

«EMPRESAS-RED» Y «EMPLEADOR INDIRECTO»: LA «LÍQUIDA» FRONTERA ENTRE «RED DE CONTRATAS» Y «NUEVA» CESIÓN (INDIRECTA) DE TRABAJADORES

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo
de 10 de enero de 2017, rec. núm. 1670/2014**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

*La verdad es la verdad,
díjala Agamenón o su porquero.*

– Agamenón: Conforme.

– El porquero: No me convence.

Antonio MACHADO

Juan de Mairena

1. MARCO NORMATIVO: UN ESTATUTO DELIBERADAMENTE GIRADO DE ESPALDAS A LA EVOLUCIÓN ECONÓMICO-ORGANIZATIVA

La externalización («*outsourcing*») es antigua, casi de la «Industria 1.0», pero cobró auge con las tecnologías de la información («Industria 3.0»). La economía digital («Industria 4.0»), la dotaría de un máximo brío: permite fragmentar el trabajo en múltiples empresas y territorios, dentro y fuera de las fronteras de un país, sin perder un ápice de poder de control del entero proceso. Desde el plano de la ciencia económico-organizativa, la razón principal de este desbordante éxito se vincularía al modelo de «ventaja competitiva» que propicia la «especialización productiva» (la «autonomía técnica de la contrata», **STJS de Madrid de 23 de enero 2015, rec. núm. 705/2014**), en términos de «valor añadido» y «ahorro de costes». Pero a nadie le escapa que, en el fondo, la mayor razón de su éxito está en la reducción de costes que propicia presentar jurídico-laboralmente separado lo que económicamente está unido. Como se escribiera hace 20 años (en 1997), si en una economía en cambio constante de procesos y productos, «la empresa red es el instrumento necesario para asegurar la flexibilidad», a su vez, «madre de la competitividad», también «tiene sus efectos nocivos». En particular, al individualizar la relación del trabajador y reducir su poder negociador acentuará «la desigualdad de condiciones de trabajo»¹.

¹ Vid. CASTELLS, M.: «La empresa red», en *elpais.com* (Opinión, 20 de mayo de 1997).

Esas consecuencias de un modelo de organización que hace del «*proyecto empresarial la unidad principal de referencia*» (no la empresa formal, mera unidad jurídico-patrimonial), y de la «*red*» (maraña de contrata) la forma preferente, pasan desapercibidas para el ET, anclado en el pasado. En el fondo, ninguno de los preceptos que enmarcarían esta evolución ha abandonado el tradicional código binario «regla/excepción» (se repite para toda relación triangular atípica: «empresa-grupo»), de forma que el legislador sigue pensando que el trabajador solo merece protección frente al abuso o el fraude. Por eso reforzó la lucha contra la patología —«cesión ilegal» ex art. 43 ET (2006)—, pero mantuvo un régimen restrictivo (solo en ciertos casos y de forma limitada), para la «fisiología», expresión de la libertad de empresa —la contrata y subcontrata ex art. 42 ET—.

El artículo 42 del ET no solo renuncia a regular buena parte de los problemas derivados de este tipo de relaciones triangulares, perpetuando conceptos indeterminados («propia actividad»), muy conflictivos, a juzgar por los vaivenes jurisprudenciales (*vid.* STS de 21 de julio de 2016, RCU 2147/2014, en relación con el contrato de agencia —Ley 12/1992— o de comercialización del servicio de telefonía), sino que ignora la verdadera solución: «igual retribución, a trabajo de igual valor» (STS de 17 de marzo de 2015, RCU 381/2014 —para el trabajador que opta por quedarse en un empresa con salarios inferiores a la de origen—). Aunque prospere la **Proposición de Ley de reforma del artículo 42 del ET** (tramitada ahora en el Congreso), para equiparar las condiciones de los trabajadores subcontratados, seguirá la lógica del abuso (p. ej.: multiservicios), manteniendo «*vacíos en relación con las... "cesiones indirectas"...*» (STS 892/2016, de 26 de octubre, RCU 2913/2014). El problema no será solo que la actual realidad complique —licúe— la distinción entre contrata y cesión ilegal (STS 435/2016, de 18 de mayo, RCU 3435/2014), sino también que se reconoce un buen número de formas de cesión, las indirectas, que quedarían extramuros de tutela efectiva. El artículo 43 del ET no define la cesión, se limita a tipificar un supuesto legal (ETT) y cuatro prácticas sancionables «en todo caso» —«presunciones legales»—, con un estatuto de garantías reforzadas en beneficio del trabajador afectado. Esas cuatro «presunciones legales» no agotan la frontera —límite— entre la licitud y la ilicitud, pues la expresión legal «en todo caso» abre la puerta incluso a otras «presunciones judiciales» de ilicitud, en aras de una tutela efectiva del principio de seguridad en el trabajo del artículo 35 de la CE (STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2016, rec. núm. 2703/2016).

Sin embargo, lo cierto es que la mayoría de la doctrina judicial y de la jurisprudencia, en atención a la libertad de empresa (art. 38 CE), parten de una presunción de legitimidad de la externalización fuera de los supuestos del artículo 43.2 del ET. Consecuentemente, no habría ya más protección que la limitada, temporal y materialmente, del —más liberal y desregulador— artículo 42 del ET, que traduce de forma restrictiva el principio de justicia distributiva, según el cual quien se beneficia de una actividad debe responder también de sus consecuencias (STS 707/2016, de 21 de julio). Sin embargo, la proliferación de las llamadas puestas a disposición indirectas (las que, mediante una estructura de triangulación económico-laboral, favorecen la obtención por un empresario principal del beneficio económico, pero sin que formalmente se integre en su «ciclo productivo» —citada STS 892/2016, 26 de octubre—, rompe esta ecuación o relación de equidad prestacional. En definitiva, los llamados «poderes de gestión empresarial indirecta o mediata» (empresario principal o indirecto y sus potestades civiles de control de la prestación del contratista para satisfacer su utilidad económica), quedarían, una vez más, extramuros de la protección

jurídico-laboral efectiva, relevando solo el modo de ejercer el poder de «gestión empresarial directa o inmediata» (empresario auxiliar, formal y directo, con sus potestades de gestión laboral ordinaria; [STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2016, rec. núm. 5102/2015](#)).

Finalmente, a este carácter lagunoso, que preña el precepto de dudas interpretativas para un sistema productivo caracterizado por intensas interrelaciones entre empresas ([STS 892/2016, de 26 de octubre](#)), y a su constante conflictividad ([STS 4/2017, de 10 de enero de 2017, RCU 1077/2015](#), que, caso de sucesión de contrata con reducción de su volumen, extiende su doctrina de favor al despido objetivo –con algún matiz de refuerzo de la carga probatoria para el empleador en la [STS de 1 de febrero de 2017, RCU 2309/2015](#)–), hay que añadir las intensas y frecuentes tensiones con el marco del Derecho administrativo y sus amplísimas aperturas a las formas de gestión indirecta de los servicios públicos (arts. 85.2 y 4 [Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local](#) y [277 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público](#) –LCSP–). Por lo tanto, al fenómeno de «fuga» de relaciones laborales bilaterales y directas, en favor de las triangulares e indirectas, hay que sumar el de «huida» del Derecho público (muy discutiblemente legitimados ambos por la [STS de 11 de febrero de 2016, rec. núm. 98/2015](#)).

2. EL CASO CONCRETO: SÍNTESIS DEL RELATO DE HECHOS RELEVANTES

Dos trabajadores vienen prestando servicios temporales a la empresa Dominion Instalaciones y Montajes, SA, que a su vez los emplea en un servicio adjudicado por Telefónica Soluciones de Outsourcing (TSO). Antes, los trabajadores habían venido prestando sus servicios a la empresa Entelgy Consulting, SA, precedente adjudicataria.

Tras varias prórrogas de la subcontrata, la principal –Telefónica– dejó de contratar con Entelgy y asignó los mismos servicios a otra empresa subcontratista, Dominion, que asumió, si bien como nuevas contrataciones, a todos los trabajadores que prestaban aquel servicio. Telefónica (TSO) contrató con el Gobierno vasco la prestación de los servicios de centros de gestión personalizados (CGP) y subcontrató con Dominion. La subcontratista, a su vez, arrendó a la anterior –Entelgy– sus instalaciones para tener un servicio de soporte en el proceso de migración al local que había arrendado al efecto y que estaba acondicionando para prestar en él los servicios. Disponible dicho local, se trasladó a él y en la puerta del nuevo local puso una placa con el logotipo de Telefónica. En ese centro colocó a 9 trabajadores de su plantilla, correspondiendo la gestión operativa de estos a un encargado de la subcontratista, si bien Telefónica tiene un responsable en el centro a fin de controlar que la prestación del servicio se desarrolle según las orientaciones estratégicas de la principal. Los trabajadores de la subcontratista, que no reciben órdenes directas del coordinador de la principal, deben someterse anualmente a una evaluación de competencias por Telefónica (deber contractual de disponer de la certificación de competencia profesional conforme al estándar Telefónica). La subcontratista pone el mobiliario, teléfonos fijos y otros elementos, pero los equipos informáticos y los ordenadores pertenecen a Telefónica, cuya intranet y correo electrónico usa la subcontratista. En todo momento, los trabajadores de la subcontratista se identifican ante el cliente como servidores de Telefónica, para garantizar la identidad del proveedor.

Tras diversos avatares de conflictos sindicales, Dominion comunicó a los trabajadores referidos –y a algún otro– la extinción de su contrato por no superación del periodo de prueba. Estos demandaron a las empresas pretendiendo que se calificasen sus despidos como nulos (por vulneración de sus derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad) o, en su defecto, improcedente (por fraude en la concertación del periodo de prueba, al existir sucesión entre Dominion y Entelgy y por ser objeto de una cesión ilegal de mano de obra a Telefónica). Desestimadas sus demandas, recurren en suplicación. La [STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2014, rec. núm. 130/2014](#), estimará parcialmente los recursos. De un lado, rechaza la pretensión principal. En cambio, de otro, sí admitirá la pretensión subsidiaria. El despido sería improcedente porque hubo sucesión de empresas, teniendo derecho a optar, en caso de readmisión, ante la cesión ilegal *ex* artículo 43 del ET, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria en caso de indemnización. Dominion y Telefónica recurren en casación. A su entender, ni habría sucesión de empresas (a tal fin invocan de contraste la [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 23 de noviembre de 2007, rec. núm. 656/2007](#)) ni cesión legal (invocan la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003, rec. núm. 4754/2003).

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: SÍNTESIS DE RAZONES PARA EL FALLO

Con tales antecedentes, según el informe del Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo estima ambos recursos sobre inexistencia de cesión ilegal. La mayoría –*cuenta con un fundado voto particular que lo rechaza*– asume que sí hay contradicción (art. 219 LRJS), si bien del tipo *a fortiori*, advirtiendo de diferencias de relieve, pero no sustanciales. Entrando en el fondo, desautoriza la valoración de suplicación porque «la subcontratista es una empresa real que tiene su propia organización y no se limita a poner a disposición de la empresa que la contrata el trabajo de sus empleados, que son formados por ella y trabajan bajo sus órdenes directas» (FJ 2.º, punto 5).

A su juicio, contrario al de la sala de suplicación, los medios productivos puestos a disposición por la subcontratista serían suficientes, aunque no sean todos los necesarios para la ejecución de la contrata. Lo más relevante –afirma– es la constatación de que sí «ha puesto su organización empresarial al servicio de la ejecución de la contrata, su "saber hacer" (*know how*) como empresa». Todo lo demás –que Telefónica aporte equipos informáticos y le dé acceso a los datos sobre el cliente, que le haga partícipe de la forma de prestarle el servicio y de solucionar sus problemas, que controle de forma constante la corrección técnica de la ejecución, que garantice directamente la competencia técnica del personal subcontratado, que se asegure la identidad única hacia el mercado del sujeto proveedor [...]–, no importa a efectos laborales: «[...] pues [...] tiene por fin solo prestar atención a un cliente de Telefónica, al igual que el personal que trabaja en él, [...] por lo que lo relevante no es a quién se presta el servicio, sino quién lo organiza, dirige, responde de sus prestación y cobra [...] (la empresa subcontratista)» (FJ 2.º, punto 5).

En cambio, desestimaré el recurso de la empresa Dominion, respecto a la condena por subrogación empresarial, al considerar que no hay contradicción: «Con independencia de la transmisión o uso de medios materiales de la anterior contratista, la contratación de todos los empleados en la contrata por su anterior adjudicatario puede ser reveladora de [...] una sucesión de empresa en su modalidad de sucesión de plantillas» (FJ 3.º, punto 4, *in fine*).

4. TRASCENDENCIA DEL CRITERIO MÁS ALLÁ DEL CASO: ¿QUÉ PREVISIBILIDAD DE ESTA DOCTRINA DESREGULADORA PARA FALLOS FUTUROS?

4.1. El Tribunal Supremo sugiere «sucesión de plantilla», cuando es una genuina «sucesión de empresa»

El obstáculo procesal de la contradicción impide conocer a fondo una clara disonancia entre ambos niveles jurisdiccionales a la hora de identificar cuál es la modalidad de sucesión empresarial concurrente. Aunque, por ello, no puede ser tema nuclear aquí, sí merece alguna referencia para comprender mejor la cuestión central (la tensión contrata-cesiones ilegales).

Sobre la base de un preciso recorrido de la jurisprudencia comunitaria, y los virajes que exigió de la vieja, y resistente², jurisprudencia nacional (a partir de la doctrina TEMCO: [STCE de 24 de enero de 2002](#)), que terminó haciéndola propia (SSTS de [29 de mayo de 2008](#), [RCUD 3617/2006](#), y [7 de diciembre de 2011](#), [RCUD 4665/2010](#), entre otras), para la sala vasca es:

«Una sucesión de contrata que constituye [...] transmisión, indirecta y disimulada, de una entidad económica (la contrata), que sin embargo mantiene su identidad esencial como un conjunto de medios organizados para llevarla a cabo».

Así, para la sala de duplicación, la contrata constituye una entidad económica, aun desarrollada con medios del principal, que mantiene su identidad sustancial desde la vertiente de los medios económicos, no solo de la de medios personales, fruto de la «voluntaria» nueva contratación directa (sucesión de plantilla); como sugiere –erradamente, entiendo– la casación (una equívoca doctrina al respecto en la [STS de 27 de abril de 2015](#), [RCUD 348/2014](#)). Insistiendo en el carácter accesorio de los medios patrimoniales propios puestos en juego por la empresa subcontratista, siendo los principales –equipos informáticos–³ siempre de Telefónica, reforzará su convicción

² A juzgar por la cuestión prejudicial planteada por el ATSJ de Galicia de 30 de diciembre 2016, rec. núm. 2310/2016, la jurisprudencia mantiene cierta «cultura de resistencia» en ciertos aspectos –responsabilidad solidaria por sucesión de plantilla–.

³ La transmisión de aplicaciones y archivos informáticos, en un proceso de reversión de servicios públicos –aquí recaudación de tributos municipales– sería suficiente para aplicar el artículo 44 del ET (STSJ de Asturias de 21 de marzo de 2017).

con el dato de que esos elementos, formalmente diferenciados, aparecen al exterior como propios de una misma entidad prestadora del servicio. Precisamente, aquí va a residir el nudo gordiano de discrepancia entre suplicación y casación: la diversa relevancia de los elementos materiales de la organización que aporta la principal y la subcontratista. Esta diferencia determina que sea cesión ilegal (suplicación) o contrata (casación).

4.2. El afán jurisprudencial de invisibilidad jurídico-laboral del poder directivo indirecto

La radical diferencia de criterio entre ambos niveles de la jurisdicción no solo radicaría en una diferente valoración de los hechos (el distinto relato organizativo que uno y otro hacen de una misma realidad económico-empresarial), sino en la diversa valoración de la legitimidad de las cesiones indirectas. Para la suplicación, desde un enfoque de garantías (principio de protección), no hay que primar la literalidad del precepto sobre su fin. De ahí que resalte más que los negocios que conforman la interposición prohibida (acuerdos simulados y disimulados; la citada [STS de 11 de febrero de 2016](#) ofrece una reciente síntesis), el imperativo de tutela frente a los riesgos de perjuicios (eventuales diferencias de convenio, menor solvencia económica del empleador formal, etc.) que genera el mantener laboralmente invisibles los vínculos entre los trabajadores y el empresario realmente beneficiario de su utilidad económica.

En suma, la transparencia sobre la auténtica realidad organizativa unitaria subyacente al entramado –red– contractual mercantil es una garantía frente a la interposición como riesgo para los derechos socio-laborales. Por eso, la solución legal no habría sido solo vedarla, sino reforzar su tutela en términos de seguridad laboral real: la doble garantía de responsabilidad solidaria –sin límites– y derecho de opción para adquirir fijeza ([STS de 6 de marzo de 2013](#), [RCUD 616/2012](#)), o el carácter de indefinido no fijo para cesiones ilegales en el empleo público ([STSJ de Castilla y León/Burgos, 633/2016, de 24 de noviembre, rec. núm. 608/2016](#)).

En cambio, para la casación, desde un enfoque típico liberal (defensa de la libertad de empresa y sus economías de opción para favorecer ventajas competitivas)⁴, aquí valorará más la literalidad de la norma legal y el formalismo contractual. Ciertamente, en abstracto, el Tribunal Supremo asume que ni *la apariencia de contrata creada con el contrato mercantil* –la ilicitud de la cesión exige encubrirla contractualmente, debiéndose transparentar el velo de la apariencia–, ni *el carácter real* de las empresas en juego –la aportación de la estructura empresarial no se agota en la gestión de la mano de obra–, inmunizan o vacunan contra la cesión ilegal. La clave de bóveda sigue siendo la puesta a disposición *efectiva* del poder de dirección *directo* o *inmediato* del empleador *ex artículo 1.2 del ET*, para evitar que «quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo,

⁴ Una línea liberal consolidada en la reciente jurisprudencia. Por ejemplo, la citada [STS de 10 de enero de 2017](#) legitima un despido objetivo de la contratista entrante en virtud de la reducción de contrata impuesta por pliego de condiciones tras una subrogación convencional.

dirige este y lo retribuye» asuma también las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo efectivas o verdaderas (de nuevo hace una útil síntesis de jurisprudencia la [STS de 11 de febrero de 2016](#), aunque, como le reprocha el razonado voto particular que la acompaña, termine desconociéndola en la práctica). Ahora bien, en su aplicación concreta, la casación tiende a enfatizar más la dinámica contractual civil creada por los contratos entre las empresas y la literalidad del [artículo 43 del ET](#), orillando totalmente la identificación de la realidad organizativa profunda de las relaciones de trabajo en el seno de la (empresa con estructura de) red. Por eso excluye la cesión si se aporta solo una parte de los medios necesarios y se retiene una parte de las facultades de dirección empresarial (como es la garantía de la competencia profesional necesaria por los trabajadores [ex art. 5 ET](#)), que, desde una valoración global de elementos concurrentes, quedarían devaluados. En suma, para las «zonas grises» (entre contrata y cesiones indirectas) que suponen las estructuras red, el Tribunal Supremo apela a la literalidad de los supuestos típicos, pesando solo sobre ellos la presunción de fraude, mientras que para los atípicos influirá más la presunción de legitimidad [ex artículo 38 de la CE](#).

Prueba de ello es que llueve sobre mojado. La sala remite a un único precedente —es llamativo ante la copiosa jurisprudencia—, en el que casó otra decisión análoga de la sala vasca.

En aquella ocasión se trató de otra de las empresas paradigma de la «arquitectura de red» —aunque Telefónica sea la «empresa red» por antonomasia—: BBVA ([STS de 15 de abril de 2010, rec. núm. 2259/2009](#)). En este caso, también estimó los RCUd interpuestos por las empresas (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA e Indra Sistemas, SA) contra otra sentencia de suplicación vasca (garantista), que a su vez había revocado la de la instancia (liberal). Aquí la sala de casación visualizará, reprochándosele, la línea de política del derecho excesivamente «cautelar» exhibida por —pura «audacia» y «pensamiento de sospecha»— la sala de suplicación, que valora como mera apariencia contractual no solo las cláusulas de externalización expresas, sino las omitidas, «aunque [...] se realice sin ánimo defraudador» (penalizaciones por eventuales incumplimientos de plazos y estándares de calidad; falta de pago efectivo de ciertos contratos —«arrendamiento de maquinaria [en el caso informática]»).

Frente a este esfuerzo interpretativo por reconstruir lo que debería ser —contractual y normativamente—, y desautorizar lo que no debería ser —laboralmente— una trasparente relación de subcontratación a secas [ex artículo 42 del ET](#), la sala de casación hace todo lo opuesto, deconstruir (si no destruir la relevancia de) los indicios de una estructura más ligada o vinculada que la pura de colaboración entre empresas [ex artículo 42 del ET](#). También aquí, la clara integración del trabajador en la «dinámica empresarial» de la empresa principal, incluida toda «gama de comunicaciones» existentes en ella (*la empresa red como unidad de información*), no sería sino normal imperativo para el buen fin de la contrata y el interés económico de la principal. No deja de sorprender que, en un mundo donde la reserva de secretos empresariales se lleva hasta el celo extremo, se vea normal la autorización a introducirse en las más profundas redes de comunicación de las empresas de sujetos que serían solo «externos». Como recordaré, esta «unidad de información» puede tener consecuencias negativas («listas negras» de trabajadores).

En definitiva, lo que aparece como anómalo jurídicamente, desde una perspectiva más clásica, se normaliza en el actual contexto de descentralización generalizada o estructural. Así, los poderes de gestión empresarial indirecta o mediata seguirían sin ser relevantes en el plano de la relación civil-mercantil. La subordinación técnica, que deriva de la relación mercantil, o la estructural limitación de autonomía técnica de toda contrata enmarcada en una estructura red empresarial, que va más allá de la mera colaboración entre empresas *ex artículo 42 del ET*, como se afirma igualmente respecto de la subordinación económica para los trabajadores autónomos económicamente dependientes –art. 11 ETAU–, serían indiferentes para la regulación laboral. La evidente relación de poder organizativo ejercicio por el empresario indirecto, con fuente contractual mercantil, que va más allá de las típicas relaciones de mercado (relación clientelar o de colaboración), incluida su proyección en la dinámica jurídico-laboral, sigue invisible:

«Se trata [...] de [...] una subordinación técnica [...] o poder de control por la [...] contratante [...], pues es notorio que la producción de la principal (perteneciente al grupo Inditex) [...] se distribuye en multitud de talleres [...], pero el producto debe ser el mismo una vez puesto en las tiendas, lo que exige una labor de control exquisita sobre el producto final, lo que en definitiva justifica el control regular [...]. Pero una vez que ese poder de control se ejercía, era la empresa Taller de Confecciones [...], la encargada de seguir las [...] condiciones exigidas por la principal, dando instrucciones concretas a sus trabajadores [...]» (STSJ de Galicia de 4 de febrero 2016, rec. núm. 5102/2015; solo si se supera esa subordinación técnica para ser inmediatamente laboral hay cesión ilegal: STSJ de Madrid de 11 julio de 2016, rec. núm. 430/2016 y citada STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2016).

4.3. Las mayores barreras cuando media contratista público-administrativo: el favor por la gestión indirecta de los servicios públicos (municipales o no)

La ausencia (más intencionada que desidiosa) de más precedentes no debería llevar a creer que no es tendencia acusada este enfoque desregulador y liberal de la jurisprudencia ante estas «zonas grises» entre el *artículo 42* y el *43 del ET*. Otras anteriores –y algunas posteriores–, así lo evidencian, tanto en el sector privado como en el sector público, especialmente, respecto de este último, en relación con «el problema de la gestión indirecta de servicios públicos» –sean o no municipales, medie o no reversión (trasparente o no) de los mismos–. En todas ellas vamos a encontrar un patrón de organización y prácticas sorprendentemente análogas. Así, reseñable particularmente es la *STS 918/2016, de 2 de noviembre, RCU 2779/2014*.

En este caso, la sala de suplicación (STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2014, rec. núm. 335/2014), estimó el recurso interpuesto por una docena de trabajadoras (11 mujeres de 12 trabajadores, solo uno hombre) contra la sentencia de instancia, condenando a la empresa Konecta BTO y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria –AEAT– por cesión ilegal. La casación, una vez más, confirmó la doctrina más permisiva y desreguladora (favor por el marco contractual autónomo) de la instancia. En este caso, si hay una extensa cita a su copiosa jurisprudencia

(entre otras: [STS 892/2016, de 26 de octubre de 2016, RCU 2913/2014](#), que, pese a apelar a la, tan recurrente como cansina, doctrina del caso concreto –a menudo más una excusa tanto para la libertad de valoración como para justificar las barreras procesales de la contradicción–, falla la existencia de una cesión ilegal en un típico entramado de «empresa-red»)⁵.

En este caso, la sala entiende –a diferencia de la [STS 892/2016, de 26 de octubre](#)–, en virtud de una aplicación literal del [artículo 43.2 del ET](#), que no concurre cesión ilegal porque las prácticas «no aparecen [...] entre las que recoge el art. 43.2 ET». Y eso que, según el relato de hechos probados, la AEAT: a) daba instrucciones, formaba mediante cursillos y controlaba diariamente a los trabajadores de la empresa contratada –a través de las grabaciones de todas las conversaciones con los contribuyentes que requerían sus servicios– «como si de su propio personal se tratara» (ejercicio de un poder directivo por el empresario indirecto), y b) que los contribuyentes desconocen la dualidad de empresas prestadoras del servicio de información pues «el titular del número de teléfono en el que la propia información se solicita es de la AEAT» que, para garantizar la calidad del servicio, derivaba a su personal directo las consultas más complejas (unidad de prestador de servicios hacia el cliente-mercado). Orillando de nuevo tanto la evolución de la realidad económico-productiva cuanto el tenor de la ley, que restringe al texto, el Tribunal Supremo, de forma calcada a la sentencia de nuestro diálogo, se afanará en el desmontaje *ad hoc* de todo elemento indiciario de esta forma de puesta a disposición indirecta, típica de una relación no meramente contractual de mercado sino organizativa («empresa-red»), aun con sacrificio del sacrosanto valor de la contradicción.

Tres datos. Primero, donde el Tribunal Supremo no ve un factor fáctico de coincidencia, lo presume («podrían entenderse concurrentes también en las sentencias referenciales, pues [...] se trata de [...] concursos públicos de adjudicación de un servicio de información fiscal básica o elemental por vía telefónica [...] emanados de la misma autoridad») y donde ve factores de divergencia, los diluye («carecen de relevancia a los efectos de la contradicción porque, en puridad, ninguna de ellas constituyen elementos determinantes»), convirtiéndolos en positivo –el control de la AEAT es garantía para los administrados–. Por supuesto, decidido a dar continuidad a su opción de política favorable a la descentralización, no le importará reconocer, con inusual humildad, su error previo, viendo una luz proverbial en las alegaciones de las empresas y del Ministerio Fiscal («una primera aproximación al requisito de la contradicción nos hizo pensar que no concurría en este caso [...]; pero, tras las acertadas alegaciones [...]»; FJ 2.º, punto 4, *ab initio*). Tercero, la unidad de presentación en el mercado y la eventual «confusión de los contribuyentes» –creen que hablan con la AEAT–, con ser un aspecto «mejorable desde la perspectiva de la [...] transparencia en la actuación administrativa», no sería, sin embargo, «un elemento que transforme en cesión ilegal lo que [...] es [...] un fenómeno legal de subcontratación».

⁵ Aunque reconoce «la indudable complejidad del asunto», condena por cesión ilegal porque se dan al menos dos de las circunstancias *ex artículo 43.2 del ET*. Se condena a la Confederación Hidrográfica del Tajo con relación a las empresas Naval Service, SL (Grupo Sesegur), para la que la trabajadora demandante –despedida– trabajó, así como las demás para las que lo hizo (Cemetra Servicios Empresariales Especializados; Ample RR. HH. Services, SL; Servicios Profesionales y Proyectos, SL; Outsourcing Signo Grupo Norte, SL), siempre para el mismo servicio de reprografía de la Confederación y mediante contrato temporal –maraña de contratas, mismo servicio–.

Pero por más que se empeñe el Tribunal Supremo en reconstruirnos una realidad organizativa distinta, la «verdad es la verdad, la diga Agamenón o su porquero» (apólogo con que Antonio MACHADO inicia su inmortal *Juan de Mairena*)⁶. Y ese «poder de la verdadera realidad organizativa» (esa realidad reproducida o recreada) es lo que supieron ver ambas doctrinas de suplicación –que el poder de rectificación de la casación contrarresta (poder de disolver o desvanecer la realidad)–: las empresas-red de Telefónica y AEAT, para sendos proyectos de prestación indirecta de servicios propios, tienen el mismo interés de levantar un tupido velo sobre quién presta realmente el servicio, de modo que se crea que es siempre directamente el titular del servicio, cuando realmente no lo es, por ser una forma de gestión directa la que se ha acogido. En suma, en todos los casos, al factor de vínculo de red organizativa, no solo contractual, «apariciencia de unidad de empresa hacia el exterior (hacia el mercado)» (como luego se verá, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera este elemento como expresivo de una unidad de organización mercantil, pero no una unidad de relevancia laboral para la «empresa-grupo»), subyacería un segundo y más relevante: el ejercicio de un *poder directivo estratégico*, no solo contractual externo a la relación laboral, sino que se despliega mediata, pero relevantemente, en ella (poder de dirección técnica y control de la suficiente formación competencial laboral).

Los ejemplos de esta política jurisprudencial de desvanecimiento de la estructura real compleja de esas relaciones reticulares –y triangulares–, conformadoras de una empresa-red, podrían multiplicarse hasta escribir un libro entero. Pero como no es esta la pretensión, aquí bastará con traer otro absolutamente demoledor, como el que representa la citada [STS de 11 de febrero de 2016](#) (caso Diputación provincial –DP– y Caminos de Jaén). En este caso, en virtud del cual un servicio de mantenimiento de campos rurales de titularidad local pasó de la gestión directa a la indirecta, liquidándose la empresa mixta creada a tal fin y despidiendo al grupo de trabajadores empleados, se concluyó que no hubo cesión ilegal y que el despido fue legítimo. Y ello pese a que los medios productivos eran de la DP, fijando esta los precios del servicio a prestar y reservándose la DP, como empresario-empleador indirecto, no solo poderes de dirección estratégica sino de fijación de las condiciones de trabajo –a través del ejercicio de sus poderes de novación derivados del ámbito público–, la mayoría de la sala desvanecerá esta realidad de empresa-red para separar netamente ambas estructuras, con lo que el despido colectivo –que la principal provocó al dejar de financiar a la instrumental– será ajustado a Derecho. De este modo, y como recordará el mejor razonado voto particular, la sala quiebra su doctrina fijada en la saga de los «Consortios UTEDLT» ([STS de 17 de febrero de 2014, rec. núm. 142/2013](#)).

Por supuesto, para validar el resultado desregulador, facilitando el propósito de huida (no solo en el Derecho administrativo) de relaciones de empleo público directo, reconocido como legítimo, una vez más, a la mayoría de la sala no le importará «reelaborar» un texto, a través de la revisión de hechos probados, a fin de diluir el valor del dato fáctico verificador de una situación

⁶ Vid. LARROSA, J.: «Agamenón y su porquero. Notas sobre la verdad del poder y el poder de la verdad», publicado y disponible online en *Enrahonar: Quaderns de Filosofia*, núm. 31, 2000, págs. 53-67.

de puesta a disposición, siquiera indirecta (así se lo reprueba, con fundamento, el voto particular, FJ 2.º del voto). No tendrá empacho alguno tampoco en reinterpretar en términos de garantía del interés público, como hiciera para el asunto de la AEAT, el ejercicio de una prerrogativa novatoria que, prevista en la contratación público-administrativa, revelaría un poder de dirección laboral, por lo que devendría anómalo. Lo que sería normal en tal ámbito, alimenta –como evidencia el más correcto voto particular– prueba de presunción de su ser auténtico «empleador real» (para la versión clásica *vid.* SSTs de 27 de enero y 4 de marzo de 2011, RCUd 1784 y 3463/2010, respectivamente). Finalmente, es obligado dejar constancia de las «dudas» (¿de conciencia o de verdadera realidad?) que la mayoría de la sala expresará al lamentar («la sala echa en falta») que en el recurso no se aludiera ni a la «legal reversión del servicio público encomendado» a la sociedad mixta (art. 283 LCSP) ni menos a la «estatutaria devolución» de todos los bienes y materiales «integrantes de los servicios» (que son de la DP), a los efectos de una eventual aplicación del artículo 44 del ET (FJ 9.º), abortada por el despido, en unos términos análogos –aquí sí invalidados– al asunto de los consorcios UTEDLT. Una vez más, se entrelazan ambos fenómenos de huida de relaciones laborales directas: descentralización productiva (a través de redes de empresas) y subrogación empresarial (sucesión de contratas, reversión de servicios públicos, sucesión de plantillas, etc.).

Claro está, la mayoría de la sala lanza la piedra pero esconde la mano, o vuelve a tener la lucidez del realismo: en realidad, «perded toda esperanza», viene a decir, porque tal posible aplicación del artículo 44 del ET –«abortada por el despido colectivo»– es meramente «hipotética» y tan solo busca una solución más «completa». En última instancia, como se ha recordado, tampoco la problemática de la sucesión de empresa en casos de reversión de servicios públicos –sobre todo municipales–, cuya regulación *ex artículo 44 del ET* es igual de lagunosa y conflictiva que la vista para el artículo 42 del ET, parece encontrar solución adecuada, conforme al marco comunitario y a las nuevas realidades empresariales complejas, en la jurisprudencia social nacional más reciente, resistente, como se dijo, a dejarse desplazar absolutamente por la autoridad del nuevo *praetor imperator* comunitario –TJUE–. Baste para ello recordar –sin perjuicio del análisis más detenido que se hará en el monográfico de *Diálogos* que dedicaremos a tal problemática en su día– la STS de 9 de diciembre de 2016, rec. núm. 1674/2015 y la STS de 12 de julio de 2016, rec. núm. 349/2015 (reversión de servicios de comedores escolares; casos «Universidad Laboral» y «Liceo», respectivamente).

Por supuesto, confirmando la extremada inseguridad de la sala respecto de todas estas cuestiones, acaba de dictar dos nuevas sentencias (SSTs de 26 de enero de 2017, RCUd 847/2015 y 2982/2015) sobre el mismo asunto de reversión (caso Universidad Laboral), en la que parece llegar a la conclusión de que «rectificar es de sabios» (o quizás se ve invadida por el «diablillo» al que apelara Juan de Mairena, ese que le hacía borrones y rectificaciones a cada cosa que aprendía –o enseñaba–). No, por supuesto, en la opción de política jurídica de desregulación, ya consolidada, sino en la valoración fáctica: «un nuevo análisis y reconsideración de esa cuestión [la contradicción] nos obliga a modificar aquella conclusión [...], porque entendemos [ahora, frente a lo que pensó en diciembre, para la misma empresa y la misma institución pública] que no se dan los requisitos previstos en el art. 219 LRJS» (FJ 2.º).

4.4. De la «mera colaboración entre empresas» a nuevo «modelo jurídico-económico» de organización de empresa: el «empresario indirecto», la «mano que mece la contrata»

Seguramente es criticable el exceso de suspicacia de la sala vasca de suplicación con estos entramados reticulares de las contemporáneas empresas, y la plena identificación que hace de la triangulación laboral con la vieja interposición prohibida. Pero aún más criticable es, a mi juicio, que la sala de casación los silencie por completo, reconduciéndolos a situaciones normalizadas de mera colaboración, asentada en puros mecanismos de contratación civil o mercantil, e ignorando su relevancia y especificidad jurídico-laboral. Una vez más, primará el formalismo legalista por encima de la realidad del sustrato organizativo propio de estas nuevas formas de empresa. Ni tan siquiera hay reflexión bien sobre las dificultades de distinción de estas nuevas «zonas grises», bien sobre la eventual incapacidad del poder judicial de suplir las carencias –lagunas– del poder legislativo en materia tan compleja, por proteiforme y cambiante.

En el plano de la identificación de la nueva realidad jurídico-laboral en el escenario de la actual economía de la descentralización productiva estructural o generalizada, parece más que evidente que la dinámica de trabajo en Telefónica no responde a puras «*relaciones de intercambio clientelar*» (técnica de mercado –y contrato–), ni tampoco de simple colaboración *ex artículo 42 del ET*. Por encima de esa apariencia contractual, evidencia una auténtica «*relación de organización*» –y distribución– de poderes de dirección y gestión entre empresas diferenciadas, que crean una estructura empresarial más compleja (relación de empresa –poder–). El caso aquí analizado, y los que con él se han relacionado, nos ofrece una experiencia paradigmática de esa nueva complejidad del entramado contractual y organizativo, en el que tienen lugar un sinfín de vicisitudes (subrogaciones, subcontrataciones, despidos, etc.).

En el plano de la respuesta jurídica, también deberíamos aprender del pasado. No sería nada justificable el que, para afrontarla, uno de los máximos –ya no el único, ni el último– intérprete institucional del Derecho del Trabajo, volviera a incurrir en los errores del pasado, creando una rígida diferenciación o frontera entre «lo patológico» –cesión ilegal–, prohibido por completo, y lo «fisiológico» –subcontratación–, plenamente legítimo. Sancionar esta tipología de situaciones con las garantías reforzadas del *artículo 43 del ET* parece excesivo –derecho de todos los trabajadores a optar por la fijeza en la empresa de su elección, ignorando la flexibilidad y el dinamismo del proyecto empresarial conjunto al que responden, al menos en muchas ocasiones–, pero reducirla a la responsabilidad solidaria limitada del *artículo 42 del ET* también lo parece. Cierto, debería ser el legislador y la negociación colectiva las fuentes llamadas a recomponer el equilibrio sustancial de este estatuto jurídico, fragmentado en tantos estatutos como empresas integran el complejo entramado. Pero esa función de regulación, primaria, no puede ocultar el poder del intérprete de acudir a ciertas reglas por analogía o, incluso mejor, a la aplicación de los principios generales, como es el de igual salario a trabajos de igual valor. Un principio que hoy pugna por encontrar una fuente legal, a través de la citada *Proposición de Ley de reforma del artículo 42 del ET*, que tiene visos de prosperar por el equilibrio de fuerzas mutado

en el Congreso hoy, y que también encuentra algunas manifestaciones en el ámbito de la negociación colectiva (convenio colectivo provincial del sector de hostelería de Las Palmas; *vid*, en este número el incisivo [Diálogo de la magistrada Gloria POYATOS](#)). Ahora bien, en tanto no se produzca, y siguiendo ese ejemplo, también cabe aplicar el principio a esas realidades, en aras de hacer de la misma condición a todos los trabajadores que participan en términos económicos análogos de un mismo «proyecto empresarial», como unidad de regulación laboral de referencia y solo durante el tiempo que perdure.

No es baladí la distinción. Y desde luego el problema va más allá de la cuestión de la igualdad retributiva y la evitación preventiva de las prácticas de competencia desleal mediante una elusión artificial, aunque sea por procedimientos legales, de una unidad sustancial, si bien no uniformidad, de prestación de servicios y de utilidades económicas y socio-laborales. En juego hay también derechos fundamentales de los trabajadores, individuales y colectivos. En el plano individual merece la pena recordar la nueva actualidad de la vieja cuestión de las «listas negras» de trabajadores en el seno de las redes empresariales dominadas por una principal. Es el caso de la [STS, Sala Civil, 609/2015, de 12 de noviembre](#), en la que se condenó a una empresa subcontratista de Telefónica por no contratar a un trabajador incluido en su fichero de personal conflictivo. Esta inclusión le imposibilitaba trabajar para cualquier empresa que trabajara para Telefónica (la red como unidad –plural– de contratación, también de veto).

En el plano colectivo, suficientemente conocida es la doctrina constitucional garantista que consagrara la [STC 75/2010, de 19 de octubre](#) –y su larga saga–, muy polémica en su día y de difícil ejecución jurisdiccional, todo hay que decirlo. Como es sabido, esta doctrina protegería el derecho de huelga también de las lesiones que pudieran derivarse de conductas atribuidas a la empresa principal, visualizándose así la «mano (otrora) invisible» del empresario indirecto y que es realmente el que tiene el control de los procesos globales –«la mano que mece la cuna»– en el seno de la red y contra el que, en el fondo, va la presión huelguista –no es casual que fuese también pionera en esta dirección la sala vasca de suplicación ([STSPV de 26 de octubre de 2010, rec. núm. 1955/2010](#))–. Una línea que, sin perjuicio de la conexión en el caso con la entrecruzada –y no diferenciable con facilidad– configuración de la empresa-grupo de empresas, retomará la [STS de 11 de febrero de 2015](#) (Grupo Prisa), revocando la posición de la Audiencia Nacional, que mantuvo la más tradicional doctrina de la indiferencia de todo vínculo organizativo estrecho entre empresas que nos sea patógeno o patológico (por todos, la [crítica de M. MIÑARRO](#), en el núm. 387/2015 de esta revista; Grupo Coca Cola, reafirma este criterio).

Un enfoque de garantías frente al empresario indirecto que, como se explicó en la presentación, ha cobrado actualidad con la conflictiva y mediática [STS 961/2016, de 16 de noviembre](#) ([caso Altrad Rodisola SAU](#)). Esta pareció, en una primera y superficial lectura, la sesgada (real o pretendida) de los medios de comunicación de masas, que quebraba esta doctrina constitucional y jurisprudencial ordinaria. Pero posteriormente, por el revuelo creado, el propio CGPJ se vio obligado a matizar que no era así y que solo se trataba de modular esa doctrina atendiendo al caso concreto, en el que, según se dice, no hay esa relación de especial vinculación (vínculo organizativo y de poder de dirección) entre las empresas integrantes de la relación de subcontratación,

sino que sería tan solo una relación de mercado, una relación de mera clientela mercantil⁷. Sea como fuere, y para no repetir lo ya comentado, lo cierto es que, una vez más, la jurisprudencia nos ha hurtado cualquier consideración sobre esta diferencia entre la mera relación de subcontratación y las estructuras más complejas de empresa-red y, diga lo que diga el gabinete de prensa del CGPJ, ese «olvido» no es inocente, como no lo ha sido en el análisis de la cuestión aquí directamente analizada. El Tribunal Supremo ha dicho lo que ha dicho y, seguro, tendrá muchas oportunidades de precisarlo –como esperamos–, por sentencia, y no por réplica de prensa. Pero, en tanto, lo escrito –y también lo ignorado– escrito –e ignorado– están.

⁷ *Vid.* SANGUINETTI RAYMOND, W.: «La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas», *RDS*, núm. 74/2016, págs. 11 y ss.