos de gestión y de estructura de ningún tipo para el desarrollo de esa actividad.*
- *El soporte técnico y tecnológico se lo proporciona en su integridad la plataforma digital.*
- *En las diferentes relaciones con los clientes y con los establecimientos quien figura como prestador del servicio de reparto es la plataforma.*
- *Las zonas de reparto son reducidas o ampliadas por la plataforma.*
- *La empresa ejerce como intermediario entre la plataforma y los repartidores en cuestiones tales como entrega de equipos y de prendas de trabajo, controversias sobre los pedidos, modificación de horarios, problemas con los pagos...*
- *En relación con los establecimientos desde los que se producen los envíos, la empresa ejerce funciones de comercial en nombre de la plataforma.*
- *Igualmente, se relaciona con los clientes destinatarios finales de los envíos en nombre de la plataforma.*

• *La empresa factura por la totalidad de los repartidores a la plataforma, abonando a las personas trabajadoras sus salarios en función de las horas contratadas, con arreglo a las tablas salariales establecidas en el convenio colectivo del sector de hostelería. Es de reseñar que estas cantidades resultan inferiores a las que venían devengando según los repartos efectuados cuando formalmente actuaban por cuenta propia.*

• *El beneficio empresarial se obtiene de la diferencia existente entre lo facturado a la plataforma y lo que se abonaba a los repartidores.*

Junto con estos casos bastante evidentes de prestamismo laboral a través del recurso de falsas personas autónomas, que, en principio, deberían ser cortados de raíz mediante una labor conjunta de la inspección y los órganos judiciales del orden social, algunas empresas de plataforma han recurrido a la subcontratación por otras vías, por ejemplo, acudiendo a un clásico en el mundo del suministro de mano de obra, como son las empresas de trabajo temporal o las empresas multiservicio. Sin embargo, estos supuestos también pueden quedar resueltos conforme a la doctrina tradicional de los Tribunales para enjuiciar cuando las actuaciones de uno u otro tipo de empresas incurre en fenómenos prohibidos de prestamismo de mano de obra.

4.2. Los supuestos más complejos de empresas reales de transporte de personas o reparto de paquetes

Los casos más complejos se plantean en supuestos donde las empresas de plataforma, en particular, las de reparto, afectadas por la presunción de laboralidad introducida en nuestro ordenamiento, recurren a empresas reales, como empresas de última milla o empresas de mensajería urgente, con la que suscriben un contrato para la recogida y para la entrega de pedidos a los usuarios finales o empresas de gestión de licencias VTC, donde es más difícil y controvertido determinar si la subcontratación es legal o ilegal. En muchos casos, los contratos mercantiles de las empresas que actúan para la plataforma fijan de manera muy precisa las condiciones en las que ha de efectuarse el reparto o el transporte de personas, con lo que se suscita el interrogante sobre esta determinación de todos o los más relevantes aspectos de la actividad, deja o no un margen de actuación a las empresas contratistas para ser las reales de empleadoras de la mano de obra que presta el servicio físico comercializado digitalmente. Se trata pues de casos que se podrían calificar como un poco más complejos o sofisticados de “empresas reales” de transporte de personas o de reparto de paquetes. Al respecto, se cuenta con varios pronunciamientos judiciales en empresas como Amazon o Cabify, donde la doctrina judicial ha declarado en unos supuestos que existía cesión ilegal¹², pero en otros no¹³. Y

¹² STSJ Comunidad Valenciana 328/2024, 1 de febrero, que revocó la Sentencia núm. 243/2022, de 12.09.2022, del Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia (autos 7/2021), en punto a una contrata de la empresa Cabify y STSJ País Vasco 21-12-2023, rec. 1413/2023, en punto a una contrata de reparto de Amazon.

¹³ En la STSJ de Cataluña núm. 16/2023, de 31 mayo, proc 34/2022, se desestimó el procedimiento de oficio por cesión ilegal en Cabify sobre la base de caducidad de las actuaciones inspectores por la estructura grupal de la filial de Cabify integrada por varias empresas, Max Mobility Spain, SL, Vector Ronda Telepuerto S.L. e Inversiones Andalucía. En instancia, se desestimó la cesión ilegal en una contrata de Amazon en la Sentencia núm. 626/2021, de 19-10-2021, del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo (autos 407/2021), confirmada en suplicación por la Sentencia del TSJ de Asturias núm. 989/2022, de 17-05-2022 (Rec. 645/2022).

hay pronunciamientos también en el orden contencioso administrativo¹⁴ en punto a la exclusión de la condición de empleador de las empresas de plataformas respecto al personal de contrata. El tema debería ser objeto de unificación de doctrina y ha sido objeto de atención doctrinal (Esteve y Todolí, 2021). Y a estos efectos conviene tener en cuenta que el Alto Tribunal ha valorado el indicio trabajar con la plataforma de la empresa cliente como indicio de cesión ilegal (STS 23 de mayo de 2023, rec. 183/2021)¹⁵. Si bien, en el caso de que la actividad subcontratada sea absolutamente ajena a la de la entidad cliente, el trabajar con un programa no constituiría una cesión ilegal (caso de externalización del mantenimiento informático del hospital público de Granada)¹⁶. Un punto diferencial entre uno y otro pronunciamiento puede estar en la autonomía técnica de la contrata.

La argumentación común de los pronunciamientos judiciales que ha aludido a la legalidad del recurso a empresas contratistas por las plataformas parte de que siendo las empresas contratistas empresas reales, ostentando la propiedad de los medios de producción utilizados para el transporte y ejerciendo un poder de dirección *tangible*, quedaría excluida la calificación de cesión ilegal. Frente a ello, los pronunciamientos judiciales que han determinado la existencia de cesión ilegal incidirían en que las empresas de plataforma eran las verdaderas empleadoras de las personas trabajadoras, en cuanto controlaban los medios de producción más relevantes y ejercían los poderes de dirección más directos e incisivos sobre las personas empleadas.

4.2.1. El que las empresas contratistas son empresas reales y propietarias de los medios físicos utilizados en el transporte: la cara y la cruz

Empresas de plataforma como Amazon, Cabify o Uber necesitan expandir sus mercados en España, pero en uso de su libertad de empresa, no desean gestionar directamente las flotas, ni las plantillas de los vehículos necesarios para el transporte. A través de contratos con empresas externas pueden asegurarse redes de distribución de los productos o servicios de transporte. Las empresas que contratan con ellas ponen el capital físico, los equipamientos y, singularmente, la mano de obra.

¹⁴ SSTSJ Extremadura, Sala Contencioso-Administrativa, 51/2024, de 30 de enero de 2024, rec. 185/23 y de 11 de abril de 2024, rec. 361/23, que excluye a Amazon de la condición de empleadora respecto al personal de reparto de empresas contratistas.

¹⁵ Caso de empresa de atención telefónica que prestaba servicios de comercialización de productos financieros para una entidad bancaria. Es interesante como referente porque la actividad contratada descansaba esencialmente en activos digitales, necesarios para el desarrollo de la actividad. La sentencia prescinde de que la empresa contratista tuviera mandos que fueran los que ejercieran las labores directivas y disciplinarias. El propio Tribunal afirma que “es indudable que en estos complejos supuestos de colaboración entre empresas es frecuente la conjunta existencia de hechos y datos en ambos sentidos, unos que llevan a considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores y otros que la desmienten”. Las personas empleadas de la contratista prestaban servicios en las instalaciones de la entidad bancaria, pero separadas del personal del banco. Los medios para la prestación de servicios eran de la entidad bancaria y el Alto Tribunal incidió en que no se había acreditado qué medios, organización o autonomía aportó la empresa contratista. No contaba que la contratista hubiera aportado ninguna clase de herramienta operativa o material necesario para el desarrollo de la actividad que desempeñaban las personas trabajadoras.

¹⁶ Vid. STS 458/1013, de 28 de junio de 2023. El Tribunal Supremo confirma que no había cesión ilegal de la contratista en favor del Servicio Andaluz de Salud (SAS), sino lícita descentralización productiva, pese a que los actores prestan servicios en el centro de trabajo del SAS, utilizan medios materiales del hospital y han participado en cursos de formación organizados por el SAS, pero dotada de autonomía productiva. Atiende el TS para negar la cesión ilegal a que la actividad de la empresa principal es diferente de la propia de la subcontratada.

El carácter real de las empresas contratistas debe analizarse yendo más allá de comprobar que una empresa contratista se ha constituido legalmente. A los efectos de determinar la existencia de cesión ilegal es importante analizar cuidadosamente el modelo de negocio. No es lo mismo que la contratista de una empresa de plataforma sea una empresa de reparto con tradición en el sector o que gestiona licencias VTC al margen de la plataforma, que una empresa creada *ad hoc* para articular la propia red de distribución lo que pone en cuestión este carácter teóricamente independiente. En este caso, el órgano judicial llamado a dictaminar debe comenzar su análisis del panorama indiciario con una pregunta que no es meramente retórica: ¿Hasta qué punto la empresa o empresas contratistas son independientes?

La respuesta exigirá determinar si la empresa contratista tiene como principal o único cliente a una empresa de plataforma. Este hecho, de tener como único cliente a una empresa de plataforma ha aparecido en algunas sentencias donde se ha enjuiciado una cesión ilegal. Por ejemplo, en la sentencia núm. 626/2021, de 19-10-2021, del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo (autos 407/2021) y en la de suplicación que la confirmó, Sentencia del TSJ de Asturias núm. 989/2022, de 17-5-2022 (Rec. 645/2022), constaba en los hechos probados que la empresa contratista llamada Seekers Logistics, SA, tenía un único cliente: Amazon y desaparecida la relación, dejó de estar activa. Sin embargo, las mencionadas sentencias no le dieron ninguna importancia a que la empresa contratista tuviera como único cliente a la empresa de plataforma y desapareciera o cerrara al acabar su relación con dicha plataforma. Este hecho, lo único que significa dice la sentencia del JS de Oviedo es “que se constituyó para prestar servicios a ese cliente concreto tras haber suscrito el contrato de prestación de servicios de transporte, lo que no conlleva ninguna significación especial en cuanto a una cesión ilegal”.

En contraposición con esta tesis, la estructura de prestación de servicio de una empresa de plataforma debe ser analizada con cuidado para evitar preconcebir una posición, a favor o en contra de la declaración de cesión ilegal con una mera visión superficial de la contrata. Téngase en cuenta que empresas de plataforma como Amazon, Cabify o Uber requieren un amplio panel de empresas contratistas para el reparto o transporte de vehículos y el hecho de recurrir a empresas de nueva creación no es ni mucho menos un caso aislado. De hecho, en la doctrina mercantil estadounidense donde la actuación de las empresas de plataforma cuenta con un mayor recorrido y experiencia se ha estudiado con profundidad el modelo de negocio de estas empresas. Entre otros elementos, se ha destacado que la necesidad de recurrir a empresas *ad hoc* se ha incrementado por diversos factores: crecimiento del negocio, negativa de las empresas a trabajar con la plataforma, etc. Por ejemplo, en muy citado artículo, de la profesora de Yale, Lisa KHAN, 2017, presidenta de la Comisión Federal del Comercio norteamericana durante la presidencia de Biden, se ha destacado que las empresas de reparto clásicas se ven sometidas a una fuerte presión en precios para *trabajar* para la multinacional y, al mismo tiempo, a estrategias de competencia, porque el reparto de Amazon compite con su negocio, es una especie de abrazo del oso.

Pero el modelo de negocio tiene implicaciones que van más allá de analizar si se incurre en prácticas de competencia desleal y puede ser muy relevante a la hora de determinar o excluir la calificación de cesión ilegal. Conviene pues, profundizar la estructura del negocio de la empresa de plataforma.

Por ejemplo, en Amazon existe una red de subcontratas para el reparto, bien diferenciada entre las empresas ya consolidadas y otras que creadas específicamente. La

propia filial de Amazon en España las denomina respectivamente empresas 1.0 y 2.0, y las somete a diferente sistema de facturación y ha colocado anuncios para animar a crear empresas de reparto. El foco más problemático a efectos de una posible situación de cesión ilegal se ha situado en las primeras (sistema DPS, sigla de *Delivery Partners Services*, esto es, socios de servicios de entrega). El mensaje para atraer a empresas externas contenido en la web de Amazon ha sido a veces revelador y merece la pena una atención detenida.

El contenido del anuncio es el siguiente:

Estamos buscando socios dedicados que sientan pasión por desarrollar y gestionar grandes equipos. Con unos costes bajos de puesta en marcha, demanda consistente y acceso a la tecnología y experiencia logística de Amazon, esta es una oportunidad para crear y hacer crecer un negocio exitoso de entrega de paquetes. Únete a una comunidad de partners de Amazon Delivery Service en una de las industrias de más rápido crecimiento del mundo.

La ventaja de Amazon: Bajos costes de puesta en marcha.

Comienza tu negocio con tan solo 15.000 € y un total de 30.000 € en activos líquidos requeridos.

No se requiere experiencia logística.

Utiliza nuestra tecnología y procesos y disfruta de los más de 20 años de experiencia logística de Amazon para ayudarte a configurar y administrar su negocio de entrega.

Concéntrate en las personas, no en las ventas

Los paquetes de Amazon mantienen tu negocio en crecimiento, para que puedas centrarte en la creación de tu negocio y los envíos sin tener que preocuparte por impulsar las ventas.

Asistencia cuando lo necesites

La experiencia de Amazon está detrás de ti en cada paso del camino, desde la formación hasta la asistencia técnica, para garantizar que tu negocio funcione sin problemas.

La estructura empresarial para trabajar con la plataforma puede incurrir en algunos casos en cesión ilegal por cuanto el cometido principal de la empresa contratista es operar una flota de furgonetas con un régimen de *leasing* preconfigurado por la plataforma, trabajar en régimen de exclusividad para esta, ocupándose la contratista esencialmente de contratar y fichar a los mensajeros. Como se ha señalado, Amazon “*lo que ha hecho es lanzar el gancho a personas que quieran montar una pequeña empresa de paquetería, que pongan una inversión inicial de 30.000 euros y que se ocupen de fichar a los mensajeros. El reclamo es poderoso. Operando una flota de entre 20 y 40 furgonetas, especifican en su página web, tendría una capacidad potencia de ingresos que podría rondar 1 o 2 millones de euros. De eso, la potencial ganancia neta, siempre según los cálculos que promociona la empresa estadounidense, de hasta 100.000 euros cada año*” ... “*sobre el papel, la compañía ofrecerá a los empresarios todo lo necesario para montar su flota de reparto. Según explican diversas informaciones, el programa cuenta con furgonetas de 'renting' con los logos de Amazon, uniformes y demás materiales de*

reparto, así como con programas de formación para la gestión diario de las compañías”¹⁷.

Por consiguiente, en los casos en que la empresa contratista esté sometida a un negocio preconstituido, con una suerte de franquicia para el reparto o para el transporte de viajeros mediante licencias VTC, cabrá valorar el carácter fuertemente dependiente de las empresas contratistas, de forma que, si la empresa de plataforma ejerce una capacidad plena de control y dirección sobre estas, existe un fuerte indicio de cesión ilegal. Y ello aun cuando los medios materiales precisos para desarrollar la actividad pueden ser titularidad de una empresa contratista, si estos resultan de una organización del negocio en serie, en particular, si la infraestructura material, por ejemplo, los vehículos son detentados mediante contratos de *leasing* o de otro tipo facilitados por la propia empresa principal para sus contratistas.

Si las empresas subcontratistas del mismo tipo funcionan prácticamente igual, es decir, son perfectamente intercambiables y se rigen por un funcionamiento estandarizado, se vinculan entre sí en una red rígidamente definida por los acuerdos contractuales, obteniendo la gestión de un negocio ya creado mediante las condiciones establecidas por la empresa de plataforma, trabajando con su sistema y sus medios de la plataforma y siendo monitorizadas también ellas, al segundo ha de concluirse que en estos casos se va mucho más lejos de un poder de coordinación técnica de contratistas, estas empresas se convierten en una especie de funcionarios de las grandes corporaciones, a los que se les ofrece unirse a un negocio ya creado a través de una aplicación de éxito, con la sola condición de que se ocupen de “fichar” la plantilla, aceptar una ruta, y ofrecer a quien deba realizarla. De este modo, el que las empresas contratistas existan y sean titulares de los vehículos para realizar el transporte de los viajeros o los paquetes puede ser simplemente una pantalla. Conviene pues examinar otros indicios.

4.2.2. ¿Quién ejerce el poder de dirección tangible y el intangible?

Un elemento clave para determinar o excluir la calificación de una cesión ilegal en un caso de subcontratación es determinar qué empresa, si la principal o la contratista, ejerce un poder de dirección sobre la plantilla. El elemento que complica la valoración de este indicio es que en el trabajo supervisado digitalmente determinados indicios clásicos de ejercicio del poder de dirección y organización del trabajo pueden tener una importancia distinta.

En el caso del trabajo realizado a través de empresas contratistas de una empresa de plataforma, la persona llamada a enjuiciar un caso de posible cesión ilegal debe partir del siguiente interrogante: ¿Qué es más importante a efectos del poder de dirección firmar los contratos de trabajo, pagar las nóminas y organizar las vacaciones o los sistemas de supervisión del trabajo digitalizados? La valoración de los elementos intangibles en la economía digital puede acabar siendo un indicio decisivo para determinar la existencia de cesión ilegal (De la Puebla, 2023: 7-8).

Algunas sentencias que han declarado la existencia de cesión ilegal han destacado la absoluta relevancia de la gestión algorítmica del trabajo realizado por las empresas contratistas. En paralelo, en las sentencias que han excluido la cesión ilegal se ha partido de que las empresas contratistas no sólo eran las titulares de los vehículos para realizar el

¹⁷ Declaraciones en https://www.eldiario.es/tecnologia/metodo-amazon-sortear-ley-rider-millones-paquetes-repartidos-repartidor-contratado_1_9040251.html

transporte de viajeros o de paquetes, sino que también contrataban y pagaban a los conductores/as y las concedían vacaciones y autorizaban permisos y ausencias. Elementos estos últimos que, tras la STJUE de 24 de octubre de 2024, deberían relativizarse. En algunas de estas sentencias que focalizaba la atención en elementos formales se restaba significación a los sistemas de supervisión digital. Así, por ejemplo, en una sentencia se señalaría literalmente “las aplicaciones informáticas –(las de Amazon)- de las que dispone la empresa contratista no tienen ninguna significación especial”¹⁸ son, se viene a decir, un simple instrumento de contacto entre empresas y de simplificación de trámites, un sistema de organización del trabajo para hacerlo más sencillo.

Sin embargo, la valoración de los sistemas de supervisión digital en empresas de plataforma no puede concebirse en término de blanco o negro, sino que exige analizar si están operándose mecanismos de control directo sobre el trabajo prestado a través de herramientas digitales. De manera que si la empresa de plataforma a través de programas informáticos, algoritmos o *apps* contenidas en los dispositivos telefónicos de las personas trabajadoras, transmite a estas órdenes de reparto, de ruta o de conducción instantáneamente, se ejerce por la empresa que controla el código fuente de estos programas un poder de dirección intangible. La doctrina laboralista nacional y comparada ha destacado que las herramientas digitales hacen casi innecesario el personal de gestión de la contratista para dirigir, lo que aligera enormemente los costes de coordinar, organizar y controlar el trabajo prestado en la contrata.

Por consiguiente, frente a los indicios formales en el caso del trabajo en una contrata para una empresa de plataforma cabe tener en cuenta qué empresa de las implicadas ejerce el poder de dirección algorítmico, que es el que aporta los mayores niveles de información cuantitativa y cualitativa sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales. Si a la postre este control algorítmico no pertenece a la empresa que contrata a la plantilla, sino a la empresa de plataforma, que se limita a delegar en la contratista las sanciones o los despidos o la gestión de turnos o asignación de rutas preconfiguradas, de modo que las empresas contratistas actúan como supervisoras, a modo de mandos intermedios, con un control transferido por la empresa de plataforma, existirá un indicio de cesión ilegal.

Ahora bien, este indicio no puede excluirse sin más de la mera existencia o presencia de un mando de la empresa contratista. Téngase en cuenta que en muchos casos estos mandos actúan no como mandos independientes, sino como una mera correa de transmisión de la directriz marcada por los algoritmos de la empresa de plataforma. Téngase en cuenta que algunas empresas de plataforma exigen a sus contratistas que exista siempre un mando o persona de la empresa contratista para evitar un contacto directo entre el personal de la empresa de plataforma y el personal externo de las empresas contratistas. Por ejemplo, en el caso de las filiales de Amazon, a este personal se le conoce en la terminología de esta compañía, como *dispatcher*, quien ha de estar presente en las instalaciones de Amazon y que debe ser la voz y correa de transmisión de las órdenes de esta compañía respecto al personal de las empresas contratistas.

En síntesis, un enjuiciamiento adecuado exige penetrar más allá de las apariencias y valorar la incidencia de las herramientas digitales y qué empresa las controla en última instancia. La doctrina ha destacado la idea de que los algoritmos absorben y hacen

¹⁸ Sentencia núm. 626/2021, de 19-10-2021, del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo (autos 407/2021).

innecesarias labores de organización y dirección del trabajo, de manera que la gestión algorítmica exige una aproximación diferente al poder de dirección (Weil, 2023: 75).

4.2.3. El carácter de mera intermediaria de la empresa de plataforma

Un indicio valorado por nuestros Tribunales en las sentencias que enjuician cesión ilegal se relaciona con la actividad encargada en la contrata. Simplificando el análisis, no se considera generalmente cesión ilegal el externalizar actividades que no son el objeto principal de la actividad de la empresa, por ejemplo, externalizar la limpieza, la vigilancia de instalaciones, los servicios de cafetería, etc. Se trata de valorar el clásico indicio de la autonomía técnica de la contrata.

En el ámbito de las empresas de plataforma, alguna sentencia¹⁹ habría declarado que no existiría cesión ilegal, porque la empresa Cabify era una mera intermediaria y se limitaba a intermediar entre los clientes que deseaban contratar el transporte de personas y las empresas propietarias de los vehículos y de las licencias VTC. Esta sentencia fue revocada luego en suplicación, donde se declaró la concurrencia de una cesión ilegal, partiendo de que la jurisprudencia comunitaria ya había declarado que empresas de plataforma como Uber y otras con modelo de negocio similar, no eran meras intermediarias, sino prestadoras de un servicio. Así, cualquier órgano judicial español no puede desconocer que la jurisprudencia comunitaria ha concluido que empresas como Uber debían ser consideradas empresas de transporte (SSTJUE de 20 de diciembre 2017, C-434/2015 y 10 de abril de 2018, C-320/16). En dichos pronunciamientos, el órgano judicial comunitario concluyó que las plataformas eran empresas de transporte por su potencial organizativo y su “influencia decisiva” en la gestión de los trayectos, los cobros y los pagos del servicio efectuados por los conductores. Además, se señaló que eran las plataformas las que fijaban las condiciones de acceso de los conductores a la aplicación, impartiendo cursos de formación previa e imponiéndoles normas de conducta y de trato con los clientes. No es intrascendente resaltar que las sentencias del Tribunal de Justicia prescindieron del dato de que la empresa de plataforma no fuera la propietaria de los vehículos, considerándola pese a ello, una empresa de transporte. Por consiguiente, un indicio a favor de la existencia de cesión ilegal es que las empresas contratistas de una plataforma de transporte de viajeros realizan la actividad propia de la plataforma.

Lo mismo ocurre en el caso del reparto de Amazon, donde esta empresa no sólo se limita a intermediar en el comercio electrónico, sino que la actividad de reparto forma parte esencial de su modelo de negocio, donde es imprescindible que los productos lleguen al domicilio de los clientes.

Es cierto que no en todos los casos donde una empresa contratista realiza la actividad propia de la principal cabe determinar automáticamente la existencia de cesión ilegal. Sin embargo, si la plataforma utiliza mano de obra de empresas contratistas, controlándola digitalmente y especificando la ruta, está ejerciendo una influencia decisiva que va más allá de la de una empresa que actúe como mero cliente. Ciertamente, alguna sentencia no lo ha entendido así, y ha optado por minusvalorar la relación de los paqueteros de una empresa contratista de Amazon con esta plataforma, aduciendo que estos repartidores son personal externo y “no tienen más relación con Amazon que la que deriva de la recogida de la mercancía en sus instalaciones y la comunicación de las entregas”. En la sentencia se considera irrelevante el hecho de llevar un vehículo y

¹⁹ Sentencia núm. 243/2022, de 12.09.2022, del Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia (autos 7/2021).

uniformidad con los distintivos de Amazon, argumentado que “lo único que quiere decir es que es un dato identificativo para que los destinatarios sepan que el envío que reciben procede de la empresa a la que adquirieron el producto”.

Esta afirmación resulta cuanto menos sorprendente porque la apariencia externa ha sido un indicio tradicional de una posible situación de cesión ilegal. Por consiguiente, en contra de lo afirmado en la sentencia citada, que además es de instancia, en absoluto resulta intrascendente que un servicio prestado por una persona trabajadora de una empresa contratista se publicite sin más como de “Cabify o de Amazon”.

En todo caso, para determinar si la actuación de una empresa de plataforma incurre o no en cesión ilegal debe valorarse cómo actúa esta, si como mera intermediaria o como prestadora de un servicio. En los casos de aplicaciones que se limitan a intermediar las plataformas no tienen generalmente una capacidad de influir al segundo sobre la forma de realizar los servicios. En cambio, cuando la plataforma que ha subcontratado ostenta una capacidad de control sobre la forma de entrega de los paquetes y del transporte de viajeros, esto es, es capaz de vigilar y controlar la conducción y el trabajo realizado, en un todo indisociable que comporta someter al personal empleado en la contrata a la vigilancia no de uno, sino de dos empleadores, se está ante un fuerte indicio de cesión ilegal.

5. Conclusiones

Existen varias razones coyunturales para volver a la delimitación clásica entre contrata y cesión ilegal. En primer lugar, por la vía abierta por la STJUE de 24 de octubre de 2024 y la interesante garantía aplicable a los intermediarios en la Directiva sobre mejora de las condiciones de trabajo en empresas de plataforma. En segundo lugar, la cesión ilegal en flotas para plataformas es sin duda tema de interés casacional pendiente de unificación por parte del Tribunal Supremo.

Por otra parte, la realidad práctica se aleja del régimen legal. El régimen de cesión ilegal es duro y se reserva para asuntos fraudulentos, pero en no pocos casos se obtiene mano de obra externa a través de la subcontratación. Para tratar de poner coto a esta realidad, en la doctrina judicial se habría evolucionado de la doctrina del empresario aparente al empresario real, que debe ejercer la actividad propia y atender la contrata con su propia organización e infraestructura. Aunque la diferencia entre contrata, cesión ilegal y ETTs es clara en su formulación teórica, la *summa divisio* entre contrata-cesión está haciendo aguas. La primera razón es que muchas actividades auxiliares no requieren ninguna infraestructura material o dichos medios son propiedad de la empresa principal. La segunda es que exigir poderes de organización y dirección no es muy determinante en actividades poco cualificadas que no requieren demasiadas instrucciones (portería, limpieza, control de accesos...), pero también este indicio se relativiza en casos donde la dirección es algorítmica y se ejerce por la empresa cliente. Todo ello hace extraordinariamente insegura la calificación de cesión ilegal, lícita contrata y la actuación legítima de las empresas de trabajo temporal, y de las que no obstante no serlo, actúan como tal.

6. Bibliografía

BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi

(2024, a). Los trabajadores de una empresa contratista pueden reclamar las condiciones laborales de la principal si están bajo su poder de dirección y control

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

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

CAMINO FRÍAS, Juan José (2023). Supuestos recientes de externalización: una visión desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (476), 147–182. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19193>

CARNELUTTI, Francesco (1961) “Contratto di lavoro subordinato altrui”, *Rivista Diritto Civile*, I.

DIARIO LA LEY: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2024/10/25/la-condicion-de-empresa-de-trabajo-temporal-no-puede-limitarse-a-quienes-disponen-de-autorizacion-administrativa-previa-desarrollar-dicha-actividad>

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (2023) Cesión ilegal. Adaptaciones, normativas y judiciales a una realidad cambiante, *Labos*, Vol. 4, No. 3, 4-13 <https://doi.org/10.20318/labos.2023.8317>

DURÁN LÓPEZ, Federico (2024). Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, a propósito de la reciente sentencia del TJUE. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/prestacion-servicios-empresas-cesion-trabajadores-proposito-reciente-sentencia-tjue

ESTEVE SEGARRA, Amparo (2016) *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

ESTEVE SEGARRA, Amparo y TODOLÍ SIGNES, Adrián (2021) Cesión ilegal del trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales. *Revista de Derecho Social* (95), 37-64.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda (2004). El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”. En coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*: Trotta.

FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier

(2024). La no exigencia de autorización administrativa en la constitución de ETT y otras cuestiones menores (Comentario a la STJUE de 24 octubre de 2024, asunto C-441/23), *Briefs AEDTSS*, 92.

(2025). Quienes pretendan realizar una actividad como ETT, ¿deben obtener autorización administrativa previa? Comentario a la STJUE de 24 octubre 2024 (Asunto c-441/23). *Trabajo y Derecho* (123).

KHAN, Lina M. (2017). Amazon antitrust paradox. *The Yale Law Journal*. Vol. 126. (3). <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena (2025). Las empresas contratistas no son empresas de trabajo temporal, pero lo pueden ser si incurren en cesión ilegal. Comentario

a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2024 (asunto C-441/23). Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 485, 128-138. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24335>

RIVAS VALLEJO, Pilar (2024) Prestación de servicios y cesión de trabajadores: concepto de empresa de trabajo temporal en el derecho de la Unión. Revista de Jurisprudencia Laboral (10). https://doi.org/10.55104/RJL_00592

ROJO TORRECILLA, Eduardo (2024) <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/10/se-difumina-el-concepto-de-empresa-de.html>

WEIL, David (2014) *The fissured workplace (why work became so bad for so many and what can be done to improve it)*, Harvard University Press, Cambridge.