

Laboral

Ausencia de cesión ilegal en la subcontratación: lo estructural y lo coyuntural en la doctrina jurisprudencial

La dinámica empresarial exige la colaboración en actividades que, legalmente, pueden ser descentralizadas por parte de la empresa principal. Sin embargo, este recurso a la subcontratación puede conllevar cesión ilegal si la empresa principal resulta ser la empleadora material de los trabajadores. Mas esa conclusión no permite confundir aspectos que resultan imprescindibles para la actividad externalizada, especialmente cuando en el desarrollo del servicio participa una plataforma digital.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Aun cuando el objeto de regulación es bien distinto, las instituciones que ordenan los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) —subcontratación y cesión ilegal, respectivamente— pueden llegar a confundirse en la práctica cotidiana de la descentralización productiva. Basada en la prohibición de contratar para ceder temporalmente, salvo que participe una empresa de trabajo temporal, la cesión ilegal deberá declararse, ex artículo 43 LET, cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores, o cuando la empresa subcontratada carezca de una actividad o de una organización propia o no cuente con los medios necesarios para el

desarrollo de su actividad, o, en fin, cuando no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. De prevalecer esta declaración, ambos empresarios, principal y contratista, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social y, además, los trabajadores tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

En el sector servicios, suele ser frecuente que la empresa principal subcontrate con una empresa auxiliar, por ejemplo, la entrega de mercancías. Las condiciones de prestación de servicios interempresarial serán variables, condicionadas y sometidas a aquellas

vicisitudes que las partes reflejen en su contrato mercantil. Mas, a efectos laborales, uno de los aspectos determinantes para descartar la calificación como ilegal de una cesión de trabajadores consiste en determinar quién ejerce la capacidad organizativa y el poder de dirección como empleador. Su valoración no siempre es fácil pues suele ser frecuente que la empresa principal imponga una serie de condiciones tales como que, en los vehículos para reparto aparezca su logotipo o que se utilice, en su caso y cuando se trate de comercio físico y/u *on line*, un terminal electrónico propio para efectuar el control de recogida y depósito de mercancías, entre otras posibles.

En una sentencia dictada en unificación de doctrina recientemente, la STS 4 de octubre de 2022, Jur. 329863, ya advierte la Sala de lo Social que, aunque se trate de las mismas empresas demandadas y aun cuando no exista diferencia sustancial en los hechos probados, en una materia como la que se analiza, esto es, respecto de la cesión ilegal entre empresa principal y contrata, “predomina la valoración de las circunstancias de hecho” (FJ 2). Una premisa que sirve para el supuesto analizado por la sentencia —la empresa demandada fue condenada por cesión ilegal en otro momento por hechos similares—, pero también para la extrapolación de la misma a otras situaciones de semejante envergadura. Sin embargo, el Tribunal Supremo emite doctrina y, ante una institución nuclear en el desarrollo productivo y de las relaciones laborales como es la cesión ilegal, deberá admitirse aquello que pueda ser susceptible de modulación en función de los hechos y lo que ha de permanecer, por seguridad jurídica, como criterio aplicativo.

2. El debate entre la posible cesión ilegal y la lícita externalización de servicios se salda, en el Juzgado de lo Social, con la declaración

de la existencia de una subcontratación y no de una cesión de trabajadores. Las razones principales que avalan esta decisión son que: a) la empresa principal asume la función de integrar las diversas fases del transporte intermodal, lo que requiere la participación de múltiples componentes; b) no consta acreditado que dicha empresa ejerza funciones de dirección efectivas ligadas a la existencia de una relación laboral con los trabajadores; c) la aportación de un terminal informático por la empresa principal resulta coherente con la subcontratación puesto que es la principal quien tiene la relación con el cliente y quien asume frente al cliente la responsabilidad de la entrega de la mercancía; y d) es la empresa principal la que ha de manejar la información sobre los clientes necesaria para el reparto, y que no puede proporcionar a la empresa subcontratada por razones de confidencialidad, lo que justifica que sea ella la que proporcione y controle la herramienta informática que posibilita la entrega en cuestión. Por su parte, la sentencia dictada en suplicación confirma esta decisión, ratifica que se trata de una contrata de propia actividad y añade que la forma de prestar la actividad es la necesaria para que la empresa principal pueda informar a sus clientes, concluyendo que no existe indicio alguno en la empresa principal sobre la capacidad de esta última para ejercer, frente a los trabajadores adscritos al servicio contratado, las facultades empresariales (reparto de turnos, dispensación de vacaciones, nuevas contrataciones, ejercicio de la potestad disciplinaria, etc.).

3. Y ésta es precisamente la línea que confirma el Tribunal Supremo en unificación de doctrina. De su sentencia, conviene extraer dos conclusiones iniciales. La primera que, efectivamente, siendo ésta una cuestión supeditada a la constatación fáctica en cada supuesto, la decisión puede variar en empre-

sas del mismo sector, con los mismos servicios y con idéntica actividad —de hecho, y como se apuntara, la empresa principal fue condenada años atrás por cesión ilegal debido a que “los diferentes hechos que se habían declarado probados en las sentencias recurridas”, subrayando la necesidad de demostrar si se actúa o no como verdadero empleador—. Pero, la segunda, que precisamente cuando los hechos dispongan de similar factura, la doctrina judicial debe constituir una base de garantía para la actuación de los distintos operadores jurídicos.

En este sentido, conviene poner de manifiesto algunas consideraciones ya consolidadas en la jurisprudencia social y otras de nuevo cuño, todas ellas de interés para resolver las dificultades laborales que surgen en la nueva realidad empresarial, principalmente, aunque no únicamente, en el mercado de plataforma.

Lo que no es nuevo, como también reconoce esta STS 4 de octubre de 2022, Jur. 329863, es que la Sala considere elemento decisivo “la concurrencia o no de una situación de mero suministro de mano de obra sin que la empresa cedente ponga en juego estructura u organización empresarial alguna, de suerte que se limite a ofrecer una mera apariencia de empleadora” (STS 26 de octubre de 2016, Ar. 5448, FJ 1). El objetivo del artículo 43 LET es que “la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones o la disminución de las garantías y que quien efectivamente es empresario asuma las obligaciones que le corresponden” (STS 12 de julio de 2017, Ar. 4147, FJ 5). Mas, como señala la Sala, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la rea-

lidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. “De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal” (STS 2 de noviembre de 2016, Ar. 5642, FJ 3).

Como recuerda la STS 17 de diciembre de 2019, Ar. 5366, el orden social mantiene una serie de pautas consolidadas; a saber y entre otras que: a) no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva sea lícita; b) la tarea de identificar los fenómenos interpositorios ilícitos se dificulta notablemente y exige un análisis detallado de cada caso concreto para tratar de establecer los límites entre una lícita descentralización productiva (artículo 42 LET) y una cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 LET; c) no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista, pues existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial; y d) para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es

formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

Con todo, se simplificaría en exceso el fenómeno interpositorio si se considerara que el artículo 43 LET se circunscribe a una cesión fraudulenta pues la realidad de interposición empresarial no es simple sino compleja. La finalidad que persigue el artículo 43 LET es que “la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes” (STS 12 de julio de 2017, Ar. 4147, FJ 5).

Precisamente la dificultad de deslindar una actuación fraudulenta del recurso lícito a la descentralización productiva, los tribunales recurren tradicionalmente “a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva)” (STS 2 de noviembre de 2016, Ar. 5642, FJ 3).

Como ejemplo más reciente se cita la decisión adoptada en la STS 12 de enero de 2022, Ar. 72, exigiendo, para descartar cesión ilegal

que, por una parte, el control de la actividad de los trabajadores lo mantenga la empresa subcontratada “en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva” y, por otra, que la contratista empleadora sea una verdadera empresa “con infraestructura organizativa suficiente y adecuada, asumiendo un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal” (FJ 3).

En coherencia con lo expuesto, se recuerda cómo la doctrina de esta Sala en relación a la cesión ilegal se basa en la superposición de tres negocios jurídicos coordinados; a saber, un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y, finalmente, un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STS 11 de febrero de 2016, Ar. 4282). Asimismo, subraya que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización “no se ha puesto en juego”, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (STS 11 de julio de 2012, Ar. 9305). Pues lo cierto es que la existencia de una empresa real puede resultar irrelevante si se demuestra que la empresa contratista se limita únicamente a aportar mano de obra siendo la verdadera gestión y dirección empresarial la llevada a cabo por la empresa principal que organiza el servicio

en sus propias instalaciones, imparte formación para los trabajadores de la contratista, fija diariamente la organización de estos últimos, utilizan los mismos uniformes que los trabajadores de la empresa principal y comparten claves de acceso y password (STS 17 de diciembre de 2019, Ar. 5366). De esta forma, aparece “en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio” (STS 4 de octubre de 2022, Jur. 329863, FJ 3).

4. Pero algunos aspectos, con ser derivados de lo expuesto, avanzan una línea de actuación en relación a esas nuevas realidades empresariales que surgen como consecuencia de la irrupción de la digitalización en los contratos laborales. Porque, en este caso concreto, se valora especialmente que “las empresas concurrentes asumen sus posiciones contractuales, son reales y solventes, han encauzado de forma transparente su colaboración y ejercen sus respectivas facultades” (STS 4 de octubre de 2022, FJ 4). Además, desmonta los principales argumentos evocados en el recurso. Y, considera, en este sentido, que: a) no queda acreditado que la empresa subcontratada carezca de clientela particular; b) la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social deriva responsabilidad a la empresa principal en relación al artículo 42 LET —subcontratación— pero no así respecto del artículo 43 —cesión ilegal—; c) aspectos clave como la funcionalidad del terminal informático, aportación y mantenimiento de vehículos, asunción de gastos como el seguro de los vehículos, no han quedado desacreditados respecto a lo que defendiera la empresa subcontratada en el proceso, sin que haya podido demostrarse la inexistencia por parte de dicha empresa de infraestructura material para poder desarrollar

su actividad; d) el reproche que recae sobre la empresa principal, que requiriendo transporte, carece de personal de conducción, decae cuando se resuelve precisamente “es que esa actividad (nuclear, esencial) ha venido estando externalizada y por eso operan las garantías del artículo 42 ET”, concluyendo que “es la empleadora formal quien ha ejercido los verdaderos poderes de dirección inherentes a esa condición” (STS 4 de octubre de 2022, FJ 4). Y, así, no se ha probado la existencia de una “mezcla radical” entre el personal de la empresa principal y el de la empresa subcontratada, tampoco se ha aportado indicio alguno en la empresa principal del ejercicio frente a los trabajadores adscritos al servicio contratado sobre las facultades empresariales (organizativas, disciplinarias o de nueva contratación) y no se acredita que la empresa subcontratista se haya limitado a suministrar vehículos y mano de obra, delegando en la principal el ejercicio de sus facultades empresariales. En consecuencia, se descarta la existencia de una cesión ilegal de trabajadores aun cuando se derive la responsabilidad propia de la subcontratación entre la empresa principal y la contratista.

5. Resulta evidente la complejidad propia de todo proceso productivo basado en una externalización de actividad y en la concurrencia de dos o más empleadores. Sin embargo, su materialización no ha de estar reñida con el respeto a los derechos laborales, aunque se insista, en ocasiones, en valorar esta figura de colaboración empresarial desde el fraude y no desde la normalidad. Porque, como bien expone la sentencia, ni toda externalización es fraudulenta, ni toda contratista carece de capacidad organizativa frente a la principal. El respeto a los derechos laborales no ha de suponer necesariamente que la empresa principal no pueda condicionar la actividad de la contratista pues,

si así fuera, si no pudiera requerir lo que precisa, no conseguiría su objetivo empresarial a través de la descentralización.

Algo que puede ocurrir en cualquier proceso descentralizado pero que adquiere ahora una dimensión distinta en la prestación de servicios mediante plataformas digitales. El hecho de que el servicio se preste con su intervención requiere adaptar las exigencias de la prestación —empresarial, de la contratista y laboral, de sus trabajadores— a las necesidades de la empresa principal, que establecerá condiciones de prestación, a veces confundidas con instrucciones de dirección.

Decisiones como la analizada canalizan la ordenación empresarial, distinguiendo entre la subcontratación y la cesión ilegal y relativizando aspectos de la contratación empresarial —por ejemplo, mantener el logotipo de la empresa principal a efectos de identificación con el cliente o retener los datos de este último garantizando su confidencialidad— que, si bien en un entorno analógico pudieran llegar a alcanzar un interés laboral, en un entorno digital proporcionan tan sólo un valor relativo. Poniéndose, así, de manifiesto que, si bien la normativa vigente ha de ser cumplida, en justa reciprocidad la norma laboral deberá adaptarse a una nueva realidad empresarial, por igual digital que descentralizada.