

Supuestos recientes de externalización: una visión desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Juan José Camino Frías

Inspector de Trabajo y Seguridad Social (España)

jcaminof@mites.gob.es

Extracto

El recurso a la externalización de determinadas actividades presenta características comunes, con independencia de que en el desarrollo de aquellas se empleen instrumentos tradicionales o nuevos modos de prestación de servicios empresariales.

Se analizan recientes actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que han evidenciado el recurso fraudulento a la externalización, ocasionando perjuicios para las personas trabajadoras, que se traducen en el recurso masivo, en última instancia, de falsos autónomos o de supuestos de cesión ilegal de aquellas. También se analiza la utilización fraudulenta de las empresas de trabajo temporal y de las cooperativas de trabajo asociado en determinadas actividades industriales.

Se describe el funcionamiento de estas externalizaciones, así como los resultados de las actuaciones inspectoras, el recorrido judicial que están teniendo y los efectos sobre la situación de las personas trabajadoras.

En relación con las empresas de trabajo temporal, se observa cómo el abuso de su utilización se sanciona como infracción muy grave por cesión ilegal de personas trabajadoras.

Sobre las plataformas de reparto, se aprecia que algunas de ellas han derivado a la utilización de las personas trabajadoras mediante empresas interpuestas, incurriendo en casos de cesión ilegal.

Análisis del proceso de regularización de los «falsos cooperativistas» de la industria cárnica, con un incierto futuro judicial, pero con un reconocimiento de hecho de la condición de personas trabajadoras de los afectados.

Se valora el papel precursor de la Inspección en los procesos de regularización de las personas trabajadoras afectadas por estas formas fronterizas de externalización.

Palabras clave: externalización; fraude; actuaciones inspectoras; empresas de trabajo temporal; plataformas de reparto; cooperativas; sanciones; perspectivas judiciales.

Recibido: 31-05-2023 / Aceptado: 06-07-2023 / Publicado: 06-09-2023

Cómo citar: Camino Frías, J. J. (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>



Recent cases of outsourcing: a view from the Labour and Social Security Inspectorate

Juan José Camino Frías

Inspector de Trabajo y Seguridad Social (España)
jcaminof@mites.gob.es

Abstract

The use of outsourcing certain activities has common characteristics, regardless of whether traditional instruments or new ways of providing business services are used in their development. Recent actions of the Labor and Social Security Inspectorate that have evidenced the fraudulent recourse to outsourcing are analyzed, causing damage to workers, which translates into the massive recourse, ultimately, of false self-employed or alleged illegal assignment of those. The fraudulent use of temporary work companies and associated work cooperatives in certain industrial activities is also analyzed.

The operation of these outsourcings is described, as well as the results of the inspection actions, the legal course they are having and the effects on the situation of the workers.

In relation to temporary work agencies, it is observed how the abuse of their use is sanctioned as a very serious offense for illegal transfer of workers.

Regarding the distribution platforms, it can be seen that some of them have led to the use of workers through intermediary companies, incurring in cases of illegal assignment.

Analysis of the process of regularization of the "false cooperative members" of the meat industry, with an uncertain judicial future, but with a factual recognition of the condition of workers of those affected.

The precursor role of the Inspection in the processes of regularization of workers affected by these border forms of outsourcing is valued.

Keywords: outsourcing; fraud; inspection actions; temporary employment agencies; delivery platforms; cooperatives; sanctions; judicial perspectives.

Received: 31-05-2023 / Accepted: 06-07-2023 / Published: 06-09-2023

Citation: Camino Frías, J. J. (2023). Recent cases of outsourcing: a view from the Labour and Social Security Inspectorate. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 147-182. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19193>



Sumario

1. Introducción
 2. La cesión ilegal de personas trabajadoras a través de las ETT
 - 2.1. Planteamiento de la cuestión
 - 2.2. Algún supuesto a considerar
 - 2.3. Efectos en materia sancionadora
 3. La externalización de los servicios de los repartidores a través de plataformas digitales
 - 3.1. La externalización a través de empresas aparentes
 - 3.2. La externalización a través de empresas reales
 4. La externalización de servicios a través de cooperativas en el sector industrial
 - 4.1. Planteamiento de la cuestión
 - 4.2. Actuaciones inspectoras realizadas
 - 4.3. Principales hechos comprobados en relación con la actuación de las cooperativas en la industria cárnica
 - 4.4. Recorrido judicial de las medidas inspectoras adoptadas
 5. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Parece que todo artículo o estudio que se precie ha de comenzar por cuestionarse a sí mismo, y ello se hace poniendo en duda la propia denominación de los conceptos que se van a abordar.

En los últimos tiempos, los que llevamos algunas décadas dedicados a esta profesión, centrada fundamentalmente en la detección de irregularidades en el ámbito de las relaciones laborales y en la exigencia de las responsabilidades que de ellas se deriven, asistimos con cierta sorpresa –no exenta de ironía– al curioso hecho de que se califique como de «nuevos» o de «modernos» a fenómenos o a situaciones que venimos conociendo prácticamente desde el principio de nuestras carreras y que se encuentran en el corazón de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), tan solo porque los soportes materiales en los que se desarrolla la actividad de las empresas y personas trabajadoras implicadas en ellos estén constituidos por eso que, de forma ya un tanto rancia, venimos llamando «nuevas tecnologías», mediante la utilización de algoritmos, de forma completamente automatizada, sin la intervención directa de persona alguna, cuando no directamente a través de la inteligencia artificial.

Ello ocurre de manera muy especial en relación con dos cuestiones que, si bien se suelen abordar conceptualmente por separado, la realidad de nuestras relaciones laborales nos pone delante de forma conjunta, y en ocasiones llevando una directamente a la otra: nos referimos al fenómeno de los falsos autónomos como modo de eludir de forma absoluta la aplicación de las normas propias del derecho del trabajo (con las consecuencias que ello acarrea también en materia de protección social) y a la externalización de determinadas actividades como modo de flexibilización de costes y de riesgos para las empresas.

Asistimos con frecuencia a la interrelación de ambos fenómenos, a través de la superación de los límites aplicables a la externalización empresarial –la tradicional delgada línea que separa lo lícito de lo ilícito, la contrata de obras y servicios de la cesión ilegal de personas trabajadoras, o dicho de manera casi geográfica, la frontera existente entre dos vecinos: los arts. 42 y 43 Estatuto de los Trabajadores (ET)–, observando cómo esa transgresión repercute en ocasiones en el eslabón más débil de la cadena: quien presta en última instancia los servicios contratados y a quien se hace figurar indebidamente como una persona trabajadora por cuenta propia, y resulta privada, en consecuencia, de todo tipo de derechos: no habrá para ella convenios colectivos, ni limitaciones de tiempo de trabajo, ni salarios garantizados, ni un régimen ordenado de extinción de sus relaciones; tampoco tendrá el derecho a una protección efectiva de su seguridad y salud laborales. Por supuesto, no gozará de las

prestaciones que a las personas trabajadoras dispensa el régimen general de la Seguridad Social (RGSS), habiendo de conformarse, en su caso y totalmente a su costa, con las correspondientes al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), entre las cuales no se encuentra, entre otras, la de desempleo.

Se trata, por tanto, de fenómenos conocidos de antaño. Sin embargo, el recurso a los medios a los que antes aludíamos, y la cierta conciencia de impunidad que ello provoca en algunas empresas, ha propiciado que se utilicen de forma masiva las externalizaciones abusivas, con el importante daño colateral que se traduce en el empleo por miles de falsos autónomos, propiciando que hayamos transitado de un uso «artesanal» de la figura a uno «industrial».

Más allá de un análisis global sobre la externalización y sobre cómo su uso ilícito pueda propiciar el recurso a falsos autónomos, por no corresponder al objeto de este artículo, abordaremos algunas expresiones del fenómeno que han motivado la intervención de la ITSS en los últimos años, tratando de hacer un seguimiento de cuáles han sido el desarrollo y el resultado de esas actuaciones.

Veremos que se trata de supuestos en relación con los cuales se ha actuado de forma reciente, pero que en algunos casos tienen ya cierta solera en la dinámica de las relaciones laborales en España.

Entendemos que resulta más clarificador para conocer lo que está ocurriendo a través de estas formas de transgresión de los límites de la externalización su estudio particularizado y directamente conectado con la realidad –el *modus operandi* de las empresas y sus efectos sobre las personas trabajadoras–, los mecanismos de reacción de la ITSS y el posterior enjuiciamiento de sus actuaciones por parte de los tribunales que un planteamiento genérico y abstracto sobre aquellos límites, ya ampliamente abordados por la doctrina laboralista.

Ofreceremos el punto de vista de un práctico del derecho, un inspector de trabajo en ejercicio, que ha tenido, además, la oportunidad de diseñar, de ordenar y de dirigir algunas de las actuaciones pioneras en España en relación con algunos de los supuestos y de los posibles escenarios que vamos a tratar en este artículo. Son los siguientes:

- La posible existencia de cesión ilegal a través de la intervención de las empresas de trabajo temporal (ETT).
- La externalización de los servicios de transporte en el caso de las plataformas de reparto.
- La externalización de servicios a través de cooperativas en el sector industrial.

Como vemos, se trata de fenómenos de naturaleza distinta, pero que comparten un elemento común: la externalización de actividades por parte de las empresas principales con

el fin de optimizar los costes y de flexibilizar los riesgos, con el resultado de que las personas trabajadoras que prestan sus servicios en la actividad contratada vean menguados sus derechos laborales, cuando no eliminados completamente mediante su empleo como falsos autónomos.

Describiremos realidades que han sido objeto de constatación en diversas actuaciones inspectoras, así como hechos declarados probados en resoluciones judiciales, tratando de establecer la concordancia de tales circunstancias con la doctrina establecida por los tribunales a la hora de determinar la licitud de las diferentes conductas, así como sobre sus correspondientes efectos¹.

La efervescencia de algunos de los supuestos, o lo reciente de las actuaciones inspectoras que se han realizado en relación con los mismos, nos llevará a conclusiones provisionales –desde un punto de vista jurídico– en espera de resoluciones judiciales firmes que determinen definitivamente las reglas del juego.

Como veremos, en algunas ocasiones –y siguiendo con el símil deportivo– el partido no está ni mucho menos decidido.

2. La cesión ilegal de personas trabajadoras a través de las ETT

2.1. Planteamiento de la cuestión

Por todos es sabido que la cesión de personas trabajadoras, en los términos definidos por el artículo 43.2 del ET y tradicionalmente completados con profusión por la jurisprudencia, es un territorio exclusivamente reservado para las ETT, de tal forma que tan solo por estas empresas podrá realizarse, quedando prohibida tal acción para quienes no ostenten esa condición. Desde un punto de vista sancionador –teniendo en cuenta que ofrecemos una perspectiva de estos fenómenos desde la ITSS–, el incumplimiento de la prohibición afecta no solo a quien lo cometa como sujeto activo (la empresa cedente), sino también a quien sea la destinataria de los servicios de las personas trabajadoras objeto del tráfico ilícito (la empresa cesionaria). Ello significa que, constatada la existencia de una cesión ilegal de personas trabajadoras, se impondrán sanciones a las dos empresas intervinientes en la misma: a la cedente y a la cesionaria, en cuanto que sujetos responsables de la infracción tipificada en el artículo 8.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS). Así lo

¹ Por razones obvias de confidencialidad, no se aportarán datos concretos de nombres de empresas ni de personas trabajadoras.

recoge el Criterio operativo 96/2015 de la ITSS, sobre cesión ilegal de personas trabajadoras y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios, que, a su vez, contempla la estimación, en su caso, de perjuicios económicos de acuerdo con el artículo 148 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

Ese criterio operativo también establece determinados efectos en materia de Seguridad Social, en el caso de que la cesión se haya producido entre dos empresas reales. Se trata de infracciones cometidas por cada una de las empresas, cada cual, en el ámbito de su responsabilidad, la cual opera de forma independiente de la otra: no se trata de un supuesto de responsabilidad solidaria entre empresas, de las establecidas en el ámbito sancionador en otras materias, como la prevención de riesgos laborales (art. 42.3 LISOS).

La propia configuración de la prohibición por el artículo 43.1 del ET («la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan») parecería excluir la posibilidad de que, produciéndose la intervención de una ETT, apreciemos la existencia de una infracción muy grave por cesión ilegal de personas trabajadoras.

Veremos a continuación cómo funciona la dinámica de estas cesiones en algunos supuestos, y cómo se puede traspasar esa barrera y producirse una cesión ilegal entre una ETT y la empresa que figura formalmente como usuaria.

El recurso a las ETT como forma «legal» de recibir mano de obra resulta para algunas empresas algo tentador, y una forma de escape de la obligación de contar con una plantilla fija, con lo que ello supone a los efectos de flexibilidad y de reducción de las responsabilidades. La cuestión está en que esa cesión ha de producirse necesariamente dentro de los límites «en los términos que legalmente se establezcan».

Actuaciones inspectoras desarrolladas en diversos sectores han detectado el recurso fraudulento a las ETT traducido en atender a necesidades estructurales de las empresas mediante contratos de puesta a disposición (CPD) celebrados más allá de los supuestos en los que la ley habilita para hacerlo. El artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal (LETT), dispone que:

Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Ello significa que los CPD tan solo pueden celebrarse en los supuestos que el artículo 15 del ET habilita para la contratación temporal, esto es, por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

La determinación de la concurrencia o no de esos supuestos por parte de la ITSS implica, por tanto, una labor de indagación y de análisis similar a la que se da en las actuaciones inspectoras tendentes a la detección y corrección del fraude en la contratación temporal; esto es, la determinación de la existencia de causa o no de los contratos temporales, dada la vinculación de la posibilidad de concertar los CPD con la concurrencia de las causas de temporalidad previstas en el artículo 15 del ET (aún más reducidas tras la entrada en vigor del RDL 32/2021, de 28 de diciembre).

Para ello habremos de considerar, en su conjunto, en qué contexto se produce el recurso al empleo de personas trabajadoras a través de las ETT, más allá de la mera concurrencia de los requisitos formales o temporales que el artículo 15 citado exige para posibilitar el recurso a la contratación temporal: será necesario analizar –junto con lo anterior– la estructura de la plantilla de la empresa usuaria, en qué medida recurre a los CPD y cómo atiende, desde este punto de vista, sus necesidades de plantilla.

2.2. Algún supuesto a considerar

Pese a que pueda tener un carácter sectorial –e incluso local–, por su interés a estos efectos, y como paradigma de este primer fenómeno que abordamos, estudiaremos un caso que, desde hace varios años, afecta a millares de personas trabajadoras cada temporada: el de la actividad de recolección de frutas en determinadas zonas geográficas (particularmente en la Comunidad Valenciana).

Tradicionalmente, las empresas dedicadas a la recolección de frutas –especialmente cítricos– en estas zonas lo hacían empleando a sus propias personas trabajadoras. A los efectos de estudiar los tipos de contratos que se empleaban para ello, hay que tener en cuenta que el procedimiento comercial de las empresas dedicadas a la comercialización de cítricos se basa en la adquisición a los titulares de las explotaciones agrarias (en su inmensa mayoría pequeños agricultores) de la fruta «en el árbol», esto es, que de la actividad de recolección se encargaban las empresas comercializadoras. Teniendo en cuenta el carácter estacional de la propia actividad, así como su permanencia, la modalidad contractual idónea para el empleo de las personas trabajadoras era la que reconocía su carácter fijo discontinuo. No obstante, en las distintas versiones del convenio colectivo sectorial aplicable –el de recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana– se habilitaba, al amparo de la antigua redacción del artículo 15.1 a) del ET, como supuesto justificativo para la celebración de contratos por obra o servicio determinado, el desarrollo de las actividades propias de cada una de las temporadas cítricas, si bien en cada edición del convenio se limitaba –de manera más formal que real– el propio contenido de esas campañas. Igualmente, se establecía que las personas trabajadoras que prestasen sus servicios para una empresa (ya fuera directamente o a través de ETT) pasarían a ostentar la condición de fijos discontinuos al iniciar la tercera temporada de recolección consecutiva.

Desde siempre suscitó dudas esa habilitación de los convenios colectivos, teniendo en cuenta que la propia existencia de la obra o servicio requería que tuvieran «autonomía y sustantividad dentro de la actividad de la empresa», y que la recolección de las frutas constituye en sí misma esa actividad, sin que su segmentación en las distintas campañas o la referencia a que se fueran a recolectar determinadas variedades –entendíamos muchos– pudieran conferirle tal autonomía o sustantividad.

Desde una perspectiva social, y con el apego a la realidad que pretende tener este artículo, este recurso a la contratación temporal en el sector no había generado históricamente problemas sociales en el mismo, toda vez que la incorporación de las personas trabajadoras como fijas discontinuas –y, por tanto, inmersas en la estructura de plantillas de las empresas comercializadoras– operaba con normalidad y de forma ordenada, por más que, desde un punto de vista jurídico, fuera cuestionable –como veremos a continuación– que pudiera recurrirse a la modalidad contractual empleada.

Los problemas empezaron cuando lo que tenía un carácter excepcional empezó a ser habitual: el recurso masivo por parte de las recolectoras y comercializadoras a la contratación temporal a través de las ETT; lo que con arreglo al convenio habilitaba para efectuar contrataciones directas también servía para que, conforme al artículo 6 de la LETT, se pudieran formalizar CPD bajo esta modalidad, la cual, además de la propia temporalidad, ofrecía la flexibilidad máxima –propia del contrato por obra o servicio determinado– de no tener un periodo de duración limitado (más allá del inaplicable de los 3 años), como ocurría con el eventual por circunstancias de la producción. Esta utilización se realizó durante varias temporadas por miles de personas trabajadoras, llegando numerosas empresas a efectuar prácticamente la totalidad de la recolección de cítricos de una campaña a través de personas trabajadoras cedidas por ETT.

Cualquier observador atento se planteará cuál era la razón de que estas empresas asumieran voluntariamente el sobrecoste que supone el recurso a la ETT (su margen comercial más el IVA correspondiente) cuando ello no habría de implicar ahorro en términos salariales, ya que, con arreglo al artículo 11.1 de la LETT:

Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho, durante los periodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La razón ha de buscarse en lo que, como consecuencia en ciertos casos de la acción sindical y de las actuaciones de la ITSS, resultó la constatación de incumplimientos por

parte de algunas de estas ETT en relación con el régimen salarial del convenio colectivo. Este convenio prevé dos modalidades de retribución: por unidad de tiempo –o a jornal– o a destajo (en función de los kilos de fruta recolectados por las personas trabajadoras), siendo este el utilizado de manera abrumadoramente mayoritaria en el sector. Sin entrar en demasiados pormenores, no resulta excesivamente difícil hacer ver que se retribuye a jornal, mientras que la realidad es que se está pagando a las personas trabajadoras en función de los kilos recolectados, mas en unas cantidades notablemente inferiores a las señaladas para cada variedad en el convenio colectivo. Ello produce, evidentemente, una importante degradación en las condiciones laborales de las personas trabajadoras afectadas.

Esta práctica ha sido objeto de constatación en numerosas ocasiones por parte de la ITSS.

Por tanto, el empleo del contrato por obra o servicio determinado resultó la «puerta de entrada» para que algunas empresas del sector utilizaran a determinadas ETT con la finalidad anteriormente expuesta.

Esta puerta se cerró por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia 3687/2017, de 4 de octubre, dictada en el procedimiento de impugnación del convenio colectivo de recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana, en la que declaraba nulo el artículo del referido pacto, por exceder los límites de la habilitación del entonces vigente artículo 15.1 a) del ET, con la siguiente argumentación:

En efecto, si el convenio es de aplicación, conforme a su artículo 3, a las empresas dedicadas a la recolección de cítricos resulta evidente que carecen de sustantividad propia las tareas que, a efectos del art. 15.1 a) del ET enumera el art. 9 del convenio cuestionado, por cuanto todas ellas suponen la realización de labores de recolección de cítricos cualquiera que sea la variedad de los mismos y el destino que les dé la empleadora. Es por ello que todas esas tareas se consideran actividad permanente de la empresa «recolectora», sin que ninguna tenga sustantividad propia, pues no responden a una necesidad temporal transitoria, sino a la actividad normal y ordinaria, sin que la acumulación de tareas pueda justificar este tipo de contrato, por cuanto para esa situación ya el art. 15.1 b) del ET tiene previsto el contrato eventual, al igual que el convenio.

Por tanto, a partir de entonces, ya no cupo la posibilidad de recurrir a estos contratos en el sector, ya sea de manera directa o a través de las ETT, restando como «contrato refugio» el contrato eventual, cuyas características específicas (duración máxima, posibilidad de una sola prórroga...) no hacían tan idóneo para el recurso masivo a ese tipo de empresas.

Por otra parte, ha de entenderse, en la línea que apuntábamos al principio de este epígrafe, la necesidad de considerar la estructura de plantilla de las empresas usuarias a la hora de enjuiciar la idoneidad del recurso a la contratación temporal: porcentajes (como se

han detectado) superiores al 80 % de recurso a las ETT en una determinada campaña cuestionan indudablemente que esa contratación pueda tener un carácter coyuntural: no olvidemos que el carácter causal de la contratación temporal tiene honda raigambre en nuestro derecho laboral, y que no ha sido una novedad introducida por el Real Decreto-Ley 32/2021.

Veamos a continuación cómo han incidido en relación con la intervención de las ETT en las actividades estacionales o de temporada las reformas operadas por esa norma, la última de las denominadas reformas laborales. La postrera redacción del artículo 16.1 del ET establece que:

Asimismo, podrá celebrarse un contrato fijo discontinuo entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Esto es, para la cobertura de CPD vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 del ET. Queda, pues, normativamente superada la proscripción que se había establecido jurisprudencialmente para este tipo de empresas: ellas no podían acudir a la contratación fija discontinua, por no tener su actividad ese carácter (Sentencia del TS –STS– de 30 de julio de 2020, rec. 3898/2017).

Elo implica que, necesariamente, los CPD que las ETT formalicen en relación con los fijos discontinuos de sus plantillas habrán de ser bajo alguna de las modalidades previstas en el artículo 15 del ET, según el artículo 6.1 de la LETT. En este sentido, y como mero apunte, como señala Pérez de los Cobos Orihuel (2022, p. 2), es reseñable la contradicción existente en que la remisión se realice a la totalidad del artículo 15, incluyendo, por tanto, los contratos por circunstancias de la producción y los de sustitución de la persona trabajadora, mientras que el artículo 10.3 de la LETT, en su nueva redacción, mencione exclusivamente los primeros, al referirse expresamente al segundo apartado de ese artículo 15, excluyendo, por tanto, y sin que se entienda muy bien la razón, los tradicionales de interinidad, ahora llamados de sustitución.

Del análisis integrado de estos preceptos resulta que los supuestos de celebración de los CPD referentes a fijos discontinuos –dejando al margen lo reseñado en relación con los de sustitución de la persona trabajadora– quedan reducidos a la última de las opciones del contrato por circunstancias de la producción, esto es, al que tenga por causa atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada (el que popularmente está siendo denominado «el corto» o «el de los noventa días»), toda vez que los que no tengan ese carácter no podrán utilizarse para los supuestos previstos en el artículo 16.1, esto es, los fijos discontinuos.

Por tanto, a la hora de enjuiciar la idoneidad del recurso por parte de las empresas usuarias a las ETT en relación con las personas trabajadoras fijas discontinuas que estas pongan

a su disposición, habremos de determinar la concurrencia de las circunstancias exigidas para la celebración de esta submodalidad contractual, la cual, como es sabido, requiere unos condicionantes causales mucho menos exigentes que su hermana, o hermanas (sin entrar ahora en el debate de si existen dos o tres modalidades del contrato por circunstancias de la producción), estando limitada su utilización, eso sí, a 90 días cada año natural, y de forma no continuada.

A los efectos del supuesto de hecho que nos está sirviendo para ilustrar este primer asunto que estamos abordando, cabría, desde un punto de vista normativo, que las ETT reforzasen, siempre y cuando concurrieran circunstancias de la producción que así lo justificaren, las plantillas de las empresas usuarias con sus personas trabajadoras fijas discontinuas al amparo de esta submodalidad del contrato por circunstancias de la producción, sin que ello pueda suponer que la totalidad o el grueso de su actividad sea atendida a través de esta figura.

2.3. Efectos en materia sancionadora

El recurso ilícito a las ETT en los términos que hemos descrito –sin supuesto de celebración y para atender necesidades estructurales por parte de las empresas usuarias– ha venido mereciendo la calificación de cesión ilegal por parte de los tribunales:

[...] la contratación temporal que lleva a cabo la ETT se proyecta sobre actividades totalmente ordinarias, normales y para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, sin que el artículo 16.3 de la Ley de empresas de trabajo temporal agote las consecuencias jurídicas de una contratación fraudulenta. O lo que es lo mismo, la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores puede producirse también en caso de que exista esa cesión ilegal de trabajadores, aunque se trate de ETT y la infracción no se refiera a los artículos 6 y 8 de la LETT, y así se dice literalmente el fundamento de derecho sexto número 4 de la primera de las sentencias citadas que el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores no solo puede alcanzar a los contratos de puesta a disposición que se lleven a cabo [...] en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC².

Estas resoluciones han tenido efectos en relación con los derechos que se reconocen a las personas trabajadoras sometidas a ese tráfico ilícito. Ahora bien, desde el punto de

² Por todas, STS de 3 de noviembre de 2008 (rec. 1697/2012).

vista sancionador, que es el que en esencia ahora nos ocupa, cabe la duda de cuál sea el tipo de la LISOS a aplicar en estos casos.

Para las ETT, el artículo 18.2 c) de la LISOS califica como grave: «Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal». Idéntica tipificación y calificación tiene esa conducta cuando en ella incurren las empresas usuarias, conforme al artículo 19.2 b) de la misma ley, la cual, por su parte, en su artículo 8.2 califica como muy grave: «La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente».

Vemos, por tanto, que, al considerarse la conducta una cesión ilegal de personas trabajadoras, la misma encajaría en los dos tipos previstos (el del art. 8.2 común para ETT y usuaria y diversos los de los arts. 18 y 19). Esto es, la misma conducta podría tener la consideración de grave y de muy grave al mismo tiempo.

A los efectos de optar por una u otra, se había venido considerando que, en virtud del principio de especialidad del derecho sancionador, al estar específicamente tipificada la conducta para ETT y empresas usuarias en los artículos 18 y 19, y resultar el 8.2 de aplicación a la totalidad de las empresas, serían aquellos los que deberían emplearse, resultando, además, más beneficiosos para el sujeto infractor, tal como señala Ballester Pastor (2022, p. 7).

A la misma conclusión, y por otros caminos, llegaron algunas sentencias de tribunales superiores de justicia, por entender que el carácter triangular de la relación entre personas trabajadoras, usuarias y ETT implicaba que estas carecían de conocimiento sobre la situación de aquellas, impidiendo, por tanto, la apreciación a efectos sancionadores de la cesión ilegal³.

Ahora bien, esta concepción ha de entenderse superada por la doctrina emanada de la STS de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018), que resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del TSJ de Andalucía en relación con una actuación de la ITSS de Málaga. El supuesto nos servirá para ilustrar un caso de naturaleza análoga al estudiado en el ámbito agrario, lo cual nos permitirá observar la transversalidad de algunas conductas empresariales, que van de lo más primario, la recolección de frutas, a una actividad aparentemente más sofisticada, cual es el tráfico aéreo internacional.

El TS resuelve en este caso si las sanciones que impone la autoridad laboral andaluza, a propuesta de la ITSS por la puesta a disposición de personas trabajadoras de una ETT a una línea aérea, es conforme a derecho. La ETT había cedido a 74 personas trabajadoras a la aerolínea, en virtud de los correspondientes contratos eventuales, resultando estos los únicos con los que contaba la empresa usuaria (algo nos suena de nuestro ejemplo anterior). La

³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía de 31 de octubre de 2018 (rec. 836/2018).

ITSS propuso, y la autoridad laboral impuso, una sanción de 70.000 euros a cada empresa por considerar la tipificada en el artículo 8.2 de la LISOS. No obstante, el TSJ de Andalucía, en aplicación de las consideraciones antes apuntadas, concluye que ambas empresas han incurrido en sendas infracciones graves, dejando las mismas en 3.126 euros.

El TS entiende, no obstante, que procede la aplicación del tipo previsto en el artículo 8.2 de la LISOS, incurriendo cada una en cesión ilegal de personas trabajadoras, y confirmando las sanciones impuestas inicialmente. Y ello con la siguiente argumentación:

Como vemos, el legislador ha dispuesto que la cesión temporal de trabajadores solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal, siempre que estén debidamente autorizadas y actúen en los términos establecidos legalmente.

[...]

2. Así pues, el legislador ha tipificado como falta muy grave la cesión ilegal en los términos prohibidos por la legislación vigente. No obstante, el art. 43.1 ET autoriza la cesión de trabajadores cuando la misma se efectúe a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, siempre que se haga en los términos establecidos legalmente. Consiguientemente, cuando la empresa de trabajo temporal ceda trabajadores a la empresa usuaria sin respetar los términos establecidos legalmente, también se producirá cesión ilegal de trabajadores, lo que constituye una falta muy grave, de conformidad con el art. 8.2 LISOS, que sanciona como tal a la cesión ilegal de trabajadores, fueren quienes fueren sus responsables.

Los términos, establecidos legalmente, se formulan positivamente en el art. 6 de la Ley 14/1994 y negativamente en su art. 8, de manera que, cuando el contrato de puesta a disposición desborde dichos límites positivos o negativos, se producirá una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 18.2 c) y 19.2 b) LISOS, para las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias respectivamente.

[...]

3. En efecto, la sala en reiterada jurisprudencia, por todas STS 3 de noviembre de 2008, rcud. 1697/2012, con apoyo en la doctrina de las SSTS 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005), 29 de septiembre de 2006 (rec. 2691/2005) y 17 de octubre de 2006 (rec. 2426/2005), ha concluido que, cuando «... la contratación temporal que lleva a cabo la ETT se proyecta sobre actividades totalmente ordinarias, normales y para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, sin que el artículo 16.3 de la Ley de empresas de trabajo temporal agote las consecuencias jurídicas de una contratación fraudulenta. O lo que es lo mismo, la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores puede producirse también en caso de que exista esa cesión ilegal de trabajadores, aunque se trate de ETT y la infracción no se refiera a los artículos 6 y 8 de la LETT, y así se dice literalmente el fundamento de derecho sexto número 4 de la primera de las sentencias citadas que el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores no solo

puede alcanzar a los contratos de puesta a disposición que se lleven a cabo «... en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC».

Posteriormente, señala:

[...] esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, pudiendo hacerse la afirmación general de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC. Y la doctrina es igualmente aplicable al supuesto de despido nulo por traer causa en haberse solicitado privadamente la fijeza en la empresa usuaria, cuando se trata de contratos de puesta a disposición encadenados para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria.

[...]

Como hemos aclarado más arriba concurre cesión ilegal de trabajadores, cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, como ha sucedido aquí, lo cual comporta que, si la ETT cede ilegalmente a trabajadores no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas.

Concluyendo su argumentación:

Si no fuera así, si la cesión ilícita de personas trabajadoras, ejecutada por una ETT, quedara reducida a falta grave, derivada de la utilización indebida de los contratos de puesta a disposición, se produciría un efecto perverso, toda vez que, siendo las ETT, las únicas empresas autorizadas para la cesión de trabajadores, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como dispone el art. 43.1 ET, podrían ceder ilícitamente a trabajadores, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior al resto de empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado.

Resuelto por tanto el problema, y conseguido el efecto de que se sancione como conducta muy grave lo que se consideraba ya como constitutivo de una cesión ilegal de personas trabajadoras, el vértigo legislativo que nos invade ha producido un efecto paradójico: la combinación de esa doctrina con la reforma introducida en la LISOS por el Real Decreto-Ley 32/2021

ha provocado que resulte más beneficioso para las empresas que incurren en estas conductas que sean consideradas como muy graves a que lo fueran como graves. Nos explicamos.

Hasta la entrada en vigor de esa norma, el 31 de diciembre de 2021, las infracciones tipificadas como graves en los artículos 18 y 19 de la LISOS llevaban aparejadas las sanciones establecidas con carácter general en el artículo 40.1: multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros; en su grado medio, de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo, de 3.751 a 7.500 euros, considerándose una infracción cometida por cada empresa, con independencia del número de personas trabajadoras afectadas, el cual tan solo servía como posible criterio de agravación de la sanción, junto con el resto de los previstos en el artículo 39.2. Pues bien, desde la fecha antes reseñada, en relación con estos tipos sancionadores, ha de considerarse una infracción por cada persona trabajadora afectada, por lo que la sanción mínima será de 751 euros por cada persona trabajadora afectada, sin perjuicio de la posibilidad de apreciar algún criterio de agravación adicional (nunca, lógicamente, el del número de personas trabajadoras afectadas). Ahora bien, de aplicar el tipo previsto en el artículo 8.2, las sanciones aplicables serían las correspondientes a las infracciones muy graves: las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio, de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo, de 120.006 euros a 225.018 euros.

De todos es conocida la dificultad para aplicar criterios de agravación de las sanciones y lo restrictivos que son las distintas autoridades laborales autonómicas (las competentes en esta materia) y los tribunales al respecto (producto del tronco común que une el derecho administrativo sancionador con el penal), por lo que, en la práctica inspectora, resulta harto complicada la imposición de las sanciones más allá de su grado mínimo. Por tanto, en ausencia de esas circunstancias agravantes, en una cesión a través de ETT de, por ejemplo, 20 personas trabajadoras, la sanción por la infracción grave sería de 15.020 euros, mientras que la muy grave podría quedarse en 7.501.

Este efecto, sin duda no querido por el legislador, tan solo cabría si la ITSS y, posteriormente, las autoridades laborales no apreciaran circunstancias agravantes en las conductas de las empresas. Por otra parte, la consideración como infracción muy grave sí que endurece de forma clara el régimen de responsabilidades de las ETT (solo el suyo, no el de las empresas usuarias), al aplicarse el supuesto especial de reincidencia previsto en el artículo 41.3 de la LISOS: «La reincidencia de la empresa de trabajo temporal en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves en esta ley podrá dar lugar a la suspensión de sus actividades durante un año».

3. La externalización de los servicios de los repartidores a través de plataformas digitales

Antes de nada, quiero tranquilizar a los lectores de este artículo: no se trata de volver sobre el asunto de los repartidores a través de plataformas y su consideración como personas

trabajadoras por cuenta ajena: sobre eso ya han corrido ríos de tinta, y, sobre todo, la cuestión ya ha sido resuelta por el TS⁴, y por el propio legislador, a través de la redundante (en su relación con el art. 8.1) disposición adicional vigesimotercera⁵ del ET, y que tuvieron como origen remoto actuaciones de la ITSS.

Ahora bien, resuelta la cuestión del encuadramiento de estas personas trabajadoras, y su consideración como tales desde un punto de vista jurídico, la traslación de esa solución a la realidad de los repartidores dista mucho de haberse conseguido. Desgraciadamente, miles de ellos continúan en la actualidad formalmente encuadrados como autónomos, o empleados por cuenta ajena a través de fórmulas de externalización que son más que dudosas, como veremos. No corresponde a este artículo valorar cuál ha sido la intervención de los poderes públicos en la cuestión, ni enjuiciar la idoneidad de los instrumentos jurídicos con los que se cuenta para trasladar a la realidad fáctica lo que es una certeza jurídica (como mero apunte, habrá que evaluar con el tiempo la eficacia de la supresión a estos efectos del procedimiento de oficio ante la jurisdicción social operado por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo), mas sí dejar constancia de que la precariedad y la expulsión del marco de las relaciones laborales continúa siendo la dura realidad a la que se enfrentan cada día quienes, a lomos de sus bicicletas o motocicletas, o a bordo de sus patinetes eléctricos, transitan por nuestras calles transportando a los domicilios de los usuarios aquello que estos demandan de los establecimientos con los que las diferentes plataformas digitales han concertado.

Lo que vamos a abordar es el fenómeno de cómo algunas de las empresas que explotan estas plataformas han tratado de reaccionar ante la laboralización de sus repartidores –jurisprudencial y normativamente impuesta– a través de la externalización de esos servicios.

Analizaremos cómo están actuando las empresas que han seguido esta estrategia, planteándonos la legalidad de esta, y viendo cuál ha sido la reacción de la ITSS.

3.1. La externalización a través de empresas aparentes

En el curso de algunas actuaciones inspectoras se ha comprobado cómo la empresa titular de la plataforma, en determinado ámbito territorial, decide que las tareas de reparto que venía desarrollando a través de lo que podemos calificar sin ambages como falsos autónomos, esto es, vinculados formalmente a través de contratos mercantiles y sin la cobertura legal del contrato de trabajo, van a ejercerse por estas mismas personas, pero estando dotados de esa cobertura. El problema está en que –faltaría más– no los va a contratar directamente, sino a través de una persona física, que, casualmente, también es repartidor «autónomo».

⁴ STS de 25 de septiembre de 2020 (rec. 4746/2019).

⁵ Introducida por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre.

Veamos, en síntesis, cuál es la dinámica del proceso, dando por generalmente conocido por todos los lectores versados en las recientes variantes que han adoptado las relaciones laborales cuál es el *modus operandi* de este tipo de actividades:

- 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.

La conclusión a la que está llegando la ITSS ante este tipo de realidades es que estamos ante una empresa aparente, sin entidad real, y que las funciones empresariales son realmente ejercidas por la sociedad que es titular de la plataforma digital que sirve como cauce para el desarrollo de la actividad. Ello resulta meridiano del análisis de los datos fácticos que hemos descrito, tanto por lo que se refiere al desarrollo de la actividad empresarial como a la organización del trabajo de los repartidores. En este sentido, ha de concluirse que la plataforma es la «genuina empresa», en expresión del profesor Todolí Signes (2021, p. 210), mereciendo quien formalmente figura como tal la calificación, siguiendo al mismo autor, de «parasubordinados». Y ello, porque a la plataforma corresponde la titularidad de:

[...] los activos inmateriales (marca, datos, fondo de comercio, *software* específico, etc.) relevantes para el desarrollo de la actividad (ajenidad patrimonial) y la gestión real, y la toma de decisiones, de partes clave del negocio frente al mercado (precio, búsqueda y elección de clientes, contacto directo con los consumidores finales), esto es, la ajenidad en el mercado y en los frutos.

El siguiente paso, y yendo al terreno de los resultados de la actuación inspectora, sería considerar el supuesto como el de una cesión de personas trabajadoras, dentro de la subespecie de las que se producen entre una empresa aparente y una empresa real⁶.

Ante esa consideración, los criterios de actuación fijados por el organismo estatal ITSS⁷ son los siguientes:

- a) No se trata de una verdadera cesión en los términos del artículo 43 del ET, al faltar en la persona interpuesta ficticiamente como empleadora la condición de empresa real. No obstante, cabe la extensión a ambas empresas de acta de infracción por la tipificada en el artículo 8.2 de la LISOS, y que ya conocemos.
- b) No se trata, al menos en el propósito de quienes han creado artificialmente el mecanismo interpositorio, de una cesión «temporal», sino de una cesión con intención de permanencia. No obstante, ha de tenerse presente que el artículo 43 del ET prohíbe tanto la cesión temporal como la indefinida, aunque se emplee el término «cesión temporal a otra empresa» en su apartado 1.º, y reconociendo que las más frecuentes serán las temporales, también se incluyen las indefinidas.

En virtud de lo que se dispone en ese criterio, las medidas inspectoras a adoptar en estos supuestos serán las siguientes:

⁶ SSTs de 17 de enero de 1991 (rec. 134/1991) y 21 de marzo de 1997 (rec. 3775/1996).

⁷ Criterio operativo 96/2015 de la ITSS, sobre cesión ilegal de personas trabajadoras y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios.

- Anulación de oficio de los movimientos en la Seguridad Social en la empresa aparente.
- Acta de liquidación por falta de alta en la empresa cesionaria, reclamando las cuotas correspondientes a la prestación de servicios reales para aquella.
- Aplicación de las bases de cotización correspondientes a la empresa cesionaria.

Como crítica a lo que establece el criterio operativo hemos de poner de relieve, desde un punto de vista práctico, los perjuicios que supondría para la persona trabajadora la eventual anulación por los tribunales del acta practicada de oficio en la empresa real, una vez que ha sido «borrada» la de la empresa aparente.

El criterio parte de la consideración de esta nueva empresa como de una «empresa ficticia». Desde un punto de vista conceptual, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que en el caso de las «empresas ficticias» lo son también las relaciones laborales formalizadas por ellas, mientras que, en este caso, las relaciones establecidas por las «empresas aparentes» son completamente reales.

Como consecuencia de todo ello, en las actuaciones que se están llevando a cabo a propósito de las plataformas de reparto, al encontrarse con situaciones como las que hemos descrito en este epígrafe, se está incluyendo a las personas trabajadoras afectadas en las actas de liquidación extendidas a aquellas, por entenderlas como propias: se considera transparente, a estos efectos, la relación con la empresa interpuesta. Razones de prudencia como las antes apuntadas están aconsejando el mantenimiento de las altas cursadas en el régimen general por esta empresa aparente, ante la posibilidad (no descartable) de que las promovidas directamente para la plataforma resultaren invalidadas por alguna resolución judicial, con el consiguiente perjuicio para unas personas trabajadoras que se quedarían sin alta en ninguna de las empresas: ni en la real ni en la aparente.

3.2. La externalización a través de empresas reales

En otros casos, las empresas titulares de las plataformas digitales han optado por la externalización del servicio de reparto mediante el recurso a su subcontratación. Nos enfrentamos aquí con la necesidad de volver a un auténtico clásico de la actuación de la ITSS, y que subyace en todos los análisis que venimos haciendo: la de determinar si nos encontramos ante una subcontratación lícita o ilícita, esto es, si se ha respetado la frontera entre los artículos 42 y 43 del ET a los que nos referíamos anteriormente (no olvidemos que toda cesión de personas trabajadoras implica una contrata como cobertura jurídica, correspondiéndonos determinar si el ejercicio de aquella se ajusta a los límites legales).

Veamos, también en esta ocasión, cuál es el *modus operandi* en estos casos, partiendo del conocimiento ya generalizado de cómo es el funcionamiento –ya clásico– de las plataformas de reparto.

La plataforma digital que adopta esta estrategia declara como objeto social la actividad del comercio y la distribución de productos alimenticios y de bebidas, incluidos los que provengan de restaurantes.

La externalización la realizan con el concurso de una empresa de mensajería urgente –o «de última milla»– con la que suscriben un contrato para la recogida y para la entrega de pedidos a los usuarios finales. Estos contratos se plantean de tal forma, fijándose las condiciones en las que ha de efectuarse el reparto de manera tan precisa, que es la plataforma la que determina todos los aspectos de la actividad, dejando a la empresa contratista sin un poder de dirección efectivo en relación con la organización del trabajo. Veamos, también, en síntesis, cómo funciona el sistema:

- La plataforma designa al repartidor encargado de prestar el servicio de entrega a domicilio en función de la proximidad, quien recibe una notificación en su aplicación con los datos del pedido, sin opción de rechazarlo.
- El repartidor en primer lugar debe dirigirse al punto de recogida del pedido (el restaurante elegido por el usuario), para posteriormente llevarlo al punto de destino escogido previamente en la aplicación (domicilio del usuario) y proceder a la entrega.
- Desde la aplicación, el usuario recibe información en tiempo real de la situación en la que se encuentra el pedido, y visualiza en el mapa el recorrido que sigue el repartidor una vez ha recogido el encargo en el restaurante.
- Cuando el repartidor entrega el pedido, el usuario recibe un resumen de este. Inmediatamente después, la aplicación permite al usuario valorar la calidad de la comida, el servicio del restaurante y el tiempo de entrega, así como dejar un comentario.
- Para acceder a la aplicación (titularidad de la plataforma) se concede a la empresa de reparto una sublicencia de acceso al *software*, previo pago de un canon de mínima cuantía. No hay que olvidar que el uso de la plataforma es imprescindible para que pueda realizar el reparto.
- La plataforma ha de autorizar a la mensajería la apertura de cuentas para los repartidores.
- Los teléfonos móviles son proporcionados por la mensajería, si bien han de contar con las especificaciones de la plataforma. Las mochilas y ropa de trabajo son proporcionadas por la mensajería, con el logo y la publicidad de la plataforma.
- La organización del trabajo corresponde exclusivamente a la plataforma, lo que incluye la planificación de los repartidores, la asignación de servicios, la prohibición de rechazarlos, el establecimiento de un tiempo para la entrega, y la necesidad de seguir unas instrucciones en la realización del encargo.

- El control de la actividad de los repartidores se realiza, igualmente, por la plataforma, que dispone de la información sobre el estado del pedido, estando aquellos sometidos también a geolocalización.

Teniendo en cuenta todas estas condiciones en la ejecución de la contrata, cabe apreciar la existencia de una cesión ilegal de personas trabajadoras, por la aplicación a este caso concreto de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, que tiene en cuenta los siguientes elementos:

- La propiedad de los medios de producción. La jurisprudencia ha dejado claro que existe cesión ilegal de personas trabajadoras cuando la cedente carece de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad⁸. No cabe duda de que el medio esencial es la aplicación, la cual es puesta a disposición de la mensajería de forma prácticamente gratuita.
- El poder de dirección y control. Como hemos visto, la plataforma es la empresa real de las personas trabajadoras de la empresa de mensajería, ya que conserva las facultades de dirección empresarial, tiene la capacidad de organizar la actividad que ha contratado e indica de manera precisa cómo quiere que se ejecute ese trabajo realizado por los repartidores de aquella. La jurisprudencia ha establecido como un indicio de cesión ilegal el hecho de que las personas trabajadoras de la empresa cedente reciban órdenes directamente de la empresa cesionaria⁹.
- Autonomía técnica de la contrata. Otro de los requisitos exigidos por la jurisprudencia a la hora de valorar la cesión ilegal de las personas trabajadoras es determinar si la contrata tiene autonomía técnica, entendiéndose los tribunales que cuando la contrata realiza el trabajo de manera específica, sucesiva e independiente a la actividad desempeñada por la contratista principal, no estaríamos ante un caso de cesión ilegal de las personas trabajadoras.

En el supuesto que nos ocupa, ha quedado acreditado que la actividad que la empresa de reparto desarrolla para la plataforma no solo se encuentra integrada dentro de un proceso organizativo diseñado por la propia empresa principal, sino que el mismo es controlado y dirigido por esta.

La empresa de mensajería no conserva las funciones inherentes a su condición de empresa, ya que la actividad no se ejecuta con sus propios medios, ni

⁸ SSTS de 8 de marzo de 2011 (rec. 791/2010), de 4 de mayo de 2011 (rec. 1674/2010) y de 26 de octubre de 2016 (rec. 2913/2014).

⁹ SSTSJ de Andalucía de 11 de mayo de 2017 (rec. 1347/2016) y de Cataluña de 4 de abril de 2017 (rec. 145/2017).

tampoco la dirige ni controla, sino que de acuerdo con la estructura de negocio diseñada por la plataforma se ha convertido *de facto* en una mera suministradora de mano de obra¹⁰.

- Otros indicios de cesión ilegal. Como tales podemos destacar la facturación por horas de trabajo de los repartidores, distinguiendo según el reparto sea en motocicleta o en bicicleta¹¹.

Igualmente, la identificación e imagen de la marca de la cesionaria¹². Ya hemos visto la utilización de los logos, habiendo de añadir que los repartidores se identifican ante los clientes como enviados por la plataforma.

La apreciación por parte de la ITSS de cesión ilegal de personas trabajadoras, sin considerar, cual es el caso, a la empresa cedente como aparente, tiene como consecuencias, de acuerdo con el Criterio operativo 96/2015 al que nos referíamos anteriormente, las siguientes en términos de medidas inspectoras a adoptar:

- Extensión de actas de infracción a ambas empresas por la tipificada en el artículo 8.2 de la LISOS.
- Si como consecuencia de la cesión cupiese la aplicación de un convenio colectivo (el de la cesionaria) que estableciese unos salarios superiores al de la mensajería, habría que extender acta de liquidación por diferencias de cotización, con responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria, por el periodo que hubiera durado la cesión ilegal sobre las bases de cotización que hubieran correspondido de haber aplicado el convenio colectivo de la empresa cesionaria. El problema, a esos efectos, está en la determinación de cuál sea el convenio de aplicación a las plataformas digitales: esta es una de las varias cuestiones que quedan por resolver en el proceloso camino que estamos recorriendo hacia una normalización ordenada de la situación de estas personas trabajadoras, y de cuya complejidad este tipo de externalizaciones constituyen buena muestra.

4. La externalización de servicios a través de cooperativas en el sector industrial

Tratamos de un fenómeno que en sí mismo no es novedoso en la dinámica de las relaciones industriales en España, pero que lo es en cuanto a la reacción que ha merecido por

¹⁰ STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2016 (rec. 5102/2015).

¹¹ STS de 16 de junio de 2003 (rec. 3054/2001).

¹² STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2017 (rec. 145/2017).

parte de la ITSS, iniciando un camino que, como veremos, está resultando intrincado y no exento de vericuetos jurídicos de todo tipo. Tal como exponíamos al estudiar la utilización de ETT en el sector agrícola, el hecho de que aquel se produzca con carácter sectorial no resta un ápice de interés a su estudio, dado lo extrapolable de las conclusiones que obtenemos a otro tipo de actividades que pudieren verse afectadas por él.

4.1. Planteamiento de la cuestión

La realidad industrial de la que partimos es la siguiente. En un concreto sector (el de la industria cárnica, no precisamente de escasa importancia en España en términos económicos y de número de personas trabajadoras empleadas), durante muchos años se generalizó para determinadas actividades esenciales para su finalidad productiva –las de matadero o despiece de animales– el recurso a una serie de cooperativas de trabajo asociado que daban ocupación a sus socios cooperativistas en las instalaciones de las industrias que a ellas recurrían bajo unas condiciones que encajaban en las que configuran una cesión de personas trabajadoras. Desde el punto de vista de la Seguridad Social, estos cooperativistas figuraban de alta en el RETA, de acuerdo con la habilitación que a tal efecto establece el artículo 14.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS):

Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes:

- a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el régimen general o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.
- b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente. Las cooperativas ejercerán la opción en sus estatutos, y solo podrán modificarla en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca.

El fundamento para poder apreciar indicios de cesión de personas trabajadoras en estos casos se basaba en los que hemos enunciado en el epígrafe anterior: los medios de producción corresponden a la industria cárnica, así como el poder de dirección y control, la remuneración de los cooperativistas se produce en función de las horas trabajadas o de los kilos producidos...

Siguiendo este patrón «clásico», esto es, la existencia de una cesión ilegal, la cuestión llegó a la Sala de lo Social del TS, en una sentencia de 2001 (STS de 17 de diciembre de 2001, rec. 244/2001), dictada en unificación de la doctrina, que ha venido marcando las actuaciones en la materia hasta la fecha. La cesión había sido previamente apreciada por el TSJ de Castilla-La Mancha (Sentencia de 21 de septiembre de 2000, rec. 1011/1999).

No obstante, el TS entendió que la existencia de una cooperativa excluía la posibilidad de una cesión ilegal de personas trabajadoras, al presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios, lo que impide apreciar enriquecimiento ilícito. Es decir, que no puede darse el supuesto de cesión ilegal cuando se trata de socios de trabajo de una cooperativa, que no tienen por definición el carácter de personas trabajadoras por cuenta ajena al recibir los «resultados prósperos o adversos de la entidad».

Posteriormente, el Alto Tribunal añade:

Ello no excluye la posibilidad de que pueda existir una situación de ilegalidad, si la norma se utiliza con ánimo de defraudar, pero el enjuiciamiento de estas situaciones exigirá una acreditación rigurosa de la existencia de tal actuación en fraude de ley, lo que ocurrirá cuando la relación entre la arrendataria y los trabajadores de la cooperativa puedan subsumirse en las previsiones del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores.

4.2. Actuaciones inspectoras realizadas

En este contexto, parecía que la cuestión quedaba resuelta para el uso masivo de estos cooperativistas por las industrias cárnicas españolas (encabezadas por las de mayor tamaño). No obstante, era continuo el goteo de denuncias en las Inspecciones provinciales de personas trabajadoras/cooperativistas que reclamaban por estar sometidas a unas condiciones laborales inferiores a las de las personas trabajadoras de las empresas cárnicas: en materia salarial, de tiempo de trabajo o de prevención de riesgos laborales; esto es, por haber sido excluidas del paraguas protector del derecho del trabajo. La postura inicial de la ITSS pasaba por aceptar el *statu quo* de estas relaciones, entendiéndose que, si no había cesión ilegal de personas trabajadoras –con arreglo a la sentencia de diciembre de 2001–, nada cabía hacer al respecto.

Sin embargo, desde la Inspección Provincial de Valencia se decidió explorar otra vía, basándose en el viejo aforismo denominado «la navaja de Ockham», en el que el célebre filósofo franciscano afirmó que, «en igualdad de condiciones, la explicación más simple suele ser la más probable». Pues bien, aquí lo más sencillo consistía en averiguar la auténtica esencia de lo que teníamos delante: la existencia de relaciones laborales de estos «cooperativistas» con las empresas cárnicas que no estaban declaradas, toda vez, que, como hemos dicho, todas estas personas trabajadoras están encuadradas en el RETA.

Ahora bien, para llegar a materializar esa solución en el producto de actuaciones inspectoras resultaba necesario hacer una doble operación, siguiendo el camino que indirectamente había abierto el propio TS: demostrar que nos encontrábamos ante «falsas cooperativas», por un lado, y acreditar, por otro, el carácter laboral de las relaciones existentes entre quienes se hacían pasar por cooperativistas y las empresas cárnicas.

Ello se consiguió a través de complejas actuaciones inspectoras, que concluyeron en el sentido antes expuesto, con la incorporación de los «cooperativistas» al RGSS como personas trabajadoras de las empresas cárnicas y la reclamación a estas de las cuotas dejadas de ingresar en aquel en relación con los mismos.

Siguiendo la línea de las actuaciones realizadas en Valencia, se programaron en el ámbito nacional inspecciones de gran calado en relación con las empresas que empleaban a los «cooperativistas» de la más grande de estas entidades. El resultado fue el mismo (lógicamente de mucho mayor impacto en términos de personas trabajadoras afectadas y de cuotas reclamadas). A este resultado se unió la descalificación administrativa como cooperativa de la principal de estas entidades.

4.3. Principales hechos comprobados en relación con la actuación de las cooperativas en la industria cárnica

El alcance de la actuación inspectora ha sido el de comprobar todos aquellos aspectos que reflejan fielmente el funcionamiento real de la cooperativa y todos los extremos de la prestación de servicios de los socios personas trabajadoras en el centro de trabajo de la empresa titular:

- Elementos que determinan la existencia de una cooperativa de trabajo asociado.
- El vínculo o relación societaria que debe existir entre el socio y la cooperativa.
- La organización operativa de la que dispone la sociedad cooperativa.
- La disposición de la estructura de la empresa cliente al servicio de los socios trabajadores.
- Los métodos y formas de organización del trabajo.
- La determinación del sujeto que asume el riesgo de las operaciones.

Los principales hechos comprobados son los siguientes:

- Inexistencia de una cooperativa en el caso de las empresas clientes investigadas. Aunque simula su apariencia, al disponer formalmente de registro, estatutos sociales (entre los que hace constar un objeto social), órganos de gobierno y una, aunque pequeña, sede social, sin embargo, no tiene funcionamiento cooperativo real, incumplándose las exigencias de la Ley de cooperativas y los principios cooperativos.

La cooperativa carece de funcionamiento empresarial, ni en cuanto a la actividad autónoma y real, ni al capital, ni a los medios materiales, ni a la tecnología

u organización del trabajo propio. No organiza, ni dirige ni controla de manera efectiva y real ni asume las responsabilidades y los riesgos económicos propios de una gestión empresarial. La relación entre empresa principal y la cooperativa no puede estar inmersa en la vigencia de un real contrato de arrendamiento de servicios, al no tener esta ni condición ni funcionamiento de empresa ni actividad alguna propia.

- Existencia de relaciones laborales entre los «cooperativistas» y las empresas cárnicas. En relación con los elementos indiciarios de los presupuestos constitutivos del contrato de trabajo y su aplicación al caso que nos ocupa, podemos destacar los siguientes criterios jurisprudenciales (elementos indicativos de la dependencia y ajenidad):

- Dependencia: la actividad que desarrollan los socios personas trabajadoras de la cooperativa no es auxiliar o complementaria de esta, sino una parte esencial de su objeto social y núcleo de su proceso productivo.

En la organización relevante y esencial del trabajo interviene la dirección de la empresa bien directamente o a través de sus mandos intermedios, mediante el control diario en el que se les indica la producción, en relación con su cantidad y las condiciones en las que ha de realizarse: siempre bajo la supervisión de los mandos referidos de producción o calidad de la empresa. Los departamentos de producción y calidad de esta son quienes organizan y dirigen los trabajos de los socios de la cooperativa de trabajo asociado, y no la propia cooperativa. No realizan gestión de proveedores, ni de clientes, ni gestión de calidad: estas tareas son ejercidas directamente por la empresa.

Los jefes de equipo y encargados de la cooperativa son designados para ejercer el poder organizativo y directivo sobre los socios personas trabajadoras, su verdadero papel es ser el delegado de la empresa principal, la cual controla al personal de la cooperativa a través del sistema de fichaje.

El horario de trabajo está determinado por la empresa. Puesto que los socios personas trabajadoras de la cooperativa trabajan en cadena y a destajo, consta también que la hora de salida depende de las necesidades de la principal.

No solo el local, sino también toda la maquinaria, equipos de trabajo e incluso la ropa de trabajo, herramientas de mano (cuchillo o tijeras) y equipos de protección individual son suministrados por la empresa, sin perjuicio de que su coste sea facturado después a la cooperativa.

- Ajenidad: la empresa se apropia inicial y directamente de los frutos del trabajo de las personas trabajadoras de la cooperativa, según se van produciendo. La relación mercantil con los clientes es exclusivamente de la

empresa. Es esta la que factura y cobra a los clientes por su cuenta y quien paga periódicamente a las personas trabajadoras la retribución por su actividad, realizando la cooperativa únicamente la interposición para el pago.

La liquidación anual del retorno cooperativo a los socios se produce en cantidades despreciables.

Es la empresa la que corre el riesgo de la explotación, ya que es la titular de la infraestructura y de los medios de producción auxiliares, decidiendo el importe de los servicios prestados. En su conjunto, la cooperativa no asume riesgo industrial ni comercial alguno. En ningún caso se han producido impagos de la empresa a la cooperativa, y, por tanto, a los socios personas trabajadoras, derivados de incumplimientos de los clientes.

- Conclusiones alcanzadas. Como consecuencia de lo anterior se alcanzaron las siguientes en relación con la prestación de servicios de los cooperativistas:
 - La inexistencia de la realidad de la cooperativa, al no constar acreditada, y al carecer de sus elementos configuradores, tales como una estructura propia. Por tanto, no puede hablarse de una relación societaria.
 - Se aprecia la existencia de fraude de ley, y, en consecuencia, concurrencia de relación laboral, aplicando el artículo 6.4 del Código Civil y los artículos 1.1 y 8.1 del ET.
 - La existencia de relación de naturaleza laboral entre las verdaderas empresas y los socios personas trabajadoras, entendiendo por tales las industrias cárnicas. Conviene recordar en este sentido, y a efectos de las actuaciones en materia de Seguridad Social que fueron producto de estas inspecciones, lo que establece el artículo 18.4 de la LGSS:

En caso de que la responsabilidad por la obligación de cotizar corresponda al empresario, podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio que se establece en esta ley y en su normativa de desarrollo contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes.

4.4. Recorrido judicial de las medidas inspectoras adoptadas

Resulta evidente cuál es la postura que sobre el asunto mantiene el autor de este artículo, en línea con las actuaciones de la ITSS (y no necesariamente por esa razón). No obstante,

debemos aportar toda la información sobre cuál está siendo el resultado del enjuiciamiento que sobre la cuestión están haciendo los tribunales (sean o no favorables a dicha línea), así como las perspectivas de futuro hasta que se obtenga un criterio definitivo por parte del TS.

Hemos de partir de la pervivencia, hasta el 2 de marzo de 2003, del procedimiento de oficio establecido en el artículo 148 d) de la LRJS, previsto para la impugnación de las actas de infracción y de liquidación practicadas por la ITSS y que se fundamentase en el cuestionamiento de la naturaleza laboral de las relaciones, exigiendo –en atención a la especialización de la jurisdicción– un pronunciamiento previo por parte de esta, a los efectos de posibilitar la impugnación de las liquidaciones ante la contencioso-administrativa. No obstante, con tal fecha, y como ya apuntábamos *ut supra*, al producirse la entrada en vigor de la Ley 3/2023, de empleo, desaparece el procedimiento de oficio para estos casos, siendo la única vía de impugnación procesal la correspondiente a esta jurisdicción revisora de actos administrativos.

Sin embargo, al haber sido interpuestas la totalidad de las demandas derivadas de estas actuaciones por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) (las tendentes a que se declare el carácter laboral de las relaciones, de acuerdo con el procedimiento establecido al efecto) con anterioridad a aquella fecha, corresponde en todos los casos a la jurisdicción social el manifestarse sobre el fondo del asunto.

Sin poder entrar, por razones de espacio, en los pronunciamientos de los juzgados de lo social, veremos cuáles están siendo los de los tribunales superiores de justicia al resolver los recursos de suplicación ante ellos planteados como consecuencia de la tramitación de los procedimientos de oficio.

- STSJ de Galicia de 4 de mayo de 2022 (rec. 3458/2021). Esta sentencia no considera relación laboral a la que vincula a los cooperativistas con la empresa cárnica, por considerar que la cooperativa tiene un carácter real, que cuenta con una organización dentro y fuera de la empresa principal, concluyendo que cabe la contratación de la empresa con la cooperativa. Así, se afirma:

En casos como el de autos es una línea fina la que separa el supuesto de subcontratación lícita del de cesión ilegal (o fraude de ley, eludiendo el concepto de cesión ilegal que la TGSS demandante elude), porque aunque es cierto que parte o incluso buena parte de los medios parecen ser de titularidad de XXXXXX, no lo es menos que dada la naturaleza de la actividad –matanza de animales, su despiece, etc.– poco más que el conocimiento del oficio y el lugar adecuado de la prestación, amén de herramientas sencillas (cuchillería y similares) cabe exigir que concurra para que exista la posibilidad de subcontratación de esa actividad y por la misma razón, en el ámbito directivo y organizativo empresarial, poco más que las necesarias instrucciones de coordinación cabe que se den a quien realiza el trabajo, experto en su materia y resulta lógico que

dichas instrucciones se refieran por tanto a aspectos generales como horarios, cantidad de producción, etc. Por la misma razón, el hecho de los pocos medios materiales y financieros de YYYYYYY en relación con su actividad en modo alguno permite concluir su carácter fraudulento o su inexistencia real, dado que se trata de una empresa que ofrece servicios y no productos. Aceptar el argumento de dicha escasez como razón de peso de su fraudulencia implicaría la fraudulencia de todas las empresas de servicios (contratas de limpieza, mantenimiento, informática, vigilancia y seguridad, etc.).

Por tanto, la razón fundamental de esta sentencia para resolver en el sentido en que lo hace está en entender que no ha quedado desvirtuado el carácter real de la cooperativa, sin que quepa, en consecuencia, utilizar alguna de las vías de excepción al principio señalado en la STS de 17 de diciembre de 2001.

En la misma línea se ha manifestado el mismo TSJ de Galicia en la Sentencia 253/2022, de 15 de diciembre.

- STSJ de Madrid 253/2022, de 7 de abril. Esta sentencia resuelve en el mismo sentido que las dos del tribunal gallego, si bien con una argumentación distinta, basada en afirmaciones tales como las siguientes:

YYYY no vulnera la normativa reguladora de las sociedades cooperativas dado que, si bien existen irregularidades en su funcionamiento interno, ello no supone que se trate de una empresa ficticia o mera instrumentación societaria para proporcionar mano de obra a otras empresas [...].

Ha quedado evidenciada la realidad del funcionamiento de YYYYYY como empresa cooperativa, pues cuenta con medios materiales y organizativos propios para el desarrollo de la actividad propia de su objeto social, aunque en el presente caso se haya limitado a proporcionar mano de obra y un coordinador, manteniendo órganos de gestión y dirección, y asume el riesgo de su actividad.

[...]

Las personas a las que refieren la demanda realizan aportación inicial a la cooperativa y el hecho que no asistan a las asambleas, medio para dirigir la actividad, es una opción personal de los mismos sin que ello les pueda privar de sus derechos, entre ellos los económicos y para su cuantificación pueden utilizar los cauces legales.

[...] la externalización de parte del ciclo productivo por parte de XXXXX determina que la relación con YYYYYY se califique como una contrata de la propia actividad, pues no puede olvidarse las peculiaridades del singular régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado, que les permite formas de organización del trabajo que no serían admisibles en otro tipo de empresas.

Observamos en estas sentencias cómo, al no apreciarse el carácter ficticio de la cooperativa (por más que se reconozcan irregularidades en su funcionamiento), se le aplica el régimen societario, excluyendo la posibilidad de cesión ilegal de personas trabajadoras, y sin entrar a considerar a las afectadas como personas trabajadoras por cuenta ajena.

Ahora bien, no todos los TSJ han enjuiciado el asunto de esa manera:

- STSJ de Castilla y León 1836/2020, de 9 de diciembre. Este tribunal considera la existencia de relaciones laborales entre los cooperativistas y la empresa cárnica, apreciando fraude de ley, entendiéndose que el mismo ha de enjuiciarse a la luz de los artículos 1.1 y 8.1 del ET, teniendo en cuenta la doctrina contenida en la STS de 25 de septiembre de 2020 (la ya citada y conocida como «sentencia Glovo»). Por ello, se centra en el análisis de la existencia o no de relación laboral, desmenuzando todos los elementos fácticos acreditados para incardinarlos en la apreciación de las notas de dependencia y ajenidad configuradoras de aquella: el que la cooperativa cuente con una infraestructura mínima, que la empresa cárnica tenga una plantilla «jibarizada», siendo el grueso de la mano de obra aportada por la cooperativa, la cual tan solo pone a disposición mano de obra, sin organización puesta al servicio de la contrata.

En conclusión, esta sentencia, que se centra en el análisis de la naturaleza de las relaciones de los «cooperativistas» con la empresa cárnica, acaba decantándose de forma inequívoca por el carácter laboral de las mismas.

Planteada así la cuestión, resulta evidente que, desde un punto de vista jurídico, esta deberá resolverse por el TS, el cual habrá de unificar la doctrina diversa emanada de los TSJ en los términos que hemos expuesto. Por el momento, el Alto Tribunal se ha manifestado en forma de auto de inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Castilla y León de 9 de diciembre de 2020 (Auto del TS de 31 de enero de 2023), sobre la base de no apreciar identidad entre el supuesto enjuiciado por esta sentencia y las que en el recurso se utilizan como de contraste¹³, considerando que en estos casos las cooperativas ejercían como empresas reales, y que los supuestos fácticos no guardaban identidad, por tanto, con los hechos que se han considerado probados y que han dado lugar al fallo de la sentencia recurrida.

Estamos, pues, a la espera de que se admita algún recurso de casación para unificación de la doctrina y que el TS, cuando su precaria situación en cuanto al número de magistrados y magistradas que lo integran lo permita, determine de forma nítida si todas estas personas trabajadoras tienen derecho a ser consideradas como tales y a gozar de la plena protección que les proporcionaría el derecho del trabajo.

¹³ SSTSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2001 (rec. 4654/2001) y de 1 de octubre de 2018 (rec. 2617/2018).

Mientras tanto, como orientación teñida de esperanza, contamos con el antecedente de la STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 3513/2016), cuando al enjuiciar un supuesto de una cooperativa de transportes, afirmó:

No es admisible que la cooperativa eluda esa obligación, y se limite, pura y simplemente, a dar cobertura formal a situaciones con las que se pretende en realidad eludir las normas laborales [...].

[...]

La creación, constitución y funcionamiento de las cooperativas, en cualquiera de sus modalidades –y particularmente las de trabajo asociado–, no puede quedar sustraída a la aplicación del reiterado criterio que viene avalando esta sala al analizar situaciones en las que está en discusión el uso fraudulento de la forma societaria bajo cualquiera de las distintas fórmulas en las que se presenta en el derecho del trabajo.

En la misma línea de sensaciones positivas para lo que entendemos que debería ser la consolidación definitiva de la consideración como tales de los miles de personas trabajadoras excluidas de tal condición por la utilización de estas cooperativas por parte de las empresas cárnicas, contamos con el fallo judicial correspondiente a la impugnación de la descalificación de la principal (por implantación y por tamaño) de estas figuras de lo que debería formar parte de la economía social. Como apuntábamos, una de las consecuencias de las actuaciones realizadas por la ITSS con carácter nacional en relación con la cooperativa tuvo como resultado su descalificación, mediante resolución, por delegación, de la entonces ministra de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, fechada el 30 de abril de 2019, por entender que había incurrido en la infracción calificada como muy grave en el artículo 38.3 de la LISOS, lo que supone la existencia de la causa de disolución prevista en el artículo 70.1 c) y e) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, procediendo su descalificación con arreglo al artículo 116.1 a) de la misma norma.

El fallo (realmente dos fallos, por haber sido impugnada la resolución por la cooperativa y por una de las empresas cárnicas) ha sido de la Audiencia Nacional (AN)¹⁴, confirmando la descalificación de aquella, la cual acepta, sobre la base de su presunción de certeza y de lo detallado de los hechos constatados, el informe de la ITSS, y da por acreditadas las siguientes circunstancias que la convierten en una «falsa cooperativa»:

- No ajusta su funcionamiento a las exigencias del derecho cooperativo, no teniendo un carácter democrático. Actúa en compartimentos estancos, según las empresas clientes, sin un criterio común del consejo rector de la cooperativa.

¹⁴ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 de marzo de 2023 (recs. 356/2019 y 625/2019).

- No existe organización en común de la producción.
- No hay aplicación de los resultados en función del trabajo aportado por los cooperativistas.
- No hay oferta de empleo estable y de calidad, comportándose como un mero intermediario para el suministro de la fuerza de trabajo.
- Se produce una interposición fraudulenta entre las empresas clientes y los socios trabajadores, lo que ocasiona la elusión de las normas del ET y de la LGSS.
- Existe una connivencia entre la cooperativa y las industrias cárnicas para lucrarse de forma ilícita, al emplear mano de obra con costes muy inferiores a los del mercado.
- La cooperativa no cuenta con centros de trabajo, ni con maquinaria, equipos ni medios informáticos. Carece igualmente de personal técnico, de una política de personal o de gestión de compras.
- No asume riesgo empresarial, efectuándose la facturación en función de las horas trabajadas o de los kilos producidos.

Sentadas todas esas premisas, la AN concluye que la cooperativa no actúa como una verdadera empresa, y recuerda el argumento del TS en sentencia «original» (la de 17 de diciembre de 2001), en el sentido de que no cabe la cesión ilegal por la intervención de la cooperativa, salvo que se aprecie la existencia de relaciones laborales.

Bien es cierto que esta sentencia está dictada en un procedimiento distinto al de los de oficio que han sido resueltos en sentido diverso por las salas de lo social de algunos tribunales superiores de justicia (corresponde a la descalificación de la cooperativa, impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa), pero consideramos que cuando el TS entre a valorar (si al fin lo hace) la naturaleza jurídica de las relaciones de los «socios cooperativistas», habrá de tener en cuenta que la principal cooperativa del sector ha sido descalificada mediante una resolución administrativa confirmada por la AN (no obstante, esta sentencia no tiene carácter firme, por ser susceptible de recurso de casación).

En cualquier caso, expuesta la situación desde un punto de vista jurídico, creemos que hay que celebrar lo que consideramos un auténtico éxito social de la ITSS: como consecuencia de las actuaciones practicadas, la casi totalidad de los miles de personas trabajadoras afectadas por esta situación, y que habían sido expulsadas de la protección que ofrece el derecho del trabajo, se encuentran en la actualidad contratadas como lo que entendemos que siempre debieron ser: personas trabajadoras por cuenta ajena, ya sea directamente por las empresas cárnicas, o a través de contratistas de estas. Ahora se les aplican plenamente las leyes laborales, las de prevención de riesgos laborales, los convenios colectivos y se benefician de la protección que dispensa el RGSS.

Nos hallamos ante un efecto directo de la actuación de la ITSS, fruto, entre otras causas, de la conciencia social despertada sobre la cuestión, y el hecho de que las empresas hayan entendido que no resultaba «socialmente aceptable» el mantenimiento de una situación como la anteriormente existente.

Confiemos en que la realidad judicial coincida en esta ocasión con la social, y que puedan resultar efectivas las incorporaciones de las personas trabajadoras al RGSS y el abono de las cotizaciones cuya exigibilidad definitiva depende del pronunciamiento último del TS (salvo en aquellas en las que han adquirido firmeza los de los tribunales superiores de justicia por no apreciarse contenido casacional en los recursos para unificación de la doctrina interpuestos).

5. A modo de conclusión

A través del análisis de tres supuestos distintos, hemos contemplado cómo el recurso a la externalización de servicios por las empresas, perfectamente lícito con arreglo al principio constitucional de libertad de empresa, se utiliza en algunos casos por estas de forma abusiva, recurriendo a diferentes figuras en principio también perfectamente lícitas, como son las ETT, las contratas y las cooperativas de trabajo asociado.

Nos encontramos ante un patrón ya conocido: con el fin de evitar los efectos indeseados que para las empresas pueda suponer la contratación regular y directa de las personas trabajadoras, se recurre a mecanismos de externalización –en sus distintas vertientes– que permitan diluir el cumplimiento de sus obligaciones y el régimen de responsabilidades que como empleadores directos les correspondería. Ahora bien, ese patrón va adaptándose a las nuevas realidades sociales y económicas, y se utiliza con carácter reactivo ante las exigencias sociales, las actuaciones administrativas y las resoluciones judiciales.

Esta utilización ilícita origina, tal como hemos visto, importantes perjuicios a las personas trabajadoras: en cuanto a la estabilidad en el empleo –toda vez que se las priva del carácter indefinido de sus relaciones laborales o de formar parte de la plantilla de la empresa para la que realmente prestan sus servicios y de los derechos que ello comporta–, o excluyéndolas directamente de la consideración de personas trabajadoras por cuenta ajena, con los efectos que ya hemos analizado.

La reacción de los poderes públicos frente a estos comportamientos ilegales está teniendo su origen en todos los casos en la intervención de la ITSS, a través de actuaciones técnicamente complejas, y que ha llevado aparejada no pocas dificultades y resistencias, debido a la entidad y a la capacidad de influencia de algunos de los actores implicados.

Ha correspondido, por tanto, a la ITSS el poner sobre el tapete de nuestra realidad jurídica, como ya ocurrió con los repartidores (en cualquiera de las denominaciones que se

les dispensa) y su consideración como personas trabajadoras por cuenta ajena, la situación de estos miles de personas que están –o han estado– sometidas a la precarización de sus condiciones laborales. Para ello, la ITSS ha utilizado la capacidad que la ley le otorga de ir más allá de lo que algunos nos quieren hacer ver: de la mera formalidad de los contratos o de los documentos que se utilizan para enmascarar la realidad; esto es, la posibilidad de indagar sobre las condiciones en las que se produce la prestación de servicios de las personas trabajadoras, para, desde esa realidad, extraer las conclusiones jurídicas pertinentes y adoptar las medidas que corresponden.

Como hemos visto, algunas de estas actuaciones han tenido ya una trascendente eficacia social (el caso de las cooperativas) y, en otras, la regularización de la situación de las personas trabajadoras está siendo más costosa (muchos repartidores continúan formalmente como autónomos o se les ocupa recurriendo a la cesión ilegal, pese a los pronunciamientos inequívocos del TS y a los cambios normativos operados).

Por otra parte, el recorrido judicial de todas estas actuaciones tampoco está resultando sencillo, trufado en ocasiones de resoluciones que han rechazado los planteamientos de la ITSS, si bien con elementos que nos permiten aventurar un final acorde con sus postulados.

Quien esto suscribe confía en que los distintos responsables políticos y administrativos con competencias en esta materia –presentes y futuros– asuman el impulso y desarrollo de actuaciones tendentes a la consecución de un objetivo básico: el reconocimiento a todos los efectos, sociales y jurídicos, de los derechos de aquellas personas a las que se priva de su propia condición de personas trabajadoras, o, de serlo, de quiénes son sus empleadores reales. Y ello, aunque en su quehacer diario se empleen alicates para cortar naranjas, cuchillos de carnicero, algoritmos, aplicaciones digitales o la inteligencia artificial.



Referencias bibliográficas

Ballester Pastor, I. (2022). El contrato de puesta a disposición que sirve para eludir la legislación de la contratación temporal es cesión ilegal y constituye una infracción muy grave. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001639

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2022). *El contrato fijo discontinuo de las ETT: un apunte*. AEDTT.

Todoí Signes, A. (2021). *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi.

Juan José Camino Frías. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social desde 1991. Nombrado en 2003 jefe de Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Castellón y en 2008 jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Castellón. Desde febrero de 2012 hasta abril de 2014 ocupó el puesto de subdirector general en materia de economía irregular, Seguridad Social e inmigración en la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Desde junio de 2014 hasta marzo de 2020 fue jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia. En la actualidad ocupa la plaza de jefe de equipo en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Castellón. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universitat Jaume I de Castellón entre los años 2000 y 2008, impartiendo clases mayoritariamente en el grado de Relaciones Laborales. Ha participado como profesor en numerosos cursos, másteres y seminarios en materia laboral, de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales, así como impartido numerosas conferencias sobre estas materias.