

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 476 | Septiembre-Octubre 2023

ISSN: 2792-8314

## Descentralización productiva y relaciones triangulares de trabajo: entre tradición y renovación en la era digital

Margarita Miñarro Yanini

### ¿Es lícito recurrir a las nuevas empresas EOR o implica una vieja cesión ilegal?

Carolina Gala Durán

### El nomadismo digital laboral en empresas emergentes

José María Goerlich Peset

### La dirección algorítmica de las redes empresariales

Adrián Todolí Signes

### La descentralización del riesgo laboral a través de las franquicias

Ana Belén Muñoz Ruiz

### La prestación de servicios de «colaboración» en Amazon Flex

María Teresa Igartua Miró

### Las personas odontólogas de Vitaldent: ¿laborales o TRADE?

María de los Reyes Martínez Barroso

**45 CEF.-**  
Aniversario

# Ahora



**MÁSTERES**

**CURSOS**



**¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?**

**FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE**

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y  
Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas •  
Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos •  
Tributación

**Presencial | Telepresencial | Online**

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es)

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 476 | Septiembre-Octubre 2023

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

## Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

## Comité científico

**Carlos Alfonso Mellado**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

**Ana Rosa Argüelles Blanco**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

**Laura Calafá**. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

**Ana María Calles Doñate**. Profesora titular de Selección y Evaluación de Personal. Universidad Complutense de Madrid (España)

**Ferrán Camas Roda**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

**Ignacio Carvajal Gómez-Cano**. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Gerente de Landwell PWC Tax&Legal (Madrid, España)

**María Teresa Díaz Aznarte**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

**Charo García González**. Directora de Recursos Humanos del Grupo Balesol (Madrid, España)

**Enrico Gragnoli**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

**María Teresa Igartua Miró**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

**Eugenio Lanzadera Arencibia**. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

**Loïc Lerouge**. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

**José Eduardo López Ahumada**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

**María José López Álvarez**. Profesora propia ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)

**Cristina Mangarelli**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

**Nelson Mannrich**. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

**María Luisa Molero Maraño**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos (España)

**Juan Pablo Mugnolo**. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

**Álvaro Rodríguez de la Calle**. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Director del Área Laboral de KPMG España (Madrid, España)

**Juan Sánchez Rodríguez**. Vicepresidente de Recursos Humanos de DHL Supply Chain Iberia (Madrid, España)

**Michele Tiraboschi**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

**Jesús Torres Mateos**. Presidente de la Asociación Española de Directores de Recursos Humanos y Chief HR Officer at Food Delivery Brands (Telepizza) (Madrid, España)

**José Ángel Zúñiga Vicente**. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

## Evaluación externa

**Juan García Blasco**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

**Juan López Gandía**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

**Carolina Martínez Moreno**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

**Jesús Rafael Mercader Uguina**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

**Antonio Ojeda Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

**Sofía Olarte Encabo**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

**Ana de la Puebla Pinilla**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

**Susana Rodríguez Escanciano**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

**Eduardo Rojo Torrecilla**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

**Carmen Sánchez Trigueros**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

**José Luis Tortuero Plaza**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid  
Tel. 914 444 920  
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (6 números) 125 € en papel y digital / 75 € en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

## Edición

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistats@udima.es](mailto:revistats@udima.es)  
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>  
Depósito legal: M-29442-2007  
ISSN: 2792-8314  
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



## Impresión

Artes Gráficas Coyve  
c/ Destreza, 7  
Polígono industrial Los Olivos  
28906 Getafe (Madrid)

## Indexación y calidad



## Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

## Sumario

### Monográfico

#### Retos de la descentralización productiva en la era digital

#### Editorial

- Descentralización productiva y relaciones triangulares de trabajo: entre tradición y renovación en la era digital 5-12  
Margarita Miñarro Yanini

#### Estudios

- La contratación de personas trabajadoras en España por empresas extranjeras: ¿es válido recurrir a las empresas EOR o a las ETT o se trata de una cesión ilegal? 13-38  
*The hiring of workers in Spain by foreign companies: is it valid to use EOR or ETT companies or is it an illegal assignment?*  
Carolina Gala Durán
- Una descentralización de lujo: nomadismo digital en la Ley 28/2022, de empresas emergentes 39-64  
*A luxury decentralization: digital nomadism in the Law 28/2022, of start-up companies*  
José María Goerlich Peset
- La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva 65-91  
*Algorithmic management of business networks: digital platforms, artificial intelligence and production decentralisation*  
Adrián Todolí Signes
- La estructura de grupo de las empresas como relación triangular de trabajo en busca de tipicidad jurídica coherente: una crítica de la actualidad legislativa y jurisprudencial 93-121  
*The group structure of enterprises as a triangular work relationship in search of legal coherent typification: a critique of current legislation and law cases*  
José María Moreno Pérez
- La descentralización del riesgo empresarial a través de las franquicias: nuevas tendencias laborales 123-145  
*The usage of franchises to decentralise the labour cost: new trends*  
Ana Belén Muñoz Ruiz

Supuestos recientes de externalización: una visión desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 147-182  
*Recent cases of outsourcing: a view from the Labour and Social Security Inspectorate*  
Juan José Camino Frías

## Diálogos con la jurisprudencia

Sobre la laboralidad de la prestación de servicios de los «colaboradores» de Amazon Flex. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero 183-192  
*On the employment status of the provision of services by Amazon Flex "collaborators". Commentary on the Ruling of Madrid Social Court number 14 31/2023, of 2 February*  
María Teresa Igartua Miró

La prueba de las horas extraordinarias: ¿una sentencia gatopardista (o lampedusiana)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 290/2023, de 28 de marzo 193-204  
*The overtime test: a gatopardist (or lampedusian) ruling? Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Murcia 290/2023, of 28 March*  
Juan Gorelli Hernández

Los odontólogos de Vitaldent: ¿laborales o TRADE? Una solución de valor relativo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 33/2023, de 17 de enero 205-214  
*Vitaldent dentists: labor or TRADE? A relative value solution. Regarding Supreme Court Ruling 33/2023, of 17 January*  
María de los Reyes Martínez Barroso

Acotando el accidente de trabajo en misión. No lo es la caída en la ducha del hotel. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2023, de 18 de abril 215-222  
*Delimiting the accident of work in mission. Not the fall in the hotel shower. Commentary on Supreme Court Ruling 278/2023, of 18 April*  
Paz Menéndez Sebastián

Convenio colectivo aplicable cuando la empresa empleadora tiene la condición de centro especial de empleo: prevalencia del principio de especialidad y ausencia de discriminación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 969/2022, de 20 de diciembre 223-231  
*Collective agreement applicable when the employer company has the status of special employment center: prevalence of the principle of specialty and absence of discrimination. Commentary on Supreme Court Ruling 969/2022, of 20 December*  
Francisco Ramos Moragues

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>

# Descentralización productiva y relaciones triangulares de trabajo: entre tradición y renovación en la era digital

**Margarita Miñarro Yanini**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat Jaume I (Castelló, España)  
Coordinadora del número monográfico  
[myanini@dtr.uji.es](mailto:myanini@dtr.uji.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>*

Ambigüedad: como el agua que corre a tus pies refleja a veces un tenue temblor, cual si estuviese llena de esmalte, del mismo modo en los ojos del hombre hallamos esas incertidumbres súbitas, esas ambigüedades que nos hacen pensar: ¿será un temblor, será una sonrisa, serán las dos cosas a la vez?

F. Nietzsche (*El viajero y su sombra*)

1. En el último periodo se ha asistido a cierta «inflación reguladora», mantenida incluso en la etapa preelectoral –RDL 5/2023, de 28 de junio, o RD 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, con otra reforma del despido colectivo–. No obstante, esta hiperactividad regulatoria no ha afectado a la descentralización productiva y a las múltiples «relaciones triangulares de trabajo» que provoca, sea en formas tradicionales o nuevas, que quiebran la clásica bilateralidad contractual. Debe recordarse, a título de ejemplo, que uno de los ámbitos en los que existían más expectativas de renovación antes de la reforma laboral era el de las contratas y subcontratas (art. 42 Estatuto de los Trabajadores –ET–), así como, en conexión, el de las muy polémicas empresas multiservicios y sus distintas fórmulas (como algunos centros especiales de empleo –por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 459/2023, de 28 de junio, si bien expresamente advierte de que deja fuera de su razonamiento el impacto de la reforma en ellos–; este número incluye un interesante diálogo con la jurisprudencia sobre el tema, realizado por el profesor Francisco Ramos). Con todo, su regulación apenas fue modificada, limitándose la reforma a plasmar la no siempre clara doctrina jurisprudencial en la

materia (como indica, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Galicia de 14 de abril de 2023, rec. 831/2023), lo que provocó cierta frustración de expectativas a algunos colectivos especialmente afectados por los efectos de estas fórmulas.

Como se ha venido exponiendo en números previos de esta revista, es cierto que algunas normas relativamente recientes apuntan a nuevas formas de descentralización, en virtud de la innovación tecnológica y de nuevas pautas socioculturales, como son el denominado «teletrabajo internacional» y el «nomadismo laboral digital», reflejados en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. Esta regulación, que es incipiente y parcial, incide sobre un modelo de descentralización productiva que no por casualidad se ha dado en llamar «descentralización de lujo» (terminología que adopta el profesor José María Goerlich en su muy interesante estudio incluido en este monográfico).

Es pertinente mencionar, asimismo, que la reforma laboral aprovechó la oportunidad para rectificar una doctrina jurisprudencial y dar nuevas alas a las empresas de trabajo temporal (ETT) en la consecución de cuota de mercado de empleo, así como para hacerlas partícipes de la nueva modalidad de contratación estrella: el contrato para trabajo fijo discontinuo ex artículo 10 de la Ley por la que se regulan las ETT. Es de destacar que, recientemente, el TS (STS 248/2023, de 11 de abril) ha reiterado su doctrina contraria a esa posibilidad contractual, si bien advirtiendo expresamente que dicho criterio es anterior a la reforma laboral. Como es sabido, esta típica y lícita relación triangular de trabajo está continuamente en el punto de mira, dando lugar a muy interesantes sentencias en unificación de doctrina, lo que refleja la complejidad de esta vía contractual y de gestión empresarial. En este sentido, la STS 255/2023, de 11 de abril, frena el uso oportunista de las ETT para incrementar las posibilidades de temporalidad, incluso cuando existe previsión convencional que le da acogida, que choca con la voluntad de reducir la precariedad buscada por la reforma laboral. Pero no solo persisten problemas asociados a esta forma de gestión indirecta de las relaciones de trabajo, sino que, con frecuencia, surgen otros nuevos por la aparición de modalidades que buscan el resquicio alegal. En esta línea se encuentran las llamadas EOR (*employer of record*), un tipo de organización-negocio que contrata y retribuye a personas empleadas, incluso indefinidamente, en nombre de otra empresa, respecto de las que este monográfico incluye un brillante estudio de la profesora Carolina Gala.

2. Sin embargo, los cambios que se introducen son fragmentarios, episódicos, y se realizan de manera dispersa y parcial, sin buscar una sistematicidad y coherencia globales, cuando lo cierto es que la realidad exige una revisión profunda y completa, dada la importancia de la «terciarización» de la economía –a la que se añaden las implicaciones de la transformación digital también en este ámbito–. En tanto, los principales instrumentos de garantía de efectividad del cumplimiento de las normas y principios sociales y laborales, como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –cuya sagaz perspectiva se ha incorporado en este monográfico a través del magnífico estudio de Juan José Camino–,



y la jurisdicción social, se ven obligados día a día a bregar con realidades profundamente renovadas –o no tanto– con apoyo en herramientas del pasado. En este sentido, un repaso a los repertorios de jurisprudencia evidencia la continua lucha para discernir entre la cesión ilegal ([art. 43 ET](#)) y la subcontratación lícita, cuyas fronteras cada vez aparecen de forma más diluida o «líquida». Así, por hacer un pequeño balance, resulta muy interesante el voto particular a la [STS de 25 de enero de 2022 \(rec. 553/2020\)](#), que razona con detalle que existe cesión ilegal en una situación en la que el resto de magistrados/as no la aprecian; generosa con la libertad de empresa es la conclusión que se alcanza en otros pronunciamientos, como la [STS de 11 de enero de 2023 \(rec. 2890/2019\)](#), aunque otros resultan más garantistas, como la [STS de 15 de marzo de 2023 \(rec. 3390/2020\)](#).

Desde la paradoja jurídico-económica que supone el abstencionismo legal y el dinamismo organizativo, seguir afrontando cuestiones de tanta trascendencia con viejos criterios jurídicos indeterminados genera gran incertidumbre. Valga como ejemplo el difuso concepto de «propia actividad», con doctrina consolidada –no por ello eficaz ni tranquilizadora– ([STS de 9 de marzo de 2023, rec. 1518/2020](#)). En estos nuevos escenarios económico-organizativos, pero sin atención legal específica y con el plus de la dimensión digital, figuras como las franquicias adquieren una nueva significación.

En una economía cada vez más marcada por el fenómeno de las plataformas digitales –pendiente de regulación mediante una directiva que se abre camino con resistencias–, no solo adquiere notoriedad la compleja situación de las personas trabajadoras falsas autónomas, con la muy próxima y a veces de complicada distinción con la categoría de «personal autónomo económicamente dependiente» –la interesante [STS 33/2023, de 17 de enero](#), comentada para este monográfico por la profesora Reyes Martínez Barroso, los saca de su invisibilidad actual–. También la alcanzan otras manifestaciones importantes de multilateralidad de la figura de la empleadora, como es el caso de las apuntadas franquicias, en las que, una vez más a través del «artificio» de la personalidad jurídica autónoma, el derecho ofrece una imagen de autonomía jurídica y patrimonial que, sin embargo, la economía desmiente al presentar una gestión unitaria.

No obstante, la «conciencia social» y ético-jurídica, cambiante según el signo del tiempo, lleva a denunciar algunos de los abusos que se producen en estos complejos entramados de redes empresariales y comerciales. Buen ejemplo de ello son las graves denuncias a las que se enfrentó McDonald's, en Estados Unidos, por apoyarse en redes de empresas que emplean trabajo infantil de forma sistémica –identificando a más de 300 menores, 2 de ellos con apenas 10 años–. Esta lucha social [desembocó en fuertes multas](#) –seguramente poco relevantes para este gigante de la «mala alimentación»–, si bien la legislación norteamericana no tiene completamente prohibido el trabajo infantil, sino que lo somete a condiciones estrictas. Afortunadamente, el panorama es muy distinto en la Unión Europea, que se ha comprometido a adoptar una propuesta de directiva para prohibir la entrada de productos o la prestación de servicios en los que se utilice mano de obra infantil.

En relación con las franquicias, son cada vez más las decisiones judiciales que reflejan su uso para encubrir una relación laboral, actuando más bien como pantalla de la matriz, la verdadera empleadora, pese a asumir una posición de gestión indirecta o mediata. Es el caso de la [STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2020 \(rec. 5377/2019\)](#), que califica de laboral la relación entre la empresa franquiciada (auxiliar) y sus personas colaboradoras, siendo aquella una mera «ilusión óptica» creada a través de una pantalla jurídica para ocultar la instrumentación de la empresa matriz. Es esta una línea de garantismo social acogida por otros pronunciamientos, como la [STSJ de La Rioja de 22 de octubre de 2020 \(rec. 139/2020\)](#), de la que deriva la inclusión de 139 «personas colaboradoras» como genuinas trabajadoras en la plantilla de la empresa matriz.

De este modo, el poder de dirección y control, incluso la política típica de retribuciones o remuneraciones en el seno de estos entramados reticulares difusos, adquieren un sentido más material o real. En esta dirección de revigorización del clásico principio de primacía de la realidad sobre la forma, resulta de gran interés el razonamiento seguido por la [STSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 2021 \(rec. 2349/2021\)](#), del que resulta la integración de casi 100 personas autónomas económicamente dependientes en la plantilla de la matriz. La [STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2022 \(rec. 1034/2022\)](#) es otro exponente de esta línea de política judicial del derecho favorable a la garantía de seguridad económica para estas personas que, aunque formalmente son «colaboradoras», son realmente trabajadoras.

Por su interés, en este monográfico incorporamos dos análisis diferentes, pero muy conectados, en esta línea de atención a la realidad sobre la forma. Así, de un lado, específicamente sobre el modo de ejercicio del poder de dirección de la matriz en el seno de las redes de franquicias, se incluye el sugerente estudio de la profesora Ana Belén Muñoz. De otro, confirmando el nuevo y expansivo impacto de los procesos de digitalización y, en particular, de la economía de plataformas, en la reordenación de los fenómenos de descentralización productiva, resulta de gran interés el diálogo con la jurisprudencia de la profesora María Teresa Igartua, sobre la laboralidad de la prestación de servicios de las «personas colaboradoras» en Amazon Flex, a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) [número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero](#).

**3.** Con todo, esa tensión entre unidad económica en las políticas y direcciones de empresas y diversidad jurídica, que fragmenta la figura empleadora y mantiene las responsabilidades laborales acotadas en el empleador formal y directo, se proyecta en otras formas de descentralización-concentración productiva y gestión indirecta de las relaciones de trabajo, como las empresas con estructura de grupo. Si hay una paradoja llamativa en este ámbito es esta: los grupos de empresas llevan décadas desplegando su imperio económico y gobernando las relaciones laborales en empresas de todo el mundo, que gestionan a su antojo, pero para el TS español se trata de un mero hecho económico, y solo cuando hay una patología o un abuso de derecho de personalidad jurídica autoriza a levantar el velo.

De este modo, como viene criticando desde hace años un sector de la doctrina científica, la jurisprudencia social española parece haber «condenado» al derecho del trabajo a permanecer anclado en una realidad económica que no existe desde hace décadas. Ello pese a que leyes recientes –como la [Ley 2/2023, de 20 de febrero](#), de protección de personas trabajadoras denunciantes–, aunque de forma muy dispersa, ofrecen una visión integrada de los «grupos económicos» a ciertos efectos laborales.

También es integrada la composición que realiza un buen puñado de convenios colectivos cuya unidad negociadora son los grupos económicos de empresa, cauce este que también se aplica en las redes. En este sentido, es sabido que el [artículo 87 del ET](#) prevé la legitimación cruzada en materia de negociación colectiva, no solo para los grupos de empresas, sino también para las redes empresariales, a menudo gobernadas por grupos empresariales, aunque en otros casos son más «autónomas» o «coordinadas». Es de destacar que, en el ámbito de las redes, como las que suelen integrar las referidas franquicias y sus plataformas, sean *online* u *offline*, la negociación colectiva empieza a dar pasos relevantes. Muestra de ello son las manifestaciones de la negociación colectiva en empresas vinculadas –según el [art. 87.2 ET](#)– que tratan de establecer condiciones comunes en las redes que integran la empresa matriz y las auxiliares.

Ilustrativo resulta a estos efectos, en el ámbito sectorial –si bien no es el de mayor frecuencia para estas prácticas innovadoras–, el [Convenio colectivo sectorial estatal de marcas de restauración moderna](#). Su implantación ha sido compleja, pues fue impugnado, aunque ha sido validado por la [Sentencia de la Audiencia Nacional 60/2023, de 18 de mayo](#), con base en un paradigma de negociación colectiva especialmente dinámico, frente al viejo estático. Esta experiencia mantiene y amplía la de otros convenios, en este caso de ámbito empresarial, como el Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU, y el de Alain Afflelou España, y franquiciado –que es de empresa, pero por estar ante unidades vinculadas sigue la legitimación cruzada del [art. 87.2 ET](#), por lo que en el banco social se sientan y negocian los sindicatos más representativos, no las representaciones unitarias–.

Lo más original, sin duda –y el aspecto determinante de la impugnación–, se encuentra en el ámbito funcional, sea por lo que incluye como por lo que excluye. Los criterios de inclusión son:

- Que el convenio se aplique a empresas o grupos de empresas ([ex art. 42.1 Código de Comercio](#)) de marcas comerciales de «cadenas de restauración de gran implantación en el ámbito territorial del convenio colectivo y de gran dimensión de plantilla laboral», esto es, que operen en al menos 4 comunidades autónomas y cuenten con al menos 1.000 personas empleadas.
- Que se dediquen a la «actividad de restauración» caracterizada por realizarse con modernos sistemas y técnicas de producción y explotación, y presten servicios de

restauración homogéneos de productos singulares de comidas y bebidas, consumidos preferentemente en los propios establecimientos.

- Que cuenten con idéntica imagen de marca y producto singular.

Como se aprecia, los grupos de empresas –en sentido económico, no laboral– y las redes comerciales están presentes en las nuevas experiencias de autorregulación colectiva. Con ello se suman a nuevas leyes que ofrecen una imagen más compleja de las empresas, que ya han dejado de ser «organizaciones-isla» para ser realidades subjetivamente más difusas. De todo ello da cuenta el magnífico estudio de este monográfico del profesor José María Moreno, que incide en este trascendental efecto de las transformaciones económicas y tecnológicas en las formas de gestión indirecta de las relaciones de trabajo.

4. Este contexto de desidia legislativa implica dejar el mayor margen posible a la libertad de empresa para elegir la forma de gestionar y organizarse, siempre que no derive en un abuso perjudicial para los intereses y derechos laborales. Comporta, asimismo, coherentemente, un intenso activismo del «derecho vivo» –expresión en recuerdo del añorado profesor Borrajo–, por lo que la situación es compleja. Así, una nueva cuestión prejudicial comunitaria, planteada por el [Auto del TSJ de Madrid de 7 de junio de 2023 \(rec. 1225/2022\)](#), ha generado una expectativa de cambio en esta confusa, revuelta y controvertida materia –aunque estabilizada, dada la escasa acción legal–.

En el caso planteado, una trabajadora, que hizo prácticas en Microsoft Ibérica, SL, es contratada en una década –desde 2011 a 2021– hasta por 3 empresas contratistas auxiliares de la red de la principal, Microsoft Ibérica. La fórmula de prestación de servicios era a distancia, atendiendo a la clientela telefónicamente, aunque debía acudir a la sede de la principal una vez a la semana, disponiendo a tal fin de una tarjeta de acceso. Dejando de lado la cuestión del cese por no renovación, tras comunicar que iba a disfrutar de su permiso de maternidad, central en la causa, lo más relevante e innovador jurídicamente aquí es que, rechazándose que en este caso se esté ante una cesión ilegal –lo que no se considera tan seguro–, y no tratándose de una ETT, la sala de suplicación pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si cabe aplicar en este caso la normativa propia de las ETT, conforme al principio de efectividad y al margen de la apariencia formal.

Precisamente, en fechas recientes se publicaba una decisión del TJUE respecto de una cuestión análoga, aunque con circunstancias, *de facto* y jurídicas, muy diferentes. En este sentido, la [Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2023 \(asunto C-427/21\)](#) refleja la puesta a disposición producida en el marco de un proceso de «filialización», por la creación de una sociedad filial por parte de una matriz, participada por esta al 100 % de su capital. El trabajador permanece formalmente en la empresa matriz, como resultado del ejercicio de garantía del derecho a oponerse a la transmisión de su contrato a la nueva titular de la

unidad productiva, pero funcionalmente recibe las instrucciones de esta, porque la matriz le cedió a su filial todas las tareas propias de la condición de empleadora. Aunque el trabajador mantiene sus condiciones y disfruta de una relación estable, entiende que su situación de disponibilidad permanente viola la [Directiva 2008/104](#), aunque el TJUE lo rechaza por entender que no concurren los fines o razones de aquella para desplegar una protección frente a la precariedad.

5. Será oportuno analizar con detalle esta doctrina al hilo del pronunciamiento que recaiga respecto de la apuntada cuestión prejudicial española, más compleja y elaborada, y con visos de que el TJUE dé una respuesta positiva a la aplicación material de la directiva. En todo caso, se trae a colación para confirmar el desfase existente entre la normativa y la realidad socioeconómica y laboral que domina este tiempo, en el que existe una inmensa gama de relaciones con multiplicidad de partes empleadoras, sin que sea fácil, incluso posible, seguir operando con el código binario clásico de las cesiones permitidas –mediante ETT, contratas y subcontratas– y las prohibidas –cesiones ilegales, abuso de la personalidad jurídica en el seno de los grupos–.

De este modo, la complejidad de las situaciones reales y la necesidad de renovación exigen intervenciones más coherentes de la ley, de la negociación colectiva y de la jurisdicción. La avasalladora presencia de la gestión mediante la tan deseada como temida inteligencia artificial (IA) también incide de forma notable en la intensificación de los procesos de descentralización o externalización económico-productiva y organizativa, multiplicando las formas de gestión indirecta de trabajo. La razón radica en que la automaticidad y la capacidad de control de una aplicación es tal que puede asegurar a una principal la dirección intensiva de una amplia red de personas y empresas bajo su poder estratégico. En este sentido, es de gran relevancia e interés el estudio incluido en este monográfico del profesor Adrián Todolí al respecto.

Esta afirmación no es hipotética, pues en fechas recientes el propio TS ha utilizado como indicio de cesión ilegal la gestión algorítmica, no exclusiva ni aisladamente, sino dentro de un catálogo amplio de otros criterios, pues la gestión informática se extiende no solo a la dirección última de la actividad de la contrata, lo que es normal en estas relaciones, sino también a la actividad de las personas contratadas por la contratista, como recuerda la [STS 371/2023, de 23 de mayo](#), que condena por cesión ilegal a una entidad bancaria en una contrata de atención al cliente. De este modo, surge la que, en palabras del profesor Molina Navarrete, es la «empresa empleadora indirecta», siendo de destacar que, si bien ahora esa gestión se puede hacer mediante algoritmos, no por ello deja de ser una cesión ilegal.

De este modo, la IA constituye una nueva oportunidad de mejora de gestión, que puede tener usos positivos –como el de desvelar una discriminación por cargo sindical en un proceso selectivo, [SJS núm. 5 de Vigo 500/2022, de 30 de noviembre](#)–, pero también entraña el riesgo de ser nueva fuente de cesiones ilegales de personas trabajadoras.

En fin, como se aprecia en los trabajos que componen este número, la descentralización productiva es una materia amplia y compleja, cuya capacidad de complicarse no parece tener fin. Desde la revista esperamos que les parezcan de interés los temas seleccionados, que son solo una parte de los que podría haber, y a los que, a buen seguro, mañana se sumarán otros más. Del tratamiento que de ellos realizan las magníficas plumas colaboradoras, poco más puede decirse que gracias y ¡*chapeau!*

**Cómo citar:** Miñarro Yanini, M. (2023). Descentralización productiva y relaciones triangulares de trabajo: entre tradición y renovación en la era digital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 5-12. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19353>

# La contratación de personas trabajadoras en España por empresas extranjeras: ¿es válido recurrir a las empresas EOR o a las ETT o se trata de una cesión ilegal?

**Carolina Gala Durán**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*  
carolina.gala@uab.cat | <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>

## Extracto

En los últimos años, dentro del siempre cambiante mundo de la descentralización productiva, han surgido dos vías cuyo objetivo es facilitar que una empresa extranjera que no tiene sede, ni filial ni sucursal en España pueda contar con el personal necesario para poder desarrollar su actividad empresarial en territorio español. Esas dos vías son el recurso a una empresa de trabajo temporal (ETT) establecida en España y la contratación con una empresa EOR (*employer of record*). En este trabajo se analizan ambas fórmulas y su viabilidad legal en nuestro país, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en materia de cesión ilegal de personas trabajadoras.

**Palabras clave:** cesión de personas trabajadoras; empresas de trabajo temporal; responsabilidades; derechos laborales; descentralización productiva; cesión ilegal; figura del empresario.

Recibido: 02-07-2023 / Aceptado: 24-07-2023 / Publicado: 06-09-2023

**Cómo citar:** Gala Durán, C. (2023). La contratación de personas trabajadoras en España por empresas extranjeras: ¿es válido recurrir a las empresas EOR o a las ETT o se trata de una cesión ilegal? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 13-38. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19295>



# The hiring of workers in Spain by foreign companies: is it valid to use EOR or ETT companies or is it an illegal assignment?

**Carolina Gala Durán**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

[carolina.gala@uab.cat](mailto:carolina.gala@uab.cat) | <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>

## Abstract

In recent years, within the ever-changing world of productive decentralisation, two ways have emerged whose objective is to facilitate that a foreign company that has no headquarters subsidiary or branch in Spain can have the necessary personnel to be able to develop its business activity in Spanish territory. These two methods are the use of a temporary employment agency (ETT –abbreviation of de Spanish term–) established in Spain and contracting with an employer of record (EOR) company. This paper analyses both formulas and their legal viability in Spain, taking into account the provisions of article 43 of the Workers' Statute regarding the illegal transfer of workers.

**Keywords:** agency work; temporary work agencies; responsibilities; labour rights; productive decentralisation; illegal assignment; the figure of the employer.

Received: 02-07-2023 / Accepted: 24-07-2023 / Published: 06-09-2023

**Citation:** Gala Durán, C. (2023). The hiring of workers in Spain by foreign companies: is it valid to use EOR or ETT companies or is it an illegal assignment? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 13-38. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19295>





## Sumario

1. Introducción
  2. ¿Puede recurrir una empresa extranjera sin personal propio a una ETT en España?
    - 2.1. La realidad de la que partir...
    - 2.2. La frontera entre las necesidades temporales de una empresa usuaria y la cesión ilegal de personas trabajadoras
  3. ¿Puede una empresa extranjera sin personal propio recurrir a una empresa EOR?
    - 3.1. ¿Qué es una empresa EOR?
    - 3.2. ¿Es legal la actuación de una empresa EOR en España?
  4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Es un lugar común señalar que la realidad o, en este caso, la práctica empresarial siempre va por delante de las normas, por cuanto aquella y sus necesidades siempre requieren respuestas rápidas, flexibles e, incluso, imaginativas. Hay múltiples ejemplos de ello, y uno se está dando, desde hace pocos años, en el campo de la contratación de personas trabajadoras españolas o extranjeras, pero residentes en España, por parte de empresas extranjeras.

A estos efectos, cuando una empresa extranjera quiere contratar a una persona trabajadora en España, las opciones son varias según la propia situación en la que se encuentra dicha empresa y su estrategia de negocio. Así, en primer lugar, si dicha empresa tiene una sede<sup>1</sup>, filial<sup>2</sup> o sucursal<sup>3</sup> en España procederá a contratar directamente a la persona trabajadora como cualquier otra empresa en nuestro país, estando sujeta, además, a todas las obligaciones derivadas de la normativa laboral y de Seguridad Social internas. En segundo lugar, puede darse la situación de que la empresa extranjera no requiera a una persona trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia, en cuyo caso esta establecerá una relación mercantil con dicha empresa, aplicándose la normativa interna española sobre el trabajo autónomo y estando obligada la persona trabajadora a darse de alta en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos y a cumplir las correspondientes obligaciones con Hacienda.

Y, en tercer lugar, y esta es la situación que se está desarrollando en los últimos años, la empresa extranjera no tiene ni sede ni filial ni sucursal en España, pero necesita personal para el desarrollo de su actividad en territorio español. En estos supuestos, se abre una doble opción en la práctica: 1.<sup>a</sup> recurrir a una ETT (empresa de trabajo temporal) ubicada en España para que le facilite el personal que necesita; y 2.<sup>a</sup> acudir a una empresa EOR (*employer of record*) –empresa intermediaria– que también le facilita el personal que necesita para el desempeño de su actividad empresarial en territorio español, y que también se encarga de todos los trámites de contratación, pago de nóminas, alta en la Seguridad

---

<sup>1</sup> Cabe recordar que la sede es el emplazamiento elegido por una empresa para establecer el núcleo o uno de los núcleos de una determinada actividad económica. Ese emplazamiento puede ser físico o digital. Solo las grandes empresas suelen contar con sedes en varios países.

<sup>2</sup> Una filial es una empresa que opera en el extranjero y que forma parte de una corporación más grande con sede en otro país (la empresa matriz, que tiene más del 50 % de las acciones de la filial).

<sup>3</sup> Una sucursal mantiene una relación de dependencia con la empresa matriz.

Social y pago de cotizaciones, etc. El objetivo de este trabajo es precisamente analizar estas dos últimas situaciones, para determinar si son legales desde la perspectiva de la normativa aplicable, que es la española.

## 2. ¿Puede recurrir una empresa extranjera sin personal propio a una ETT en España?

### 2.1. La realidad de la que partir...

La respuesta a la pregunta formulada es, sin duda, afirmativa si dicha empresa tiene una sede, una filial o una sucursal en territorio español, aplicándose lo dispuesto en la normativa que rige las ETT y el Estatuto de los Trabajadores (ET). En ese caso, la empresa extranjera actúa a efectos laborales, y a otros efectos, como una empresa española, asumiendo las mismas obligaciones y responsabilidades. Pero y si como planteábamos anteriormente no es ese el caso y lo que ocurre es que recurre directamente a una ETT autorizada y ubicada en España para que le facilite el personal –más o menos numeroso y con independencia de a lo que se dedique– que requiere para desarrollar su actividad empresarial en España: ¿eso es legal?

En ese supuesto, está claro que el procedimiento que se seguiría sería el habitual en el marco de las ETT y, en consecuencia, conforme a lo previsto en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT) y en su normativa de desarrollo<sup>4</sup>, la empresa extranjera tendría que formalizar por escrito un contrato de puesta a disposición con la ETT en los supuestos previstos en el artículo 6.2 de la LETT, no podría tratarse de uno de los casos prohibidos por el artículo 8 de la LETT, la ETT contrataría a las personas trabajadoras y estas tendrían derecho a las condiciones esenciales de trabajo y empleo en los términos previstos en el artículo 11 de la LETT y al resto de los derechos recogidos en el artículo 17 de la LETT. Y, en fin, el poder de dirección y control de la actividad lo ejercería la empresa extranjera –empresa usuaria– y, en su caso, se aplicaría el régimen de responsabilidades recogido en el artículo 16.3 de la LETT. Pero, a pesar de todo ello, en este caso existe un dato esencial que lo altera todo: como decíamos, la empresa extranjera no tiene sede, sucursal o filial en España, limitándose a contratar «desde fuera» a una ETT ubicada en territorio español para poder contar con el personal que va a desarrollar su actividad empresarial en dicho territorio; actividad que sí tiene, que puede ser temporal o permanente (es irrelevante a nuestro entender), y que, incluso, puede afectar a cientos de personas trabajadoras. Está claro que la empresa extranjera opta por esta vía dentro de su estrategia de negocio, pero puede ser por motivos diversos: para evitarse el procedimiento

<sup>4</sup> Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal.

de selección del personal y las responsabilidades derivadas de una contratación directa, como una solución provisional mientras prueba suerte en un nuevo mercado, como una vía previa a la puesta en marcha de una filial en España, etc.

## 2.2. La frontera entre las necesidades temporales de una empresa usuaria y la cesión ilegal de personas trabajadoras

Desde la perspectiva normativa, la regulación aplicable está clara. Nos encontramos, como señalábamos antes, ante una empresa usuaria –la empresa extranjera– que recurre a una ETT ubicada en España para que esta le ponga a su disposición, de forma temporal, las personas que requiere para desarrollar su actividad empresarial. Por tanto, como vimos, las normas aplicables son la LETT y el Real Decreto 417/2015. También cabe recordar que, tal y como señala el artículo 43.1 del ET, la contratación de personas trabajadoras para cederlas temporalmente a otra empresa solo puede efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos previstos legalmente.

Centrándonos exclusivamente en la perspectiva contractual, cabe señalar que la empresa usuaria celebrará por escrito un contrato de puesta a disposición (que debe tener un contenido mínimo<sup>5</sup>) con la ETT, cuyo objeto es la cesión de la persona trabajadora para prestar servicios en la empresa usuaria<sup>6</sup>, a cuyo poder de dirección y control quedará sometida<sup>7</sup>. Y este contrato de puesta a disposición, de naturaleza mercantil, según lo previsto en el artículo 6.2 de la LETT, solo puede celebrarse 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 previsto en el artículo 15 del ET. Asimismo, desde hace algunos años, también puede celebrarse un contrato de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato formativo del artículo 11 del ET. En concordancia con ello, la duración del contrato de puesta a disposición depende de lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del ET, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12.3 de la LETT en cuanto a los eventuales periodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Datos identificativos de la ETT y de la empresa usuaria, supuesto de celebración, contenido de la prestación laboral y cualificación requerida, riesgos profesionales del puesto, etc.; artículo 14 del Real Decreto 417/2015. Existe además un modelo de contrato.

<sup>6</sup> Artículo 6.1 y 3 de la LETT.

<sup>7</sup> Artículo 15 de la LETT.

<sup>8</sup> Conforme a dicho precepto, la ETT debe asegurarse de que la persona trabajadora, previamente a su puesta a disposición, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesta. En caso contrario, le deberá facilitar dicha formación, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios.

En definitiva, en correspondencia al propio papel atribuido a las ETT en nuestra legislación, y tal y como reconoce expresamente el artículo 1 de la LETT e implícitamente su artículo 6.2, los contratos de puesta a disposición solo pueden atender necesidades temporales de la empresa usuaria, y, más concretamente, aquellas que se amoldan a los supuestos previstos en los artículos 11 y 15 del ET.

La finalidad del contrato de puesta a disposición es atender, única y exclusivamente, necesidades temporales de la empresa usuaria, por lo que el recurso a las ETT se diseña legalmente como una vía alternativa, y para los mismos casos, a la contratación temporal directa por parte de la empresa usuaria:

[...] sin que el contrato de puesta a disposición pueda ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal [...] (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 17 de octubre de 2006, rec. 2426/2005) (Falguera Baró, 2022, p. 1.086).

Y, por su parte, la ETT –como empresaria– formalizará con la persona trabajadora que va a poner a disposición de la empresa usuaria, como prevé el artículo 10 de la LETT, un contrato por tiempo indefinido –cosa que no se hace en la práctica–, o un contrato por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición –art. 15 ET–. También puede celebrar un contrato formativo del artículo 11 del ET o un contrato de trabajo fijo discontinuo del artículo 16 del ET en los supuestos previstos especialmente en la LETT (Falguera Baró, 2022, pp. 1.079-1.080).

A día de hoy y tras la reforma laboral de finales de 2021, el contrato de puesta a disposición solo puede celebrarse cuando la empresa usuaria tiene que cubrir circunstancias de la producción, definidas en los complejos términos previstos en el artículo 15.2 del ET (circunstancias previsibles o imprevisibles, y con la exclusión expresa de los trabajos en el marco de las contrata, subcontratas o concesiones administrativas), o bien cuando tiene que sustituir a una persona con derecho a la reserva de su puesto de trabajo, completar una reducción de la jornada de trabajo –prevista legal o convencionalmente–, o cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante un contrato indefinido (máximo de 3 meses). Asimismo, también puede formalizarse un contrato de puesta a disposición cuando se den en la empresa usuaria las circunstancias justificativas, según el artículo 11.2 y 3 del ET, de un contrato para la formación en alternancia o de un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional. Desde una perspectiva práctica, cabe recordar que la contratación a través de ETT en nuestro país tiene cierto peso: a título de ejemplo, de enero a diciembre de 2022 se celebraron 3.614.852 contratos de puesta a disposición y se contrataron 807.704 personas para ser cedidas a empresas usuarias en España<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> [https://www.mites.gob.es/estadisticas/Ett/ett22DicAv/Avance%20ETT%20\(enero-diciembre%202022\).pdf](https://www.mites.gob.es/estadisticas/Ett/ett22DicAv/Avance%20ETT%20(enero-diciembre%202022).pdf)

Partiendo de ello, cabe preguntarse qué ocurre cuando una empresa usuaria recurre a una ETT sin que exista una de las necesidades temporales antes mencionadas. Desde la perspectiva legal, el artículo 16.3 de la LETT señala que la empresa usuaria responderá solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con la persona trabajadora cedida durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo cuando se incumple lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la LETT (*vid.* Falguera Baró, 2022, pp. 1.086-1.087).

Cabe recordar aquí que, durante cierto tiempo, se discutió si cuando se cubrían necesidades no temporales (permanentes) de la empresa usuaria solo se aplicaba esta responsabilidad solidaria frente a las deudas pendientes o, por el contrario, se trataba de una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET.

A día de hoy, y desde hace ya bastantes años (desde el año 2006), la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) es clara al respecto (Altés Tárrega y García Testal, 2010, p. 301; Ceinos Suárez, 2019, pp. 144-145; Valverde Asencio, 2007, pp. 201 y ss.): recurrir a una ETT cuando no se trata de una necesidad temporal de las mencionadas en el artículo 6 de la LETT o se está ante uno de los supuestos prohibidos por el artículo 8 de la LETT constituye una cesión ilegal de personas trabajadoras, aplicándose lo dispuesto en el artículo 43 del ET, con todas sus consecuencias; señalándose al respecto que no parece:

[...] fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de la cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD [contrato de puesta a disposición] se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC [Código Civil]<sup>10</sup>.

En el mismo sentido, la STS de 3 de noviembre de 2008 (rec. 1697/2007) apunta 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 en 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

<sup>10</sup> Entre otras, SSTS de 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005) y de 28 de septiembre de 2006 (rec. 2691/2005). También, STS de 17 de octubre de 2006 (rec. 2426/2005).

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».

En fin, en la STS de 19 de febrero de 2009 (rec. 2748/2007) se manifiesta que:

[...] en la misma sentencia precisamos las fronteras entre la cesión ilegal, producida entre la ETT y la empresa usuaria y las irregularidades en los contratos de puesta a disposición, examinando el inciso final del art. 43.1 ET, cuando se refiere a «los términos legales que se establezcan», del modo siguiente: En nuestro parecer, la expresión legal examinada [...] no comprendería –como integrante de cesión ilegal– determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la ley; 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, más recientemente, la STS de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018) afirma que:

[...] 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 [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social], que sanciona como tal a la cesión ilegal de trabajadores, fueren quienes fueren sus responsables<sup>11</sup>.

En conclusión, cuando una empresa usuaria recurre a una ETT para cubrir una necesidad que no cumple los requisitos del artículo 6.2 de la LETT o incumple lo dispuesto en el artículo 8 de la LETT, nos encontramos ante una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET.

<sup>11</sup> También, SSTS de 29 de junio de 2022 (rec. 749/2019) y de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

Retomando ahora la pregunta formulada páginas atrás: ¿puede una empresa extranjera, que no tiene sede, ni filial ni sucursal en España, recurrir a una ETT para poder disponer del personal necesario para desarrollar su actividad empresarial en territorio español? Como ejemplo real cabe mencionar el caso reciente de una compañía aérea extranjera –Norwegian Air– que, para operar, entre otros, en los aeropuertos de Barcelona, Madrid y Málaga, recurrió varios años a una ETT para que le facilitase todo el personal necesario, más de 100 personas, contando solo con 2 jefes de base que, además, no estaban dados de alta en la Seguridad Social española (o, incluso, sin ningún trabajador propio<sup>12</sup>). Cabe tener presente, no obstante, que esta «curiosa» forma de gestión del personal ya la había iniciado la empresa Ryanair años antes, con la variable –todavía más compleja– de recurrir a empresas semejantes a ETT, pero ubicadas en Irlanda (Juárez Pérez, 2019, pp. 372 y ss.). En todo caso, ¿es legal o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal del artículo 43 del ET?

Los datos relevantes en este ámbito son varios: a) la empresa extranjera no tiene sede, ni filial ni sucursal en España; b) dicha empresa está desarrollando una actividad empresarial en España, sea cual sea su naturaleza y el sector de actividad en el que se produzca, y su carácter temporal o permanente; y c) dicha empresa no tiene personal contratado en nuestro país o bien solo un personal mínimo que, incluso, puede no estar dado de alta en el sistema de Seguridad Social español.

Si tenemos en cuenta esos datos, inmediatamente surge la cuestión de cómo es posible que una empresa extranjera pueda desarrollar su actividad empresarial valiéndose casi o exclusivamente de personal cedido por una ETT, que solo puede desempeñar, como hemos visto, actividades de carácter temporal y bastante limitadas tras la reforma laboral de 2021, así: a) claramente se descarta, por sus propias características, la posibilidad de que se den las circunstancias que justificarían un contrato de puesta a disposición fundamentado en las necesidades formativas recogidas en el artículo 11 del ET; b) al no existir plantilla propiamente dicha, no cabe recurrir a la sustitución de una persona con derecho a la reserva de puesto de trabajo (salvo quizás en el caso de la persona coordinadora, que no es el caso), ni es posible completar una situación de reducción de jornada o cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción por un periodo máximo de 3 meses (art. 15.3 ET); y c) tampoco se dan los presupuestos del artículo 15.2 del ET, ya que no se trata de un incremento ocasional e imprevisible de la actividad empresarial u oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de aquella, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, por cuanto de por sí la actividad normal de la empresa es la que desarrolla el personal cedido por la ETT. Y, en fin, tampoco se trata de atender situaciones ocasionales, previsibles y que tienen una duración reducida y delimitada.

---

<sup>12</sup> El caso del aeropuerto de Madrid, STS de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).



En definitiva, resulta claro que las personas trabajadoras cedidas por la ETT desarrollan la actividad empresarial normal y permanente de la empresa extranjera, con lo que dicha actividad no encaja, de ningún modo, en los supuestos contemplados en el artículo 6.2 de la LETT y nos encontramos, tal y como señala la jurisprudencia, ante una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET.

Esta solución es precisamente la defendida por los tribunales en el caso real antes mencionado –empresa Norwegian Air– en varias sentencias de tribunales superiores de justicia y del TS. En palabras de la STS de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018):

[...] 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 [...] llegamos a dicha conclusión, porque se ha demostrado cumplidamente que, desde el 1-03-2012 al 21-12-2014 la empresa de trabajo temporal cedió nada menos que 74 trabajadores a la empresa usuaria, quien no contaba con una plantilla propia para prestar servicios de navegación aérea en la base de Málaga y en otras del territorio español, habiendo suscrito con dichos trabajadores contratos eventuales por circunstancias de la producción, que desbordaron con mucho los límites temporales del art. 15.1 b) ET, acreditando, por tanto, que el objeto real del contrato fue la cobertura de la organización estructural u ordinaria de la empresa. Dicha conducta constituye claramente una cesión ilegal de trabajadores toda vez que la ETT desbordó radicalmente los límites establecidos en el art. 6.2 de la Ley 14/1994, excediendo, por tanto, los límites establecidos en el art. 43.1 ET.

En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 29 de junio de 2022 (rec. 749/2019) y de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

Ahora bien, tratándose de una cesión ilegal de personas trabajadoras, ¿cuáles son las consecuencias y responsabilidades derivadas para las dos empresas implicadas?

Empezando por las responsabilidades a nivel administrativo, cabe tener presente que el artículo 8.2 de la LISOS califica como una infracción muy grave la cesión de personas trabajadoras en los términos prohibidos por la legislación vigente. Y, a la vez, el artículo 18.2 c) de la LISOS considera una infracción grave de la ETT formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la LETT (tratándose de una infracción por cada persona trabajadora afectada); y en el mismo sentido, pero respecto de la empresa usuaria, se manifiesta el artículo 19.2 b) de la LISOS. Resulta evidente que una misma conducta no puede ser sancionada por ambas vías, lo que ha sido debatido en los tribunales.

En este sentido, el TS, en varias sentencias<sup>13</sup>, ha declarado que prevalece la infracción muy grave del artículo 8.2 de la LISOS, fundamentándose para ello en varios argumentos:

1.º Concorre una cesión ilegal cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, lo que comporta que, si la ETT cede ilegalmente a personas trabajadoras, no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas.

2.º Los artículos 18.2 c) y 19.2 b) de la LISOS sancionan conductas que afectan exclusivamente a las ETT y a las empresas usuarias, quienes son las que suscriben el contrato de puesta a disposición, de manera que la indebida utilización de dicho contrato es imputable exclusivamente a ellas, sin que en ninguno de esos preceptos se esté contemplando la cesión ilegal, que se activa cuando la ETT cede personas trabajadoras a la empresa usuaria sin atenerse a los términos establecidos legalmente (art. 43.1 ET), que excluyen la utilización del contrato de puesta a disposición para cubrir necesidades estructurales u ordinarias de las empresas usuarias.

3.º Dado que la conducta sancionada no es la simple utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la LETT, cuya comisión afectaría exclusivamente a la ETT y a la empresa usuaria, sino una cesión ilegal de personas trabajadoras en toda regla, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilegalmente personal de la ETT a la empresa usuaria, que debe calificarse como una falta muy grave, según el artículo 8.2 de la LISOS, que no excluye, de ninguna manera, a las ETT, cuando estas ceden personas trabajadoras sin atenerse a los límites legales.

4.º Si no fuera así, si la cesión ilegal quedara reducida a una falta grave, se produciría un efecto perverso, toda vez que siendo las ETT las únicas empresas autorizadas para la cesión de personas trabajadoras, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como prevé el artículo 43.1 del ET, podrían ceder ilícitamente a personas trabajadoras, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior al resto de las empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado.

En definitiva, cuando una empresa extranjera sin sede, ni filial ni sucursal en España recurre a una ETT para cubrir sus necesidades permanentes de personal, desde la perspectiva administrativa, tanto ella como la ETT incurren en la falta muy grave del artículo 8.2 de la LISOS. En consecuencia, ambas empresas se enfrentan a una multa individual, según las circunstancias concurrentes<sup>14</sup>, 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 a 225.018 euros. Ello no obsta a que, de darse las circunstancias requeridas, una de las empresas pueda

<sup>13</sup> Así, SSTs de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018), de 29 de junio de 2022 (rec. 749/2019) y de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

<sup>14</sup> Artículos 39 y 40.1 c) de la LISOS.

reclamar a la otra el pago realizado, así como una posible indemnización adicional; cosa que deberá dilucidarse en la jurisdicción civil.

Y, junto a ello, las responsabilidades laborales y de Seguridad Social se configuran conforme a lo dispuesto en el artículo 43.3 y 4 del ET, donde se prevé que los empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con el personal y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales. Además, las personas trabajadoras sometidas a cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijas, a su elección en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos de la persona trabajadora en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a una persona trabajadora que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Respecto a la aplicación práctica de dichos términos, cabe tener en cuenta varias consideraciones:

1.<sup>a</sup> Está claro que, en el supuesto que nos ocupa, tanto la empresa extranjera como la ETT responderán solidariamente del pago de las deudas laborales pendientes –de todo tipo, incluida la indemnización por despido improcedente–, y de las deudas con la Seguridad Social (principalmente, deudas por cotizaciones pendientes, pero también del pago del recargo de prestaciones, o del pago de prestaciones en los casos de incumplimiento de las obligaciones de alta y/o cotización, conforme a lo establecido en los arts. 167.2 y 168.2 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–). Se trata de una responsabilidad solidaria *ex lege* y sujeta al CC, lo que implica que cualquiera de las empresas responde de la totalidad de la deuda frente al acreedor (la persona trabajadora, sus familiares, la Tesorería General de la Seguridad Social, principalmente), con independencia de que luego las empresas implicadas puedan reclamarse pagos entre sí. El acreedor puede reclamar a ambas empresas o solo a una de ellas. Se trata, además, de una responsabilidad derivada de obligaciones propias.

Ya hemos adelantado que esta responsabilidad solidaria alcanza a todas las obligaciones contraídas con la persona trabajadora durante la cesión ilegal, con independencia de su naturaleza, llevándose a cabo una interpretación amplia de las mismas. Por tanto, abarca tanto las deudas salariales como indemnizatorias o derivadas de cualquier otro título, tales como, por ejemplo, las mejoras voluntarias, los recargos de prestaciones, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o las consecuencias derivadas de un despido improcedente. Y ello sea cual sea su origen, es decir, ya deriven de lo dispuesto en las normas, en el convenio colectivo aplicable o en el contrato. Respecto a las deudas salariales, el TS ha declarado que la persona cedida tiene derecho a percibir, desde el inicio de la cesión ilegal, la retribución prevista en el marco de la empresa cesionaria<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 675/2005).

Asimismo apuntamos antes que esta responsabilidad solidaria afecta también a las deudas por cotizaciones (y recargos) y, conforme a lo establecido en el artículo 168.2 de la LGSS, existe responsabilidad solidaria entre los empresarios cedente y cesionario en orden al pago de las prestaciones de la Seguridad Social «en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo». Por tanto, en el caso en que respecto de la persona trabajadora objeto de cesión ilegal se hubieran incumplido las obligaciones de alta o cotización y se declarase la correspondiente responsabilidad en orden al pago de prestaciones –arts. 167.2 LGSS y 94 a 96 Ley de Seguridad Social de 1966–, del pago –total o parcial– de la correspondiente prestación responderían solidariamente ambas empresas. El pago de la prestación podrá reclamarlo tanto la persona trabajadora cedida ilegalmente como sus familiares (en los casos de las prestaciones por muerte y supervivencia), y puede tratarse de cualquiera de las prestaciones económicas contributivas recogidas por nuestro sistema de Seguridad Social.

La amplitud de esa responsabilidad se fundamenta en que la misma surge como respuesta a una actuación contraria a la ley; a lo que cabe añadir la intención de proteger de la forma más completa posible a la persona cedida ilegalmente, cuyos derechos –así como los del sistema de Seguridad Social– son los que pueden verse más directamente afectados por la conducta de las empresas cedente y cesionaria. Asimismo, debe tenerse presente que dichas empresas responderán de las obligaciones siempre y cuando estas hayan sido contraídas durante el tiempo en que se produjo la cesión ilegal, no de las anteriores o posteriores. Y que solo responderán frente a aquellas personas trabajadoras (o sus familiares en el caso de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones) que fueron objeto de cesión ilegal.

En fin, respecto al plazo para poder reclamar esta responsabilidad, cabe mencionar el artículo 59 del ET, según el cual las acciones derivadas del contrato que no tengan fijado un plazo especial prescribirán al año de su finalización. Por otra parte, en el caso de las cotizaciones de la Seguridad Social, el plazo de prescripción es de 4 años. Y cabe tener presente que la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones prescribe al año, a contar desde la fecha en que la entidad gestora comunica a la persona beneficiaria perjudicada su resolución firme por la que se le deniega total o parcialmente la prestación solicitada<sup>16</sup>.

2.<sup>a</sup> Por otra parte, cabe tener presente que, según reiterada jurisprudencia, la elección a favor de la empresa cesionaria solo se puede producir mientras esté vigente la cesión ilegal (Asenjo Pinilla, 2018, p. 32)<sup>17</sup>. A los efectos del ejercicio de la acción, cabe tener en cuenta que, en caso de ser despedida la persona cedida, esta tiene 20 días para reclamar judicialmente frente a ambas empresas (Asenjo Pinilla, 2018, p. 34).

<sup>16</sup> Artículo 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966.

<sup>17</sup> Entre otras, STS de 8 de julio de 2003 (rec. 2885/2002).

Esa opción solo es posible cuando las dos empresas implicadas en la cesión ilegal son reales y no en los casos de que la empresa cedente es ficticia<sup>18</sup>. En este ámbito, es bastante probable o común que la persona trabajadora plantee judicialmente la acción de cesión ilegal de forma conjunta con la acción de despido, acumulando ambas acciones. A este respecto, cabe señalar que el TS considera que esa acumulación no es posible, al no estar ya vigente la situación de cesión ilegal en el momento del despido. La excepción se da cuando la interposición de la demanda es anterior a la finalización del contrato<sup>19</sup>. Cuando es posible la acumulación y se estima la improcedencia del despido, corresponde a la persona trabajadora elegir la empresa por la que opta y luego esta decidirá entre readmisión o indemnización<sup>20</sup> (Falguera Baró, 2022, p. 1.099). El salario a tener en cuenta para calcular esa indemnización es el correspondiente a la empresa por la que ha optado la persona trabajadora<sup>21</sup>.

Si se optase por la empresa cedente, la antigüedad no computará desde el inicio de la cesión ilegal, sino, en su caso, desde el inicio de la relación laboral con esa empresa.

Aplicando todo lo anterior al caso que nos ocupa, si la persona trabajadora recurre a los tribunales mientras está vigente la cesión ilegal, podrá reclamar la condición de fija o indefinida en la ETT –empresa cedente– o en la empresa extranjera –empresa cesionaria–; optando muy probablemente por esta, pasando a computarse la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal y teniéndose derecho a las condiciones laborales de una persona en el mismo puesto de trabajo o en un puesto equivalente. Sin embargo, aquí surge un problema particular, consistente en que, como hemos visto, la empresa extranjera no cuenta con sede, filial o sucursal en España, por lo que se frustraría o dificultaría enormemente esa elección en la práctica.

Si, como es habitual, no se reclama judicialmente frente a la cesión ilegal para obtener la condición de persona trabajadora indefinida mientras aquella está vigente, ya no podrá hacerse; pero sí se mantendrá la responsabilidad solidaria antes vista.

Y 3.<sup>a</sup>, por último, respecto a la posible responsabilidad penal, cabe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 311.1.º y 312.1 del Código Penal (CP); refiriéndose el primero a la imposición ilegal de condiciones de trabajo –como es contratar y ceder a una persona trabajadora en un supuesto no permitido legalmente–, castigándose dicha conducta con una pena de prisión de 6 meses a 6 años y multa de 6 a 12 meses. En el segundo precepto, la conducta delictiva se concreta en el tráfico ilegal de personas trabajadoras; sancionándose dicha conducta con una pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses.

<sup>18</sup> Entre otras, STS de 3 de febrero de 2000 (rec. 1430/1999).

<sup>19</sup> SSTS de 29 de octubre de 2012 (rec. 4005/2011) y de 31 de mayo de 2017 (rec. 3599/2015).

<sup>20</sup> Entre otras, STS de 31 de mayo de 2017 (rec. 3599/2000).

<sup>21</sup> Entre otras, STS de 16 de julio de 2020 (rec. 733/2018).

Una vez revisada la doctrina judicial penal en relación con dichos preceptos, puede afirmarse que el artículo 311.1.º se ha aplicado hasta ahora con cierta frecuencia, pero centrándose en conductas vinculadas con la falta del permiso necesario para poder desarrollar una actividad laboral en España, la falta de alta en la Seguridad Social, y la imposición de condiciones abusivas en cuestiones como las horas de trabajo, las vacaciones, la remuneración a percibir o las medidas de prevención de riesgos laborales. En casi todos los supuestos el incumplimiento empresarial abarca varias de las conductas apuntadas<sup>22</sup>.

En una sola sentencia se aborda la aplicación combinada de los preceptos citados en el marco de una cesión ilegal de personas trabajadoras. Es el caso de la Sentencia de la AP de Madrid de 13 de diciembre de 2004 (rec. 520/2004), donde si bien no se condena penalmente a nadie, ya que la jurisdicción social había determinado previamente que no se daba una cesión ilegal, sino una contrata de actividad del artículo 42 del ET, sí se ratifica que, de tratarse de una cesión ilegal, cabe recurrir perfectamente a los artículos 311.1.º y 312.1 del CP. En este sentido, se afirma que:

a) Ambos artículos están recogidos en el título XV del libro II dentro de los delitos contra los derechos de las personas trabajadoras; infracciones que se definen como delitos de explotación, indicando que el bien jurídico protegido es la seguridad jurídica de la persona trabajadora en el mantenimiento del empleo y demás condiciones de trabajo, pretendiéndose castigar las maquinaciones o artificios tendentes a lograr un fraude de ley dando apariencia de legalidad a lo que realmente no lo es, incidiendo en que se trata de tutelar el conjunto y expectativas derivadas del contrato de trabajo, así como la humana y social dignidad de la persona trabajadora.

b) Según la STS 1611/2000, de 19 de octubre, el artículo 311.1.º requiere que la persona trabajadora se vea compelida a aceptar unas condiciones laborales en las que no se respetan sus derechos y especialmente los de la Seguridad Social, que garantiza unos mínimos indispensables. También se exige que esas condiciones vengan precedidas de engaño o abuso de situación de necesidad. En relación con esta última cuestión, la STS 995/2000, de 30 de junio, señala que por maquinación o procedimiento malicioso ha de entenderse cualquier situación de abuso que evidencie una explotación del empleador al empleado.

Y c), por otra parte, dentro del concepto de «tráfico ilegal de mano de obra» del artículo 312.1 del CP se incluye la contratación realizada al margen de las oficinas de empleo, las ETT y el incumplimiento de las exigencias legales de la cesión de personas trabajadoras (art. 43 ET).

---

<sup>22</sup> A modo de ejemplo, Sentencias de la Audiencia Provincial (AP) de Castellón 281/2021, de 5 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 22/2021, de 23 de marzo, de la AP de Baleares 10/2020, de 25 de febrero, de la AP de Pontevedra 237/2019, de 24 de junio, o de la AP de Teruel 4/2018, de 5 de abril. También, Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2019, de 12 de marzo.

El delito se consuma con la realización del acto de tráfico, sin que sea necesario que se materialice un perjuicio para la persona trabajadora. No obstante, sí es necesario que presente cierta idoneidad para lesionar los derechos de las personas trabajadoras. Asimismo, la expresión «tráfico» conlleva la existencia de un ánimo de lucro o enriquecimiento.

Por tanto, para la jurisdicción penal, en un caso de cesión ilegal, resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 311.1.º y 312.1 del CP, siendo sujetos activos del delito «los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores», así como «los que trafiquen». Pero en el caso que nos ocupa, surge una complicación adicional, derivada del hecho de que una de las empresas es extranjera, sin sede, filial ni sucursal en España. A estos efectos, cabe recordar que, a pesar de ello, en España, a falta de previsión legal al respecto, se aplica la regla de la ubicuidad, lo que implica que, como la lesión del bien jurídico ha tenido lugar en territorio español, puede perseguirse a la empresa extranjera por los tribunales españoles y conforme a la legislación penal española. Y, desde la perspectiva de autoría, cabe pensar muy probablemente en un delito en coautoría<sup>23</sup>.

En definitiva, todo lo anterior comporta que ambas empresas implicadas deben ser conscientes de los riesgos que supone el recurso por parte de una empresa extranjera a una ETT para gestionar su actividad en España. Cabe tener en cuenta, no obstante, que si alguna de ellas –particularmente la empresa extranjera– considerase que no ha sido bien informada y que, en consecuencia, desconocía que la situación pudiera ser calificada de ilegal, podría plantear, como ya hemos señalado, las correspondientes reclamaciones judiciales contra la otra empresa por los daños y perjuicios que se le han causado. Obviamente, ello no altera el régimen de responsabilidades antes apuntado, cuyo objetivo esencial es la protección de los derechos de las personas trabajadoras objeto de cesión.

### **3. ¿Puede una empresa extranjera sin personal propio recurrir a una empresa EOR?**

Como adelantamos al inicio de este trabajo, la segunda opción que tiene una empresa extranjera sin una sede, filial o sucursal en territorio español para poder contar con personal para poder desarrollar su actividad empresarial en España es recurrir a lo que se denominan «empresas EOR». Opción de negocio que se ha desarrollado en los últimos 10 años a nivel mundial y que está llegando a nuestro país. Existen empresas multinacionales que trabajan en varios países e, incluso, en varios continentes.

<sup>23</sup> Artículo 28 del CP.

### 3.1. ¿Qué es una empresa EOR?

Como elemento previo, a nuestro entender, es interesante analizar el funcionamiento de este tipo de empresas, cuya actividad, sin duda, es útil e interesante desde la perspectiva empresarial y de gestión de los recursos humanos a nivel internacional. De hecho, uno de esos alicientes es que facilita la expansión en el extranjero de las empresas, flexibilizando un obstáculo importante, como es el de contar con el personal necesario. A lo que cabe añadir otro aliciente: esta fórmula permite incorporar personas trabajadoras rápidamente sin tener que asumir el coste y el riesgo de constituir una entidad en un país extranjero; ofreciéndose, además, la tranquilidad de estar cumpliendo con todas las obligaciones legales en entornos que son normalmente muy distintos del que puede conocer la empresa extranjera. Y también presentan otras ventajas claras: a) sirven como vehículo para explorar nuevos mercados (se puede probar un nuevo mercado sin dedicar el tiempo y dinero necesarios para constituir una filial o sucursal); b) pueden actuar como escudo de protección frente a un incumplimiento por parte de una persona trabajadora autónoma (la empresa EOR la contrata con todos los requisitos del país de residencia, con el objetivo de evitar posibles incumplimientos a la empresa extranjera); c) pueden constituir una solución provisional mientras la empresa extranjera constituye una entidad en ese país; y d) pueden facilitar una adquisición (cuando se asume una plantilla en otro país, pero el acuerdo de adquisición no incluía la constitución de una entidad en ese país, la empresa EOR puede pagar a ese personal, de forma indefinida o hasta que la empresa extranjera se instale en ese país).

En fin, con total claridad y recogiendo los términos empleados en la página web de una empresa EOR:

El EOR: Incorpora a los empleados locales con contratos que cumplen las normativas vigentes. Paga los salarios, impuestos y complementos requeridos. Respaldada las necesidades de recursos humanos de los empleados en el país. Aunque el EOR se encarga de la gestión de los recursos humanos y las nóminas de los empleados en el país, tú, como cliente, te encargas de gestionar el trabajo diario de esos empleados. De hecho, te beneficias de las aportaciones de los trabajadores en ese país sin asumir un riesgo para tu organización<sup>24</sup>.

Se puede decir más alto, pero no más claro. El recurso a las empresas EOR entra plenamente dentro de la lógica de la descentralización de los recursos humanos a nivel internacional.

Partiendo de ello, cabe destacar, en primer lugar, que, como decíamos antes, actualmente existen empresas<sup>25</sup> de este tipo de alcance internacional –algunas actúan en más

<sup>24</sup> [www.safeguardglobal.com](http://www.safeguardglobal.com)

<sup>25</sup> Como ejemplos de este tipo de empresas podemos citar: Safeguard Global ([www.safeguardglobal.com](http://www.safeguardglobal.com)), Slasify ([www.slasify.com](http://www.slasify.com)), Team in Latam ([www.team-in-latam.com](http://www.team-in-latam.com)), Deel ([www.deel.com](http://www.deel.com)).



de 150<sup>26</sup> o 170 países<sup>27</sup>— o continental<sup>28</sup>; algunas actúan directamente como una plataforma digital<sup>29</sup> y otras cuentan con sedes físicas en algunos de los países en los que operan y/o bien mantienen acuerdos con empresas colaboradoras locales. En el caso más habitual, la empresa EOR constituye entidades permanentes en los principales países en los que pretende actuar (o en bastantes países según las circunstancias), poniendo en marcha la infraestructura local necesaria para poder emplear y retribuir a las personas trabajadoras locales que necesitan las empresas extranjeras, pudiendo recurrir en otros países a empresas colaboradoras locales.

Se trata de una actividad empresarial relativamente reciente que está en auge por las dificultades que implica siempre contratar personal en un país extranjero y/o realizar otras gestiones, incluso en varios países a la vez, cuando así lo requiere dicha actividad, con un carácter temporal o bien permanente. Las empresas EOR no solo se dirigen a las empresas tradicionales, sino también a las ONG y a las universidades y otras instituciones educativas. La presencia de estas empresas se está incrementando ahora en el mercado español.

En todos los supuestos, el objetivo es común: las empresas EOR facilitan personal de todo tipo —que ellas contratan— a empresas extranjeras, para que estas puedan desarrollar su actividad empresarial en un determinado país (o en varios), desentendiéndose así de todos los aspectos relativos a su contratación, pago de retribuciones, determinación de la normativa y condiciones laborales aplicables, protección social, etc. La empresa extranjera paga a la empresa EOR por sus servicios y esta se encarga de contratar y ceder al personal a dicha empresa —que, lógicamente, ejerce la dirección y control de la actividad—; encargándose, además, la empresa EOR de la gestión de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social o protección social y fiscales derivadas de dicha contratación. Estas empresas venden a sus posibles empresas clientes que pueden seguir llevando a cabo sus actividades (*core business*) sin tener que preocuparse por la gestión de la plantilla en el país donde desarrolla las actividades. Asimismo, son empresas que ofrecen una respuesta rápida a las necesidades de la empresa extranjera (en algún caso se señala, por ejemplo, que tan solo en 2 semanas se puede contar con todo el personal necesario en un determinado país<sup>30</sup>).

También cabe tener en cuenta que la empresa extranjera puede optar por externalizar toda la gestión de los recursos humanos a la empresa EOR o bien solo algunas de las funciones. No obstante, lo más habitual es lo primero.

<sup>26</sup> Por ejemplo, Slasify.

<sup>27</sup> Por ejemplo, Safeguard Global.

<sup>28</sup> En Latinoamérica, cabe mencionar, por ejemplo, la empresa Team in Latam.

<sup>29</sup> Parece ser el caso de la empresa Deel.

<sup>30</sup> «Safeguard Global internacionaliza tu empresa en menos de un mes» ([www.safeguardglobal.com](http://www.safeguardglobal.com)).

Por otra parte, como decíamos antes, las personas trabajadoras son contratadas por la empresa EOR, pero reciben instrucciones y trabajan efectivamente para la empresa extranjera (americana, asiática...), son retribuidas por la empresa EOR, que es quien las da de alta en el sistema de Seguridad Social o arbitra las medidas equivalentes, les gestiona las prestaciones o indemnizaciones y cumple las correspondientes obligaciones fiscales, así como el resto de las obligaciones que puedan surgir en relación con ese contrato. Sin embargo, en algunos supuestos, el personal recibe directamente beneficios sociales de la empresa extranjera (por ejemplo, *stock options*). La empresa EOR también suele ofrecer servicios contables, administrativos, asesoramientos varios, atención 24 horas, etc., a la empresa extranjera, y se presenta frente a aquella como un «*partner*» de colaboración, proveedor o socio laboral. Se ofrece, en definitiva, un servicio global a las empresas extranjeras que quieran desarrollar su actividad en España u otro país o en varios países a la vez; de hecho, estas empresas suelen enviar una única factura mensual a la empresa extranjera por todas sus gestiones, lo que simplifica aún más las cosas para dicha empresa. También se suele ofrecer una herramienta informática que permite la gestión centralizada de todas las nóminas de las personas trabajadoras en el extranjero de la empresa que contrata con la empresa EOR, lo que permite un mejor control por parte de aquella de sus gastos de personal (se facilita, por ejemplo, la elaboración de los informes financieros, por cuanto los salarios brutos y netos se presentan en una misma divisa). Cabe, por otra parte, que esa gestión centralizada se limite a un solo país o a varios países<sup>31</sup>.

Cabe tener presente que las empresas EOR no solo contratan laboralmente a las personas que la empresa extranjera necesita, sino que también contratan mercantilmente a las personas trabajadoras autónomas –*freelancers*– que requiere dicha empresa, y estas trabajan directamente para aquella. Su mercado, por tanto, abarca tanto el trabajo por cuenta ajena como el trabajo autónomo, definidos ambos en los términos propios del país de que se trate. Respecto del trabajo autónomo, este sistema facilita a las empresas contar con las personas profesionales que necesita en cualquier país –que pueden ser pocas por país, por ejemplo– con la mayor comodidad y rapidez posibles. En el campo del trabajo autónomo, las empresas EOR compiten con las denominadas «empresas paraguas», que también ofrecen *freelancers* de calidad, se encargan del contrato y de la tramitación de los pagos (aunque parece ser que ofrecen menos garantías y servicios a la empresa extranjera que las empresas EOR).

En segundo lugar, estas empresas EOR también se caracterizan por no contar normalmente con representación del personal, por el hecho de que una parte importante de su plantilla son personas teletrabajadoras a tiempo completo y sin contacto con otras personas trabajadoras de la empresa en el mismo país, lo que hace también más difícil su control por parte de la Administración y las organizaciones sindicales.

---

<sup>31</sup> A modo de ejemplo, es el caso de Safeguard Global y su programa «Global Managed Payroll (GMP)», que permite incluso solicitar vacaciones o fichar a través del dispositivo personal de cada persona empleada.

En tercer lugar, como era previsible, el origen de este tipo de empresas se encuentra en EE. UU., donde están extendidas y son perfectamente legales; pudiéndose diferenciar, por otra parte, entre las empresas EOR y las empresas PEO (*professional employer organization* o *professional employment outsourcing* u organización de empleadores profesionales). Las empresas PEO<sup>32</sup> se basan en la fórmula del coempleo, donde estas se encargan de la administración de los recursos humanos y las nóminas y la empresa coempleadora gestiona al personal. En este sistema de coempleo, ambas empresas deben estar registradas como empresas en el país donde se encuentran las personas trabajadoras, compartiendo también la responsabilidad legal sobre las mismas (de hecho, el empleador legal no es la empresa PEO, sino la otra empresa). La empresa PEO gestiona las nóminas, los asuntos legales y el contrato, y ofrece recomendaciones a la otra empresa para evitar problemas, pero la decisión final es de aquella. Este tipo de empresa no trabaja con empresas que cuenten con menos de 5 o 10 personas trabajadoras, a diferencia de las empresas EOR, que no exigen un número mínimo de personal, ya que cobran por cada persona trabajadora individualmente considerada (Rangel, 2022). En cambio, como hemos visto, en el caso de las empresas EOR, las empresas cliente recurren precisamente a estas para no tener que constituir una filial o sucursal en ese país y no asumen tampoco ningún tipo de responsabilidad frente a las personas trabajadoras.

Cabe señalar que, en determinadas regiones (por ejemplo, Latinoamérica), se confunden (o entremezclan) ambas figuras, utilizándose el término PEO como si fuera una empresa EOR, o bien se habla de que las empresas PEO ofrecen servicios EOR. En todo caso, como vimos antes, la diferencia entre ambos tipos de empresas es que las empresas PEO parten de la idea de que la empresa extranjera cuenta con una entidad en ese país –normalmente una filial o sucursal–, en cambio, en el caso de las empresas EOR, esa entidad de la empresa extranjera no existe. En fin, igualmente cabe tener presente que algunas empresas PEO también ofrecen servicios EOR, pero solo para ciertos países.

En definitiva, las empresas EOR –también las PEO– son una figura consolidada en EE. UU., y están empezando a expandirse a otras regiones y países, y a actuar en España.

### 3.2. ¿Es legal la actuación de una empresa EOR en España?

Tal y como se define su actividad, está claro que la labor de una empresa EOR que actúa en España y tiene, en consecuencia, una sede, una filial o una sucursal en el país es, a petición de una empresa extranjera proveniente de cualquier lugar del mundo, contratar a una, varias o numerosas personas trabajadoras, pagarles las nóminas, gestionar todas las

<sup>32</sup> A modo de ejemplo, es el caso de las empresas Paychex ([www.paychex.com](http://www.paychex.com)), ADP Totalsource ([www.adp.com](http://www.adp.com)) o Trinet ([www.trinet.com](http://www.trinet.com)).

cuestiones laborales (permisos, vacaciones, bajas médicas y de otro tipo...) y de Seguridad Social, y aquellas ejercen la actividad de que se trate –que puede ser en remoto o presencialmente– bajo las órdenes y el control de la empresa extranjera. La empresa extranjera paga una cantidad fija o variable por cada una de las personas trabajadoras a la empresa EOR. Por tanto, la empresa EOR contrata a las personas trabajadoras y las cede a la empresa extranjera, ahorrándose esta las obligaciones y responsabilidades correspondientes.

En una primera aproximación surgen dos problemas evidentes y acumulativos: 1.º la empresa EOR –que, como decíamos, tiene una sede, filial o sucursal en España– está actuando en la práctica como una ETT sin estar autorizada para ello, y 2.º su papel se limita únicamente a la contratación del personal, y la gestión y el control de su actividad recae directamente sobre la empresa extranjera, lo que lleva a calificar la situación, sin mayores dudas, como una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET. Precisamente, dentro de los supuestos identificados expresamente en el artículo 43.2 del ET como una cesión ilegal (Mercader Uguina, 2006, pp. 166-167) se menciona el supuesto en que el objeto del contrato de servicios entre las empresas implicadas se limita a una mera puesta a disposición de las personas trabajadoras de la empresa cedente a la empresa cesionaria, así como el supuesto en que no se ejercen las funciones inherentes a la condición de empresario (Cuenca Alarcón, 2007, pp. 64 y ss.; Olmo Gascón, 2015, pp. 17 y ss.); ambas circunstancias se dan en el caso que nos ocupa. Los dos problemas expuestos llevan a la misma conclusión: la utilización de una empresa EOR asentada en España por una empresa extranjera para poder disponer de personas trabajadoras y desarrollar su actividad empresarial –cualquiera que sea– en nuestro país constituye una cesión ilegal de personas trabajadoras, con todas las consecuencias que ello comporta.

A estos efectos, cabe recordar que, entre otras, la STS de 28 de septiembre de 2006 (rec. 2691/2005) ha señalado que «es indudable que resulta ilegal la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT». A lo que cabe añadir que, según los tribunales, para que se dé la cesión ilegal se requiere que se haya producido la efectiva cesión de la persona trabajadora, cualquiera que sea el título utilizado, en su caso, para enmascarar la cesión ilegal, especialmente el recurso a las contrata y subcontratas; y que la empresa cesionaria no haya incorporado a la persona trabajadora cedida a su plantilla (Falguera Baró, 2022, p. 1.089).

Y también cabe tener presente que, de la nutrida jurisprudencia existente en torno a la figura de la cesión ilegal, cuyo objetivo ha sido diferenciarla de la lícita contrata de obras o servicios regulada en el artículo 42 del ET (Falguera Baró, 2022, pp. 1.088-1.089), se deriva que la frontera en una y otra pasa por el propio objeto del arrendamiento de la obra o servicio; de este modo, si lo que ocurre en realidad es que la empresa contratista se limita sustancialmente a aportar mano de obra, sin el elemento añadido de organización, infraestructura, medios materiales, etc., estamos ante una cesión ilegal. A lo que hay que añadir otro elemento característico, como es la determinación de quién actúa en la práctica como auténtico empresario. En este último punto, cabe añadir que, tal y como señalan los tribunales, si es

la empresa principal –la empresa extranjera en nuestro caso– la que ejerce el poder de dirección, es un indicio muy significativo –un indicio «fuerte»– de la existencia de una cesión ilegal<sup>33</sup>. Y tampoco cabe olvidar que existe cesión ilegal, aunque la empresa contratista cuente con una organización e infraestructuras propias.

Y, a mayor abundamiento, cabe tener presentes otros dos elementos, también fijados por los tribunales desde hace años:

1.º Constituye un indicio fuerte de la concurrencia de cesión ilegal de personas trabajadoras el hecho de que se paguen los servicios de la empresa contratista en función del número de personas cedidas<sup>34</sup> (como hemos visto, una característica de las empresas EOR es precisamente cobrar por cada persona trabajadora empleada).

2.º Hay que valorar si hay aportación o no de materiales, herramientas o instrumentos de trabajo por parte de la empresa contratista<sup>35</sup> (cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, ya que se establece una relación directa entre la empresa extranjera y la persona trabajadora).

Ahora bien, al tratarse de una cesión ilegal de personas trabajadoras, ¿cuáles serán las consecuencias?

En primer lugar, y siguiendo lo señalado al tratar de las ETT, desde la perspectiva administrativa, tanto la empresa extranjera como la empresa EOR incurren en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 8.2 de la LISOS, lo que puede llevar a la imposición de una sanción, según las circunstancias concurrentes<sup>36</sup>, 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 a 225.018 euros. La empresa extranjera –que tal vez habrá confiado precisamente en que la empresa EOR conoce cuál es la normativa aplicable en España en estas cuestiones– podría reclamar a dicha empresa el pago de los daños y perjuicios causados.

En segundo lugar, y como también vimos al abordar el caso de las ETT, el artículo 43.3 del ET prevé que ambas empresas responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con las personas trabajadoras cedidas (o sus familiares, en su caso) y con la Seguridad Social. Por tanto, en los términos vistos páginas atrás, del pago de cualquier deuda salarial,

<sup>33</sup> En relación con esta cuestión, entre otras, SSTs de 20 y 21 de octubre de 2014 (recs. 3291/2013 y 1692/2013), de 26 de octubre de 2016 (rec. 2913/2014), de 10 de enero de 2017 (rec. 1670/2014), de 25 de noviembre de 2019 (rec. 81/2018), de 17 de diciembre de 2019 (rec. 2766/2017) y de 6 de mayo de 2020 (rec. 2414/2017).

<sup>34</sup> STS de 14 de marzo de 2006 (rec. 66/2005).

<sup>35</sup> Entre otras, SSTs de 19 de junio de 2012 (rec. 2200/2011), de 20 de octubre de 2014 (rec. 3291/2013) y de 2 de noviembre de 2016 (rec. 2779/2014).

<sup>36</sup> Artículos 39 y 40.1 c) de la LISOS.

indemnizatoria, mejoras voluntarias, cotizaciones, recargos de prestaciones o de pago de prestaciones responderían solidariamente ambas empresas. Nuevamente, en su caso, la empresa extranjera podrá reclamar la correspondiente indemnización a la empresa EOR.

No lo comentamos al tratar de las ETT, pero, obviamente, también les es aplicable. No son válidos frente a terceros los pactos que, en su caso, se hubieran establecido con la finalidad de eximir de responsabilidad a las empresas en caso de incumplimientos laborales o de Seguridad Social. Estamos, como ya comentamos, ante una responsabilidad *ex lege*, cuya finalidad esencial es la protección de los derechos de las personas trabajadoras implicadas en la cesión ilegal.

Y, junto a ello, como vimos, el artículo 43.4 del ET establece que las personas trabajadoras cedidas ilegalmente tienen derecho a adquirir la condición de fijas, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Y los derechos y obligaciones en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a una persona trabajadora que presta servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal. Teniendo en cuenta lo señalado páginas atrás, esta reclamación solo puede plantearse mientras está vigente la cesión ilegal, y la persona trabajadora podría optar por adquirir la condición de indefinida en una de las dos empresas implicadas, la empresa EOR o la empresa extranjera. Nuevamente, la peculiaridad aquí se concreta en que la empresa extranjera no cuenta con sede, ni filial ni sucursal en España.

También es posible la aplicación en este supuesto de lo previsto en los artículos 311.1.º y 312.1 del CP en los términos ya vistos, sumándose además la particularidad de que una de las empresas implicadas es extranjera, aunque, como vimos, ello no es obstáculo para la aplicación de la ley penal española.

Finalmente, cabe tener en cuenta que es posible que la empresa extranjera desconozca que la cesión de personas trabajadoras realizada por la empresa EOR resulta ilegal en España y trae consigo las consecuencias ya referidas. Y, en consecuencia, tal y como hemos apuntado, aquella podrá ejercer frente a la empresa EOR las acciones judiciales que entienda oportunas.

## 4. Conclusiones

Hace ya años que somos conscientes de que la descentralización productiva constituye una realidad en la economía, ya sea a nivel local, estatal o, incluso, internacional, y, en el caso concreto de España, también parece haberse asumido que no es necesario o relevante que la normativa aplicable esté a la altura de los retos, de todo tipo, que dicha realidad plantea. Cabe recordar aquí simplemente las insuficiencias que persisten, a pesar de las reformas, en los artículos 42 y 43 del ET, la cara y la cruz de lo legal o ilegal en este ámbito; aunque sus fronteras o límites no siempre estén claros y la labor constante de la jurisprudencia haya sido clave.

En todo caso, también es cierto que la realidad o las necesidades empresariales en la cuestión que nos ocupa (y en otras) van siempre por delante de las normas. Es por ello por lo que empresas extranjeras que requieren personal para desarrollar sus actividades en España y, por motivos más o menos entendibles (o defendibles), no quieren, al menos de momento, crear una filial o sucursal en España, por todo lo que ello supone, quieran poder acudir a fórmulas flexibles, como las que les ofrecen las ETT o las empresas EOR.

En el primer caso, como hemos visto, es fácil constatar para la ETT que, si la empresa extranjera no tiene personal propio en España, no puede contratar con ella, ya que le estará cediendo personal precisamente para desarrollar su actividad permanente en España, lo que no admite la LETT, ni lo ha hecho en el pasado, ni tampoco lo hará en el futuro. Se trata, pues, de una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET, con todas las consecuencias que ello comporta para ambas empresas.

Y, en el segundo caso, como ha ocurrido en otras cuestiones, se ha pretendido implantar en España un modelo de descentralización productiva que, si bien es admitido en otros países, en el nuestro choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 43 del ET. Una empresa extranjera no puede recurrir a una empresa EOR, aunque esta esté ubicada en España, para que le ceda personal para poder desarrollar su actividad empresarial en territorio español. De hecho, la empresa EOR actúa en la práctica como una ETT sin autorización y, además, se limita a contratar personal para cederlo a otra empresa, en la línea de lo previsto expresamente en el artículo 43.2 del ET. También resulta preocupante que las empresas EOR –en su información accesible a las empresas clientes– admitan como posible algo que en España está expresamente prohibido, con las consecuencias que ello supondrá, como hemos visto, para la empresa extranjera que, precisamente, contrata con ellas, entre otros motivos, para estar tranquila respecto al cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social en los países donde actúa. Y también parece intervenir la idea –ciertamente interesante– de que las herramientas que suelen utilizar este tipo de empresas –plataformas digitales– son muy útiles en la gestión de los recursos humanos, particularmente desde una perspectiva global. Pero esta innovación tecnológica y la intermediación de una tercera empresa en la gestión de los recursos humanos no pueden llevar a olvidar que siempre deben cumplirse las normas internas laborales.

No extraña, por tanto, que ya se haya producido la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española en relación tanto con la labor de las ETT como de las empresas EOR en nuestro país.

Se ha abierto, pues, un nuevo campo de actuación en el marco de la cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET que alcanza ahora –y desde hace pocos años– una nueva dimensión «internacional» en la aplicación de dicho precepto. También sería relevante que los asesores e intermediarios que ayudan a empresas extranjeras a instalar su actividad empresarial en España sean concededores y respetuosos de los condicionantes que sigue imponiendo el mencionado precepto, a pesar de sus limitaciones.

## Referencias bibliográficas

- Altés Tárrega, J. A. y García Testal, E. (2010). La cesión ilegal en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. En A. A. Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral* (pp. 287-307). Tirant lo Blanch.
- Asenjo Pinilla, J. L. (2018). Cesión ilegal y acción. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 188, 29-34.
- Ceinos Suárez, A. (2019). La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 143, 131-164.
- Cuenca Alarcón, M. (2007). El impacto laboral de la nueva organización de la empresa: el ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25(2), 55-75.
- Falguera Baró, M. A. (2022). Artículo 43. En S. del Rey Guanter (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (pp. 1079-2010). La Ley.
- Juárez Pérez, P. (2019). El conflicto de Ryanair: una lectura desde el derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 372-407. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4625>
- Mercader Uguina, J. R. (2006). La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida. En J. Cruz Villalón (Coord.), *La reforma laboral de 2006* (pp. 155-178). Lex Nova.
- Olmo Gascón, A. M. (2015). *El reclutamiento y la cesión ilegal de trabajadores tras la alteración del sistema de intermediación laboral*. Bomarzo.
- Rangel, V. (26 de diciembre de 2022). *EOR vs. PEO. Identifique el servicio de outsourcing de recursos humanos más adecuado para su empresa*. LinkedIn. <https://www.linkedin.com/pulse/eor-vs-peo-identifique-el-servicio-de-outsourcing-más-valentina/?originalSubdomain=es>.
- Valverde Asencio, A. J. (2007). La consideración del contrato de puesta a disposición irregular como supuesto de cesión ilegal de trabajadores: la unificación de doctrina al respecto. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 88, 187-209. <https://hdl.handle.net/11441/91041>

**Carolina Gala Durán.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona. Autora de numerosas publicaciones de diverso tipo. Sus líneas de investigación actuales se centran en el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales, la sucesión de empresa y la Seguridad Social. <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>





# Una descentralización de lujo: nomadismo digital en la Ley 28/2022, de empresas emergentes

**José María Goerlich Peset**

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

*Universitat de València (España)*

[jose.m.goerlich@uv.es](mailto:jose.m.goerlich@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>

## Extracto

Uno de los contenidos innovadores de la Ley 28/2022 ha sido la regulación del llamado «nomadismo digital». El análisis que sigue muestra cómo con ello se persigue atraer a las personas que adoptan este estilo de vida a nuestro territorio por las ventajas que su presencia reporta. Tras describir las finalidades legislativas, se intenta extraer de la norma un concepto de esta nueva figura y, después, se profundiza en los dos incentivos en los que se basa la política de atracción. Se consideran, para terminar, las insuficiencias que derivan del actual marco normativo del teletrabajo internacional –inseguridad y dificultades para mantener el estatuto jurídico originario– y cómo pueden dificultar que las empresas posibiliten este tipo de prestaciones.

**Palabras clave:** descentralización; teletrabajo; nomadismo digital; ley aplicable; seguridad social internacional; autorización para trabajar; imposición sobre el trabajo.

Recibido: 26-06-2023 / Aceptado: 10-07-2023 / Publicado: 06-09-2023

**Cómo citar:** Goerlich Peset, J. M. (2023). Una descentralización de lujo: nomadismo digital en la Ley 28/2022, de empresas emergentes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 39-64. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19281>



# A luxury decentralization: digital nomadism in the Law 28/2022, of start-up companies

**José María Goerlich Peset**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València (España)*

[jose.m.goerlich@uv.es](mailto:jose.m.goerlich@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>

## Abstract

One of the innovative contents of Law 28/2022 has been the regulation of the so-called "digital nomadism". The following analysis shows how this is intended to attract those who embrace this lifestyle to our territory due to the advantages that their presence brings. After describing the legislative purposes, an attempt is made to extract from the regulation a concept of this new figure, and then the two incentives on which the attraction policy is based are examined in depth. Finally, it considers the shortcomings of the current regulatory framework of international teleworking –insecurity and difficulties in maintaining the original legal status– and how they can make it difficult for companies to enable this type of services.

**Keywords:** decentralization; teleworking; digital nomadism; applicable law; international social security; work authorization; taxation on labor.

Received: 26-06-2023 / Accepted: 10-07-2023 / Published: 06-09-2023

**Citation:** Goerlich Peset, J. M. (2023). A luxury decentralization: digital nomadism in the Law 28/2022, of start-up companies. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 39-64. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19281>



## Sumario

### 1. Introducción

- 1.1. Del trabajo a domicilio al nomadismo digital
- 1.2. La Ley 28/2022 y la atracción de nómadas digitales
- 1.3. ¿Qué es el nomadismo digital?

### 2. Nomadismo digital en la Ley 28/2022

- 2.1. El nuevo visado por teletrabajo internacional
- 2.2. Los incentivos fiscales

### 3. Trabajo en remoto y nomadismo digital: régimen jurídico

- 3.1. Fuero competente y ley aplicable a la prestación de servicios
- 3.2. Nómadas digitales y sistema de Seguridad Social

### Referencias bibliográficas

**Nota:** Investigación en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado «Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo» (PID2022-139967NB-I00).



## 1. Introducción

### 1.1. Del trabajo a domicilio al nomadismo digital

La descentralización empresarial puede adquirir, como sabemos, muy diferentes fisonomías (por todos, Blat Gimeno, 2000, pp. 44 y ss.). Una muy tradicional ha sido, desde luego, el recurso al trabajo a domicilio, considerado históricamente como una forma de contrato de trabajo.

La conexión entre descentralización y trabajo a domicilio se advierte ya en los textos fundacionales del derecho del trabajo. Aunque la mención que hacía al trabajo a domicilio la Ley de contrato de 1931 era muy limitada –simplemente procedía a incluir entre los trabajadores a «los llamados obreros a domicilio» (art. 6)–, en su versión de 1944 se daba algún dato más. De un lado, se concretaba en el artículo 6 la noción de «obreros a domicilio» –que serían «los que ejecutan el trabajo en su morada u otro lugar libremente elegidos por ellos, sin la vigilancia de la persona por cuenta de la cual trabajan, ni de representante suyo, y del que reciben retribución por la obra ejecutada»–. De otro, se determinaba, en el artículo 5, quién había de ser considerado empleador en estos casos, mediante una enumeración que pone de manifiesto cómo el trabajo a domicilio podía encontrarse en muchos casos en los extremos de las cadenas de descentralización: «se consideran empresarios del trabajo a domicilio los fabricantes, almacenistas, comerciantes, etc.; los contratistas, subcontratistas y destajistas que encarguen trabajo a domicilio, pagando a tarea o a destajo dando o no los materiales y útiles de trabajo».

La presencia del trabajo a domicilio en nuestra legislación laboral ha sido una constante desde entonces, bien como objeto de una relación laboral especial (art. 3 b) Ley de relaciones laborales de 1976), bien encuadrado entre las modalidades del contrato de trabajo de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Pero, en todo caso, su historia ha sido, hasta fecha reciente, la de las dificultades para hacer efectiva tal condición. Las relaciones entre trabajo a domicilio y economía sumergida han sido estudiadas desde muy diferentes perspectivas (Sanchis Gómez, 1984). Desde la jurídica, conocemos, a través de los repertorios, las dificultades que se han abierto tradicionalmente en relación con su calificación como trabajo autónomo o subordinado. De este modo, aunque ha sido normal criticar la parca regulación aplicable al trabajo a domicilio, lo cierto es que la verdadera causa de la precariedad de esta forma contractual se ha relacionado más bien con su desarrollo al margen de las reglas laborales.

Es verdad que las reformas normativas de los últimos 15 años se han movido en la línea de superar este problema en el contexto de un fenómeno más amplio de revalorización del teletrabajo, nueva forma de trabajo a domicilio basada en el desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC). Pero no lo es menos que los esfuerzos de creación de un nuevo marco normativo, intensificados a raíz de la crisis sanitaria, no necesariamente han conseguido alcanzar este objetivo en su totalidad. Aunque el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se remonta a julio de 2002, la modernización de la normativa española sobre trabajo a domicilio comienza con la reforma de 2012. Por supuesto, tras el Real Decreto-Ley 3/2012, el rebautizado como trabajo a distancia pasó a tener una regulación algo más detallada. Sin embargo, los análisis de la nueva normativa estatutaria han puesto de manifiesto sus limitaciones (por ejemplo, Romero Burillo, 2020). Y acaso quepa decir algo parecido de la normativa vigente, introducida como consecuencia de la pandemia. Aunque pretende dotar al trabajo a distancia, en general, y al teletrabajo, en particular, de «una norma que ayude a las partes empresarial y trabajadora a trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo a la nueva realidad que se ha visto acelerada exponencialmente» (preámbulo, apartado III, Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia –LTAD–), lo cierto es que continúa siendo posible detectar algunos puntos críticos que obstaculizan la consecución de esta finalidad. A las dificultades estructurales para la diferenciación entre prestaciones autónomas y subordinadas, que sigue determinando el ámbito de aplicación de la normativa protectora, cabe añadir un factor coyuntural relacionado con el carácter sumamente abierto de las normas legales de tutela del trabajo a distancia que pueden hacerla descansar, en último término, en la autonomía individual (Goerlich Peset, 2021b); y, por lo que aquí interesa, se ha señalado cómo las TIC posibilitan la combinación entre globalización y teletrabajo y, con ello, introducen una nueva dificultad para la efectividad de aquellas (Goerlich Peset, 2021a). En este último terreno, que resulta clave en el análisis que sigue, existe consenso entre quienes se han ocupado del tema en cuanto a que el teletrabajo internacional abre un claro riesgo de *dumping* social, puesto que las empresas pueden recurrir a él a la búsqueda de ordenamientos nacionales más beneficiosos para ellas que el propio (Fernández Prol, 2022, p. 100; Ma Zhou, 2022, pp. 189 y ss.; Martín-Pozuelo López, 2022, pp. 60 y ss.).

En todo caso, frente a la dimensión tradicional del trabajo a distancia, existe otra que tiene una significación diferente y que es la que motiva las consideraciones que siguen. La ampliación de las posibilidades de inserción en las empresas de las prestaciones a distancia mediante el teletrabajo –el «trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación» (art. 2 b) LTAD)– ha supuesto que sean accesibles a colectivos que ocupan cierta posición en el marco de la organización. Se trata de personas que, en atención a esta, pueden negociar sus condiciones, y que, en muchos casos, tienen nuevas inquietudes extralaborales, relacionadas con su modo de vida –tipo de vivienda y ubicación–, la disponibilidad de su tiempo –eliminación del dedicado a los desplazamientos, admisión de flexibilidad en la prestación– o incluso con la ecología –reducción del impacto ecológico de la movilidad por razones laborales–. En este nuevo contexto, ajeno a la precariedad que ha aquejado tradicionalmente al trabajo a domicilio, el recurso al teletrabajo aparece, desde la perspectiva

empresarial, más bien como un posible incentivo de atracción y retención del talento. Junto con otras ventajas más tradicionales, se integra en la oferta que las empresas están dispuestas a hacer a este tipo de personas cualificadas; o, visto desde la perspectiva de estas, entre los aspectos que se valoran en el momento de aceptar una oferta de empleo. El teletrabajo internacional que da vida a los llamados «nómadas digitales» se integra claramente en este grupo que aparece como privilegiado en comparación con el trabajo a domicilio tradicional. Es más, es posible que ocupe a su vez una posición de privilegio dentro de él como veremos a continuación.

## 1.2. La Ley 28/2022 y la atracción de nómadas digitales

En el terreno normativo, la noción «nómadas digitales» ha sido utilizada por vez primera en nuestro ordenamiento, en el preámbulo de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes –a la que me referiré desde ahora con su denominación común de Ley de *startups*–. La ubicación en esta ley de algunas reglas para este nuevo colectivo, así como algunas de las afirmaciones contenidas en aquel, parecen establecer una conexión entre este tipo de empresas y esta nueva categoría. En este sentido, tras indicar que «en numerosas ocasiones, los trabajadores de las empresas emergentes pueden realizar su trabajo de manera remota, siempre que dispongan de un equipo informático y una conexión a internet de calidad», se afirma que «la expansión del teletrabajo ha dado lugar al surgimiento de un nuevo estilo de vida denominado nomadismo digital». Sin embargo, la conexión entre este y aquellas termina por no ser tan obvia, puesto que a continuación se nos da un concepto que no parece guardar ninguna: «los nómadas digitales son personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia». En realidad, solo existe una motivación funcional que explica que la Ley 28/2022 se ocupe tanto de empresas emergentes como del nuevo fenómeno del que me ocuparé a continuación: el interés en que se instalen en nuestro país.

En efecto, las nuevas normas pretenden favorecer «el establecimiento en España de los emprendedores y trabajadores de este tipo de empresas, así como de los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas, conocidos como "nómadas digitales"». Se trata, en definitiva, de atraer el talento de unos y otros puesto que:

En una economía cada vez más globalizada e interdependiente y con un peso creciente de las empresas de base tecnológica y del trabajo a distancia con medios digitales, cobra cada vez más importancia la atracción de talento e inversión mediante la creación de ecosistemas favorables al establecimiento de emprendedores o trabajadores a distancia, conocidos como «nómadas digitales», a la creación y crecimiento (*scale up*) de empresas innovadoras, basadas en el conocimiento, de base digital y rápido crecimiento, conocidas como empresas emergentes o

*startups* y a la atracción de inversores especializados en la creación y crecimiento de estas empresas, también conocidos como «*business angels*». [...]

[Y es que] La atracción de este tipo de perfiles tiene efectos positivos en su nuevo lugar de residencia. El más obvio es el económico: se trata de profesionales altamente cualificados cuyos ingresos procedentes del exterior se destinan a vivir en el entorno de su elección. Contribuyen a activar el consumo, con el consiguiente impacto sobre la economía local. Además, a través de sus conexiones, enriquecen el talento local y generan red y oportunidades de valor para otros profesionales.

El preámbulo nos recuerda, además, que nuestro país cuenta con poderosos incentivos «para la atracción de profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad, por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas». De un lado, «es el primer país en despliegue de fibra óptica dentro de la Unión Europea, lo que proporciona unas buenas condiciones de conectividad, incluso en zonas rurales». Se destacan asimismo «las excelentes universidades y la existencia de un creciente número de *clusters* de investigación y desarrollo tecnológico y de industrias creativas, alrededor de los que se desarrolla un ecosistema internacional de profesionales». Pero más allá de estas cuestiones se destaca «la benigna climatología, la forma de vida, la seguridad ciudadana, la cultura o la gastronomía». De hecho, estos últimos elementos resultan clave en las motivaciones de selección de residencia por parte de quienes teletrabajan, y no solo en términos internacionales. En todo caso, la suma de todo ello hace «que nuestro país se posicione entre uno de los destinos más atractivos para los teletrabajadores».

Es mucho, pues, lo que ofrecemos a los nómadas digitales. Pero, al parecer, no es suficiente. De hecho, en la Ley 28/2022, para alcanzar el objetivo declarado de «atraer y retener talento», se establecen una serie de especialidades en determinados aspectos y que, a la postre, funcionan como incentivos jurídicos que se añaden a los que enuncia el preámbulo. De este modo, nuestro ordenamiento se alinea con el de otros países de nuestro entorno que también han introducido reformas en materia migratoria con esta finalidad (información al respecto en Sierra Benítez, 2021, o Mories Jiménez, 2022, pp. 666 y ss.). Esta circunstancia, junto con las posibilidades de optimización fiscal que se abren por vía de hecho o de derecho –a las que luego me referiré–, podría estar abriendo una suerte de competencia entre Estados para conseguir que este tipo de teletrabajadores se instalen en sus territorios y les aporten los diferentes beneficios señalados. Precisamente por ello, cabe entender que la regulación de los nómadas digitales rompe los esquemas tradicionales: ya no se asocia a la precariedad, sino que integra más bien un raro supuesto de «descentralización de lujo». Si de lo que se trata es de establecer incentivos adicionales para la instalación de este tipo de profesionales en España –en competencia, además, con Estados de nuestro entorno–, el marco jurídico que les resultará aplicable será distinto y más favorable al que disfrutaban quienes teletrabajan en régimen ordinario e, incluso, el conjunto de la población trabajadora. De lo que se trata en las consideraciones que siguen es, en definitiva, de delimitar los elementos clave de las reglas aplicables tras la aprobación de la Ley de *startups*.

### 1.3. ¿Qué es el nomadismo digital?

A estos efectos, lo primero que conviene afrontar es la delimitación de la noción de nómada digital. Y es que, aunque el preámbulo emplea este concepto en tres ocasiones –y en otra se refiere al fenómeno del nomadismo digital–, no se preocupa de concretarlo. De hecho, la parte dispositiva de la Ley 28/2022 no lo emplea, utilizando normalmente el más genérico de «teletrabajadores de carácter internacional». Por otro lado, es preciso destacar que los requisitos exigidos para tener este tratamiento no son uniformes para todos los efectos regulados. Con todo, y sin perjuicio de los matices que será preciso introducir en los diferentes aspectos objeto de estudio, sobre la base de las reflexiones preliminares de la ley y las distintas reglas que incluye, parece posible identificarla resaltando las ideas que siguen.

En primer lugar, en el marco de la Ley de *startups* se puede ser nómada digital con independencia de la naturaleza del trabajo prestado. De hecho, el preámbulo incluye en la noción tanto el autónomo como el desarrollado por cuenta ajena, puesto que se refiere a «emprendedores o trabajadores a distancia, conocidos como "nómadas digitales"». Con independencia de que, por su ubicación (art. 2 b) LTAD), nuestra noción legal de teletrabajo se refiere únicamente al trabajo subordinado a distancia, la noción que nos ocupa se extiende también al trabajo por cuenta propia a distancia. Pero ello no plantea problemas de armonización. El régimen establecido para la nueva categoría en la Ley 28/2022 es, como veremos de inmediato, completamente externo a la relación de servicios entre quien los presta y quien los recibe. Dicho de otro modo, los aspectos migratorios o fiscales, que son los que se regulan, funcionan igualmente para todo tipo de prestaciones. Otra cosa es lo que ocurra en otros aspectos, por ejemplo, los laborales o de protección social, en los que el régimen aplicable puede diversificarse, como se verá.

Estamos, en segundo lugar, ante teletrabajo transnacional. Quien presta servicios lo hace, según el preámbulo de la Ley 28/2022, «en remoto», y, en concreto, desde España para empresas o clientes ubicados fuera de nuestras fronteras. Ello no implica necesariamente que la condición de nómada digital haya de proyectarse, en todo caso, sobre personas de nacionalidad diferente de la española. Será lo normal; pero si, como también afirma aquel, estamos ante un «nuevo estilo de vida» que permite a «los nómadas digitales [...] cambiar de residencia frecuentemente», no es posible descartar que, al menos a ciertos efectos, nuestros nacionales queden sujetos al régimen establecido para aquellos. Después de todo, las reglas y criterios aplicables en materia fiscal y de seguridad social operan a partir de cambios de residencia que también pueden referirse a nacionales españoles previamente instalados en otros países y que mantengan su vinculación con empresas ubicadas en estos. Otra cosa es, claro está, la regulación migratoria, únicamente asociada a la extranjería. Es claro, en todo caso, que entidades empleadoras o clientes han de encontrarse radicadas siempre fuera de nuestro territorio. Es esta una condición del carácter transnacional del teletrabajo de los nómadas digitales cuya salvaguarda se produce a través de



una exigencia de exclusividad en la prestación de servicios. Desde esta perspectiva, y con diferentes matices en los distintos aspectos afectados, se exige una cierta dosis de ella, de modo que el nómada digital no puede prestar servicios en el territorio español o, en otros casos, solo puede hacerlo limitadamente. Volveré luego sobre el alcance de este requisito.

Se trata, en tercer lugar, de un teletrabajo internacional peculiar. Las peculiaridades de la noción que nos ocupa se relacionan, de entrada, con su carácter forzosamente temporal, al menos cuando se mira desde la perspectiva de un determinado ordenamiento jurídico nacional. Por supuesto, al establecerse reglas singulares, que funcionan como excepción a las aplicables con carácter general, es razonable pensar que hayan de tener forzosamente tal carácter; dicho de otro modo, parece razonable que, si la persona acaba haciéndose sedentaria, transite al régimen jurídico ordinario y pierda sus privilegios iniciales. Pero detrás de esta temporalidad hay algo más profundo. El «nuevo estilo de vida» al que, como ya he indicado, se refiere el preámbulo de la Ley de *startups* tiene probablemente carácter indefinido, pero presupone que los nómadas digitales proceden a «cambiar de residencia frecuentemente». Desde esta perspectiva, se comprende que las diferentes medidas que se arbitran para su atracción sean de carácter temporal. Arraigada profundamente la movilidad internacional en la idiosincrasia de quienes optan por este tipo de prestaciones de servicios, es previsible que, tras un cierto periodo, procedan a buscar nuevos horizontes. De ahí que el nomadismo digital no pueda identificarse sin más con el teletrabajo internacional. En este sentido, dentro de este, la doctrina ha distinguido diferentes «subcategorías» y, en concreto, ha contrapuesto «el teletrabajo transnacional –en el que se hallan implicados dos Estados exclusivamente, el de prestación de servicios por el teletrabajador y el de recepción de aquellos por la empleadora–» con «el teletrabajo internacional móvil –en cambio caracterizado por el desarrollo itinerante, en diversos Estados, de la prestación de servicios–». Sería este último el que daría vida al nomadismo digital (Fernández Prol, 2022, p. 110).

Las peculiaridades del teletrabajo internacional asociado al nomadismo digital no se agotan, en fin, en este carácter temporal, si apreciado desde la perspectiva interna, o móvil, si se mira como conjunto. Aún hay dos ideas más en las que conviene reparar, estrechamente conectadas entre sí: una hace referencia a la especial posición que tienen en la organización empresarial o en el mercado de servicios; la otra, a su carácter voluntario. Las consideraciones preliminares de la Ley de *startups* hacen referencia varias veces a la atracción de «trabajadores altamente cualificados», predicando esta calificación hasta en tres ocasiones de los nómadas digitales. Ciertamente, el posterior desarrollo normativo no siempre establece requisitos específicos al respecto; y, cuando lo hace, no es seguro que el legislador cierre el perfil requerido en forma adecuada. Volveré luego sobre el particular. Con todo, es claro que estamos ante medidas de atracción de talento, lo que implica que quienes desarrollan prestaciones ordinarias no parecen llamados a integrarse en la noción. Por lo que se refiere a la voluntariedad, hay que recordar que estamos ante un determinado «estilo de vida», que responde a intereses marcadamente personales: compatibilizar «el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia». No es por

ello de extrañar que la Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX (2021), en su *Libro blanco sobre movilidad internacional*, haya insistido en el carácter voluntario de este tipo de teletrabajo internacional; y esta apreciación viene corroborada ahora por la Ley 28/2022. El nómada digital lo es porque quiere y no porque la empresa se lo imponga. De hecho, lo único que hace esta es «permitir» que se realice la actividad laboral a distancia, sin «ordenar» que la prestación se produzca de este modo. Lo primero se deduce de la regulación introducida para el visado; lo segundo, de las modificaciones en relación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). Se ha afirmado en este sentido que, en este peculiar tipo de teletrabajo, la empresa carece de «interés de negocio (más allá de la retención o atracción del talento) en que el trabajador se ubique físicamente en un determinado país» (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 102). Y seguramente es este un aspecto muy importante que permite deslindar el teletrabajo internacional protagonizado por los nómadas digitales de otros tipos de trabajo en remoto transnacional, y que no debería dejar de producir importantes consecuencias en cuanto al régimen jurídico (Sierra Benítez, 2021, pp. 17 y ss.).

## 2. Nomadismo digital en la Ley 28/2022

Entrando ya en el régimen jurídico establecido en la Ley de *startups*, conviene destacar que la nueva norma se centra en los incentivos dirigidos a la atracción de nómadas digitales. Nada se dice, sin embargo, sobre cuestiones de carácter sustantivo, laborales o de protección social relacionadas con el teletrabajo que desarrollan, lo que abre la siempre compleja cuestión de determinar las reglas aplicables en una relación de carácter transnacional. Reservando este último aspecto para el final, me centraré primero en la forma en que se busca incentivar el establecimiento en España de este colectivo, terreno en el que resultan claves las nuevas previsiones establecidas tanto en el terreno migratorio –introducción del nuevo visado por teletrabajo internacional– como en el terreno fiscal –ampliación del régimen fiscal especial para desplazados al territorio español–.

### 2.1. El nuevo visado por teletrabajo internacional

Los aspectos migratorios de la Ley de *startups* se contienen en su disposición final quinta, que introduce modificaciones en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Las reglas que se modifican o introducen no se refieren solo al nomadismo digital, sino que responden a las más amplias finalidades perseguidas por la norma. Se vuelven a regular varias de las figuras incluidas entre las personas a las que hay que facilitar la entrada y permanencia en España por razones de interés económico, algunas de las cuales han sido objeto de posterior reforma por la Ley 11/2023, que traspone, entre otras, la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y

residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación (cfr. arts. 69, 70, 71, 71 bis, 72.3 o 73.3 b); y, sobre todo, se introducen algunas nuevas normas de alcance general, aplicables a todos estos colectivos –facilitación de la acreditación de los antecedentes penales (nuevo art. 62 c), de la gestión del alta en la Seguridad Social (nuevo art. 76.4, que ha sido reenumerado como 5 en la sucesiva reforma de 2023) y de los números y tarjeta de identidad de extranjero (disp. adic. vigésima primera)–. En todo caso, lo que interesa en esta sede es el nuevo visado para «teletrabajadores de carácter internacional», que se añade al artículo 61.1 de la Ley 14/2013.

Este precepto contiene un listado de colectivos para los que se prevé la «facilitación de entrada y permanencia» en nuestro territorio, como indica el título del capítulo en el que se encuadran los preceptos que nos ocupan –el primero de la sección 2.ª, título V–. Por su parte, el encabezamiento del artículo 61.1 de la Ley 14/2013 se refiere a determinados «extranjeros que se propongan entrar o residir, o que ya residan, en España [y que] verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico». Hasta la reforma de diciembre del pasado año, se incluían: «a) Inversores. b) Emprendedores. c) Profesionales altamente cualificados. d) Investigadores. e) Trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas». Ahora se añade una letra f), que hace referencia a los «teletrabajadores de carácter internacional». Al igual que ocurre con los restantes colectivos, la forma de facilitar entrada y permanencia se concreta en la previsión de un nuevo visado. A estos efectos, se añade a la indicada sección un nuevo capítulo V bis. Con ello, se eliminan los problemas de encaje que con anterioridad presentaba la posible instalación de nómadas digitales en nuestro territorio, puesto que la legislación de extranjería no contemplaba específicamente la situación (detalles al respecto en Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, pp. 112 y ss.).

Debe tenerse en cuenta que se previó también una ulterior concreción administrativa de la disciplina del conjunto de los visados y autorizaciones vinculados a la «facilitación de entrada y permanencia». A estos efectos, la disposición adicional vigésima, también añadida a la Ley 14/2013 por la Ley 28/2022 –y modificada poco después por la Ley 11/2023, de 8 de mayo–, habilita, en su apartado 1, «a los órganos competentes para dictar unas instrucciones con los requisitos específicos que deberán cumplir los solicitantes de los visados y autorizaciones de residencia regulados en la sección 2.ª del título V». La idea inicial para la elaboración de esas «instrucciones técnicas» era constituir un grupo de trabajo en el que habían de participar representantes de los ministerios con competencias en la materia y tenerlas «elaboradas a más tardar el 31 de marzo de 2023». Este plazo no se ha cumplido; y parece que la cosa va para largo: la inmediata reforma de la disposición adicional vigésima por la citada Ley 11/2023, aparte de dar entrada en el grupo de trabajo a representantes de las comunidades autónomas con competencias en la materia, ha eliminado el límite temporal. En todo caso, se ha aprobado el 29 de marzo pasado una Instrucción conjunta del director general de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el director general de Migraciones que concreta las reglas legales «en lo que se refiere a las solicitudes

visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional»<sup>1</sup>. A la postre, la carencia de instrucciones técnicas del grupo de trabajo no impediría la solicitud y gestión de este nuevo tipo de visados, puesto que la regulación de los artículos 74 bis a *quinquies* de la Ley 14/2013 parece suficientemente detallada como para posibilitar su directa aplicación, sin necesidad de tales instrucciones.

Procede la solicitud y expedición de visado o autorización de residencia para teletrabajo en función de la situación. El primero está previsto para «extranjeros no residentes en España, que se propongan residir en territorio español con el fin de teletrabajar a distancia para una empresa no ubicada en España» (art. 74 *quater*); la segunda, para quienes ya se hallan en España de forma regular o que han accedido mediante el visado (art. 74 *quinquies*). Tanto el visado como la autorización son temporales, con un máximo de 1 año para aquel y de 3 para esta –salvo, en ambos casos, que el teletrabajo internacional tenga una duración inferior–; y la situación es prorrogable sin límite, por periodos de 2 años, «siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho» (art. 74 *quinquies*.3). Durante los periodos correspondientes, el titular del visado o autorización puede desplazarse por la totalidad del territorio español (art. 74 *quinquies*.1 *in fine*).

Según el artículo 74 bis.1 de la Ley 14/2013, la «situación de residencia por teletrabajo de carácter internacional» se prevé para «el nacional de un tercer Estado, autorizado a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación». El reconocimiento de la situación, a efectos de obtener el visado o la autorización de residencia, queda sujeto, aparte de los requisitos generales establecidos en el artículo 62 de la Ley 14/2013, a los específicamente establecidos para el teletrabajo de carácter internacional, que se encuentran en sus artículos 74 bis y ter. Para su exposición es posible considerar diferentes aspectos, algunos de carácter subjetivo, relacionados bien con el prestador de servicio bien con las empresas o clientes, y otros, más objetivos, respecto a la relación de servicios entre aquel y estos.

Comenzando con los requisitos subjetivos de quien presta los servicios, lo primero que hay que resaltar es la condición de «nacional de un tercer Estado», esto es, ajeno a la Unión Europea. De hecho, desde su versión original, el artículo 61.2 de la Ley 14/2013 ha excluido de la aplicación de sus reglas a los ciudadanos europeos y asimilados con base en la libre circulación. En su redacción actual, debida a la Ley 11/2023, se excluyen de las reglas que estamos considerando:

---

<sup>1</sup> [https://inclusion.seg-social.es/documents/410169/0/report\\_report\\_2301+Instrucción+conjunta+Teletrabajadores+de+carácter+internacional\\_rev13\\_FIRMADAS.pdf/d6c8533a-c98e-6157-da03-a598f0e1c017?t=1681813834808](https://inclusion.seg-social.es/documents/410169/0/report_report_2301+Instrucción+conjunta+Teletrabajadores+de+carácter+internacional_rev13_FIRMADAS.pdf/d6c8533a-c98e-6157-da03-a598f0e1c017?t=1681813834808)

[...] a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros que disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión con base en acuerdos entre la Unión Europea y los Estados miembros, por una parte, y terceros países, por otra.

En otro orden de consideraciones, y en línea con la intención declarada de la Ley de *startups* de atraer trabajadores y/o profesionales «altamente cualificados», visado o autorización se limitan a «los profesionales cualificados que acrediten ser graduados o posgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de 3 años» (art. 74 bis.2 Ley 14/2022). Aunque la finalidad está clara, la literalidad del precepto es poco adecuada para conseguirla. De un lado, utiliza conceptos indeterminados («reconocido prestigio») o adolece de falta de concreción en algún aspecto clave («formación profesional», sin precisiones respecto al nivel exigible) que requerirían una concreción hasta ahora inexistente; de otro, y sobre todo, porque la «experiencia profesional mínima» que se requiere en defecto de titulación aparece como alternativa a esta («o bien»), lo que podría interpretarse como que se proyecta la condición de nómada sobre cualquier persona experimentada, con independencia de que ocupe o no una posición que pueda ser descrita como «altamente» cualificada.

Seguramente se impone una interpretación correctora, sobre la base de las reglas que se establecen para visados y autorizaciones de otros colectivos del artículo 61.1 de la Ley 14/2013: profesionales altamente cualificados (art. 71) y personas desplazadas «en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional» (art. 73). En estos preceptos, encontramos reglas algo más concretas en relación con los niveles de formación profesional exigidos. El hecho de que la exigencia no sea exactamente igual en ambos preceptos («nivel 2 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, correspondiente con el nivel 6 del Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje», en el art. 71.2 a); «nivel 1 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, correspondiente al nivel 5A del Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje», en el art. 73.2 b) dificulta la operación interpretativa, si bien posibilita excluir buena parte de los niveles inferiores del indicado marco. En todo caso, lo que sí posibilita es excluir la desconexión entre titulación y experiencia profesional, puesto que en ambos preceptos se exige una experiencia «que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación» (art. 73.1 b), a lo que el artículo 71.2 a) añade la exigencia de «que sea pertinente para la profesión o sector especificado en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo». No basta, pues, una experiencia profesional de 3 años para acceder a visado o autorización de residencia por teletrabajo internacional, sino que esta ha de proyectarse sobre un puesto relacionado con una de las titulaciones que se exigen. Así se advierte en las instrucciones administrativas para solicitarlo conforme a la web de la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Especiales del ministerio competente en la que se requiere «copia de la titulación relacionada

con el desempeño del puesto o en su caso experiencia mínima sustitutiva de aquel en funciones análogas al puesto que se pretende desempeñar»<sup>2</sup>.

Por lo que se refiere a la empresa empleadora o cliente, se requiere, de un lado, que se acredite «la existencia de una actividad real y continuada durante al menos 1 año», antes, hay que entender, de la solicitud de visado o autorización (art. 74 ter a). Esta garantía, presente también en algún otro de los supuestos regulados en la Ley 14/2013 (art. 73.2 a), persigue salir al paso de maniobras fraudulentas basadas en empresas carentes de actividad o creadas específicamente para facilitar a las personas extranjeras la obtención de estos visados. De otro, se insiste en que la empresa no debe estar «radicada» (art. 74 bis.1), «localizada» (art. 74 ter, c) y d) o «ubicada» (art. 74 *quater*). Con ello, se está apuntando a la inexistencia de estructura en España de la empresa empleadora o cliente, puesto que, si esta estructura existiese, estaríamos en una situación diferente, pues, en este caso, procedería una situación diferente: «autorización de residencia por traslado intraempresarial». En este sentido, la información de la citada unidad administrativa parte de la base de que, cuando la empresa tiene sucursal en España, «no se considerarían teletrabajadores, sino trabajadores trasladados entre compañías o ICT (*intra company transfer*) estando regidos por dicha figura y sus requisitos específicos». Por más que la cuestión no parece plantear graves problemas, habida cuenta de la similitud de la regulación, no estoy seguro de que la interpretación sea adecuada, puesto que, dado el carácter voluntario de la selección de la residencia en el marco del nomadismo, el hecho de que la empresa cliente tenga o no estructura en nuestro país debería ser irrelevante.

En fin, en cuanto a la relación de teletrabajo, ya sabemos que puede ser autónoma o subordinada. En cualquiera de ambos casos, el artículo 74 ter b) de la Ley 14/2013 exige acreditar que «la relación laboral o profesional se puede realizar en remoto». Ello requiere, en el caso de prestaciones dependientes, aportar «documentación que acredite que dicha empresa permite al trabajador realizar la actividad laboral a distancia» (art. 74 ter c) *in fine*), mientras que en las de carácter autónomo se requiere justificar «los términos y condiciones en los que va a ejercer la actividad profesional a distancia» (art. 74 ter d) *in fine*). No parece razonable entender que esto deba interpretarse en el sentido de que la prestación haya de desarrollarse íntegramente a distancia, habida cuenta de que el teletrabajo permite también la existencia de momentos presenciales. De hecho, visado o autorización de residencia no se ven afectados por el hecho de que su titular pase periodos de tiempo en el extranjero. La Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Especiales, en su información admite que pueda «ausentarse un máximo de 6 meses por año natural para seguir manteniendo los requisitos de obtención de la autorización».

Por otro lado, no cabe acceder al visado en función de relaciones laborales o mercantiles de nueva constitución. Se exige un periodo previo de 3 meses, en ambos casos

<sup>2</sup> <https://inclusion.seg-social.es/documents/1823432/1826098/doc-solicitud-teletrabajador-internac.pdf/f7c4e8fa-df75-1409-b090-5b03f89ea058?t=1680265152938>

(letras c) y d) art. 74 Ley 14/2013). Seguramente se quiere atajar maniobras fraudulentas dirigidas al acceso a visado o autorización mediante contratos concluidos con la finalidad exclusiva de obtenerlos. Sin embargo, la regla dificulta que puedan elegir nuestro país quienes aspiran a comenzar su carrera como nómadas digitales. Parece claro, en todo caso, que este periodo previo de vinculación entre la empresa empleadora o cliente y quien solicita visado o autorización puede haber sido tanto *online* como presencial.

Por último, de acuerdo con el artículo 74 bis.1 de la Ley 14/2013, visado o autorización para teletrabajo internacional quedan condicionados a la exclusividad, aunque esta es diferente en función del tipo de relación que los justifique: para las prestaciones subordinadas, «el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional»; en cambio, cuando se trate de trabajo autónomo, se admite el desarrollo de la actividad profesional «para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 %». Por lo que se refiere al primer aspecto, parece claro que no impide el trabajo dependiente para más de una empresa, siempre que todas las empleadoras estén fuera de nuestro territorio; ni tampoco seguramente que el trabajo por cuenta ajena en remoto se compatibilice con prestaciones autónomas igualmente en remoto para este tipo de empresas. En cuanto al segundo, no queda claro si el trabajo autónomo compatible ha de ser *online* o puede ser también presencial. El hecho de que el preámbulo de la Ley 28/2022 se refiera a que los nómadas, «a través de sus conexiones, enriquecen el talento local y generan red y oportunidades de valor para otros profesionales» parece apuntar en la línea de que han de admitirse ambas posibilidades. Por lo demás, la vulneración de esta restricción constituye la infracción leve del artículo 52 d) de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El indicado tipo infractor («encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular») es sancionable con multa de hasta 500 euros (art. 55.1 a), si bien puede transformarse en infracción grave de producirse la reincidencia contemplada en el artículo 53.1 e).

## 2.2. Los incentivos fiscales

Por lo que se refiere a los aspectos fiscales de la Ley de *startups*, son bastante complejos en la medida en que abarcan los múltiples aspectos que se regulan en ella. Se establecen, en efecto, novedades en punto a incentivos fiscales para las empresas emergentes en el impuesto de sociedades (arts. 7 y 8), para los inversores que las apoyen (art. 9) o, incluso, para el desarrollo de determinadas políticas retributivas de implicación del personal en el capital social (art. 10, en relación con diferentes reglas tributarias modificadas por las disp. finales segunda y tercera, tanto en la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes, texto refundido aprobado por RDleg. 5/2004, de 5 de marzo, como en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación

parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio –LIRPF–). El análisis de todo ello desborda el propósito de este trabajo que lógicamente se ha de centrar en las reglas que se refieren al fenómeno del nomadismo digital que se concentran en la nueva redacción del artículo 93 de la LIRPF.

Hasta la Ley 28/2022, este precepto establecía un régimen especial de tributación en el IRPF aplicable, según su rúbrica, a «los trabajadores desplazados a territorio español». En síntesis, este régimen especial permite a las:

[...] personas físicas que adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento a territorio español [...] optar por tributar por el impuesto sobre la renta de no residentes, con las reglas especiales previstas en el apartado 2 de este artículo, manteniendo la condición de contribuyentes por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, durante el periodo impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cinco periodos impositivos siguientes.

A pesar de ser residentes en España y, por tanto, estar sujetos a las reglas generales en materia de IRPF (*cf.* art. 8 LIRPF), se les permite tributar conforme a las reglas del impuesto para no residentes, aunque aplicando algunas reglas especiales establecidas en el propio precepto.

La operativa de esta opción se confía al desarrollo reglamentario, en la actualidad contenido en los artículos 113 y siguientes del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas (RIRPF), aprobado por el Real Decreto 439/2007, cuyos aspectos documentales vienen concretados en la Orden HAP/2783/2015, de 21 de diciembre, que aprueba los modelos correspondientes. Esta normativa reglamentaria concreta, entre otras muchas cosas, que el ejercicio de la opción ha de producirse dentro de los 6 meses siguientes desde el inicio de la actividad (art. 116) y que no es irreversible durante los 6 ejercicios en que resulta aplicable el régimen especial: si se optó por este, es posible renunciar a su aplicación siempre que se haga durante los 2 últimos meses del año anterior al que se pretenda que tenga efectos (art. 117 RIRPF). Eso sí, una vez resulten de aplicación las reglas generales por transcurso del plazo para ejercitar la opción o por renuncia a la inicialmente decidida a favor del especial, no es posible acogerse a este.

El teletrabajo internacional plantea importantes problemas desde la perspectiva de la imposición sobre la renta. Lo hemos podido ver durante la pandemia. Uno de los efectos derivados de las restricciones establecidas en la primavera de 2020 fue que existieran personas que quedaron retenidas en países distintos al de su residencia anterior y que comenzaran a prestar servicios en remoto desde ellos. En el ejercicio siguiente se discutió dónde quedaban sujetas las rentas obtenidas durante este periodo. En nuestro sistema, como en otros, se valoró el criterio de la residencia efectiva (*cf.* art. 9 LIRPF), lo que conducía a que estas situaciones en principio provisionales pudieran suponer la tributación como residentes



ordinarios; pero habida cuenta de los diferentes criterios que confluyen en la determinación de la residencia –junto a la permanencia física, cabe valorar también el lugar en el que radique «el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta»– la situación no estaba exenta de conflictos (para más detalles, Mories Jiménez, 2022, pp. 642 y ss.). La reforma del artículo 93 de la LIRPF no se sitúa, sin embargo, en la clave de solucionar este tipo de problemas, sino en la de incentivar la elección de nuestro país por los nómadas digitales para la prestación de sus servicios en remoto. Se les considerará residentes a efectos fiscales, pero su tributación en España pasa a ser más favorable.

En efecto, aunque tributarán en renta por todas las obtenidas, se aplica una tarifa a los rendimientos obtenidos que es diferente y más beneficiosa que la establecida con carácter general. Desde la reforma del artículo 93 de la LIRPF por la Ley 31/2022, de presupuestos generales del Estado para 2023, los tramos y los tipos aplicables a la base liquidable del ahorro son los mismos. Sin embargo, para la base liquidable general es más favorable. Se establece un tipo del 24 % para los primeros 600.000 euros y otro del 47 % para lo que exceda de tal cantidad. Aunque no es posible realizar una comparación automática entre esta tabla y la aplicable con carácter general (habida cuenta de que esta tiene un tramo estatal y otro autonómico), parece claro que la primera es más favorable. En el tramo estatal, la general alcanza el 22,5 % a partir de 60.001 euros y el 24,5 % a partir de 300.000 euros; y a ello hay que sumarle el tipo establecido en la comunidad autónoma correspondiente. Existen asimismo ventajas en otros terrenos –señaladamente, la tributación por obligación real en el impuesto sobre el patrimonio (art. 93.1 LIRPF)–.

En general, la Ley de *startups* mantiene los elementos objetivos de la tributación, como demuestra la comparación de las reglas del artículo 93.2 de la LIRPF en sus dos versiones sucesivas. Sin perjuicio de que puedan existir algunas diferencias menores, coherentes con otras modificaciones introducidas en la Ley 28/2022, se observa una sustancial continuidad en la forma en que se cuantifica la base imponible, así como en los tipos aplicables. En otras palabras, las novedades que se introducen en el artículo 93 de la LIRPF se refieren, sobre todo, al ámbito de aplicación subjetivo del régimen especial. Ello se advierte ya en la rúbrica que lo encabeza que, si antes solo mencionaba a «los trabajadores desplazados a territorio español», ahora alude a «los trabajadores, profesionales, emprendedores e inversores desplazados a territorio español». Se detecta, en definitiva, una clara intención de hacer más accesible el régimen especial, como se observa en cuatro diferentes aspectos.

De entrada, la nueva regulación intenta favorecer el retorno de los nómadas. En la legislación anterior, se les exigía que no hubieran sido «residentes en España durante los diez periodos impositivos anteriores a aquel en el que se produzca su desplazamiento a territorio español» (art. 93.1 a). Ahora esta restricción se reduce a la mitad pues basta «que no hayan sido residentes en España durante los cinco periodos impositivos anteriores a aquel en el que se produzca su desplazamiento a territorio español».

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la noción de trabajador subordinado desplazado, antes el artículo 93.1 b) 1.º de la LIRPF incluía el inicio de una relación laboral, ordinaria o especial diferente a la de deportistas profesionales, o estatutaria con una empresa en España, así como el desplazamiento que sea ordenado por el empleador siempre que «exista una carta de desplazamiento», cuyos requisitos formales vienen concretados en el artículo 119 b) del RIRPF. La nueva redacción permite acceder a este régimen fiscal especial sobre la base de las decisiones individuales, con independencia de la existencia de una movilidad impuesta por la empresa. Es posible, en este sentido, ejercitar la opción en los casos en los que «sin ser ordenado por el empleador, la actividad laboral se preste a distancia, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación». Se aclara además que:

[...] en particular, se entenderá cumplida esta circunstancia en el caso de trabajadores por cuenta ajena que cuenten con el visado para teletrabajo de carácter internacional previsto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Se trata de una aproximación presuntiva a la cuestión que, sin embargo, no implica que, a falta del visado no pueda accederse al sistema tributario especial. Recuérdese en este sentido que esta exigencia no puede ser constitutiva, porque quienes provienen del ámbito europeo no están sujetos a ella.

Por otro lado, entran en el listado los prestadores de servicios autónomos. Hasta la Ley 28/2022, únicamente se contemplaba la posibilidad de que accedieran los administradores societarios, si bien los límites para su participación en el capital en la sociedad administrada los situaba cerca de los trabajadores dependientes. Ahora, además de ellos, para los que se introducen algunas reglas adicionales, se incluyen determinados autónomos, los que se desplazan a España «como consecuencia de la realización en España de una actividad económica calificada como actividad emprendedora, de acuerdo con el procedimiento descrito en el artículo 70 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, en los términos establecidos reglamentariamente» (art. 93.1 b) 3.º LIRPF) y:

[...] como consecuencia de la realización en España de una actividad económica por parte de un profesional altamente cualificado que preste servicios a empresas emergentes en el sentido del artículo 3 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de empresas emergentes, o que lleve a cabo actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación, percibiendo por ello una remuneración que represente en conjunto más del 40 % de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal,

remitiéndose de nuevo al reglamento lo que haya de entenderse por «profesional altamente cualificado, así como la determinación de los requisitos para calificar las actividades como de formación, investigación, desarrollo e innovación» (art. 93.1 b) 4.º LIRPF). Dado que, a

diferencia de lo que ocurre con los nómadas por cuenta ajena no existe reenvío a la legislación de extranjería, habrá que aguardar al desarrollo reglamentario del nuevo precepto para saber los concretos requisitos del acceso a la opción en estos casos. Es, en fin, interesante resaltar que a estos autónomos se les exime además de la aplicación de la regla tradicionalmente establecida en el artículo 93.1 c) de la LIRPF que excluye del acceso al régimen especial a quienes obtienen rentas «que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español».

Por último, el nuevo artículo 93.3 de la LIRPF extiende el régimen especial al cónyuge y, en su defecto, al otro progenitor de los hijos en común, así como a los hijos menores de 25 años –«o cualquiera que sea su edad en caso de discapacidad»–. La extensión del derecho de opción a estos familiares queda condicionada al cumplimiento de determinadas condiciones: desplazamiento al territorio español junto con el nómada digital (o, al menos, dentro del primer periodo impositivo sujeto al régimen especial), adquisición de residencia fiscal española, cumplimiento de «las condiciones a que se refieren las letras a) y c) del apartado 1 de este artículo» y, en fin, que la suma de las bases liquidables de todos los sujetos acogidos a esta posibilidad «sea inferior a la base liquidable del contribuyente» que motiva el desplazamiento y residencia a nuestro territorio. No hay mucho que comentar a estas condiciones. Tan solo matizar que la sujeción a la regla establecida en el artículo 93.1 c) de la LIRPF, al impedir que se obtengan «rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español, salvo en el supuesto previsto en la letra b) 3.º y 4.º de este apartado» (nuevos nómadas digitales por cuenta propia), parece obstaculizar que estos familiares se acojan al sistema especial de tributación si desarrollan actividades presenciales para empresas ubicadas en nuestro país.

### 3. Trabajo en remoto y nomadismo digital: régimen jurídico

Las consideraciones anteriores agotan el tratamiento que la Ley de *startups* da al nomadismo digital. En otras palabras, la nueva norma no afecta en modo alguno a la normativa aplicable a la relación de teletrabajo, ni en términos laborales ni de protección social, lo que supone que sean de aplicación las reglas de carácter general. Ahora bien, esto no deja de plantear problemas, habida cuenta de que estamos ante un caso de teletrabajo transnacional, puesto que al menos dos elementos están ubicados en Estados diferentes: la empresa empleadora o cliente está ubicada en un lugar y la prestación se desarrolla en otro distinto. Esta circunstancia es suficiente, por sí misma, para incrementar los problemas interpretativos, puesto que obliga a determinar la norma aplicable en las diferentes facetas implicadas, sustantivas o procesales. En el caso del nomadismo digital, la cuestión es particularmente compleja, no tanto y no solo porque el nuevo «estilo de vida» multiplica los elementos en conflicto, aunque solo sea porque quienes lo adoptan cambian periódicamente de residencia sin que las normas de conflicto atiendan específicamente la situación; también, y sobre todo, porque están pensadas, y vienen siendo interpretadas, para resolver situaciones estructuralmente diferentes a la que nos ocupa.

En este último sentido, como se indicó de pasada en las consideraciones preliminares de este trabajo, las relaciones de teletrabajo transnacional suelen verse como mecanismos que posibilitan la selección por las empresas de ordenamientos más favorables al propio en relación con las condiciones de trabajo o de seguridad social aplicables. Este riesgo de *law shopping* hace que las normas que regulan este tipo de relaciones estén configuradas y, sobre todo, sean interpretadas en una determinada línea: la evitación del *dumping* social. Sin desconocer que esto es así, tampoco cabe ignorar que en el teletrabajo que ahora nos ocupa existe un componente diferencial respecto del conjunto de las personas que desarrollan prestaciones transnacionales a distancia. En el nomadismo, la transnacionalidad no depende tanto de la iniciativa de la empresa, que solo la facilita, sino de la voluntad de la persona que libremente decide adoptar el nuevo «estilo de vida». Si esto es así, acaso las reglas establecidas resulten poco adecuadas. Para concluir este trabajo, haré algunas consideraciones al respecto, analizando, primero, los aspectos atinentes a la relación laboral y, después, los relacionados con la Seguridad Social.

### 3.1. Fuero competente y ley aplicable a la prestación de servicios

En primer lugar, y por lo que se refiere a la relación de servicios, no es posible simplificar las cuestiones implicadas. De entrada, coexisten normas europeas y españolas, resultando de aplicación unas u otras en función de su propia configuración y/o de los elementos transnacionales que estén en juego. En otras palabras, a ciertos efectos hay que distinguir prestaciones transnacionales que se desarrollan en el marco de la Unión Europea de aquellas que tienen elementos relevantes extracomunitarios. Además, la condición de nómada se proyecta tanto sobre prestaciones subordinadas como sobre relaciones profesionales de carácter autónomo, lo que obliga a diferenciar las soluciones, puesto que normalmente aquellas cuentan con un tratamiento separado de las restantes obligaciones contractuales. Todo ello, en fin, ha de ser combinado con la existencia de dos problemas diferentes, uno relacionado con la determinación de la jurisdicción competente y otro, con la ley aplicable.

En este complejo contexto, un rápido panorama de las cuestiones implicadas y las soluciones preconizadas sería el siguiente. En primer lugar, por lo que se refiere a la determinación de la jurisdicción competente, hemos de estar a las reglas contenidas en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Sus preceptos conducen, tanto para las prestaciones autónomas como para las subordinadas, al fuero del lugar de prestación de servicios, si bien con una sustancial diferencia en relación con la posibilidad de pactar alternativas. Para las primeras, aunque la regla general obligaría a acudir a la jurisdicción de la parte demandada (arg. ex art. 5.1 Reglamento 1215/2012), se admite la posibilidad de que la empresa cliente sea demandada en otro Estado miembro puesto que cabe hacerlo, «en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda»; y, salvo pacto en contrario, «cuando se trate

de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios» (art. 7.1 Reglamento 1215/2012).

La sección 5, del capítulo II, establece reglas especiales sobre la «Competencia en materia de contratos individuales de trabajo». La regla clave conduce de nuevo al domicilio de la empresa, bien que entendido en sentido amplio –puesto que el art. 20.2 la considera domiciliada allí donde «posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro»-. Sin embargo, para quien presta servicios es un fuero electivo, puesto que el artículo 21 b) admite que formule su demanda en otro Estado:

i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones de carácter autónomo, no se admiten más que en ciertas condiciones los acuerdos de sumisión explícita a una determinada jurisdicción. Conforme al artículo 23, «únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección».

Al margen de eso, las normas internas españolas, cuando resulten de aplicación para determinar la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales, contienen soluciones parecidas: a falta de sumisión expresa o tácita, son competentes «en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España», aunque la parte demandada no se encuentre en España (art. 22 *quinquies* a) LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –LOPJ–). Y, por lo que se refiere a las cuestiones litigiosas derivadas del contrato de trabajo, resulta aplicable el artículo 25 de la LOPJ, cuyo apartado 1.º establece la competencia de juzgados y tribunales:

[...] en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

Por lo que se refiere a la ley aplicable por el tribunal que resulte competente, hay que estar al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008,

sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuya vocación es de «aplicación universal», incluyendo los casos en los que la ley aplicable «no sea la de un Estado miembro» (art. 2). El panorama es similar al descrito para la determinación del fuero. En el caso de las prestaciones autónomas, prevalece la «ley elegida por las partes» que «deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso» (art. 3.1). En su defecto, «el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual» (art. 4.1 c).

Las reglas sobre «contratos individuales de trabajo» contenidas en el artículo 8 limitan la facultad de selección de la norma aplicable: aunque, según su apartado 1:

El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3 [...], dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

Y estas tres normas dan prevalencia a «la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente» salvo desplazamientos temporales a otro (apdo. 2); y, solo en su defecto, «el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador» (apdo. 3). Todo ello sin perjuicio de que, si «del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país» (apdo. 4).

No es posible entrar en detalles respecto de la intensa doctrina jurisprudencial que ha aplicado estos preceptos; ni tampoco en los debates teóricos que ha suscitado su aplicación al teletrabajo. Cabe reenviar la reconstrucción de todo ello a los estudios especializados sobre esta cuestión (*cf.*, especialmente, Martín-Pozuelo López, 2022). Lo que interesa hacer en el espacio de que dispongo es señalar algunas ideas muy generales en relación con el problema que nos ocupa. En primer lugar, la realidad del teletrabajo transnacional no ha sido contemplada específicamente por las normas que estamos considerando. Se trata de normas de la época analógica en las que los referentes de trabajos transnacionales son bien diferentes estructuralmente al trabajo en remoto que posibilitan las TIC actuales. En segundo término, las especialidades de las normas de determinación del fuero y de la ley aplicable en relación con el trabajo por cuenta ajena guardan relación con las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico-laboral. Desde esta perspectiva, conducen a soluciones que pueden ser razonables, pero que no son demasiado coherentes (Ma Zhou, 2022, p. 209). De un lado, se busca aproximar el fuero a la persona que trabaja, lo que conduce a valorar el lugar de la prestación de servicios; pero, de otro, sobre la base de los riesgos de *dumping* social que produce la utilización de este criterio en relación con el teletrabajo, se insiste, al menos en el plano teórico, en encontrar

criterios distintos de determinación de la ley aplicable, que impliquen la aplicación de las normas del Estado en que radica la empresa: las propuestas interpretativas destacan las diferencias del teletrabajo con respecto a las prestaciones transnacionales de carácter «análogo» buscando justificar con ello la selección de este último punto de conexión. En todo caso, y en fin, este tipo de aproximaciones continúa siendo discutido y carece de todo refrendo normativo o jurisprudencial.

El modelo resultante es poco adecuado si lo que se pretende es facilitar la vida de los nómadas digitales por cuenta ajena. Como sabemos, las empresas no tienen en el nomadismo otro interés que el relacionado con la retención del talento. Pero quizá sea excesivo el precio que deban pagar por el papel pasivo que asumen en este tipo de relaciones laborales. De entrada, aceptar este tipo de prestaciones implica exponerse al riesgo «de verse demandada en este país de destino, a pesar de no tener ningún tipo de interés económico o establecimiento en el mismo» (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 109). Por otro lado, la falta de seguridad de las soluciones aplicables desde la perspectiva de la selección de la norma aplicable no es desdeñable, de modo que obliga a un plus de cautela en el momento de autorizar la prestación transnacional. Sin embargo:

[...] no parece razonable que un empresario que carece de interés económico alguno en un país determinado, se vea obligado a conocer y aplicar toda su normativa laboral simplemente por acceder a una petición de la persona trabajadora motivada por sus intereses personales (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 105).

### 3.2. Nómadas digitales y sistema de Seguridad Social

Los problemas en materia de Seguridad Social son similares a los que acabamos de considerar. Las normas europeas de coordinación en la materia, incluidas en el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, parten, como es sabido, del principio general de que «las personas a las cuales sea aplicable el presente reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título» (art. 11.1). A estos efectos, el criterio general para delimitar cuál es este Estado se encuentra en el artículo 11.3 a), conforme al cual «la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro». De nuevo, pues, el criterio del lugar de prestación de servicios resulta determinante, ahora del encuadramiento en un determinado sistema nacional de Seguridad Social. Y de nuevo también entramos en un mundo de complicaciones, en la medida en que la presencia de elementos transnacionales en el desarrollo de las relaciones de prestación de servicios implica la aparición de reglas especiales. No en vano el encabezamiento del artículo 11.3 indica textualmente que las que establece son «a reserva de lo dispuesto en los artículos 12 a 16».

Por un lado, el hecho de que la ejecución se produzca en otro Estado miembro, siempre que «la duración previsible [...] no exceda de 24 meses», no implica el cambio en la legislación aplicable, ni para las prestaciones subordinadas ni para las autónomas (art. 12). Pero, mientras que para estas últimas estamos en presencia de una decisión voluntaria, puesto que nada se nos dice al respecto, para las primeras se trata de una de carácter forzoso, puesto que es el empleador quien les envía «para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro». Por otro, el artículo 13 se ocupa del «ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros», en el que deben distinguirse dos situaciones: si existe coincidencia entre la residencia y el ejercicio de una parte sustancial de la actividad, el Estado miembro competente es el de residencia; cuando tal coincidencia no existe, prevalece el foro delimitado por la sede de la empresa, en el caso de personal asalariado, y el del «centro de interés de sus actividades» para el autónomo. El Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, establece algunas reglas para concretar estas nociones, que incluyen tanto a quien «al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro ejerce simultáneamente una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad» como a quien «ejerce de manera continuada actividades alternas, exceptuadas las actividades de carácter marginal, en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia» (art. 14.5).

Como anuncié, la situación es muy parecida a la que se produce en relación con la ley aplicable al contrato de trabajo. Sea por la vía del lugar en el que se prestan efectivamente los servicios, sea por el criterio de la residencia, en los casos en los que se prestan actividades en dos o más Estados miembros, el Estado competente parece depender del lugar de la prestación de servicios y, en definitiva, de la residencia de quien presta sus servicios a distancia. Y de nuevo también ello resulta de unas reglas diseñadas en época analógica que no tienen presentes las virtualidades de las actuales prestaciones en remoto. A la postre, la solución no resulta satisfactoria ni para el teletrabajo en general, puesto que posibilita conductas empresariales de *law shopping* con el consiguiente deterioro de las condiciones, ni para el desarrollado en el marco del nuevo nomadismo digital en particular.

En este último terreno, debe tenerse en cuenta que el cambio de ordenamiento de cobertura de Seguridad Social despliega efectos negativos sobre las personas protegidas. Incluso si al final quedan compensados por acción de las normas de coordinación, a corto plazo pueden implicar dificultades administrativas en el acceso a las prestaciones. Y ello sin contar con que la prestación transnacional no se limita al ámbito europeo, lo que supone que puede no contarse con la cobertura de los citados reglamentos y depender de un convenio bilateral o, incluso, carecer de toda regla de coordinación entre ordenamientos. Desde la perspectiva de la empresa, el cambio del sistema de Seguridad Social tampoco es necesariamente bien recibido. Acaso pueda implicar alguna ventaja en los costes a satisfacer, pero puede tener serios inconvenientes operativos toda vez que queda vinculada administrativamente en un Estado en el que no cuenta con estructura organizativa. Ciertamente, en la



práctica se han ido arbitrando expedientes para solventar este tipo de cuestiones; pero no siempre están exentos de problemas (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, pp. 110 y ss.); y lógicamente, ello se mueve en contra del nomadismo, puesto que, como sabemos, la empresa no tiene en principio grandes intereses en esta forma de prestación de servicios.

Se ha intentado solucionar este tipo de problemas reconstruyendo un criterio alternativo para determinar el Estado competente en materia de Seguridad Social. A la vista de las ventajas que presenta para todas las partes de la relación, la interpretación doctrinal ha intentado relacionarlo con la sede de la empresa empleadora, sobre la base de que el trabajo en remoto se presta directamente en ella, habida cuenta de las características de la tecnología que lo sustenta (Carrascosa Bermejo, 2023, pp. 84 y ss., conforme, Benlloch Charro, 2023).

En esta línea parece moverse la evolución del derecho europeo. Es verdad que los reglamentos de coordinación continúan inamovibles. Pero también lo es que la experiencia de la pandemia ha hecho aparecer determinadas experiencias que se mueven en la línea de flexibilizar la aplicación de sus preceptos a las nuevas situaciones de teletrabajo transnacional que han aparecido. La diversidad de comportamientos de los Estados miembros para darles solución ha acabado conduciendo a la adopción de decisiones en el marco de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Se trató primero de sucesivas notas orientativas de vigencia temporal y más recientemente de una propuesta de acuerdo marco consensuado con base en los reglamentos de coordinación (Carrascosa Bermejo, 2023, pp. 72 y ss.), actualmente en fase de aceptación por parte de los Estados miembros con vistas a su entrada en funcionamiento desde 1 de julio de 2023, cuando finalice la vigencia de las notas orientativas. Estas actuaciones se mueven en la buena dirección, la de hallar un fuero de Seguridad Social que satisfaga las expectativas de nómadas y de empresas y clientes, con el establecimiento de las garantías adecuadas para que no pueda ser utilizado de forma fraudulenta. Sin embargo, no pasan de ser experiencias situadas en el terreno del *soft law*, con todos los riesgos que ello tiene, y que además no solucionan competamente el problema –puesto que, aunque menores, siguen previendo límites porcentuales a la cantidad de teletrabajo desarrollado desde el país de residencia–. Por supuesto, si de verdad se pretende potenciar el «estilo de vida» de nómadas digitales y posibilitar esta forma de atracción del talento, sería necesario que los temas vinculados a sus relaciones de trabajo y Seguridad Social entraran en la agenda normativa.

## Referencias bibliográficas

Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX. (2021). *Libro blanco sobre movilidad internacional*. <https://feex.org/wp-content/uploads/2022/06/Libro-blanco-sobre-Teletrabajo-Internacional.pdf>

Benlloch Charro, J. (2023). El teletrabajo de carácter internacional tras la entrada en vigor de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre: propuestas sobre la legislación de seguridad social aplicable a los nómadas

- digitales. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 62, 35-54.
- Blat Gimeno, F. (2000). El marco socioeconómico de la descentralización productiva. En *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno* (pp. 17-56). Tirant lo Blanch.
- Carrascosa Bermejo, D. (2023). Seguridad Social aplicable en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital. *Labos*, 4(1), 59-92. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7639>
- Fernández Prol, F. (2022). Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional). *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 154, 97-124.
- Garicano Solé, A. y De Armiño Rodríguez, J. A. (2021). Retos legales del teletrabajo internacional. *Documentación Laboral*, 124, 99-120.
- Goerlich Peset, J. M. (2021a). COVID-19 y relaciones laborales: nuevos desafíos para el teletrabajo. *La Red. Revista Internacional sobre el Derecho en el Contexto de la Globalización*, 1, 79-99.
- Goerlich Peset, J. M. (2021b). La regulación del trabajo a distancia: una reflexión general. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (Coords.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 29-53). Thomson Reuters Aranzadi.
- Ma Zhou, Z. (2022). La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de *lege ferenda*. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 165, 183-213.
- Martín-Pozuelo López, A. (2022). *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch.
- Mories Jiménez, M. T. (2022). Una nueva realidad laboral y familiar: los nómadas digitales. Problemas de deslocalización de rentas del trabajo y nuevas fórmulas de atracción del talento a nuestro sistema fiscal. En A. M. Cubero Truyo, F. García Berro y L. Toribio Bernárdez (Eds.), *Adaptación de la normativa tributaria a las nuevas realidades familiares* (pp. 621-673). Tirant lo Blanch.
- Romero Burillo, A. M. (2020). Del contrato de trabajo a domicilio al trabajo a distancia. En *Estatuto de Trabajadores, 40 años después* (pp. 479-508). Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones.
- Sanchis Gómez, E. (1984). *El trabajo a domicilio en el País Valenciano*. Ministerio de Cultura
- Sierra Benítez, E. M. (2021). La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 6(2), 8-18. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.01>

**José María Goerlich Peset.** Licenciado por la Universidad de Valencia y Doctor por la de Bolonia (Italia), es Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde enero de 1996. Autor de varias monografías, publica con asiduidad artículos y comentarios de jurisprudencia en las revistas especializadas. Ha sido Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Letrado del Tribunal Constitucional y consejero del Consejo Económico y Social. <https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>

# La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva

**Adrián Todolí Signes**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València (España)*  
adrian.todoli@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-7538-4764>

## Extracto

El estudio sostiene que la dirección algorítmica de las personas trabajadoras, en las empresas de plataformas digitales y también en otro tipo de empresas, está incrementando las posibilidades de externalización productiva. La necesidad de la empresa principal de controlar la prestación de servicios de la contratista se consigue con el aumento de las tecnologías de vigilancia y los algoritmos. Este trabajo analiza la relevancia jurídica del control algorítmico por parte de la principal a efectos de la calificación de cesión ilegal de trabajadores. Además, determina que el control algorítmico será un elemento clave dadas las capacidades de control concreto y en tiempo real que proporciona a la principal sobre las personas trabajadoras de la contratista y la relevancia del mismo como medio de producción para poder prestar los servicios contratados. Adicionalmente, califica como insuficiente e inadecuada la regulación actual en materia de cesión ilegal de trabajadores. El trabajo termina con un análisis de los perjuicios que provoca para los derechos de las personas trabajadoras la externalización productiva y, como alternativa a la inadecuada institución de la cesión ilegal de trabajadores, se propone una regulación que obligue a considerar a toda la red empresarial como si de una única empresa se tratara a efectos de ciertas regulaciones laborales con objeto de evitar la «huida del derecho del trabajo» mediante la externalización productiva.

**Palabras clave:** algoritmos; dirección algorítmica; externalización productiva; cesión ilegal de trabajadores; subcontratación; trabajo en plataformas; redes empresariales.

Recibido: 19-06-2023 / Aceptado: 11-07-2023 / Publicado: 06-09-2023

**Cómo citar:** Todolí Signes, A. (2023). La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 65-91. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19235>



# Algorithmic management of business networks: digital platforms, artificial intelligence and production decentralisation

**Adrián Todolí Signes**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València (España)*

[adrian.todoli@uv.es](mailto:adrian.todoli@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0001-7538-4764>

## Abstract

The study argues that the algorithmic management of workers, in digital platform companies as well as in other types of companies, is increasing the possibilities for productive outsourcing. The need for the parent company to control the contractor's service provision is being supplemented by the rise of surveillance technologies and algorithms. This paper analyses the legal relevance of algorithmic control by the principal for the purposes of the qualification of illegal agency work. Also determines that algorithmic monitoring will be a key element given the concrete and real-time control capabilities it provides to the principal over the contractor's workers and the relevance of the same in order to be able to provide the contracted services. In addition, describes the current regulation on the illegal transfer of workers as insufficient and inadequate. The paper ends with an analysis of the damage caused to workers' rights by production outsourcing and, as an alternative to the inadequate institution of the illegal transfer of workers, it proposes a regulation that would make it compulsory to treat the entire business network as if it were a single company for the purposes of certain labour regulations in order to avoid the "flight from labour law" by means of production outsourcing.

**Keywords:** algorithms; algorithmic management; outsourcing; illegal assignment of workers; subcontracting; platform work; company network.

Received: 19-06-2023 / Accepted: 11-07-2023 / Published: 06-09-2023

**Citation:** Todolí Signes, A. (2023). Algorithmic management of business networks: digital platforms, artificial intelligence and production decentralisation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 65-91. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19235>



## Sumario

1. La tecnología como motor del desmantelamiento de la empresa vertical
    - 1.1. Plataformas y redes algorítmicas de empresa
    - 1.2. El control algorítmico de la red empresarial
  2. La dirección algorítmica es ejercicio del poder de dirección
    - 2.1. El concepto de asalariado
    - 2.2. Poder de dirección algorítmico y externalización productiva
      - 2.2.1. La dirección algorítmica y las funciones inherentes a su condición de empresario
      - 2.2.2. El algoritmo como medio de producción necesario para la actividad
  3. Trabajar bajo una marca ajena o la apariencia externa de ser una única empresa
  4. La gestión algorítmica de las redes empresariales y la «huida del derecho del trabajo»
  5. Propuestas regulatorias para superar la dicotomía planteada por la cesión ilegal de trabajadores
- Referencias bibliográficas

**Nota:** investigación que forma parte del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado «Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo» (ref. PID2022-13967NB-I00).

## 1. La tecnología como motor del desmantelamiento de la empresa vertical

### 1.1. Plataformas y redes algorítmicas de empresa

La desintegración de la empresa vertical lleva más de cuatro décadas produciéndose. Las empresas, desde los años setenta, se embarcaron en una profunda modificación de su estructura interna a través de procesos de externalización productiva (redes empresariales, contratas, franquicias...) que han reducido su tamaño y el número de actividades que realizan internamente. A causa de la presión de los mercados de capital por reducir costes, riesgos y mejorar la adaptabilidad de la empresa a las circunstancias del mercado han reducido su estructura al mínimo posible.

El objetivo consiste en que las empresas solamente produzcan internamente las actividades que otorguen mayor valor añadido, contratando (con personas trabajadoras autónomas o con otras empresas) en el mercado todo lo demás. Esto ha llevado a que muchas empresas se dediquen únicamente a la construcción de una marca que ofrece productos o servicios queridos por los clientes finales. Por el contrario, la producción y distribución de esos productos será contratada a otras empresas que realizarán sus funciones bajo la marca de la principal y bajo sus dirección y control con objeto de garantizar los estándares de calidad decididos por la principal (empresa propietaria de la marca).

En efecto, aunque en un principio de este proceso (años setenta) las empresas solamente contrataban externamente las funciones accesorias del negocio, a partir de los noventa incluso las funciones principales se contratan en el mercado. Así, inicialmente, se comenzó externalizando todo aquello que se consideraba un coste y que no aportaba valor añadido a la marca: cuestiones como la gestión de los recursos humanos (servicios de gestoría) o de los servicios informáticos fueron contratadas en el mercado a otras empresas. Posteriormente, otros elementos que también se veían como un coste fueron externalizados. Así, los servicios de limpieza, mantenimiento y seguridad pasaron a «comprarse» en el mercado a través de empresas de servicios en lugar de ser personas asalariadas contratadas directamente por la empresa principal. Aunque para un hotel o un restaurante los servicios de limpieza son claves para el *core bussines* y el éxito de la empresa, la facilidad de control del trabajo realizado incitó a las empresas a contratar este tipo de servicios a terceras empresas. En efecto, conocer si la empresa contratista de limpieza cumplía su contrato era fácilmente observable a pesar de que la principal no controlara cómo se realizaba el trabajo, sino simplemente observando el resultado.

Estos procesos de desintegración vertical se mostraron muy ventajosos para las empresas principales. La reducción de costes desde la perspectiva de la empresa principal era enorme (los mecanismos exactos mediante los que esta reducción de costes se obtenía los veremos más adelante). Vista esta reducción de costes, los mercados financieros exigieron mayores desintegraciones de las empresas (Boltanski y Chiapello, 2002). Esto llevó a que se iniciaran estos procesos en actividades que, hasta el momento, se habían considerado aún más esenciales para la empresa. De esta forma, las cadenas hoteleras no solamente externalizan la limpieza, sino la propia gestión de todo el hotel mediante contratos mercantiles y de franquicias. Las empresas de reparto o transporte externalizan los repartos, las empresas de extracción y distribución de petróleo externalizan, bajo su marca, la gestión de las gasolineras, etc.

Desde la perspectiva económica, las empresas de alto valor añadido solamente conservarán dos elementos: de un lado, la marca querida por los consumidores, de otro lado, una estructura mínima que permita dirigir y controlar que todas las empresas contratistas o franquiciadas cumplen sus funciones como si estuvieran integradas en la propia empresa.

Se considera que el alto valor añadido está en los clientes y solamente en ellos. Por ello, el *core bussines* de una empresa exitosa debe centrarse en fidelizar a la clientela. Esto se realiza mediante i) una marca reconocida y querida por los consumidores que otorgue a la empresa una posición de competencia monopolística que le conceda la posibilidad de establecer precios por encima de los de mercado; ii) un sistema de dirección y control de las empresas contratistas que garantice que los servicios prestados se realizan conforme a los estándares decididos por la empresa principal.

Estas dos cuestiones son tan importantes que la empresa principal centra parte de su estrategia fundamental en asegurar que el cliente final desconozca que los servicios están siendo externalizados. En efecto, para el consumidor final cuando va a un McDonald's, incluso aunque sepa que determinado establecimiento no está gestionado por la propia McDonald's, en su experiencia consumidora no detectará nada distinto. De hecho, fallar en conseguir esta uniformidad implicará que la empresa principal extinga el contrato de franquicia impidiendo al franquiciado seguir prestando servicios o vendiendo bienes bajo esa marca. De la misma forma, cuando un repartidor o una repartidora de Glovo o de Fedex trae una mercancía a casa, el consumidor final desconocerá la externalización del servicio, e incluso, si la conoce formalmente, no se verá afectado por ella materialmente, dado que todos seguirán los mismos estándares de calidad aplicados por la principal.

De esta forma, se observa cómo, mediante la externalización, las empresas pueden «tenerlo todo». Por un lado, la reducción de costes y de responsabilidad que implica interponer una empresa –o varias– intermedia entre ellas y la mano de obra que presta el servicio, a la vez que mantienen un férreo control sobre cómo se presta el servicio para sus clientes (los clientes finales de la marca) en su beneficio.

A efectos de lo que aquí interesa, lo que ha posibilitado desde los años setenta el mantenimiento de esos estándares y uniformidad en la prestación de servicios, a pesar de su externalización mediante empresas formalmente independientes, ha sido la tecnología. Como señala Weil (2014), en su famoso libro *The fissured workplace*, la explosión en potencia de computación, velocidad y memoria de los ordenadores, así como la creación de tecnología como los códigos de barras, los GPS, los sensores electrónicos, es lo que ha permitido el imparable proceso de la externalización de servicios.

En este contexto, la dirección algorítmica parece el último –y quizá definitivo– elemento que permitirá la completa adhesión al modelo de externalización total de la provisión de bienes y servicios de aquellas empresas que todavía no lo hacían (Adams y Mastracci, 2019).

En este trabajo se demostrará cómo la dirección algorítmica ejercida por la empresa principal permite el control de la persona trabajadora individual contratada, formalmente, por la empresa contratista. Y cómo esto, a su vez, incentiva un incremento en la externalización de actividades, particularmente de aquellas que no pueden ser controladas únicamente observando el resultado de la actividad prestada, sino que es necesario controlar también los procesos y la forma de realización de la actividad contratada.

## 1.2. El control algorítmico de la red empresarial

La perspectiva histórica nos expone cómo las primeras actividades que se externalizaron, las que no formaban el *core bussines* de la empresa, podían ser «controladas» únicamente observando el resultado final del trabajo. Sin embargo, en la segunda fase de la externalización, en la que nos encontramos actualmente, donde gran parte de las empresas externalizan su actividad principal, esta debe monitorizar no solo el resultado final de la actividad contratada, sino también el proceso, incluyendo supervisar y dirigir la actividad de las personas trabajadoras individuales.

La tecnología algorítmica permite ese control detallado, rígido y en tiempo real. Esto provocará que conforme el uso de la tecnología algorítmica vaya expandiéndose se facilitará el control de las empresas contratistas y, con ello, la descentralización productiva.

Como expuse en mi libro *Algoritmos productivos y extractivos* (Todolí Signes, 2023), la principal función de los algoritmos en el trabajo es permitir la automatización de la dirección de las personas trabajadoras, entendida como el proceso de selección, evaluación, vigilancia y control, uso del poder disciplinario, fijación de horarios, distribución salarial y cualquier otra función inherente al poder empresarial dentro del contrato de trabajo. Ahora bien, esta función no tiene por qué quedar limitada al ámbito interno de la empresa (dirección de las propias personas trabajadoras solamente), sino que servirá también para que una empresa pueda automatizar la dirección y control de la fuerza de trabajo de otras empresas de su red (personas trabajadoras autónomas, contratistas, franquicias, etc.).



Los algoritmos automatizan, de un lado, la obtención y procesamiento de información, de otro, la vigilancia y el control del cumplimiento de las instrucciones y, finalmente, de la toma de decisiones basadas en la información obtenida. Así, las empresas principales podrán recoger cada vez más información de las empresas que trabajan en su red –y de sus trabajadores directamente– a la vez que imponen sus estándares de manera uniforme mediante las decisiones tomadas por los algoritmos. Esto es, las fronteras artificiales creadas por las distintas personalidades jurídicas de las sociedades mercantiles no solamente se verán rotas por las instrucciones o estándares impuestos por la principal, sino también directamente mediante un canal bilateral –de ida y vuelta de información e instrucciones– entre la persona trabajadora de la empresa externa y la empresa principal creado por el algoritmo.

Conforme al modelo de Coase, el nivel de externalización en una empresa depende de los costes para obtener información y de establecer mecanismos de control sobre el nivel de cumplimiento con los estándares impuestos por la principal sobre las empresas externas (Coase, 1937). Así, conforme los algoritmos abaraten, no solo la obtención de información, sino también el procesamiento de la misma y la toma de decisiones, se observará un incremento sin precedentes de la misma.

La realidad es que no será necesario esperar al futuro para observar el uso de la inteligencia artificial aplicada a la supervisión de la mano de obra de otras empresas de la red. Un primer ejemplo lo encontramos en las franquicias de comida rápida. McDonald's pone a disposición de todos sus franquiciados un algoritmo de selección de personal.

Históricamente, McDonald's ya establecía, en sus «manuales» para los franquiciados, qué perfil de mano de obra debía contratar, por lo que el uso de un mismo algoritmo para todas las franquiciadas permitirá una imposición absoluta de estos criterios en la selección de personas trabajadoras «de» McDonald's (recuérdese que formalmente al menos no serán de McDonald's, sino de la franquiciada). El uso de este algoritmo no solamente obligará a un escrupuloso cumplimiento de los estándares marcados por la principal, sino que también le concederá, a la principal, grandes dosis de información proveniente de la contratista con objeto de mejorar sus sistemas de contratación. En efecto, el sistema de «ensayo-error» mediante la contratación para las franquicias otorgará, a la principal, datos que permitirán mejorar su sistema de contratación (mejorar el algoritmo), y estas mejoras servirán para toda la red de franquicias. Cada nueva «mejora» del algoritmo automáticamente será aplicada a todas las empresas de la red, esto es, como si de una única empresa se tratara.

PizzaHut se está moviendo en contexto similar. Como Aloisi y De Stefano nos cuentan en su libro *Your boss is an algorithm* (2022), la franquiciadora está experimentando con un sistema de videocámaras y de reconocimiento de formas y colores que permite a un algoritmo analizar si la *pizza*, elaborada en cualquier establecimiento de la red de franquicias, cumple con los requisitos de calidad (forma redonda, tipo, cantidad y proporción de ingredientes, velocidad de elaboración, etc.) fijados en los manuales de la franquicia. Así, el control sobre el cumplimiento de los mismos es absoluto. Un control que no es general sobre la franquiciada,

sino que comprende la actuación de cada una de las personas trabajadoras, y cada una de sus actuaciones minuto a minuto, de la franquiciada. Todo ello, sosteniendo a nivel formal que las franquicias son independientes y libres para gestionar su negocio como consideren oportuno.

De la misma forma, Amazon, cuando subcontrata la distribución de paquetes con otras empresas, estas deben integrarse en la red algorítmica de Amazon. Así, conforme señala un acta de la Inspección de Trabajo de Cataluña, las personas trabajadoras de las empresas contratistas deben registrarse en la *app* de Amazon y solamente a través de ella pueden contactar a los clientes finales (Esteve Segarra y Todolí Signes, 2021). Además, estos deberán escanear los códigos de los paquetes de Amazon para que el algoritmo sepa el estado de la distribución al recogerlos y de nuevo al entregarlos. Los repartidores y repartidoras, formalmente personas trabajadoras de la empresa externa, deberán rellenar los formularios para el sistema algorítmico de Amazon, seguir las rutas que el algoritmo diseñe y entregar los paquetes donde el sistema señale. En caso de incidencia, deberán comunicárselo directamente a Amazon a través de su *app* recibiendo respuesta de un *telebot* o *chatbot* de Amazon, el cual aportará soluciones en un primer lugar. Los clientes finales podrán valorar a este repartidor o repartidora a través de la *app* de Amazon, por lo que la empresa principal dispondrá directamente de esta información –sobre la evaluación de la persona trabajadora– para tomar decisiones de ámbito laboral si así lo considera oportuno. A su vez, Amazon también instala cámaras, que son visualizadas por una inteligencia artificial, en los vehículos, con el logo de Amazon, pertenecientes a las empresas contratistas que realizan repartos para Amazon con objeto de conocer si estos cumplen la normativa viaria al conducir los vehículos, cumplen con los límites de velocidad, sufren accidentes que puedan repercutir en la integridad de los paquetes, etc. (Palmer, 2021).

En muchas ocasiones, este uso del algoritmo proporciona una excusa para contratar personal formalmente independiente (personas trabajadoras autónomas individuales). Estos son los casos más conocidos: el trabajo en plataformas digitales. Así, Uber, a través del algoritmo, selecciona, dirige y sanciona a los conductores. Así lo han señalado múltiples sentencias a nivel internacional<sup>1</sup>. Particularmente elocuente se muestra la sentencia que considera trabajadores a los conductores de Uber en Gran Bretaña al señalar que no es posible entender que 30.000 conductores que prestan servicios para Uber en Londres sean independientes, puesto que, de ser realmente así, la empresa sería ingobernable<sup>2</sup>. En efecto, igual que en el resto de los casos, la empresa principal dueña de la marca tiene poderosos incentivos para controlar la estandarización y uniformidad del servicio prestado por todos los que actúan bajo su marca y la tecnología les proporciona ese control. De hecho, los incentivos para la monitorización son tan grandes que, si esta no fuera posible, la empresa internalizaría el servicio (como se hacía históricamente).

<sup>1</sup> Véase, Sentencia de la Corte de Apelación de París de 13 de diciembre de 2017, asunto Le Cab; Sentencia de la Corte Suprema de California sobre conductores de Dynamex de 30 de abril de 2018; Sentencia del Tribunal Supremo español (STS) sobre repartidores de Glovo 805/2020, de 25 de septiembre.

<sup>2</sup> Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido sobre Uber de 19 de febrero de 2021, asunto Uber.

## 2. La dirección algorítmica es ejercicio del poder de dirección

### 2.1. El concepto de asalariado

Alrededor del mundo, uno de los criterios principales usados para confirmar la existencia de una relación laboral es la dirección de las personas trabajadoras. Es decir, una persona trabajadora autónoma no podrá considerarse verdaderamente independiente si recibe instrucciones o es controlada por la empresa para la que trabaja<sup>3</sup>. De esta manera, parece lógico que el uso de algoritmos para «dirigir» la prestación de servicios difícilmente será compatible con considerar independientes a las personas prestadoras de servicios bajo el principio de realidad.

En primer lugar, si la empresa usa el algoritmo para determinar qué encargos realiza a cada persona, si el algoritmo determina las rutas, los ritmos de trabajo, los plazos «óptimos» para realizar cada encargo, monitoriza la realización del encargo enviando información a la empresa y procesándola, si toma decisiones en materia de retribuciones (cálculo del precio del encargo), o de carácter disciplinario, serán indicios de laboralidad.

En segundo lugar, incluso, aunque el algoritmo no plantee instrucciones directas y concretas sobre cómo la persona autónoma debe realizar el trabajo, la existencia del algoritmo y su uso a efectos laborales también puede, en algunos casos, conducirnos a la misma solución. En efecto, en muchos casos el algoritmo no establece instrucciones concretas sobre la forma, modo y tiempos de la prestación de servicio, pero sí acota de forma notable la libertad de la persona trabajadora. Así, por ejemplo, es posible que la empresa, a través del algoritmo, otorgue libertad a la persona trabajadora para elegir sus horarios de trabajo. Sin embargo, esta libertad puede estar restringida a solamente determinadas franjas (horas de comidas y cenas en caso de reparto). De la misma forma, es posible que el algoritmo le permita elegir la mejor ruta de reparto, a la vez que señala el orden (o el momento) en que los paquetes deben ser entregados; lo que *de facto* limita sumamente las posibilidades de elección de la ruta.

También es posible que el algoritmo cree un sistema que haga que, aunque no sea fácilmente observable, esa libertad no sea real. Así, por ejemplo, imaginen un algoritmo que permite que cualquier *rider* se conecte desde cualquier lugar de la ciudad para esperar un encargo. La persona tendría libertad para elegir en qué lugar espera su encargo (pudiendo

<sup>3</sup> STS de 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) –caso de limpiadores de escaleras–; STS de 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas–; STS de 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (rec. 1701/2008) –recogedor productos higiénicos–; SSTS de 16 de julio de 2010 (recs. 3391/2009 y 2830/2009) y de 19 de julio de 2010 (recs. 1623/2009 y 2233/2009) –artistas y dobladores–; STS de 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004) –abogados–; STS de 21 de junio de 2011 (rec. 2355/2010) –subagentes de seguros–; STS de 14 de julio de 2016 (rec. 539/2015) –agentes de seguros–; STS de 16 de noviembre 2017 (rec. 2806/2015) –traductores–; STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 3205/2015) –montadores de ascensores–.

elegir incluso su propia casa). Ahora bien, si la empresa diseña el algoritmo para que solamente asigne encargos a las personas que físicamente se encuentran cerca de los locales de comida, esta persona trabajadora que «ejerce» su libertad nunca recibirá ningún encargo. Así pues, no existe tal libertad, puesto que el sistema realmente le obliga a esperar encargos cerca de los locales de recogida de comida.

De la misma forma, es posible que la empresa le permita elegir el «precio» de su trabajo. Sin embargo, si el sistema algorítmico está programado para que elija siempre el precio más bajo (sobre todo en tareas perfectamente fungibles), la realidad es que no existirá tal libertad, sino que el algoritmo lo que estará creando es una subasta a la baja del precio de trabajo, que terminará convergiendo en el límite mínimo señalado por el algoritmo.

En efecto, como se ve en estos ejemplos, aunque el algoritmo con el que interactúa la persona trabajadora permite cierta «libertad», esta estará siempre acotada y determinada por los parámetros del propio algoritmo. Es decir, el algoritmo, aunque se programe para admitir posibilidades de elección, creará siempre un sistema en beneficio de la empresa donde la libertad se verá coartada. De esta forma, tener la obligación de prestar servicios dentro de este sistema algorítmico creado por la empresa es ya en sí misma una instrucción del empleador que podría llegar a considerarse suficiente para calificar de laboral a aquellas personas trabajadoras individuales que prestan servicios mediante el mismo.

En tercer lugar, el algoritmo debe ser considerado un medio de producción. Algunos sistemas jurídicos, como el español o el estadounidense cuando aplica el test de realidad económica (Todolí Signes, 2020b), consideran que una persona autónoma solamente puede ser tal si es propietaria/tiene a su disposición todos los elementos relevantes para poder prestar servicios. Es decir, el autónomo será aquel que posee «estructura empresarial suficiente». Por el contrario, si la estructura empresarial necesaria para ejercer el negocio pertenece a la empresa que recibe los servicios del autónomo, habrá que entender que este no es realmente autónomo, sino asalariado.

En este sentido, en la mayoría de casos, el algoritmo es un elemento necesario para poder realizar el negocio y si este pertenece a la empresa, el que presta servicios usando ese algoritmo deberá ser considerado asalariado.

Para un repartidor, difícilmente una bicicleta, un vehículo motorizado o un camión puede considerarse «estructura empresarial suficiente». Para llegar a esta conclusión solamente es necesario plantearse que, con anterioridad a la existencia de las plataformas de reparto –con su algoritmo, su *app* y su marca–, muchas personas ya contaban con una bicicleta y, a pesar de ello, no se dedicaban al reparto de mercancías. ¿Por qué? Porque con una bicicleta solamente no es posible dedicarse al negocio, es necesario el algoritmo y la interfaz para que los usuarios realicen los pedidos y también la marca reconocida por los usuarios que les facilite solicitar los encargos. Lo mismo ocurre con un coche para empresas tipo Uber.

Como ya señalé en *El trabajo en la era de la economía colaborativa* (Todolí Signes, 2017), de la misma forma que una fábrica es un medio de producción necesario y el que presta servicios usando la maquinaria de la fábrica no puede ser considerado empresario, puesto que no cuenta con los medios de producción requeridos, el algoritmo debe ser considerado la fábrica del siglo XXI. De esta forma, todo aquel que use el algoritmo como elemento necesario para prestar servicios deberá ser considerado empleado del propietario del mismo.

En definitiva, por estos tres argumentos: (i) el algoritmo dirigiendo el trabajo; (ii) el algoritmo creando un sistema donde la persona está obligada a prestar sus servicios; y (iii) el algoritmo como medio de producción; el uso de un algoritmo en el ámbito laboral parece conducir a la calificación de asalariado para las personas individuales que lo usan para prestar servicios para la propietaria del algoritmo.

Esta parece la opción tomada ya por algunas resoluciones judiciales. Así, en el caso Glovo en España, la STS 805/2020, de 25 de septiembre (Todolí Signes, 2020a), que considera que la relación que une a Glovo con sus repartidores es el contrato de trabajo, usa como uno de sus argumentos el hecho de que Glovo utilice un algoritmo para hacerlo.

En el mismo sentido, la «Ley  *rider*» (Todolí Signes, 2021a) hace referencia a la dirección algorítmica de la mano de obra como elemento esencial de la calificación del contrato de trabajo. Concretamente, la norma presume que existe contrato de trabajo cuando la empresa ejerce la dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo. De esta manera, se positiviza expresamente como elemento de calificación del contrato de trabajo el uso de un algoritmo para dirigir y controlar el trabajo, aunque se haga permitiendo cierta libertad dentro del «sistema» algorítmico. En efecto, la norma igualmente presume la laboralidad, aunque esa dirección algorítmica se realice de forma indirecta o incluso implícita. Es decir, aunque no haya instrucciones directas, el mero hecho de tener que trabajar bajo los parámetros o posibilidades fijadas por el algoritmo deberá considerarse una dirección indirecta o implícita activando con ello la presunción.

## 2.2. Poder de dirección algorítmico y externalización productiva

El ordenamiento jurídico-laboral español permite la libre externalización de servicios salvo que se incurra en cesión ilegal de trabajadores. Esta viene definida en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en los siguientes términos:

En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de las personas trabajadoras de la empresa cedente a la

empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

A pesar de la claridad del texto y de la contundencia al usar términos como «en todo caso» y «alguna de las siguientes circunstancias», desde el inicio, la jurisprudencia ha venido entendiendo que la licitud o ilicitud de una contrata debe dictaminarse observando el conjunto de circunstancias de la misma a través del conocido sistema de indicios. Así pues, en contra de la literalidad de la norma, la jurisprudencia ha entendido que carecer de una actividad propia y estable o no contar con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad por sí solos pueden ser insuficientes para calificar de cesión ilegal una contrata<sup>4</sup>. Por el contrario, será la observancia de todos los indicios, incluyendo algunos no señalados en la norma legal como la asunción de riesgos empresariales por parte de la contratista, lo que determinará la licitud o ilicitud de la contrata.

A estos efectos, la dirección algorítmica del trabajo puede jugar un papel fundamental a la hora de calificar tanto quién dirige realmente la prestación de servicios (quién ejerce las funciones inherentes a las personas empresarias) como quién es la propietaria de los elementos productivos necesarios para prestar el servicio.

### 2.2.1. La dirección algorítmica y las funciones inherentes a su condición de empresario

La llamada en ámbitos académicos «teoría del empresario efectivo» implica analizar quién ejerce las facultades directivas y de organización, por ejemplo, el control diario sobre los horarios de trabajo y la asistencia al puesto de trabajo o el poder disciplinario y, sobre todo, la forma en la que se ejecuta dicho trabajo<sup>5</sup>.

En el caso de empresas que usan la dirección algorítmica del trabajo, puede resultar relevante si la captación del cliente y la asignación de la persona trabajadora concreta, organizando los servicios y controlando el resultado, son ejercidas por la empresa principal propietaria del algoritmo. Así, habrá casos en los que el uso del algoritmo de la principal por parte de la fuerza de trabajo de la contratista limite el papel de la empresa contratista a volcar la asignación (decisión del algoritmo de la principal) en el móvil de la persona trabajadora, sin dar otras instrucciones sobre cómo ejecutar los servicios y sin establecer mecanismos de supervisión de su realización, al margen de los reportes de calidad o control efectuados por la empresa principal a través de su algoritmo.

<sup>4</sup> STS de 10 de junio de 2020 (rec. 237/2018).

<sup>5</sup> SSTs de 16 de febrero de 1989, de 19 de enero de 1993 (rec. 3400/1992), de 9 de enero de 2019 (rec. 108/2018), de 10 de junio de 2020 (rec. 237/2018), de 8 de julio de 2020 (rec. 14/2019) y de 12 de enero de 2022 (rec. 1903/2020).

En este sentido, ha de traerse a colación la doctrina judicial que ha señalado que dentro de las facultades de dirección y organización son principales la planificación y organización del trabajo<sup>6</sup>, el control *a posteriori* de las incidencias en la ejecución<sup>7</sup>, la fijación de horarios o jornada cuando es la empresa principal quien los fija a partir de la aplicación; y son secundarias, por ejemplo, el reclutamiento de personas trabajadoras, el pago de nóminas<sup>8</sup>, la gestión de cotizaciones a la Seguridad Social<sup>9</sup>, la recepción de partes de incapacidad temporal y la realización de reconocimientos médicos<sup>10</sup>.

Si se ejerce un poder organizativo y directivo por la empresa principal que ha diseñado el algoritmo, este indicio puede ser clave para entender que existe fraude en la externalización (cesión ilegal de trabajadores). Y esto puede ser así, aunque la empresa contratista proporcione mandos intermedios, en particular si se comparte el mismo espacio de trabajo en las instalaciones de la empresa principal. Los tribunales, en algunas sentencias, otorgan una gran importancia al tema del control del resultado, sin que el hecho de que exista un encargado de la empresa auxiliar pueda variar este indicio si este realiza un control formal sin impartir instrucciones sobre el trabajo a desarrollar<sup>11</sup> o, en caso de impartirlas, si se limita a ser un mero transmisor de las órdenes del empresario principal<sup>12</sup>.

En efecto, como señala el libro de Aloisi y De Stefano, *Your boss is an algorithm* (2022), «quien diseña el algoritmo y lo usa en su beneficio será quien realmente dirige el trabajo». De hecho, funciones clásicas del poder de dirección de la empresa, como el encargo de tareas, la distribución de horas o turnos de trabajo, las decisiones sobre la jornada, su ampliación o reducción, incluso la determinación de cómo realizar el trabajo –rutas concretas–, son realizadas por los algoritmos. De esta forma, la conexión directa o indirecta entre el algoritmo de la empresa principal y la persona trabajadora concreta implicará un ejercicio del poder de dirección de la empresa principal sobre la mano de obra de la subcontratista.

<sup>6</sup> En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla-La Mancha de 13 de enero de 2009 (rec. 820/2008) se determina la existencia de una cesión ilegal al organizarse el trabajo efectivamente por la principal, no haber formado la empresa contratista a las personas trabajadoras para el desarrollo de sus tareas –formación que se proporcionó por la principal– y realizar el trabajo sin presencia del personal de la empresa contratista más allá del día de la contratación y el del cese. En otros procesos suelen aportarse correos o circulares que ponen de manifiesto quién ejerce verdaderamente el poder de dirección.

<sup>7</sup> STSJ de Cataluña 1885/2024, de 4 de marzo, y STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2014 (rec. 1669/2013).

<sup>8</sup> STS de 12 de diciembre de 1997 (rec. 3153/1996) y STSJ de Cantabria de 5 de febrero de 2002 (rec. 988/2000).

<sup>9</sup> STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003 (rec. 1189/2002).

<sup>10</sup> STS de 14 de septiembre de 2001 (rec. 2142/2000).

<sup>11</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de julio de 2006 (rec. 125/2005) y Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 3 de Madrid de 3 de julio de 2006 (proc. 291/2006).

<sup>12</sup> Ello sucedió singularmente en el caso de los locutorios telefónicos. Véase STS de 17 de julio de 1993 (rec. 1712/1992).

Dentro de las funciones inherentes al empresario que pueden ser realizadas por el algoritmo se encuentran la evaluación y monitorización de la actividad de las personas trabajadoras. En este sentido, si la empresa principal usa el GPS para monitorizar la ruta, los horarios de entrega, la velocidad, las paradas realizadas por el trabajador..., estará ejerciendo poderes inherentes al empresario. Y es que, en una contrata lícita, la empresa principal debería limitar el ejercicio de su control al resultado final de toda la contrata (en global) y no a una monitorización particularizada de las actividades de cada una de las personas trabajadoras.

De la misma forma, si la empresa principal solicita las opiniones o valoraciones de los clientes (la reputación digital), bien para decidir qué personas de la contrata pueden seguir trabajando; bien para establecer jornadas, turnos de trabajo, carga de trabajo, tipo de tareas a realizar, asignación concreta de la persona para cada tarea; bien para enviar esos datos a la empresa contratista; de nuevo se estará ante un indicio de fraude en la externalización (cesión ilegal de trabajadores de la empresa contratista a la principal).

En efecto, en el primer supuesto –decidir qué personas deben ser apartadas de la contrata o despedidas–, se estará ejerciendo el poder disciplinario por parte de la principal. En el segundo supuesto –establecer jornadas, turnos, carga de trabajo–, estará realizando funciones de organización del trabajo. En el tercer supuesto –enviar la información para que sea la empresa externa la que «decida»–, implica de nuevo una interdependencia entre ambas empresas difícilmente compatible con la autonomía técnica de una contrata lícita. Es decir, el hecho de que sea la empresa principal, y no la contratista, la que recoja esos datos sobre las personas trabajadoras, aunque simplemente sea para luego enviárselos «perfilados» a la contratista, por sí solo ya parece suponer, al menos, la realización de parte importante de las tareas inherentes al empleador.

Cabe señalar que los algoritmos no transmiten únicamente instrucciones y realizan controles, los algoritmos manejan información. Esto significa que la empresa principal, mediante el algoritmo, estará volcando su *know-how* sobre la fuerza de trabajo de la empresa contratista. En efecto, el algoritmo transmitirá a las concretas personas asalariadas de la contratista su forma de realizar y prestar servicios. Como se ha visto en el caso de la subordinación de trabajadores, los algoritmos crean un sistema o marco de funcionamiento donde la autonomía de las personas trabajadoras estará siempre limitada por el propio algoritmo.

No todos los algoritmos funcionan de la misma manera ni limitan en el mismo grado la autonomía a las personas trabajadoras, no obstante, *a priori* no debería confundirse el marco de funcionamiento creado por el algoritmo con las clásicas tesis de las instrucciones de «mera coordinación» realizadas por la principal. En efecto, el control de la principal sobre el resultado de la actividad prestada por la contratista, así como las instrucciones de coordinación dictadas por la principal, han sido considerados elementos insuficientes para declarar la cesión ilegal<sup>13</sup> (García Murcia, 1981, p. 24; Martín Valverde, 1988, p. 238). Sin embargo,

---

<sup>13</sup> SSTs de 21 de enero de 2022 (rec. 553/2020) y de 12 de enero de 2022 (rec. 1903/ 2020); y STSJ de Galicia de 5 de junio de 2014 (rec. 898/2014).



los algoritmos, en la mayoría de las ocasiones, no se limitan a coordinar la actividad, por el contrario, son utilizados para controlar y delimitar la forma en que se presta el servicio por parte de la mano de obra de la contratista. No se busca simplemente controlar el resultado final de la prestación, sino ejercer el poder de dirección sobre cómo se ejecuta el trabajo en tiempo real por parte de las personas trabajadoras de la contratista.

Por otro lado, existe una doctrina judicial que descarta la cesión ilegal por considerar «lógico» que la principal emita instrucciones a la contratista. Esto es, mientras que la tesis de la «mera coordinación» descarta la cesión ilegal por la poca relevancia o intensidad de las instrucciones dictadas por la principal, la tesis de la «lógica» descarta la cesión ilegal, porque las instrucciones dictadas, aunque sean intensas y relevantes, son «necesarias» para realizar la actividad contratada<sup>14</sup>. Esta tesis de la «lógica» de las instrucciones dictadas por la principal ha sido usada por parte de la doctrina para descartar la dirección algorítmica de los trabajadores de la contratista como cesión ilegal (Jurado Segovia, 2022). Así, se dirá que es lógica la «homologación» de los conductores de la contratista por parte de la principal en el caso de Amazon descartando la cesión ilegal<sup>15</sup>.

Frente a esta argumentación de la «lógica» en el funcionamiento empresarial cabría señalar que, si la empresa principal necesita dirigir a las personas trabajadoras de la contratista para el buen funcionamiento del negocio, más lógico sería que los contratara internamente. En efecto, no se duda en que las instrucciones dictadas por la principal y un riguroso control de esta sobre la actividad prestada por los concretos trabajadores de la contratista puedan ser ventajosos, oportunos o incluso necesarios para el buen funcionamiento del negocio, sin embargo, lo que establece el artículo 43.2 del ET es que, si la empresa principal necesita –porque la lógica económica así lo determina– o simplemente desea controlar y dirigir a la fuerza de trabajo de la contratista, deberá internalizar la contrata.

## 2.2.2. El algoritmo como medio de producción necesario para la actividad

Entre los elementos requeridos (y suficientes) para declarar la cesión ilegal de trabajadores de acuerdo con el artículo 43.2 del ET, y rebajado a indicio por la jurisprudencia, se encuentra que el comitente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.

Así, dicta la jurisprudencia que, en el caso de que la actividad contratada requiera de elementos materiales<sup>16</sup>, debe comprobarse de qué forma se aportan estos por la empresa

<sup>14</sup> SSTSJ de Murcia de 23 de diciembre de 2004 (rec. 1227/2004), del País Vasco de 2 de mayo de 2007 (rec. 731/2007) y de Cataluña de 13 de enero de 2012 (rec. 5434/2011) y de 10 de marzo de 2020 (rec. 6034/2019).

<sup>15</sup> SJS número 6 de Oviedo 626/2021, de 19 de octubre.

<sup>16</sup> En efecto, el TS en alguna ocasión ha sostenido que, si la actividad contratada no requiere de infraestructura material relevante, su falta de existencia no implicará necesariamente que concurra una cesión ilegal de personas trabajadoras. Véase STS de 10 de junio de 2020 (rec. 237/2018).

principal y por la empresa externa. En este sentido, se suele poner el foco en si las empresas contratistas aportan o no infraestructura, de manera que, si esta no se aporta, existiría un puro prestamismo laboral fraudulento<sup>17</sup>.

Ahora bien, en el siglo XXI, ante la industria 4.0, la economía de plataformas digitales y la importancia de los algoritmos para prestar servicios, la exclusión de la calificación de cesión ilegal vendrá determinada por quién ostenta la propiedad de los elementos materiales (vehículos, infraestructuras, etc.), pero también los inmateriales (*software*, marca, algoritmos). Y de entre ellos se deberá graduar cuál/cuáles son más relevantes y de mayor valor económico.

En este sentido, este indicio clásico sobre la propiedad de los medios de producción para determinar la existencia de cesión ilegal de trabajadores no deberá ceñirse solamente a la aportación de los elementos materiales, sino a los elementos clave del negocio. De esta forma, que las empresas contratistas aporten solamente parte de los elementos productivos necesarios, siendo la empresa principal la que aporte el resto, de nuevo, determinará la indistinguibilidad e interdependencia de una respecto de la otra. El hecho de que la empresa contratista no pueda realizar su labor sin la principal implicará su subordinación económica a la principal, su alto nivel de sustituibilidad a ojos de la principal y la necesidad de esta de cumplir con cada una de las directrices de la principal para seguir en el negocio.

Así, existirá un fuerte indicio de cesión ilegal cuando la empresa intermediaria utilice la aplicación algorítmica o las aplicaciones informáticas de la principal (ya sea de forma gratuita u onerosa) para organizar el trabajo de las personas trabajadoras. También será así cuando exista una obligación de la contratista de utilizar la plataforma proporcionada por la empresa principal, de manera que para poder prestar el servicio sea imprescindible que la empresa contratista, o sus trabajadores, utilicen la aplicación de la empresa principal, sin poder recurrir a aplicaciones informáticas de empresas de la competencia.

También en este caso, se puede encontrar doctrina judicial que indica que el uso por parte de la contratista de herramientas informáticas de la principal no siempre determina la existencia de cesión ilegal, debiéndose valorar si la comitente aporta otra infraestructura y organización relevante<sup>18</sup>. En efecto, lo relevante será el valor económico del algoritmo o aplicación informática propiedad de la principal en comparación con el total aportado por la contratista. No obstante, cabe decir que esta doctrina existente hasta el momento enjuicia programas informáticos de valor y relevancia mucho menor al que pueda tener un algoritmo.

<sup>17</sup> SSTS 1604/1988, de 7 de marzo, 16440/1991, de 17 de enero, 5445/1993, de 17 de julio, y de 26 de octubre de 2016 (rec. 2913/2014).

<sup>18</sup> SSTS de 10 de enero de 2017 (rec. 1670/2014) y de 8 de enero de 2019 (rec. 3784/2016).

Por otro lado, también, se ha pretendido excluir la relevancia de un *software* para declarar la cesión ilegal al entender que para poder realizar el servicio prestado se «exigía» acceder y usar los datos y el programa informático de la principal. De nuevo, este argumento de «exigencia» recuerda bastante al argumento de la «lógica» expuesto en el epígrafe anterior. En efecto, es posible que para poder prestar un servicio sea necesario, exigible o lógico que la contratista use medios de producción relevantes de la principal –incluidos sus algoritmos o programas informáticos–. Sin embargo, como se ha señalado en el epígrafe anterior, si las personas asalariadas de la contratista necesitan usar los medios de producción de la principal para poder realizar la prestación de servicios contratada, esta deberá internalizar el servicio. En efecto, el artículo 43.2 del ET no distingue entre que el uso de dichos medios de producción sea necesario o simplemente conveniente para establecer la consecuencia jurídica de la cesión ilegal, por esta razón no parece que la «necesidad» pueda usarse como eximente. Adicionalmente, igual que ocurre con el término «lógico», el término «necesario» es subjetivo y genera inseguridad jurídica. Por el contrario, mucha mayor seguridad aporta la realidad material de los hechos respecto al uso o no de los medios de producción de la principal por parte de la contratista.

En fin, así parece recogerlo la más reciente doctrina judicial en un caso en el que existía dirección algorítmica por parte de la principal de las personas trabajadoras de la contratista. En efecto, la STSJ de Cataluña 3/2023, de 20 de febrero, entiende que el hecho de que el medio productivo aportado por la principal (una PDA que señala las rutas y que permite a la principal controlar en tiempo real el reparto de paquetería) sea «indispensable» para la prestación de servicios no solo no excluye la cesión ilegal, sino que se considera un indicio muy relevante de la existencia de la misma.

### **3. Trabajar bajo una marca ajena o la apariencia externa de ser una única empresa**

Una de las características más comunes de las plataformas digitales es que todos los que prestan servicios para la misma, sea individualmente o empresas, lo hacen bajo la marca de la principal. Esto enlaza con lo visto al inicio de este trabajo y es que las empresas principales externalizan toda la producción excepto su marca que la mantienen en el activo de la empresa. De esta forma, la empresa principal contrata la prestación de los servicios que vende en el mercado a otras empresas, a la vez que obliga a las mismas a presentarse ante los clientes como si fueran la empresa principal haciendo desaparecer su propia sustantividad. Así, el consumidor final será incapaz de saber que quien le presta el servicio no es la empresa principal, sino una contratista (o franquiciada). En efecto, la principal necesita «engañar» a los consumidores respecto a quién es la verdadera prestadora de servicios para que estos sigan solicitándola y contratando la prestación de servicios a ella y no a las contratistas que efectivamente los presta.

Sin embargo, esto no ocurre en todos los casos. Cuando se contratan servicios accesorios como la informática o la gestión burocrática en la empresa (asesorías o gestorías laborales o tributarias), las contratistas pueden mantener su propia identidad. Incluso, cuando los servicios no son prestados de cara al cliente final (por ejemplo, servicios de fontanería para una nueva construcción), no existe «necesidad» de ocultar la externalización productiva bajo una apariencia o imagen exterior común. Así pues, será en los casos en los que la actividad se presta para consumidores cuando la principal exigirá a la contratista que oculte su marca o su propia imagen frente a estos.

Así, la doctrina judicial ha considerado relevante para declarar la cesión ilegal que la contratista llevase ropa identificativa de la principal<sup>19</sup>, sin embargo, no siempre lo ha considerado suficiente, teniendo que ser ponderado junto al resto de criterios<sup>20</sup>.

Especialmente interesante es la STSJ de Cataluña 3/2023, de 20 de febrero, que, citando el acta de la Inspección de Trabajo de Cataluña, considera relevante que la empresa contratista revele una imagen e integración indiferenciada con la principal, así como, el hecho de que el cliente –y también los viandantes– tiene la percepción de que es la misma empresa principal quien le entrega/recoge directamente su paquete.

Efectivamente, conforme se desmaterializan las empresas y el valor de la marca cada vez es más relevante económicamente para poder subsistir en el mercado, en mi opinión, la existencia de una ajenidad en la marca debe ser valorada por los tribunales en materia de cesión ilegal de trabajadores.

## **4. La gestión algorítmica de las redes empresariales y la «huida del derecho del trabajo»**

La externalización de procesos en una empresa, desde una perspectiva de teoría económica, tiene como objetivo incorporar conocimientos o habilidades que la empresa no posee en un momento dado o que empresas externas pueden proporcionar de forma más eficiente que si la empresa lo hiciera de manera interna (Click y Duening, 2004). Por esta razón, antes de los años setenta, la externalización iba ligada irremediabilmente con tareas esporádicas y no permanentes de la empresa. Esto es, solamente tenía sentido externalizar algo que fuera a realizarse de forma puntual por la empresa, ya que en caso de ser algo recurrente sería más eficiente internalizarlo. Sin embargo, como consecuencia de los cambios de mentalidad y de las técnicas de gestión empresarial que incluyen deseos de reducción del tamaño de las empresas, de reducción de los mandos intermedios, de adaptación rápida a las necesidades del mercado, de trasmisión de los riesgos inherentes al negocio a un

<sup>19</sup> SSTs de 20 de octubre de 2014 (rec. 3291/2013) y de 6 de mayo de 2020 (rec. 2414/2017).

<sup>20</sup> STS de 14 de septiembre de 2001 (rec. 2142/2000).

tercero y reducción de costes y huida del derecho del trabajo, las empresas comenzaron a externalizar toda la cadena de producción o de prestación de servicios.

Ahora la empresa externa no tiene por función aportar eficiencia ni conocimientos que la principal no tiene, sino que, en la mayoría de los casos, la empresa principal conscientemente decide dejar de realizar determinadas tareas –y despedir a las personas asalariadas con contratos indefinidos que las realizaban– para contratar mercantilmente a otra empresa (Alòs-Moner Vila y Jódar, 2002; Camino Frías, 2017; Molina Navarrete, 2018; Rodríguez Escanciano y Álvarez Cuesta, 2019; Solà Monells y Esteban Legarreta, 2021).

Las empresas que aportan un alto valor añadido –con alto poder de negociación– ya no desean integrar todos los elementos del proceso productivo en su matriz, sino mantener exclusivamente el núcleo del negocio (marca y control del resto de empresas) para descentralizar y subcontratar en otras empresas el resto del proceso. La desigualdad existente entre las organizaciones ha fomentado un proceso de descentralización cuyo resultado es que existen empresas de «primera» –las que mantienen el valor añadido– y de «segunda» –que no aportan gran valor añadido, esto es, que, aun siendo esenciales, no aportan valor en el mercado por ser fácilmente sustituibles–. En definitiva, la externalización permite que las empresas mejor posicionadas ejerzan su poder de negociación superior sobre las otras empresas –las secundarias–, las cuales bajo una subordinación económica clara deben someterse a la voluntad de las primeras. Así, las primeras se desprenden de todo aquello que aporta poco valor, o que requiere asumir grandes riesgos, siendo las segundas las que deben aceptarlo.

Esto tiene efectos notables en las personas trabajadoras y el mercado de trabajo.

#### 1. Competir a la baja en condiciones laborales.

Las empresas contratistas compiten por los contratos de la gran empresa bajo puras reglas de mercado, permitiendo que esas «reglas de mercado» sean trasladadas a las personas asalariadas de la contratista. Como señala Weil (2014), se pasa de negociar salarios (mediante negociación colectiva y reglas protectoras) a negociar precios en el mercado (bajo el principio de libre competencia). Es decir, mientras que históricamente los salarios eran una fuente de reparto de la riqueza creada por el propio trabajo, la externalización pone fin a esta función.

En empresas integradas verticalmente, los beneficios obtenidos por la producción de esos bienes y servicios eran repartidos, mediante sistemas de negociación colectiva, entre personas trabajadoras y la empresa. Sin embargo, desde que se externaliza el trabajo a otra empresa, los salarios no se determinarán mediante un reparto de los beneficios generados por la empresa, sino mediante la competencia entre las distintas empresas contratistas. Así, habiendo suficientes empresas contratistas, el precio del servicio estará totalmente desconectado del valor real creado por ese trabajo y mucho más cercano al coste mínimo por el que este puede ofrecerse (salario de supervivencia).

En efecto, las empresas contratistas fijarán sus salarios no conforme a los beneficios que ese trabajo aporta a la principal, sino al coste mínimo por el que puede proporcionar el trabajo, dado que, si una empresa pretendiera fijar un precio para la contrata mayor que el coste mínimo (incluyendo salario mínimo como retribución), aparecería otra empresa contratista ofreciendo el servicio por menor precio.

De esta forma, la empresa principal consigue quedarse para sí el valor creado por el trabajo de esas personas, exactamente igual que hacían las empresas antes de que existiera la negociación colectiva y el derecho del trabajo. Como se puede observar, con la externalización lo que principalmente se consigue es reducir el poder de negociación de la fuerza de trabajo y eludir las normas protectoras de derecho del trabajo que pretenden mejorar el poder de negociación de las personas trabajadoras (negociación colectiva, sindicación, etc.) (Todolí Signes, 2023).

Esta no es una cuestión menor, dado que históricamente los salarios han sido la mayor fuente de redistribución de la riqueza generada mediante la producción de bienes y servicios en la empresa. Así, con la imposibilidad de acceder a esa redistribución de la riqueza, la desigualdad crece y la población trabajadora se empobrece (Todolí Signes, 2021b).

## 2. Derechos colectivos, sindicación, negociación colectiva y huelga.

La estructuración en red también tiene importantes efectos en relación con la acción colectiva, los sindicatos y las estructuras de representación sindical (Esteve Segarra, 2022; García Torres, 2017; Monereo Pérez, 2016; Sanguineti Raymond, 2010). La existencia de un rompecabezas de empresas y divisiones impide a la clase trabajadora tener, *de facto*, una negociación colectiva con la empresa que determina realmente sus condiciones laborales, desviando hacia una negociación con una empresa que, caso de ser real, está absolutamente condicionada por las condiciones del contrato mercantil.

Construir estructuras de representación es difícil en las contratas por nuestro anticuado sistema de elecciones sindicales pensado para el siglo XIX que pone el foco de las elecciones en el centro físico de trabajo (Alòs Moner Vila y Jódar, 2002; Solà Monells y Esteban Legarreta, 2021). Estos representantes no tienen configurada la potestad legal de exigir a la principal que atienda sus reivindicaciones sindicales, sino solamente a su empresario que, en la mayoría de las ocasiones, se verá incapaz económicamente de dar satisfacción a esas reivindicaciones si no participa la principal. La configuración del sistema de representación y negociación colectiva en estos términos da como resultado un enorme debilitamiento de la acción colectiva.

Incluso en los derechos de información de las personas trabajadoras y de sus representantes, especialmente poco intrusivos para la libertad empresarial, puesto que solo exigen transparencia, pasan a ser inefectivos en estas redes empresariales. En efecto, si el derecho de información empresarial (cuentas anuales, pérdidas y ganancias, etc.) se plantea solamente sobre la empresa contratista (y no sobre la principal), la información será insuficiente para uso sindical (ya que no suele contener previsiones específicas en casos de redes de empresas).

Es decir, mientras que la empresa principal, a través de los contratos mercantiles y las tecnologías de la información, tiene completo conocimiento y control sobre las empresas contratistas y su fuerza de trabajo, los y las representantes de las personas trabajadoras carecen de igual tratamiento. Un hecho que incrementa más si cabe la clásica asimetría informativa entre empresas y trabajadores debilitando la posición de estos últimos.

Por supuesto, la información será valiosa, pero incompleta. Sin una verdadera interlocución colectiva (obligación de negociar) con la empresa principal, la situación de desequilibrio se mantendrá.

Algunas empresas contratistas nacen con convenio colectivo propio o seleccionan el convenio colectivo sectorial con peores salarios que el que correspondería en caso de que los trabajadores prestaran servicios directamente para la principal (Esteve Segarra, 2016). Recuerden que, de no seleccionar este convenio con condiciones inferiores, la empresa contratista no obtendría el contrato mercantil: lo haría aquella empresa que sí pagara menos a su mano de obra. Los efectos de las huelgas y medidas de conflicto también son casi ilusorios. En este sentido, en la mayoría de huelgas, la empresa principal (muchas veces multinacional) considera que su interlocutor no son las personas trabajadoras, sino la empresa que agrupa a las empresas externas. Por ello, muchas veces, las personas trabajadoras se manifiestan ante una embajada o una dependencia gubernamental, por no tener muy claro dónde está ubicada la empresa principal<sup>21</sup>. En un círculo vicioso, la acción sindical se dificulta enormemente en un contexto de casi relación individual de cada persona trabajadora con un algoritmo<sup>22</sup>.

### 3. Incumplir las normas laborales.

Otro de los efectos de la externalización es el mayor incumplimiento de normas laborales. La presión a la que le somete la principal puede provocar en muchas ocasiones que la única manera de obtener beneficios por parte de la contratista sea incumpliendo la norma laboral. Así, por ejemplo, por mucho que la norma laboral exija la contratación indefinida, la externalización es gasolina para la temporalidad. Las empresas contratistas de la principal trasladan su posición de inestabilidad en la red (contrato temporal mercantil) a las personas trabajadoras, que, en muchos casos, y aunque las normas laborales digan otra cosa, continúan sometidas a contratos atípicos (temporales y a tiempo parcial) y no a una relación laboral estable y por tiempo indefinido (García Torres, 2017; Monereo Pérez, 2016; Sanguinetti Raymond, 2010). La precarización del trabajo agudiza la situación de debilidad de las personas trabajadoras, sometidas a contratos atípicos, y condiciones derivadas, a su vez, del precio y cláusulas de la contrata, retroalimentando sus escasas posibilidades de defensa judicial o sindical.

<sup>21</sup> Véase, al respecto, Domènech (2021).

<sup>22</sup> Si ha ocurrido en casos de huelgas de los trabajadores de la empresa subcontratista que han sido resueltos mediante la finalización de la contrata por parte de la principal y la búsqueda de otra empresa que le prestara los servicios sin conflictividad alguna (Sanguinetti Raymond, 2016).

También, aunque existan normas laborales que imputen al empresario los tiempos muertos sin que la persona trabajadora pueda ver mermado su salario por ello (art. 30 ET), el recurso a empresas externas permite un ajuste al minuto a las necesidades de la empresa principal, pero cargando los tiempos muertos a la empresa proveedora e, indirectamente, a las personas trabajadoras de esta. En efecto, si la empresa contratista no cobra por los tiempos muertos, difícilmente podrá abonárselos a la mano de obra.

A su vez, estas empresas contratistas suelen funcionar con tan bajos márgenes de actuación que acaban recortando en medidas de seguridad y salud de las personas trabajadoras. Invertir en formación o medidas de protección necesarias puede implicar la pérdida del contrato –frente a otra empresa que no lo haga–. Así, los datos muestran cómo el número de accidentes laborales es mucho mayor en contratistas que en empresas principales (Weil, 2014). En efecto, las empresas principales tienen mayor facilidad para hacer frente a estos costes, ya que, al tener potestad para decidir el precio final del servicio, pueden imputar sobre el mismo cualquier necesidad en materia de formación y protección de la seguridad y salud laboral.

#### 4. Reducir la responsabilidad de la principal.

En general, el efecto más visible de la externalización de servicios es la reducción de la responsabilidad de la principal. Así, al establecer una empresa intermedia que asume, en su propio nombre y bajo la responsabilidad limitada de las sociedades de capital, las obligaciones con las personas trabajadoras, la empresa principal queda eximida de ellas. De esta forma, en caso de accidente laboral, la empresa principal podrá alegar que ella no controla el lugar de trabajo ni tiene obligaciones ni responsabilidades sobre ellas. En caso de que la empresa contratista no cumpla con los salarios mínimos, la principal no tendrá responsabilidad (salvo que la norma laboral la imponga directamente). E incluso en caso de que la empresa principal rescinda el contrato mercantil con la contratista y esta deba despedir a todas las personas que prestaban servicios para la principal, esta última no deberá hacerse responsable de las indemnizaciones ni costes relacionados, dado que la normativa laboral solamente hace responsable al empleador directo (de nuevo, salvo que la normativa laboral establezca alguna responsabilidad puntual, por ejemplo, art. 42 ET).

Como se ha visto hasta ahora, los efectos de la externalización son enormes para la situación de la clase trabajadora. En el fondo, los cuatro efectos que se acaban de relatar se pueden resumir en uno: evitar la aplicación de la normativa protectora. De esta forma, con la externalización se vuelve a la situación anterior a la existencia del derecho laboral. Si el derecho laboral tiene por principal objetivo aumentar el poder de negociación de los trabajadores (para mejorar sus condiciones laborales y mejorar el reparto de las ganancias obtenidas por la producción y prestación de servicios), la externalización desbarajusta este noble objetivo (Todolí Signes, 2021b).

Con la externalización, los salarios dejan de fijarse mediante negociación colectiva, para hacerlo a través del mercado, los contratos dejan de ser indefinidos para pasar a durar lo



que la empresa principal desea; si el derecho laboral pretende aislar a las personas asalariadas de los riesgos inherentes al negocio para que la empresa asuma su responsabilidad, la externalización acaba trasladando a la mano de obra los riesgos mediante la contratación mercantil, etc.

Sin embargo, la clave está en que estos efectos no están en la «naturaleza» de la externalización ni son inherentes a la misma. Estos efectos particulares solamente se producen porque la legislación laboral está planteada para proteger a los trabajadores de la empresa integrada verticalmente y poco se ha hecho para adaptar esas mismas protecciones a un mundo de externalización de servicios. Así, si se quiere poner coto a los efectos que la dirección algorítmica del trabajo provocará mediante el incremento de la externalización, la regulación no debería venir por la limitación de la dirección algorítmica, sino por la eliminación de los efectos perjudiciales que provoca la misma sobre las personas trabajadoras.

Los esfuerzos deberían ir orientados a tratar la red empresarial como si de una única empresa se tratara, permitiendo la elección de representantes sindicales para toda la red, obligando a la empresa principal a participar en las negociaciones colectivas de los trabajadores de toda la red, permitiendo que la huelga se plantee no solamente sobre el empresario formal, sino sobre quien finalmente se beneficia del trabajo, aplicando las normativas antiesquirolaje también a la empresa principal, computando los beneficios de la empresa principal para conocer si existen causas económicas que justifiquen un despido colectivo, imputando responsabilidades por accidentes laborales o incumplimientos de la normativa laboral a todos los empresarios que se benefician de ese trabajo, etc.

Una normativa como la que se acaba de plantear, en mi opinión, no podría considerarse muy distinta a la que ya existe. Sus objetivos serían los mismos que históricamente ha tenido el derecho laboral, la única diferencia estaría en su adaptación para impedir que las nuevas formas de estructuración empresarial permitan que se eluda su aplicación (esto es, impedir la «huida del derecho del trabajo»). Es decir, que esta normativa propuesta no debería ni siquiera calificarse de ambiciosa, sino simplemente de conservacionista, puesto que lo que pretende es meramente que se conserven los derechos laborales existentes.

## **5. Propuestas regulatorias para superar la dicotomía planteada por la cesión ilegal de trabajadores**

La externalización de servicios debe considerarse como una estrategia perfectamente legítima de las empresas, siempre que su objetivo sea abaratar costes a través de un aumento de la eficiencia económica. El problema surge cuando el objetivo de la externalización no es mejorar la productividad real, sino eludir la aplicación de las normas laborales, cuando no directamente impedir que las personas asalariadas reciban su parte del valor económico que crean con su esfuerzo.

La externalización productiva tal y como está siendo usada actualmente en muchos casos no mejora la productividad, sino que solamente tiene una finalidad extractiva del valor del trabajo: impidiendo un reparto justo, entre capital y trabajo, de la riqueza creada en la economía.

Esto se consigue a través de cuatro efectos: 1) La externalización productiva permite que el salario se fije en condiciones de mercado, desligando el salario del valor creado por la mano de obra para la empresa principal. 2) La externalización, tal y como está actualmente regulada, impide a la clase trabajadora usar las herramientas de presión colectiva clásicas de los movimientos laborales para mejorar su poder de negociación. Así, no se facilita que se negocie colectivamente con el empresario principal, que se tenga representación obrera frente al empresario principal o que se planteen medidas de conflicto colectivo eficaces frente a este. Los derechos colectivos se mantienen formalmente, pero, al ser ejecutados solamente frente a las empresas contratistas, su efectividad es mínima. 3) La externalización fuerza al incumplimiento de la normativa laboral. Las empresas contratistas, dado los bajos márgenes que las empresas principales les permiten conservar, muchas veces deben recurrir al incumplimiento de los estándares laborales mínimos para poder sobrevivir en el mercado. Siendo esta la única forma de supervivencia, los incentivos para el incumplimiento laboral son enormes. Ni siquiera el temor a la sanción será suficiente para forzar el cumplimiento de la normativa laboral, ya que si cumplen las consecuencias serán peores que la sanción: la desaparición de la empresa del mercado. 4) Por último, la limitación de la responsabilidad de la principal la aísla de gran parte de la responsabilidad por incumplimiento de la normativa laboral o de seguridad y salud de la empresa contratista, lo que permite a la principal presionar a la empresa externa (por ejemplo, para que incumpla la normativa laboral) sin miedo a las consecuencias.

Estos efectos son especialmente preocupantes para el mercado laboral desde el momento en el que la dirección algorítmica puede ser usada para incrementar exponencialmente las posibilidades de las empresas de acelerar este proceso de externalización. La dirección algorítmica permite a las empresas controlar al milímetro las acciones de empresas externas, lo que facilitará la expansión de los modelos de franquicia, de contratación externa de la provisión de bienes y servicios, tanto principales como accesorios, y de las cadenas internacionales de suministros.

La regulación debería intentar limitar los efectos negativos sobre los derechos de las personas trabajadoras de la externalización productiva. Por esto se propone que los esfuerzos regulatorios se orienten a considerar la red empresarial como si de una única empresa se tratara, permitiendo la elección de representantes sindicales para toda la red, obligando a la empresa principal a participar en las negociaciones colectivas de los trabajadores de toda la red, permitiendo que la huelga se plantee, no solamente sobre el empresario formal, sino sobre quien finalmente se beneficia del trabajo, aplicando las normativas antiesquirolaje también a la empresa principal, computando los beneficios de la empresa principal para conocer si existen causas económicas que justifiquen un despido colectivo, imputando responsabilidades por accidentes laborales o incumplimientos de la normativa laboral a todos los empresarios que se benefician de ese trabajo, etc.

Esta regulación también aumentaría la libertad de la empresa para usar este tipo de tecnologías. En la actualidad, la normativa laboral pone límites al uso lícito de empresas contratistas. Así, si la empresa principal, aunque formalmente contrate los servicios de una tercera empresa, realmente está dirigiendo (seleccionando, dando instrucciones, controlando, despidiendo o decidiendo a quién se despide) a la fuerza de trabajo de la empresa contratista, se calificará la relación de fraudulenta (cesión ilegal de trabajadores), y las consecuencias serán que la empresa principal deberá asumir como propias a esas personas trabajadoras –además de sanciones–.

Así, las empresas principales actualmente tienen incentivos para («necesitan») controlar a la persona asalariada de la empresa contratista, pero a la vez intentan «disimular» u ocultar ese control. Eso provoca inseguridad jurídica, dado que algunas empresas actúan siempre con riesgo a ser sancionadas. De esta forma, una normativa como la propuesta, que obligara a que las personas trabajadoras de la contratista fueran tratadas como si pertenecieran a la principal en ciertos aspectos, permitiría eliminar o restringir la regulación antifraude en materia de cesión ilegal de trabajadores.

Es decir, actualmente existen dos posibilidades, bien se entiende que la principal no dirige a la mano de obra de la contratista y en tal caso tiene escasa responsabilidad sobre esas personas trabajadoras y nula obligación de negociar salarios, ni de otorgarles representación sindical, etc.; bien se entiende que la principal dirige el trabajo de las personas contratadas por la contratista y no aporta suficientes medios materiales relevantes para la actividad y en tal caso se sostiene que existe fraude, aplicando una serie de protecciones para las personas trabajadoras que pueden acabar convirtiéndolas en personas trabajadoras de la principal (además de sanciones por el fraude). Esto implica tanto falta de seguridad jurídica (¿dónde exactamente empieza el fraude?) como falta de libertad empresarial (imposibilidad de usar tecnologías algorítmicas de dirección sobre las personas trabajadoras de la contratista o de otras empresas de la red).

Adicionalmente, esta regulación parte del error de entender que una externalización productiva que no es fraudulenta no perjudica los derechos de las personas (con excepción en materia de responsabilidades que establece el art. 42 ET), sin embargo, como se ha visto en este trabajo, los perjuicios son múltiples en diversas áreas. Por ello, se propone, por el contrario, una normativa que permita a la empresa, con seguridad jurídica, dirigir el trabajo de la fuerza de trabajo de terceras empresas, a cambio de extender las protecciones laborales existentes a toda la red empresarial, para que la clase trabajadora no pierda derecho (ni sufra pérdida de poder negociador) mediante la externalización.

En definitiva, hay un riesgo real de que la expansión de la tecnología algorítmica para dirigir el factor trabajo incremente las posibilidades de la empresa de extraer valor de la fuerza de trabajo mediante la externalización productiva, debilitando y eludiendo la aplicación de todos sus derechos laborales y reduciendo su poder negociador. La solución debe venir, en este aspecto, no solamente por la regulación de la tecnología, sino por combatir sus efectos. En este caso, mediante el refuerzo y expansión de los ya conocidos derechos laborales para que puedan seguir siendo efectivos y cumplir sus funciones.

## Referencias bibliográficas

- Adams, I. y Mastracci, S. (2019). Police body-worn cameras: effects on officers' burnout and perceived organizational support. *Police Quarterly*, 22(1). <https://doi.org/10.1177/10986111187839>
- Aloisi, A. y De Stefano, V. (2022). *Your boss is an algorithm*. Hart.
- Alòs-Moner Vila, R. de y Jódar, P. (2002). Globalización económica, cambio en los modelos de empresa, segmentación del trabajo y relaciones laborales. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 2, 135-160.
- Boltanski, L. y Chiapello, E. (2002). *El nuevo espíritu del capitalismo*. Akal.
- Camino Frías, J. J. (2017). El trabajo falsamente autónomo como especie de trabajo no declarado. Tendencias actuales. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 128, 161-182.
- Click, R. L. y Duening, T. N. (2004). *Business process outsourcing. The competitive advantage*. John Wiley & Sons.
- Coase, R. H. (1937). The nature of the firm. *Economica*, 4(16), 386-405. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>
- Domènech, R. (23 de marzo de 2021). Huelga masiva de los trabajadores de Amazon en Italia. *El Periódico*. <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210323/huelga-masiva-trabajadores-amazon-italia-11604924>
- Esteve Segarra, A. (2016). *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*. Tirant lo Blanch.
- Esteve Segarra, A. (2022). Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3(3), 52-76. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7367>
- Esteve Segarra, A. y Todolí Signes, A. (2021). Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales. *Revista de Derecho Social*, 95, 37-64.
- García Murcia, J. (1981). El trabajo en contratos y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social*, 130, 7-88.
- García Torres, A. (2017). Derecho de huelga y subcontratación: a vueltas con el «esquirolaje externo». (SJS núm. 33 de Barcelona de 25 de abril de 2016, AS 2016, 930). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 196, 225-230.
- Jurado Segovia, A. (2022). En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3(2), 23-50. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7061>
- Martín Valverde, A. (1988). Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios. En E. Borrajo (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores. Flexibilidad laboral* (207-276). EDESA.
- Molina Navarrete, C. (2018). «A la caza» de «falso autónomo»: mejora de la acción inspectora contra el fraude y el «estrés financiero» de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 427, 153-169. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1520>
- Monereo Pérez, J. L. (2016). La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 110-143.
- Palmer, A. (3 de febrero de 2021). *Amazon is using AI-equipped cameras in delivery vans and some drivers are concern about privacy*. CNBC. <https://www.cnbc.com/2021/02/03/amazon-using-ai-equipped-cameras-in-delivery-vans.html>

- Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H. (2019). Algunas manifestaciones del trabajo autónomo precario: principales carencias en materia de Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 144, 143-178.
- Sanguinetti Raymond, W. (2010). Subcontratación y calidad del empleo en la negociación colectiva del sector del metal. *Revista de Derecho Social*, 51, 221-242.
- Sanguinetti Raymond, W. (2016). La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas. *Revista de Derecho Social*, 74, 11-36.
- Solà Monells, X. y Esteban Legarreta, R. (2021). *La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemática, disfunciones y propuestas correctoras*. Comares.
- Todoí Signes, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch.
- Todoí Signes, A. (2020a). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los *riders* empleados laborales. *Labour & Law Issues*, 6(2), 1-13.
- Todoí Signes, A. (2020b). El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: la nueva ley de California (AB5). *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 66.
- Todoí Signes, A. (2021a). Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la «Ley  *rider*» y los derechos de información sobre los algoritmos. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 2, 28-65. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.02>
- Todoí Signes, A. (2021b). *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi.
- Todoí Signes, A. (2023). *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*. Aranzadi.
- Weil, D. (2014). *The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it*. Harvard University Press.

**Adrián Todoí Signes.** Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universitat de València). Doctor en Derecho. Licenciado en Economía y en Derecho. Director de la Cátedra de Economía Colaborativa y Transformación Digital de la Universitat de València. Autor de libros como *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, *Algoritmos productivos y extractivos*, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, *Salario y productividad*, entre otros. Ganador dos veces del Premio a la Mejor Investigación en Derecho del Trabajo otorgado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en 2015 y 2016, en temas de formación profesional dual y de evaluación del desempeño y retribución. Ganador del Premio CES en materia de impacto socioeconómico de la digitalización en España (2017). Nombrado por la Comisión Europea como experto nacional en materia de desempleo juvenil y por la Organización Internacional del Trabajo en materia de plataformas digitales. Coordina el blog *Argumentos en Derecho Laboral*. <https://orcid.org/0000-0001-7538-4764>



# La estructura de grupo de las empresas como relación triangular de trabajo en busca de tipicidad jurídica coherente: una crítica de la actualidad legislativa y jurisprudencial

**José María Moreno Pérez**

*Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctorando.*

*Universidad de Jaén (España)*

*Abogado*

[jomoreno@ujaen.es](mailto:jomoreno@ujaen.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8304-4313>

## Extracto

La realidad económica y laboral está protagonizada por los grupos de empresas. En la experiencia de los tribunales se plantean continuos conflictos que tienen que ver con esta relevancia de las empresas de grupo en la vida cotidiana del trabajo. Sin embargo, todavía no hay una regulación completa, coherente y equilibrada que dé certeza a las personas trabajadoras y a las empresas. Este estudio hace un análisis crítico de algunas de las persistentes paradojas, contradicciones y lagunas que presentan las leyes y sentencias más recientes en la materia.

**Palabras clave:** grupos de empresas; relaciones triangulares de trabajo; protección de personas denunciantes; derecho del trabajo; empresas de trabajo temporal; plataformas digitales; despido colectivo.

Recibido: 06-07-2023 / Aceptado: 13-07-2023 / Publicado: 06-09-2023

**Cómo citar:** Moreno Pérez, J. M. (2023). La estructura de grupo de las empresas como relación triangular de trabajo en busca de tipicidad jurídica coherente: una crítica de la actualidad legislativa y jurisprudencial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 93-121. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19307>



# The group structure of enterprises as a triangular work relationship in search of legal coherent typification: a critique of current legislation and law cases

**José María Moreno Pérez**

*Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctorando.  
Universidad de Jaén (España)*

*Abogado*

[jomoreno@ujaen.es](mailto:jomoreno@ujaen.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8304-4313>

## Abstract

The economic and labor reality is carried out by the groups of companies. In the experience of the courts, there are continuous conflicts derived from this relevance of group companies in the daily life of work. However, in Spain there is still no complete, coherent, and balanced regulation that gives workers and companies certainty. This study makes a critical analysis of some of the persistent paradoxes, contradictions and gaps presented by the most recent laws and rulings on the matter.

**Keywords:** business groups; triangular labor relations; protection of whistleblowers; labor law; temporary employment agencies; digital platforms; collective dismissal.

Received: 06-07-2023 / Accepted: 13-07-2023 / Published: 06-09-2023

**Citation:** Moreno Pérez, J. M. (2023). The group structure of enterprises as a triangular work relationship in search of legal coherent typification: a critique of current legislation and law cases. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 93-121. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19307>





## Sumario

1. Introducción: la «relación laboral triangular de grupo», permanente actualidad en el derecho vivo, ¿constante olvido en el legislado?
2. Tradición y cambio en las relaciones laborales triangulares: cada vez más y más difusas, pero a menudo con una gobernanza de grupo que la ley orilla
3. Ambivalencia del tratamiento en el derecho legislado, laboral y «paralaboral», más reciente: ejemplos de valoración legal del grupo como unidad
  - 3.1. La reforma laboral y prevención del fraude contractual: el grupo, «mercado unitario de empleo» a los efectos de la garantía de seguridad
  - 3.2. Otra ausencia reformadora llamativa: la garantía meramente potestativa de recolocación en el grupo como mercado interno de trabajo
  - 3.3. ¿Siguiendo siendo el grupo un escenario de uso oportunista (fraudulento) de los incentivos de empleo?: una regulación ambigua y descoordinada
  - 3.4. En una ley «paralaboral»: el interés de grupo a los efectos de creación de un único sistema interno de información-denuncia
4. «El ser y no ser» de la estructura de grupo en el más reciente derecho vivo del trabajo: la desconfianza jurisprudencial sobre los «usos oportunistas»
  - 4.1. Puesta a disposición y filialización: una atípica relación triangular en el seno de una empresa (alemana) con estructura de grupo
  - 4.2. De los grupos a las redes: ¿puesta a disposición material o cesión ilegal?
  - 4.3. Despido colectivo y grupo laboral de empresas: una «retorcida» aplicación del concepto comunitario de centro de trabajo
  - 4.4. La irrelevancia de la asunción de la persona trabajadora relevista por otra empresa del grupo a efectos de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002
5. Reflexión final

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción: la «relación laboral triangular de grupo», permanente actualidad en el derecho vivo, ¿constante olvido en el legislado?

Cualquier persona con una mínima experiencia jurídico-laboral es conocedora de la importancia que tienen los «grupos de empresas» en el desenvolvimiento de la economía y en el devenir de los mercados, consecuentemente, también en los mercados de empleo, en la gestión de las relaciones de trabajo y en el funcionamiento de los sistemas nacionales, también internacionales, de relaciones laborales. En realidad, cualquier persona que haga uso de los servicios económicos básicos en una sociedad es consciente de cuánto depende la vida de los grandes grupos económicos (servicios telefónicos, energéticos, alimentación, vivienda, etc.), pero también de grupos empresariales más pequeños. Basta observar con algo de paciencia la vida a nuestro alrededor. Ahora bien, al mismo tiempo, y como expresión de esa impronta de «paradojas y contradicciones» que envolvería a esta forma de organización compleja de la actividad económica, tan «jurídicamente anómala como económicamente útil», a decir de un cierto sector doctrinal que la viene analizando desde antiguo, señalando esa tensión constante del ejercicio del poder de dirección de grupo y en su utilidad económica entre «libertad» y «norma» (Molina Navarrete, 1997), sigue careciendo de un derecho sistemático y coherente acorde a la centralidad de su papel en el mundo socioeconómico y cultural de nuestro tiempo.

Esta contradicción, quizás «gran paradoja», es reseñada por la infinidad de estudios sobre esta figura, aunque las valoraciones jurídicas, tanto de técnica como de política del derecho en general, y del derecho socioeconómico del trabajo en particular, varíen (Esteve Segarra, 2002; García-Perrote Escartín, 2015; Lantarón Barquín, 2015; Molina Navarrete, 2015; Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2021, pp. 25 y ss.). Existe, pues, consenso a la hora de asumir la existencia de un proceso de institucionalización legal y jurisprudencial del grupo de empresas tan ralentizado como desordenado, incoherente en el derecho legislado y en el «derecho vivo». La actualidad nos pondría numerosos ejemplos de ello. Sin perjuicio del mayor comentario que haremos *ut infra*, se podría traer a colación en este momento introductorio la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 22 de junio de 2023 (asunto C-427/21).

Esta importante sentencia, también para el futuro derecho español de relaciones triangulares o multilaterales de trabajo, aunque se produzca para el derecho alemán, ha concitado la atención más inmediata de los mejores analistas de relaciones laborales de nuestro país, en sus respectivos blogs (Rojo Torrecilla, 2023), incluso en la colección de la Asociación

Española de Derecho del Trabajo (Álvarez Alonso, 2023). Sin embargo, aun mencionándolo, claro está, en ninguno de ellos se resalta suficientemente un detalle. El problema principal se produce en el marco de lo que podría denominarse, con la mejor doctrina, operación de subrogación por filialización en el seno de una empresa con estructura de grupo (Molina Navarrete, 1997, pp. 89 y ss.).

La razón de ello reside, a mi juicio, en que ilustra la significativa «artificiosidad», las «ilusiones ópticas» (Molina Navarrete, 2015; Rullani, 1991) que genera la estructura compleja de empresa de grupo, a la vez unitaria (en lo económico-material y en lo jurídico-material) y diversa (en lo jurídico-formal y en lo económico-patrimonial). El supuesto de puesta a disposición (en el caso permanente) que describe en el asunto, para el que se demanda la aplicación efectiva de la –considerada como eludida– Directiva 2008/104/CE, sobre empresas de trabajo temporal, pese a no tratarse, en su forma de articulación jurídico-formal, de ninguna cesión mediante empresa de trabajo temporal (ETT), responde a una cesión o transmisión de una parte de la actividad de la empresa matriz a una sociedad filial que ha creado aquella para realizar tales tareas y para las que debe prestar servicios el trabajador afectado. La matriz es dueña al 100 % del capital de su filial y ha transmitido a la misma una parte de la actividad que antes asumía de forma directa.

Sin embargo, el problema jurídico no se centra, como quizás debería ser, en fijar la continuidad de pertenencia de la persona trabajadora a la empresa-grupo, que es la que gobierna unitariamente todo el proceso de circulación. El asunto que dio lugar a que se planteara esta cuestión prejudicial (resuelta en sentido negativo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, que excluye la aplicación en el caso de la directiva) pretende que se resolviera si se trataba o no de una puesta a disposición en la que esté en juego el concepto de dirección y de control de la «empresa usuaria» (la filial de la matriz: sociedad del grupo) conforme a la Directiva de ETT y no conforme al concepto material de empresa-empleadora (Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2021). Este incluiría no solo a la persona empleadora directa (quien contrata), sino también a la indirecta (quien recibe la utilidad económica última del entramado de relaciones jurídicas, también laborales, «empresa-empleadora transparente» –Molina Navarrete, 2015, pp. 277 y ss.–).

No es la única decisión jurisprudencial importante y reciente que trae al primer plano las relaciones laborales en el seno de las estructuras de grupo. También mueven a una reflexión mucho mayor que la de un mero análisis de casos jurídicos relevante ciertas decisiones jurisdiccionales como la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 387/2023, de 30 de mayo, que corrige una muy curiosa aplicación (uso oportunista judicial de la figura compleja, una y plural al mismo tiempo) de la doctrina del centro de trabajo como ámbito de cómputo de los ceses para el despido colectivo a los grupos de empresas «patológicos» o laborales, diferenciándolo del grupo «fisiológico» o mercantil. Otras, sobre diversos temas, pero que permiten una reflexión más de conjunto y crítica análoga, aparecerán en este estudio.

Pero el análisis que aquí se quiere conducir, aunque no sea exhaustivo, sí se quiere ilustrador de una deficiencia reguladora que convendría corregir lo antes posible, no se fragua solo en el ámbito del denominado «derecho vivo». También del llamado «derecho legislado». En este sentido, igualmente paradójico resulta que en la «fiebre» legislativa laboral que vivimos la realidad de los grupos de empresas no haya tenido apenas recepción, pese a su centralidad. En cambio, sí emerge en otras «paralaborales».

Por ejemplo, y de nuevo sin perjuicio de un análisis algo más detenido después, llama la atención que en el marco de una reforma laboral que busca la mayor seguridad en el empleo o estabilidad laboral, primando la flexibilidad interna sobre la externa, no haya habido «hueco» para ordenar la situación de las personas trabajadoras en el seno de los grupos de empresas, pese a rebelarse tanto como factor de riesgo para esa estabilidad como factor de protección (valoración unitaria del grupo de empresas como «mercado interno laboral» –Molina Navarrete, 2015, p. 292–). Pese a mencionarse en los reformados artículos 15.5 (control preventivo del fraude en la contratación temporal mediante una garantía de conversión automática en relación fija por el paso de cierto tiempo) –nueva redacción dada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre– y 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), no son objeto de atención legislativa específica alguna, pese a su gran importancia en ese ámbito.

Asimismo, otro ámbito especialmente reformado, al menos legal y formalmente, como es el del derecho (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo) y las políticas de empleo (RDL 1/2023, de 10 de enero), donde la realidad de grupo habría tenido siempre una presencia ambivalente (solía tratarse como unidad para evitar un eventual uso abusivo o fraudulento de los incentivos al empleo –por ejemplo, art. 8 Ley 25/2015, de 28 de julio–), parece haberse diluido, al no reflejarse formalmente en sus preceptos. En cambio, sí que tiene un protagonismo destacado en otras leyes recientes «paralaborales» (Del Rey Guanter, 2023), como es el caso de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. En tan dinámico escenario legal y judicial, donde nuevas piezas se añaden a un extenso, pero disperso e incompleto, puzle, me ha parecido especialmente relevante hacer un estudio, siquiera sintético, de esa continua «gran paradoja» de los grupos en las relaciones triangulares de trabajo: se sabe que están, que son protagonistas decisivos, pero, jurídicamente, apenas se les hace visibles.

## **2. Tradición y cambio en las relaciones laborales triangulares: cada vez más y más difusas, pero a menudo con una gobernanza de grupo que la ley orilla**

Bien analizado, esta persistente (deliberada) omisión de un derecho más completo y coherente para la ordenación de las relaciones en el seno de los grupos de empresas en general,

y relaciones (triangulares) de trabajo en particular, en la fase más reciente del incesante proceso de reformas legislativas y en aras de una modernización de España en el contexto de una Unión Europea renovada y de un modelo de competitividad global más social (y ecológicamente<sup>1</sup>) sostenible, no está aislada. En realidad, forma parte de una actitud legislativa más generalmente refractaria a remozar la regulación de «viejas» y «nuevas» formas de relaciones triangulares de trabajo. Se trata de un déficit evidente.

Piénsese en que el único ámbito de «relaciones triangulares de trabajo», por lo tanto, de «formas de gestión indirecta del poder de dirección y control» en los entornos de organización y gestión empresarial (Molina Navarrete, 2015, p. 285), afectado por la reforma es el relativo a las contratas y subcontratas del artículo 42 del ET. Con una reforma muy por debajo de las expectativas creadas previamente, ante la inexistencia del consenso debido en este punto entre la posición sindical y la posición patronal. En buena medida, como es sabido, la reforma relativa a la identificación del convenio colectivo aplicable en estos entornos relacionales multilaterales o complejos (de estructuras empresariales en red, constituyan o no una realidad de grupo en sentido estricto) no ha tenido más sentido que el reflejar la doctrina jurisprudencial en la materia. Tampoco la regulación de las ETT se ha visto afectada de forma relevante, si acaso para favorecer su posición de mercado, al admitir, aquí rectificando la doctrina jurisprudencial, que pueda acudir a los contratos de fijeza discontinua ex artículo 16 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de ETT<sup>2</sup>. En consecuencia, como ha evidenciado muy recientemente la doctrina científica, la situación jurídico-social dista mucho de estar a la altura de las reformas legales que precisa un tiempo donde proliferan este tipo de relaciones trilaterales (Rodríguez Cardo y Álvarez Alonso, 2023) frente a la típica bilateralidad, cada vez más difusas al mismo tiempo.

Ante esta relativa «inmovilidad legislativa» no sorprende que pierda cada vez más certeza o seguridad la aplicación práctica de los criterios legales y jurisprudenciales para la distinción entre formas típicas y legales (contratas y subcontratas, ETT) respecto de las típicas e ilegales (cesión ilegal), e incluso de las atípicas y alegales (por ejemplo, como serían las empresas multiservicios; grupos y/o redes). Todo ello, por supuesto, contando con que la legitimidad *ab origine* de una forma de relación triangular y gestión indirecta de trabajo no significa, en modo alguno, que no pueda incurrir en una ilegalidad de ejercicio o de uso (abusivo), exigiendo una respuesta firme (desincentivadora) de usos desviados de tal guisa. Un magnífico ejemplo de la frecuencia y complejidad de estos usos abusivos lo

<sup>1</sup> El juicio civil, 25 años después, del desastre ecológico de Aznalcóllar recuerda esta faceta. Boliden se declara insolvente, pero es filial de un grupo de matriz sueca, solvente y a cuya política respondía la filial. <https://www.rtve.es/noticias/20230704/comienza-juicio-boliden-25-anos-despues-vertido-aznalcollar/2451181.shtml>

<sup>2</sup> La reciente STS 248/2023, de 11 de abril, reitera la exclusión de la ETT de la posibilidad de realizar un contrato fijo discontinuo con un trabajador cedido, si bien matiza que lo es según marco normativo anterior al Real Decreto-Ley 32/2021 (FJ 2.º, punto 3).

proporciona la interesante STS de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020), dictada en un sector donde este tipo de situaciones se produce de forma sistémica, especialmente en las compañías aéreas «*low cost*»<sup>3</sup>.

Pese al empeño empresarial –afirma–, la gestión mediante ETT no puede alterar el régimen general de la contratación temporal, aunque sí trasladaría la temporalidad desde la empresa usuaria (empleadora indirecta) a la ETT (empleadora directa). Como precisa la doctrina jurisprudencial, la concurrencia de cesión ilegal requiere «necesariamente la existencia de una relación triangular, que implique a la empresa cedente, a la cesionaria y a los trabajadores afectados por el tráfico prohibido de mano de obra» (STS de 18 de mayo de 2021, rec. 646/2019, entre otras muchas). Concorre cesión ilegal cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, lo cual comporta que, si la ETT cede ilegalmente a personas trabajadoras, no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas<sup>4</sup>.

Asimismo, pese a que España ha sido pionera en la regulación, siempre parcial, incompleta, de algunas de las formas más recientes, vinculadas a la digitalización, donde también entra en juego esta multilateralidad relacional, como sería el mundo del trabajo en plataformas, tampoco este aspecto ha quedado adecuadamente reflejado (art. 65.4 y disp. final ET). Nuevas relaciones triangulares de trabajo a causa de la gran normalización o generalización de los procesos de descentralización productiva (que es el concepto más clásico y que asume una dimensión primariamente económica, frente a la de relación triangular, que tiene una dimensión más jurídica, al igual que la propia de forma de gestión indirecta de trabajo se vincula más a la organización del trabajo en las empresas y mercados –internos y externos– de trabajo) en las que también hallan un notable protagonismo las estructuras de grupo y/o redes empresariales. Sin embargo, una vez más, no es habitual que encuentre la debida

---

<sup>3</sup> La cuestión es decidir si la celebración de 49 contratos de puesta a disposición entre usuaria y ETT, para cubrir necesidades permanentes, debe sancionarse como falta muy grave del artículo 8.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) (cesión ilegal) o como falta grave del artículo 19.2 b) de la LISOS (utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apdo. 2 del art. 6 de la Ley 14/1994, cuya comisión afectaría exclusivamente a la ETT y a la empresa usuaria). Pues bien, reafirma la primera interpretación, de modo que acreditado que la ETT (Adecco) cedió ilícitamente tripulantes de cabina (y jefes de azafatos o de base y la coordinadora del servicio) a la empresa usuaria (la compañía aérea Norwegian), en un periodo dilatado de tiempo, para el desempeño de funciones estructurales, dicha conducta debe calificarse como falta muy grave. En otro caso, «se produciría un efecto perverso [...] con una penalización muy inferior al resto de empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado» (FJ 3.º).

<sup>4</sup> No sin alguna conflictividad, como prueba el Auto del Tribunal Supremo (TS) de 20 de febrero de 2020 (rec. 1800/2019). Confirma una doctrina de duplicación que, ante una cesión ilegal, entre ETT y una empresa usuaria, aplicó el tipo de infracción grave del artículo 18 de la LISOS y no el de muy grave (art. 8.2 LISOS). Lo que evidencia también, dicho sea de paso, las deficiencias del recurso de casación para la unificación de doctrina, cuyas últimas reformas (RDL 5/2023, de 28 de junio) no sirven para resolver los problemas que plantea (Molina Navarrete, 2022).

recepción, ni legislativa ni convencional ni judicial. En consecuencia, también respecto de situaciones más novedosas quedará en evidencia la inadaptación del ordenamiento jurídico español a la estructura real de los grupos de empresas, ahora en el ámbito de las plataformas digitales (Esteve Segarra, 2022), sin que la proyectada directiva comunitaria parezca en condición de corregir esta importante deficiencia.

Podría argumentarse que, ante la enorme gama o variedad de formas de gestión indirecta de relaciones (triangulares o multilaterales) de trabajo, es difícil establecer un régimen jurídico unitario, coherente, eficiente y eficaz, debiéndose deslindar los que se fijan para cada modalidad. Sin embargo, sin negar la corrección de este aserto, conviene, de nuevo, advertir del aspecto de artificiosidad que tiene, de irrealidad, si se atiende al funcionamiento real de todas estas situaciones de descentralización productiva. En efecto, la práctica enseña que, a menudo, aparecen gobernadas en el marco de un grupo.

En otros términos, la ley (en buena medida también la negociación colectiva, y desde luego, a la estela limitada y deficiente de ambas, la doctrina jurisprudencial) no se atreve a profundizar en la gobernanza sistemática de una realidad socioeconómica que, actuando como infraestructura de las relaciones de trabajo de nuestro tiempo, ya es muy diferente, al menos de forma más significativa de cómo se refleja en el ET, a la que se ordena en la vigente norma estructural del derecho del trabajo. En tanto, estos procesos siguen recibiendo el aliento ordenador unitario, estratégico, de una «mente» empresarial grupal, de una dirección económico-organizativa, que actúa de una forma más unitaria y vinculada de lo que refleja la regulación formalizada. En esta gobernanza real, se difuminan notablemente las fronteras de todas las relaciones triangulares, pese a que la forma jurídica diferenciada (personalidad jurídica distinta) de la estructura crea la «ilusión», el artificio, de mantener separado, con mayor o menor vinculación, lo que, en la realidad, está unido (Molina Navarrete, 2015, pp. 298 y ss.). Lo vamos a comprobar a través de varias experiencias recientes, también legislativas, como se anticipó.

### **3. Ambivalencia del tratamiento en el derecho legislado, laboral y «paralaboral», más reciente: ejemplos de valoración legal del grupo como unidad**

#### **3.1. La reforma laboral y prevención del fraude contractual: el grupo, «mercado unitario de empleo» a los efectos de la garantía de seguridad**

El artículo 1.3 del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, modificó de una manera muy profunda, como es bien conocido, el artículo 15 del ET, a fin de provocar un cambio en el modelo de contratación español, pasando de la precedente extrema temporalidad de

nuestro mercado a uno de mayor estabilidad en el empleo. Entre esas mejoras está la relativa al control preventivo del riesgo de fraude contractual que establece el apartado 5 del artículo 15. El tenor literal de este artículo está notablemente cambiado, pero hay algo que, por lo que al tema aquí analizado, no ha variado.

Me refiero al tratamiento que ofrece –es una de las escasísimas normas laborales que hacen referencia a esta relación triangular o forma de gestión indirecta laboral– de los grupos de empresas, equiparándolo estrictamente al de las «empresas-isla», es decir, se valoran como si de una unidad jurídico-laboral se tratara, sin entrar en delimitar el perímetro del mismo, como mercantil o meramente laboral. Con ello se trata de evitar o prevenir todo uso oportunista, abusivo o fraudulento de la diversidad jurídica (pluralidad de personalidades jurídicas) del entramado económico-organizativo (unidad de dirección empresarial) del grupo, visto, como evidencia la doctrina que mejor lo ha analizado, con una típica lógica del «pensamiento jurídico-social de sospecha de fraude o abuso» (Molina Navarrete, 2015, p. 265). El artículo 15.5 del ET establece (con clara finalidad tuitiva o de garantía de la seguridad en el empleo de una persona trabajadora en el seno de las empresas con estructura de grupo) que:

Sin perjuicio de lo anterior, las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses [en la normativa anterior 30] hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses [24 antes de la reforma laboral], con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas [...].

Emerge así, pues, la visión, constatada en la práctica con frecuencia, de los grupos como un «mercado interno de trabajo» (Molina Navarrete, 2016, pp. 377 y ss.), propicio para «fenómenos de circulación de personas trabajadoras en el ámbito del grupo». Un fenómeno que admite múltiples modalidades, incluso contractuales. Justamente, un supuesto muy específico de movilidad contractual en el seno de los grupos, valorados de forma unitaria, lo hallamos en la legislación laboral especial. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En él se prevé la obligación de formalización por escrito del contrato especial de alta dirección (art. 4) en los supuestos en que una persona trabajadora vinculada a una empresa por una relación laboral común «proporcionase el ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar».

En estas situaciones de movilidad contractual, consideradas como un supuesto de «promoción interna» (no externa) dentro de la estructura compleja, pero unitaria, del grupo, la norma legal establece que la relación de trabajo ordinario no tiene por qué cesar necesariamente (novación extintiva), sino que delega en la autonomía contractual (en el contrato de



alta dirección firmado) determinar si se produce dicha extinción, de modo que la relación especial sustituye a la previa ordinaria, o, al contrario, el contrato ordinario precedente tan solo se suspende. Una vez más comprobamos cómo la técnica de la suspensión contractual, preferida siempre a la extintiva en el ámbito del derecho del trabajo, más tras la última reforma laboral, actúa como garantía de estabilidad o de seguridad en el empleo (lógica garantista). Justamente por ello, ante la eventual ausencia de especificación en el contrato de alta dirección se entenderá que media la suspensión. Más aún, incluso si se opta expresamente por la novación extintiva (sustitución de la relación laboral común por la especial), «solo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio». En esta misma dirección, se otorga incluso una garantía adicional, como es la del derecho a retornar a la empresa de origen, cuando elegida la suspensión de la relación contractual ordinaria, se extingue el contrato de alta dirección y se opta por reanudar aquella relación laboral ordinaria, «sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho a resultas de dicha extinción».

Se exceptúa –no obstante– de esta regla de garantía de retorno el caso de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente. En definitiva, combinando ambas garantías, la persona trabajadora tendrá en estos supuestos, en los que media una muy particular situación de circulación o movilidad de personal dentro del grupo como una forma de organización compleja (una especial asociación empresarial), en la forma de promoción contractual «interna», la opción de retornar a su puesto ordinario de trabajo, si antes de los 2 años se extingue el contrato de alta dirección por desistimiento del empleador. No es el único aspecto que, en la práctica, es relevante en este marco laboral especial cuando media una estructura de grupo, pese a que no haya previsión legal específica, como sucede, por ejemplo, a la hora de fijar el perímetro de los deberes contractuales y legales de no competencia, incluso terminada la relación (poscontractual).

Ni el artículo 21 del ET (prohibición de competencia desleal y posibilidad de concluir un pacto de competencia poscontractual) ni el artículo 8 del Real Decreto 1382/1985 (pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa) hacen referencia al perímetro de grupo, sino solo al de la empresa, a la hora de delimitar el «deber de buena fe», que justificaría la utilidad de esta prohibición limitativa de la libertad de trabajar, y/o el «interés industrial», que es el fundamento exigido normativamente para legitimar tales acuerdos o pactos de no concurrencia poscontractual (además de la compensación adecuada, claro). Este tipo de situaciones no son excesivamente frecuentes en los tribunales, pero más de un caso se ha dado y, a falta de una doctrina jurisprudencial suficientemente inequívoca<sup>5</sup>, en la doctrina de suplicación suele distinguirse entre el deber de no competencia desleal, para el que suele tenerse en cuenta el interés global de grupo si existe identidad de objetos o actividades entre las empresas integrantes y el pacto de no competencia posterior

<sup>5</sup> Para una visión más unitaria del interés concurrencial de grupo, las SSTS 1751/1991 y 16636/1991, de 22 de marzo.

o poscontractual, que suele vincularse a la empresa directa y última de contratación de la persona trabajadora (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 31 de marzo de 2016, rec. 74/2015; De la Torre Vallecillo, 2016).

Volviendo al artículo 15.5 del ET, es interesante recordar que añade dos reglas en esta misma dirección de control preventivo del riesgo de fraude o abuso contractual que, como veremos, tienen especial relevancia para nuestro estudio. A saber:

- De un lado, ordena que esta previsión legal se aplique también en los supuestos en que se produzca «sucesión o subrogación empresarial» (por ejemplo, art. 44 ET).
- De otro, igualmente adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un periodo de 24 mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con ETT.

Vemos, pues, cómo las normas relativas a fenómenos de relaciones triangulares o de ruptura de la bilateralidad clásica contractual de las relaciones de trabajo suelen aparecer desfilando, con un sentido u otro, en los distintos cuerpos normativos, máxime cuando se trata de establecer reglas de garantía de estabilidad en el empleo, puestas en riesgo por eventuales usos oportunistas o abusivos de las diversas formas o modalidades, a menudo, como ya se dijo, como redes gobernadas por una misma mente estratégica empresarial (como evidencia el profesor Molina Navarrete, 2015).

### 3.2. Otra ausencia reformadora llamativa: la garantía meramente potestativa de recolocación en el grupo como mercado interno de trabajo

En cambio, más positiva y moderna es la valoración que presupone otro artículo del ET que, modificado con la reforma laboral de 2021, habría quedado inalterado en lo que concierne a la gestión de empleo y relaciones de trabajo en el seno de los grupos, con lo que persiste una regulación claramente deficiente, incluso incoherente con los fines u objetivos perseguidos por esta última (por el momento) reforma laboral. Me refiero al artículo 51.2 del ET (hay otros preceptos estatutarios, como es sabido, que mencionan la figura del grupo, pero no han sido modificados por la reforma laboral, como el art. 87.2 ET, sobre legitimación cruzada en el seno de las unidades de negociación colectiva de grupo y/o de red, de ahí que no se analice aquí –un análisis detenido global en Esteve Segarra, 2002; Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2021). La letra de este apartado sigue sin hacer referencia (sí aparece en el 8, pero con otro sentido –indiferencia de la relación de grupo a la hora de cumplir la obligación a cargo de la empresa empleadora directa de información y consulta, aunque la decisión última haya correspondido a la empresa que ejerce el control–) a una figura clave en la gestión de la estabilidad en los procesos de regulación de empleo cuando se

producen en el seno de empresas con estructura compleja, como los grupos. Ahora bien, sí está presente a través de la típica técnica de integración normativa que exige interpretar el precepto con el desarrollo reglamentario dispuesto expresamente a tal fin, como recordaremos de inmediato.

Como es sabido, la consulta prevista como condición necesaria, aunque no exija necesariamente el acuerdo, para la validez de un despido objetivo deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento. Entre ellas se menciona, junto a las acciones de formación y «reciclaje» (sorprende que se hable de reciclado, cuando se trata de personas, que, a diferencia de las cosas, no se reciclan, se recapacitan, se «recualifican») las medidas de recolocación. Su apartado 10 deja evidenciar que hay dos modalidades, la consistente en un plan de recolocación externa (a través de empresas de recolocación autorizadas), para los casos en que el despido colectivo afecte al menos a 51 o más personas trabajadoras (salvo que estén incursas en concurso) y, por contraste, las medidas de «recolocación interna». El ET, sin embargo, no la precisa, por lo que hay que acudir al desarrollo reglamentario, como dije.

Concretamente, el artículo 8.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, según el cual, entre las medidas de acompañamiento social para evitar o reducir los despidos colectivos a considerar, está, entre otras, la prevista en la letra a) de aquel. A saber: «a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, *en su caso*, en otra del grupo de empresas del que forme parte». En cambio, entre las medidas para atenuar consecuencias del despido, el apartado 2, letra b), incluye: «b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas [...]».

Como siempre que se regula un determinado umbral cuantitativo para determinar la aplicación de una norma a una empresa o dejarla excluida, la estructura grupal, o no, debe ser relevante para una visión fidedigna de la entidad ocupacional real de la unidad de empresa referencial. Y aunque no suele darse expresamente en la legislación laboral, en este caso, el apartado 5 del artículo 9 sí refleja una valoración global o unitaria del grupo (Molina Navarrete, 2015, p. 283):

5. A efectos del cómputo del número de trabajadores [umbral de 50] [...] se tendrán también en cuenta los trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1 c) ET, [...] que [...] se hayan producido dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo.

En suma, la legislación reguladora de los despidos colectivos considera, pero solo de forma potestativa, no obligatoria, el grupo (sin distinguir si laboral o mercantil, pues no hay una definición específica al respecto, como sí sucede respecto de la delimitación del perímetro

de grupo relevante a efectos de la aportación al tesoro público en caso de que se trate de despidos colectivos que afecten a personas con más de 50 años, que remite al art. 42 Código de Comercio, esto es, al concepto mercantil, más amplio que el laboral<sup>6</sup>) como un «mercado interno de trabajo». Por lo que dependerá estrictamente del proceso negociador entre la dirección de la empresa (o del grupo, en caso de que sea laboral) y la representación de las personas trabajadoras que esta garantía añadida de estabilidad en el empleo, acorde con el carácter complejo de la estructura grupal, se establezca, también a modo de compensación de una eventual mayor circulación en su seno de las personas empleadas, sin que constituyan fenómenos de cesión ilegal.

### 3.3. ¿Siguiendo siendo el grupo un escenario de uso oportunista (fraudulento) de los incentivos de empleo?: una regulación ambigua y descoordinada

Si un ámbito ha habido tradicionalmente de reconocimiento jurídico del grupo como un espacio de sospecha por la potencialidad abusiva o fraudulenta que puede atesorar, a raíz de esa evidenciada «capacidad camaleónica de ser –unitario– y no ser –unitario– al mismo tiempo», en virtud de ser uno y plúrimo (el conflicto diversidad-unidad jurídica y económica que resalta la mejor doctrina en la materia, como Esteve Segarra, 2022; Molina Navarrete, 2015, pp. 284 y ss.; Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2021, pp. 55 y ss.), ese es el relativo al complejo y abigarrado sector normativo de las políticas activas de empleo, especialmente en lo que hace a la preservación del buen fin de los incentivos a la creación efectiva, real, neta, de empleo, sin artificios contables. Al margen del claro fracaso de este instrumento de fomento de empleo –lo que no ha servido para un cambio real en las recientes reformas–, la legislación, inestable y cambiante en sí misma, siempre ha procurado establecer garantías que evitaran usos oportunistas o desviados, previniendo la tentación de abuso-fraude. Un claro ejemplo al respecto lo encontramos en el artículo 6.1 c) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (precepto que, por su carácter general, se mantiene vigente tras la profunda revisión realizada por el RDL 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, que ha derogado buena parte de sus preceptos).

---

<sup>6</sup> Sí se delimita expresamente el perímetro de grupo a efectos de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en virtud de la cual se establece la obligación para las empresas de más de 100 personas trabajadoras (o empresas que formen parte de grupos que empleen a ese número) con beneficios (de ahí que se excluyan las que están en concurso) que realicen despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de 50 o más años, de efectuar una aportación económica al tesoro público. Vemos cómo en el ámbito de las obligaciones económico-patrimoniales a favor del erario la ley prefiere una delimitación amplia del perímetro de grupo. De ahí que lo identifique con el concepto mercantil, más expansivo, sin reducirse a esa visión obsoleta del grupo identificado con situaciones de confusión financiera o de abuso de persona jurídica, cohonestando mejor derecho y economía. *Vid.* Lantarón Barquín (2015, p. 262).

En su virtud, se excluye de las bonificaciones previstas en esta ley, entre otros supuestos, el relativo a las:

- c) Contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido, o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

Posteriormente, una actitud recelosa análoga frente a los grupos de empresas, pese a considerarse formalmente como integrados por personas jurídicas diferentes, sin que haya comunicación de plantillas ni patrimonios, salvo que se demuestre un elemento adicional de patología (esto es, de abuso o fraude de la personalidad jurídica), estará presente en el artículo 8.5 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. En él se establecía, novedosamente en su tiempo, un mínimo exento de cotización social para favorecer la creación de empleo indefinido (capítulo II –medidas de fomento del empleo indefinido y empleo autónomo– del título II<sup>7</sup>). Importante ley en su momento, buena parte de sus contenidos han sido hoy derogados y desplazados por normas recientes.

En lo que refiere a este precepto, de mayor significación laboral<sup>8</sup>, y al margen de la cuestión concreta de su vigencia efectiva (no ha sido derogado expresamente por la disp. derog. RDL 1/2023, de 10 de enero, pese a proclamar que perseguía una armonización de todo el sistema –caótico– de incentivos en materia de empleo), resulta de interés, a nuestros efectos, el literal de su letra e). A su tenor, y en una misma valoración técnico-jurídica y de política del derecho de control preventivo del fraude en los incentivos que la inspiradora del referido artículo 6.1 c) de la Ley 43/2006, el beneficio en la cotización (mínimo exento) previsto en este artículo no se aplicaría para la:

- e) Contratación de trabajadores que hubiesen estado contratados en otras empresas del grupo [...] del que formen parte y cuyos contratos se hubieran extinguido por causas objetivas o por despidos disciplinarios [...] declarados judicialmente

<sup>7</sup> Junto a este mínimo exento en la cuota social empresarial para los contratos indefinidos incluía beneficios sociales para los supuestos en los que una persona trabajadora autónoma tenía que atender obligaciones familiares, influyendo en su actividad. *Vid.* Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF, 2020).

<sup>8</sup> No era irrelevante la cuestión del derecho a la segunda oportunidad. Pero bien conocido es que toda esta regulación ha sido sustituida por la más moderna y completa del texto refundido de la Ley concursal, ya en su versión de 2020, estando hoy regulada en sus artículos 486 y siguientes, conforme a la redacción dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, relativos a la «exoneración del pasivo insatisfecho». Al respecto, *vid.* Molina Navarrete (2022, pp. 115 y ss.).

como improcedentes, o por despidos colectivos que hayan sido declarados no ajustados a derecho, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción.

Si se analiza con detenimiento, se comprobará que la configuración jurídico-laboral de las estructuras de grupo que subyace a esta previsión legal es una suerte de síntesis entre la previsión del artículo 15.5 del ET y el artículo 51.2 del mismo texto legal. No pretendemos detenernos más en esta cuestión, pero sí es oportuno traer a colación que, sea como fuere, lo cierto es que este tipo de previsiones específicas respecto al tratamiento de los grupos de empresas en el marco de las políticas de empleo han desaparecido, al menos en su textualidad, y salvo error u omisión por mi parte, tanto de la Ley de empleo como del artículo 11 del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, citado, que es el dedicado a establecer el régimen general nuevo de los supuestos excluidos de los incentivos de empleo, si bien, como ya se ha dicho, el referido artículo 6.1 c) de la Ley 43/2006 no está derogado. Siendo difícil de lograr una comprensión precisa del significado de esta nueva «omisión» legislativa de la figura de los grupos, lo cierto es que, además de manifestar un nuevo déficit de coordinación entre las normas de coyuntura o urgencia y las normas sistemáticas, también en esta materia, vuelve a confirmar que los grupos de empresas no son ninguna preocupación especial ni inquietan demasiado a quienes ostentan las competencias reguladoras en el ámbito del empleo y las relaciones de trabajo.

### 3.4. En una ley «paralaboral»: el interés de grupo a los efectos de creación de un único sistema interno de información-denuncia

En cambio, ciertas leyes de «paralaboralidad» (Del Rey Guanter, 2023) mantienen una opción bien diferente, dotando a los grupos de empresas de un régimen propio y de favor, coherente con su estructura unitaria y la existencia de un «interés (económico y jurídico) de grupo», evitando así estructuras artificiosas, repetitivas y costosas (Molina Navarrete, 2015, p. 271 –que cita la Sentencia de la Audiencia Nacional 33/2013, de 25 de febrero, FJ 3.º *in fine*–). Es el caso, concretamente, de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (para este régimen jurídico, en un plano laboral, antes de la ley y respecto de la directiva, Lousada Arochena y Ron Latas, 2020). Como es sabido, la ley diferencia la extensión de la obligación de configurar estos canales internos en el ámbito de las organizaciones privadas de las que pertenecen al sector público.

En el ámbito privado, siguiendo la previsión de la directiva, estarán obligadas a configurar un «sistema interno de información» (SII) todas las empresas que tengan más de 50 personas trabajadoras en plantilla. Contempla un tratamiento peculiar para los grupos de empresas, para los que será la sociedad dominante la que pueda implantar los principios y políticas

que inspiren la organización del sistema para la adecuada organización y coordinación de los canales en cada una de las entidades que forman parte de aquel. Siendo conscientes del coste de la nueva carga, la ley admite que las que cuentan con una plantilla entre 50 y 249 personas empleadas puedan compartir medios y recursos para la gestión de las informaciones que reciban, quedando siempre clara la existencia de canales propios en cada empresa<sup>9</sup>.

El artículo 11, intitulado «Grupo de sociedades», en su apartado 1 establece que, en el caso de «un grupo de empresas», definido este en el perímetro económico-financiero y organizativo-empresarial previsto en el artículo 42 del Código de Comercio (confirma una regla de remisión general, que vimos también en la disp. adic. decimosexta Ley 27/2011):

[...] la sociedad dominante aprobará una política general relativa al sistema interno de información a que se refiere el artículo 5 y a la defensa del informante, y asegurará la aplicación de sus principios en todas las entidades que lo integran, sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada sociedad, subgrupo o conjunto de sociedades integrantes que, en su caso, pueda establecer el respectivo sistema de gobierno corporativo o de gobernanza del grupo, y de las modificaciones o adaptaciones que resulten necesarias para el cumplimiento de la normativa aplicable en cada caso.

Recuérdese que conforme al artículo 4 de la Ley 2/2023 (comunicación de infracciones a través del SII), el SII, obligatorio para toda persona jurídica obligada por la ley, es el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el artículo 2, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si la persona (trabajadora) denunciante considera que no hay riesgo de represalia. Por su parte, el apartado 2 también prevé un «responsable unitario» para el grupo del SII, al igual que este, si bien deja en manos de la política de grupo decidir esta opción entre unidad de responsable/sistema interno de denuncia o diversidad. No será ocioso recordar que, conforme al artículo 5:

1) El órgano de administración u órgano de gobierno de la empresa o entidad será el responsable de la implantación del SII, «previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras».

Dejando de lado la cuestión del estatuto de la persona responsable del SII (que se hace equivaler con el que tiene la persona responsable del tratamiento de los datos personales,

<sup>9</sup> Según el artículo 12 (medios compartidos en el sector privado):

Las personas jurídicas en el sector privado que tengan entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores y que así lo decidan podrán compartir entre sí el sistema interno de información y los recursos destinados a la gestión y tramitación de las comunicaciones, tanto si la gestión se lleva a cabo por cualquiera de ellas como si se ha externalizado, respetándose en todo caso las garantías previstas en esta ley.

conforme con la normativa sobre protección de datos personales<sup>10</sup>), lo más relevante respecto de esta previsión, en el caso de las estructuras de grupo, será decidir cuál es la unidad representativa para esta consulta. Parece claro que el nivel debe ser el adecuado a la estructura empresarial que decide, esto es, al grupo de empresas. Pero es bien sabido que, salvo en determinados casos, en los que los convenios colectivos han previsto un órgano de representación del entero grupo (Telefónica, Iberdrola, etc.), el ET no tiene esa previsión con carácter general, por lo que se plantea la duda de si, en tal caso, la consulta puede hacerse de forma análoga a la previsión para la legitimación de negociar convenios colectivos, según la legitimación cruzada del artículo 87.2 del ET. Por lo que podrían ser los sindicatos, o las secciones sindicales de grupo. En todo caso, también podrían ser las representaciones unitarias, sobre todo si se trata de una opción por la diversidad de sistemas. Una vez más encontramos una desadaptación del ordenamiento jurídico laboral a una nueva previsión legislativa «paralaboral», de modo que el progreso en un ámbito no conlleva ninguna atención al debido progreso en el otro implicado. No es la primera vez, ni será la última, lamentablemente.

2) El SII, en cualquiera de sus fórmulas de gestión, directa (sistema propio o internalización) o indirecta (externalización<sup>11</sup>), deberá:

- a) Permitir a todas las personas referidas en el artículo 3 comunicar información sobre las infracciones previstas en el artículo 2.
- b) Garantizar la seguridad informativa en su diseño y funcionamiento.  

Se concreta en asegurar la confidencialidad de la identidad de la persona informante y de cualquier persona tercera mencionada en la comunicación, así como de todas las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma. Una llamada muy especial se hace a la garantía de la protección de datos, prohibiendo el acceso de toda persona no autorizada.
- c) Permitir las comunicaciones por escrito y/o verbalmente.
- d) Integrar los distintos canales internos de información dentro de la entidad.
- e) Garantizar el tratamiento efectivo de las comunicaciones con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad.
- f) Ser independientes y aparecer diferenciados respecto de SII de otras entidades.
- g) Contar con un responsable del sistema, según el artículo 8, que, como se ha visto, conforme al artículo 11, puede ser único en el seno de los grupos (mercantiles) de empresa.

<sup>10</sup> Ampliamente, Baz Rodríguez (2019, pp. 76 y ss.).

<sup>11</sup> De conformidad con la previsión del artículo 6 de la ley (Gestión del sistema interno de información por tercero externo).



- h) Contar con una política general en materia de sistema de información y defensa de la persona informante, debidamente transparente (publicitada).
- i) Contar con un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas.
- j) Establecer las garantías para la protección de los informantes en el ámbito de la propia entidad, respetando, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 9.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 11 prevé que: «Será admisible el intercambio de información entre los diferentes responsables del sistema del grupo, si los hubiera, para la adecuada coordinación y el mejor desempeño de sus funciones».

Una vez más asistimos a una valoración unitaria de la estructura de grupo, de modo que ahora sería un sistema unitario de información a efectos de las denuncias internas. Conviene igualmente recordar que esta visión unitaria del grupo a efectos de legitimar transferencias o cesiones de datos de índole personal, no solo organizacional, está ya presente en la propia regulación comunitaria de la protección de datos personales (Baz Rodríguez, 2019, pp. 341 y ss.).

## 4. «El ser y no ser» de la estructura de grupo en el más reciente derecho vivo del trabajo: la desconfianza jurisprudencial sobre los «usos oportunistas»

### 4.1. Puesta a disposición y filialización: una atípica relación triangular en el seno de una empresa (alemana) con estructura de grupo

El primer estudio de casos que traemos a colación para ilustrar nuestra hipótesis analítica y probar nuestra tesis atiende a la ya referida STJUE de 22 de junio de 2023. Se trata de una atípica o particular relación laboral triangular entre dos empresas que, jurídicamente distintas, forman parte de un mismo grupo, con una persona empleada. Uno es el empleador formal, la matriz, y el otro el empleador real, efectivo, indirecto.

Esta es la situación material, a mi juicio, conforme a la concepción doctrinal relativa a la empresa empleadora indirecta en el seno de las empresas con estructura de grupo (Molina Navarrete, 2015). Formalmente, sin embargo, se plantea de modo diferente. El objetivo de la persona trabajadora –rechazado por el TJUE<sup>12</sup>– es que se aplique a su caso la

<sup>12</sup> Su fallo es el siguiente:

El artículo 1.1 en relación con el artículo 3.1, letras b) a e), de la Directiva 2008/104/CE debe interpretarse en el sentido de que esta directiva no resulta aplicable a una situación en la que, por

Directiva 2008/104/CE, a su puesta a disposición «permanente» de la empresa filial creada por su empresa originaria, ante su negativa a pasar a la misma en ejercicio del derecho de oposición a la transmisión de actividades y funciones ejercida, quedando en su empresa permanentemente a todos los efectos formales, pero trabajando para la nueva empresa, pues es la que tiene las funciones efectivas. Sin duda, el caso es de gran particularismo y puede estar en la base de la solución –negativa– alcanzada por el TJUE, pero abre cuestiones más amplias, que merecen un análisis profundo, que aquí no es posible abordar.

Sí conviene evidenciar que el problema subyacente es más amplio y se vincula a una cuestión ya abierta por la STJUE de 17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15, en virtud de la cual, y en línea con lo que ahora se desprende de la STJUE referida, no se necesita ser ETT formalmente para aplicar la directiva, que respondería a otros criterios de índole más objetiva o material. Así, básicamente:

- Que el contrato o relación laboral se establezca *ab origine* con vistas a que la persona trabajadora esté destinada a la empresa usuaria.
- Que la empresa directa (ETT) tenga la intención (voluntad) de realizar esta puesta a disposición de manera temporal (elemento intencional). Un criterio tan difuso como arriesgado, que pone en riesgo el efecto útil de la directiva.
- Que quede sujeto al poder de dirección y control de la empresa usuaria (empleador indirecto), no de la empresa contratante (empleador directo) (elemento objetivo).
- Correspondencia entre los objetivos de protección de las personas cedidas temporalmente por ETT y la situación de puesta a disposición comparable (elemento teleológico). En el caso no habría razón de la estabilidad en el empleo protegible, porque la relación ya es estable y mantiene condiciones.

En realidad, en el caso concreto, si la relación laboral se mantiene es porque el trabajador ha ejercido su derecho de oposición a la transmisión de su relación laboral a la empresa tercera, por lo que no solo faltaría tal intención o voluntad en el momento de celebración del contrato de trabajo, sino también en el de puesta a disposición del trabajador a la empresa tercera. En todo caso, y como se anticipó, a mi juicio, el estado de situación no deja de ser profundamente paradójico, incluso artificioso, porque se está ante una clara relación unitaria en el seno del grupo de empresas, en la que se produce más que una subrogación

---

un lado, las funciones ejercidas por un trabajador son transmitidas con carácter definitivo por su empleador a una empresa tercera y, por otro, el trabajador, cuya relación laboral con ese empleador se mantiene por haber ejercido el trabajador su derecho de oposición a la transmisión de su relación laboral a la empresa tercera, puede quedar obligado, a requerimiento de su empleador, a realizar con carácter permanente la prestación laboral determinada en su contrato de trabajo en el establecimiento de la empresa tercera y verse sometido a estos efectos, tanto en el plano organizativo como en el técnico, a la facultad de dirección de esta última.

(que no juega por la oposición del trabajador) una circulación de la persona trabajadora en el seno de la estructura de grupo, con continuidad de todas sus condiciones de trabajo, lo que, a mi entender, hace que el verdadero empleador sea siempre la matriz, aunque tenga ahora una empresa-empleadora directa nueva, la filial.

## 4.2. De los grupos a las redes: ¿puesta a disposición material o cesión ilegal?

El carácter difuso y las dificultades para deslindar fronteras entre las situaciones jurídicas de triangulación o multilateralidad empleadora, que pueden producirse en el seno de las estructuras de grupo y/o redes de empresas, también los hallaremos en una de las derivas nacionales de esta doctrina jurisprudencial y que encontramos en la cuestión prejudicial planteada por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de junio de 2023 (rec. 1125/2022). Con ella, la sala de suplicación social madrileña busca, en última instancia, aplicar la Directiva ETT a las empresas contratistas que, bien miradas, se limitan básicamente a suministrar mano de obra, aun cualificada, más que a poner en funcionamiento una organización propia, al servicio, mediante contratación mercantil, de la organización de la empresa principal, a la que auxilia, siendo la principal empleadora indirecta, y la auxiliar empresa directa. Una problemática que aún tendría mayor proyección dentro de la problemática, pendiente de solución, de las empresas multiservicios, cuya frontera con las ETT se mantiene cada vez más líquida o difusa, perteneciendo a menudo todas ellas a un grupo empresarial que gobierna unitariamente unas y otras situaciones.

Brevemente, en el caso, una trabajadora, tras realizar sus prácticas con la empresa Microsoft Ibérica, SL, es contratada por tres empresas contratistas (desde 2011 a 2021), la última Leadmarket, SL, para prestar distintos servicios para la misma empresa principal, Microsoft (clara expresión de las redes de empresas), actuando en régimen de teletrabajo. El ordenador es de la empresa principal, a la que acudía una vez por semana, disponiendo de tarjeta de acceso a sus instalaciones. Su trabajo era atender a la clientela de ciertos productos de la principal, resolviendo eventuales dudas con un departamento de aquella. Todo ello sin perjuicio de su obligación de informar mensualmente al responsable de la contratista, su empleadora directa (la tenía contratada, organizaba sus vacaciones y permisos y fijaba los horarios). Poco antes de su maternidad, Microsoft comunica a la contratista empleadora que la contrata no será prorrogada, siendo despedida por tal causa (causa objetiva productiva) una vez que se reincorporó de su permiso de nacimiento y lactancia, así como disfrute de vacaciones.

La trabajadora impugna el despido y solicita su nulidad, subsidiariamente la improcedencia, reclamando para el cálculo de la indemnización el salario de la empresa principal. Declarada en la instancia la inexistencia de una puesta a disposición, con lo que se descarta –a mi juicio muy discutiblemente– cesión ilegal, pues la contratista sí sería la verdadera empleadora, califica el despido nulo, porque el motivo objetivo para justificar el despido

es excesivamente genérico, vago e impreciso y la extinción se ha producido en el periodo posterior a la baja por nacimiento y cuidado de menor. La trabajadora, disconforme, plantea recurso de suplicación. A juicio de la sala, tras repasar el sistema normativo interno en materia de cesión ilegal y de ETT, así como los marcos de regulación comunitaria tanto de la Directiva 2008/104 (arts. 3 y 5) como de protección de las trabajadoras embarazadas (art. 10 Directiva 92/85 y arts. 2.2, 14.1 y 15 Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres), a la luz de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, infiere que las situaciones de este tipo deberían quedar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre ETT por estar realmente «bajo la dirección y el control» de la empresa usuaria (Microsoft Ibérica, SL), sin que sea relevante que no tenga tal condición formal.

De forma concreta afirma que:

[...] es claro que la dirección y control de la actividad de la trabajadora correspondía a Microsoft Ibérica, SL, puesto que desarrollaba sus funciones para Microsoft contactando frecuentemente para las cuestiones de servicio con los responsables de un departamento de esa empresa y lo hacía con el ordenador proporcionado por esa empresa y atendiendo a sus clientes. En esas condiciones la duda que se suscita es si puede entenderse que la empresa Leadmarket, SL, mantenía la dirección y control de la actividad laboral, de manera que no estaríamos ante una puesta a disposición de la trabajadora, por el hecho de que el administrador de la misma recibiese un informe mensual de actividad y además firmase los permisos, vacaciones y horarios de la trabajadora.

La eventual respuesta positiva –que demanda en última instancia– debería llevar a establecer como referente el derecho a la remuneración de la empresa usuaria, que es la empresa principal y rectora última de la red. Cosa distinta sería, de confirmarse que el despido es nulo, y no siendo posible la reubicación en la empresa contratista, concluir que:

[...] la reintegración al mismo puesto de trabajo solamente es posible si se produce en Microsoft Ibérica, SL, sin que Leadmarket, SL, disponga de ningún puesto de trabajo que ofertar como alternativa. De hecho, Leadmarket, SL, se encuentra en rebeldía en el proceso y no comparece, encontrándose presumiblemente desaparecida, por lo que no pueda considerarse que exista un puesto equivalente dentro de la plantilla de dicha empresa.

En suma, apunta la sala, en forma de cuestión, pero inducida en la respuesta que espera del TJUE, de ser aplicable la Directiva 2008/104/CE por encontrarnos ante una puesta a disposición materialmente, como consecuencia de la aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, la eventual nulidad solo puede plantearse en el ámbito de la empresa principal. La importancia es evidente, más allá del caso, e incluso el grupo

de supuestos, al estar en juego el propio modelo de organización de la descentralización productiva en casos muy frecuentes, no marginales. La sujeción de la contratista al poder de control o influencia técnica de la empresa usuaria –principal– abre la puerta a la aplicación de la Directiva 2008/104, y el principio de equiparación de condiciones de trabajo ex artículo 5, a un número muy significativo de contratistas, más en el ámbito de las empresas multiservicios, lo que pondría en solfa el equilibrio regulador alcanzado con el artículo 42.6 del ET<sup>13</sup>. Pero ¿por qué no se plantea la posibilidad de calificar la situación de una cesión ilegal de la trabajadora? Sea como fuere, vemos, una vez más, la dificultad para la distinción en la realidad entre las diferentes relaciones triangulares, que en este caso se produce en el marco de una red de contratistas y subcontratistas que tiene una clara gobernanza unitaria por parte de un grupo Microsoft, a través de la filial española, lógicamente, del grupo multinacional.

### 4.3. Despido colectivo y grupo laboral de empresas: una «retorcida» aplicación del concepto comunitario de centro de trabajo

Como hemos visto, si un ámbito hay relevante para la actuación de los grupos ese es el de la regulación, temporal y extintiva de empleo, de ahí que sea una institución legal en la que tienen mayor presencia formal los grupos, si bien de forma limitada y ambigua, como ya se expresó. En este contexto, hemos conocido una sentencia muy curiosa, pero que ilustra bien la «artificiosidad» y la predisposición a «usos oportunistas» que encierra la figura del grupo (en este caso en virtud de una alambicada, incluso «retorcida», lectura o interpretación jurisprudencial del art. 51 ET en su confrontación con la estructura de grupo laboral), precisamente por esa tensión continua entre unidad-diversidad. Me refiero ahora a la STS 387/2023, de 30 de mayo. La cuestión suscitada en este recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la extinción del contrato, llevada a cabo por la vía del artículo 52 c) del ET, debió articularse, en cambio, por la vía del despido colectivo (despido colectivo de hecho), al haberse superado los umbrales del artículo 51 del citado texto legal. Revocando la sentencia de suplicación, la Sala IV entenderá que la doctrina correcta es la primera, por no superarse el umbral legal.

<sup>13</sup> Dicho sea, al paso, la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2023 (rec. 831/2023), en aplicación del artículo 42.6 del ET, reitera, revocando la decisión de instancia, que el convenio colectivo aplicable es el de sector de la actividad desarrollada por las empresas contratistas y subcontratistas «con independencia de su objeto social o forma jurídica»; en consecuencia, es irrelevante el objeto social. Por otra parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena de 16 de noviembre de 2022 (rec. 532/2022) valora que el artículo 42.6 del ET solo ratifica el derecho jurisprudencial y, por lo tanto, la regla del artículo 42.6 del ET sería también aplicable con anterioridad a su entrada en vigor, tras el Real Decreto-Ley 32/2021, siguiendo el criterio de la STS de 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019).

En este caso, el trabajador prestaba servicios para Telemark Mediación Agencia de Seguros Vinculada, SLU, dedicada a la actividad de *contact center*, como teleoperador especialista, en el centro de trabajo sito en la localidad de Onzonilla (León). Se extinguió su contrato de trabajo por causas objetivas (económicas, organizativas y de producción) identificadas como presentes en la empresa para la que presta servicios. La plantilla existente en la empresa al tiempo de la extinción era de unas 284 personas empleadas. En el periodo de 10 de julio de 2020 a 6 de octubre de 2020 se produjeron en ella 8 despidos disciplinarios, 3 despidos objetivos con base en el apartado c) del artículo 52 del ET, 6 extinciones por causa prevista en contrato y 3 por finalización del contrato temporal. Por su parte, en la empresa Telemark Spain, SL, con una plantilla de 196 personas, en el mismo periodo de referencia se produjeron 3 despidos disciplinarios y 8 extinciones por causa prevista en contrato.

El trabajador impugnó la extinción dictándose sentencia por el juzgado de lo social. Esta, constatado que hubo 29 bajas no voluntarias en los 3 meses anteriores (superior al 10 % de la plantilla), declaró la extinción nula al no haber tramitado el despido colectivo, computando, a efectos de superar los umbrales del artículo 51.1 del ET todas las extinciones «no voluntarias». Entre ellas incluye despidos disciplinarios (no consta una calificación jurídica específica), no superaciones del periodo de prueba (más del 40 % –12 de 31– de contratos en los 90 días anteriores al cese lo son por no superar el periodo de prueba) o fines de contratos temporales (cuando tampoco consta la causa precisa). Con base en todo ello, concluye en que, partiendo de 31 extinciones en el grupo laboral de empresas, si de ese número se eliminan los temporales, se quedarían en 29 extinciones que superan el 10 % de la plantilla.

En el caso de contraste (casi 2 décadas antes) se había producido en los 90 días anteriores al despido (mayo de 2004) la extinción de 9 contratos por causas objetivas y otros 3 por despidos improcedentes en la empresa en la que prestaba servicios el demandante, con una plantilla de 102 personas empleadas. Y, en la otra empresa que integraba el grupo laboral, con una plantilla de 539, en igual periodo de referencia, había extinguido 6 contratos por el artículo 52 c) del ET y 9 por despidos improcedentes. No obstante esta similitud fáctica, la sala de casación advierte una diferencia de gran interés para la suerte final del supuesto: en el asunto de la sentencia recurrida se entiende que, tomando la plantilla de la empresa que actúa como empresa directa o formal, y las extinciones del grupo laboral de empresas, se llega a la conclusión de que se debió activar el despido colectivo (enfoque de espiguelo o de criterio de cómputo numérico cruzado), mientras que en la sentencia de contraste se toma el grupo laboral sumando plantillas y extinciones ocurridas en el grupo para acudir al artículo 51 del ET (FJ 1.º *in fine*). En suma, para la sentencia recurrida, la determinación de los umbrales legales se hace tomando en consideración parámetros asimétricos, cruzados o no equivalentes, pues para un cálculo (dimensión del centro de trabajo) se toma la empresa directa, y para el cómputo de despidos a incluir se incluye el grupo –laboral o patológico–.

Por supuesto, no vamos a detenernos en analizar la –atormentada– evolución de la doctrina sobre el método de cómputo ocupacional de las unidades de referencia para el artículo 51 del ET que, como sabemos y por influencia comunitaria (exigencia del criterio de

interpretación conforme al derecho de la Unión –STS 112/2018, de 7 de febrero–), asume un enfoque muy garantista y expansivo, de modo que se asegure el efecto útil de la directiva, tomando el centro de trabajo como referencia o la empresa, pero siempre que tenga un mínimo (STS 1047/2021, de 21 de octubre):

[...] la unidad de cómputo del despido colectivo debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro de trabajo aisladamente considerado excedan tales umbrales y debe ser la empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de esta.

Lo relevante aquí es la limitación que pone a la invención interpretativa el TS, pues considera que el principio de favor hacia el efecto útil de la directiva no puede llevar a un uso confuso o cruzado (se recordará que el art. 87.2 ET sí asume esa creación jurisprudencial en su día, donde el TS acuñó la doctrina de la legitimación convencional cruzada, de modo que legitimaba a los sindicatos para el banco social –como si fuese de sector– y mantenía a la dirección del grupo para el banco económico –como si fuese de empresa–). El resultado sería idéntico si se tomase el grupo laboral, porque en ese caso habría que tomar como datos las plantillas de las dos entidades mercantiles y las extinciones operadas en todas ellas, por lo que tendríamos una plantilla que supera las 300 personas trabajadoras (283 + 196) y las extinciones operadas computables serían 28 (17 en la empresa del demandante y 11 en la codemandada –las otras 3 realizadas se descartan por ser contratos temporales que finalizan por la causa–). Si se acude al grupo laboral de empresa, tampoco se superaría el número de 30 que fija el artículo 51.1 c) del ET (FJ 2.º 2).

No entra la sala en la cuestión de la calificación jurídica del despido. En el sentido de entender que el recurso debe ser estimado parcialmente, dado que inadmitió por auto el planteamiento del otro punto de contradicción. La empresa recurrente insistía en la procedencia de la extinción del contrato y en este momento procesal, tras pedir que se deje sin efecto la nulidad del despido, interesa que, subsidiariamente, se declare improcedente atendiendo a que la sentencia recurrida no admite la existencia de causas objetivas suficientes para la procedencia del despido y al no contarse con base suficiente para rebatir esa conclusión, no cabe sino hacer tal declaración, lo que supone estimar parcialmente el recurso de suplicación, en el sentido de declarar la improcedencia del despido con las consecuencias legales que tal declaración lleva aparejadas, atendiendo al mandato del artículo 123 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (sin condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir en ese recurso, conforme dispone el art. 228.2, en relación con los arts. 203.3 y 235 LRJS).

Sin querer extender más allá de lo necesario este análisis de experiencia, otros casos nos permiten comprobar la tesis aquí ilustrada del carácter especialmente difuso, y entrecruzado, que suele presentar la distinción de fronteras entre situaciones jurídicas en el seno de los grupos. Así, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana 1042/2021, de 30 de

marzo, rechazó calificar como extinciones computables a los efectos del despido colectivo la subrogación de personas trabajadoras no impugnadas a otras empresas del grupo, previa negociación con el comité de empresa:

No se han producido, además de los 6 indiscutibles, otros 22 despidos [...] pues conceptualmente [...] no puede predicarse de los supuestos de subrogación no impugnada, que implica tan solo, una novación subjetiva del contrato, que se mantiene incólume en sus demás elementos y, por lo tanto, pervive.

En el caso se decide, en respuesta al planteamiento efectuado de si concurre o no grupo encubierto entre las codemandadas, en el seno del cual las medidas (despidos y recolocaciones) tienen lugar, rechazarlo. Y para ello se asume la inveterada doctrina jurisprudencial que, anclada en la viejísima doctrina del levantamiento del velo (una crítica profunda de esta obsolescencia jurisprudencial laboral en Molina Navarrete, ya en 1995 y, 20 años después, en 2015), considera que es un grupo mercantil, pues no concurriría ningún elemento de abuso de personalidad. Algo que no podría derivarse del mero hecho de que, como consecuencia del expediente de regulación de empleo y expediente de regulación temporal de empleo pactados con la representación de los trabajadores de la empresa Hospital Valencia al Mar, SL, se acordara también tratar de recolocar a algunas de las personas trabajadoras (en línea con lo previsto de forma potestativa en el art. 8 del real decreto) en otros hospitales del grupo, para aminorar las consecuencias de tales procesos colectivos.

#### 4.4. La irrelevancia de la asunción de la persona trabajadora relevista por otra empresa del grupo a efectos de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002

Para finalizar esta revisión, terminaremos con otra aplicación rígida y formalista de esa antigua construcción involutiva del TS español en materia de grupos, reduciéndolos a patología (abuso de personalidad jurídica), cuando de responsabilidad patrimonial se trata. La STS 117/2023, de 8 de febrero, revoca la sentencia de suplicación –a mi juicio, mejor fundada desde una visión más actualizada y unitaria de la realidad de los grupos de empresa– y considera que la empresa que celebró el contrato de relevo y que ha visto cómo el relevista ha cesado en la misma no puede quedar exenta de contratar a un nuevo relevista; de modo que, al no hacerlo, es responsable en los términos de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, aunque se haya producido en virtud de una cesión de contrato de modo que ha pasado a trabajar a otra empresa del grupo. En este caso, no debe aplicarse por analogía su doctrina sobre subrogación empresarial<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Para esta doctrina, en caso de jubilación parcial y subrogación de empresa, de gran interés la STS, Pleno, 287/2023, de 19 de abril.



La cuestión a decidir consiste en determinar si una empresa (J. Uriach y Compañía, SA) que suscribió un contrato de relevo tras una situación de jubilación parcial de una mujer y que no sustituyó a la trabajadora relevista cuando cesó su relación en la misma por pasar a prestar servicios en otra empresa del grupo (Grupo Uriach), a través de un acuerdo de novación contractual<sup>15</sup>, es o no responsable del importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato del relevista hasta que el jubilado parcial haya accedido a la jubilación. Se trata de interpretar el exacto alcance que haya de darse a estos efectos a la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

En síntesis, la sentencia de suplicación entendió que no existe conducta fraudulenta ni incumplimiento de la disposición adicional segunda.4 del Real Decreto 1131/2002. Recurrida en casación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, invocando de contraste otra de la misma sala, que había considerado que en tales casos no hay subrogación empresarial, sino un supuesto de circulación dentro de las empresas de grupo, declarando la responsabilidad empresarial, el TS, como se ha dicho, sobre la base de sus precedentes (en especial, la STS de 25 de octubre de 2022, rec. 2634/2019), no obstante reconocer la originalidad de la situación, considera que la doctrina correcta es la que sostiene la responsabilidad por incumplimiento. El cese del relevista que se produce por sucesión empresarial, si ha concluido su actividad en la empresa porque en parte de ella se subroga otra del sector, mientras que el trabajador jubilado continúa en la empresa originaria (FJ 4.º 1), está excluido del cumplimiento del deber de nueva contratación, porque la subrogación satisface la doble finalidad legal (colocación de la persona trabajadora relevista, alejando toda sospecha de fraude al sistema de Seguridad Social). En cambio, no cabe aplicarla en los supuestos en los que:

[...] el cese del trabajador relevista se produce por voluntad y conveniencia del grupo empresarial o de las dos empresas implicadas [porque] su eventual declaración de corrección implicaría la apertura de infinitas posibilidades para eludir el cumplimiento de la obligación establecida legal y voluntariamente contraída por el hecho de la celebración del contrato de relevo ligado a la jubilación parcial.

En el supuesto no se ha producido un fenómeno de sucesión empresarial ex artículo 44 del ET (no ha habido transmisión de una unidad productiva o de una actividad que justifique la subrogación de la empresa cesionaria en todos o algunos de los trabajadores de la empresa cedente), sino de un cese del relevista que, contrariamente a lo exigido por el artículo 12 del ET y por la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, no sería sustituido por otro (FJ 4.º 2). Y ello porque no se ha acreditado que se trate de un grupo laboral de empresas, esto es, no concurre patología alguna.

<sup>15</sup> En el pacto novatorio (cesión de contrato) se garantizó la misma antigüedad, categoría profesional y salario que ostentaba en la empresa demandante, mediante un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo donde realiza las mismas funciones que realizaba en la empresa demandante.

## 5. Reflexión final

Extraña argumentación jurídica, una paradoja más. Se asume la responsabilidad de la empresa por el incumplimiento legal al no probar que es un «grupo patológico», que no ha incurrido en un abuso de personalidad jurídica, mientras que de haberlo probado sí hubiese aceptado eximirla de responsabilidad y entender persistente la contratación. En fin, una más de la larguísima serie de paradojas y contradicciones que pueblan este ámbito y que trae causa de la persistencia de reglas escasas, fragmentadas y dispersas, ajena a toda visión sistemática y coherente de la realidad de los grupos. Un déficit que es fuente de incertidumbres jurídicas, tanto para las personas trabajadoras como para las empresas. En consecuencia, y sin querer pecar en exceso del mantra del Estado de las personas trabajadoras del siglo XXI, parece claro que es hora ya de que la norma axial del derecho del trabajo incorpore en su edificio al sujeto que protagoniza una buena parte de sus reglas e instituciones. Aunque, bien visto, este déficit regulador es aplicable al conjunto de relaciones triangulares que, bajo viejas y novedosas formas, hoy constituyen la auténtica tipicidad del mundo del trabajo, desplazando la centralidad de la clásica bilateralidad. Un gran reto para el nuevo Gobierno.

## Referencias bibliográficas

- AIREF. (2020). *Estudio. Incentivos a la contratación*. <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/10/INCENTIVOS/Anexo-II.-Fichas-INCENTIVOS.pdf>
- Álvarez Alonso, D. (3 de julio de 2023). *La Directiva sobre empresas de trabajo temporal: ámbito de aplicación, inaplicabilidad a la puesta a disposición permanente y reflexiones sobre sus deficiencias y posible reforma*. Briefs AEDTSS. <https://www.aedtss.com/la-directiva-sobre-empresas-de-trabajo-temporal-ambito-de-aplicacion-inaplicabilidad-a-la-puesta-a-disposicion-y-reflexiones-sobre-sus-deficiencias-y-posible-reforma/>
- Baz Rodríguez, J. (2019). *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*. Wolters Kluwer.
- Esteve Segarra, M. A. (2002). *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Esteve Segarra, M. A. (2022). Grupos de sociedades en empresas de plataforma. *Documentación Laboral*, 126, 103-119.
- García-Perrote Escartín, I. (2015). Grupo de empresas y derecho del trabajo. Revisión del criterio de la dirección unitaria. En E. Borrajo Dacruz (Dir.), *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo* (pp. 195-234). La Ley.
- Lantarón Barquín, D. (2015). Pluralización empresarial y superación del carácter bilateral de la relación laboral. En E. Borrajo Dacruz (Dir.), *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo* (pp. 235-262). La Ley.
- Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. (2020). *Protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (whistleblowing)*. Bomarzo.
- Molina Navarrete, C. (1995). *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*. Real Colegio de España.

- Molina Navarrete, C. (1997). *El derecho de los grupos de empresas: entre libertad y norma*. Ibidem.
- Molina Navarrete, C. (2015). La regulación de empleo en las empresas con estructura de grupo. Puntos críticos de la doble involución jurisprudencial. En E. Borrajo Dacruz (Dir.), *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo* (pp. 263-300). La Ley.
- Molina Navarrete, C. (2016). *La reforma laboral a juicio de los tribunales*. La Ley.
- Molina Navarrete, C. (2022). *Aspectos socio-laborales de la nueva reforma concursal: ¿remercantilización vs. socialización?* Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G. (2021). *Los grupos de empresas en el derecho del trabajo*. Aranzadi.
- Rey Guanter, S. del. (22 de marzo de 2023). *La reciente intensificación de la «paralaboralidad» normativa: algunas causas y consecuencias*. Briefs AEDTSS. <https://www.aedtss.com/la-reciente-intensificacion-de-la-paralaboralidad-normativa-algunas-causas-y-consecuencias/>
- Rodríguez Cardo, I. y Álvarez Alonso, D. (2023). Multiparty work relationships in Spain: legal provisions and emerging trends. *European Labour Law Journal*, 13(4), 492-514. <https://doi.org/10.1177/20319525221131174>
- Rojo Torrecilla, E. (28 de junio de 2023). ETT. Concepto de «puesta a disposición de manera temporal». Notas a la Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2023 (asunto C-427/21). *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/06/ett-concepto-de-puesta-disposicion-de.html>
- Rullani, E. (1991). Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia. En P. Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole* (pp. 131-149). Franco Angeli.
- Torre Vallecillo, C. de la. (2016). Competencia poscontractual y grupos empresariales. ¿Es irrelevante el interés unitario de grupo como mercado interno de trabajo? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de marzo de 2016, rec. núm. 749/2015. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 403, 179-184. <https://doi.org/10.51302/rtss.2016.2186>

**José María Moreno Pérez.** Abogado en ejercicio y profesor asociado de la Universidad de Jaén en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde el año 1997. Actualmente doctorando en el marco del proyecto de investigación sobre la competencia del orden jurisdiccional social, siendo este, junto al proceso laboral, el ámbito de su especialización. Autor de distintas publicaciones y comentarios de sentencias en el entorno de sus líneas de investigación. <https://orcid.org/0000-0001-8304-4313>



# La descentralización del riesgo empresarial a través de las franquicias: nuevas tendencias laborales

**Ana Belén Muñoz Ruiz**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*  
abmunoz@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-8863-9938>

## Extracto

Como pauta general, la empresa matriz o franquiciadora y la empresa auxiliar o franquiciada son jurídicamente independientes, todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente. Sin embargo, en el estudio se observan nuevos hitos en esta materia. El primer hito se refiere al control sobre las condiciones de trabajo de la plantilla de la empresa auxiliar o franquiciada, que ha servido recientemente como criterio para imputar responsabilidades laborales a la empresa matriz. El segundo hito en la investigación es el sesgo hacia el incumplimiento de la normativa laboral por parte de las empresas franquiciadas o auxiliares, que ha sido advertido por la doctrina especializada y para cuyo desarrollo se ofrecen ejemplos reales. Como tercer hito, pese a la autonomía defendida por las dos empresas vinculadas a la franquicia, se han identificado experiencias de negociación colectiva articulada donde la empresa matriz y las empresas auxiliares junto con la representación legal de las personas empleadas negocian condiciones de trabajo comunes. Los tres hitos en su conjunto advierten de cierto control por parte de las empresas matrices o franquiciadoras de las condiciones de trabajo de las personas empleadas por las empresas auxiliares o franquiciadas.

**Palabras clave:** franquicias; falsos autónomos; dependencia; convenio colectivo; ajenidad; responsabilidad; incumplimiento laboral.

Recibido: 21-06-2023 / Aceptado: 03-07-2023/Revisado: 01-08-2023/Publicado: 06-09-2023

**Cómo citar:** Muñoz Ruiz, A. B. (2023). La descentralización del riesgo empresarial a través de las franquicias: nuevas tendencias laborales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 476, 123-145. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19273>



# The usage of franchises to decentralise the labour cost: new trends

**Ana Belén Muñoz Ruiz**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*  
abmunoz@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-8863-9938>

## Abstract

The franchisor and the franchisee are legally independent entrepreneurs, all without prejudice to the supervisory powers that may be contractually established. Precisely, the control over the working conditions of the staff of the auxiliary company has recently served as a criterion for attributing responsibilities to the franchiser. In turn, the study shows an incorporated bias towards non-compliance given the conditions on the part of the franchised or auxiliary companies due to the control of the franchiser over the auxiliary or franchised company. On the other hand, experiences of articulated collective bargaining have been identified in the sense that both companies negotiate common working conditions. The mentioned three trends enhance the monitoring of working conditions by the franchisor.

**Keywords:** franchises; bogus self-employment; subordination; collective agreement; risk of the business; liability; breach of labour law.

Received: 21-06-2023/ Accepted: 03-07-2023/Revised: 01-08-2023/Published: 06-09-2023

**Citation:** Muñoz Ruiz, A. B. (2023). The usage of franchises to decentralise the labour cost: new trends. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 476, 123-145. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19273>



## Sumario

1. Planteamiento
  2. Tipología de las franquicias en España
  3. La responsabilidad de las empresas vinculadas por la franquicia: falsos autónomos y control de las condiciones esenciales de trabajo
    - 3.1. El requisito formal de los términos del contrato de franquicia
    - 3.2. El análisis del funcionamiento de la franquicia: el control laboral sobre las condiciones esenciales de trabajo
  4. Las condiciones de trabajo de las personas empleadas
  5. La dimensión colectiva en las franquicias: el convenio colectivo como instrumento homogeneizador de las condiciones de trabajo
  6. Conclusiones y propuestas
- Referencias bibliográficas

## 1. Planteamiento

La franquicia supone una concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgado por una empresa a una o varias personas en una zona determinada<sup>1</sup>. De esta forma, la empresa matriz o franquiciadora soluciona sus problemas de distribución de los productos de la marca y, a su vez, logra reducir los costes laborales (particularmente importante para las empresas de servicios, donde la mano de obra representa una parte significativa de los costes) (Weil, 2014, p. 122).

En materia de franquicias se han producido nuevos hitos que merecen ser abordados. En primer lugar, las franquicias han proliferado en España y otros países, encontrándose muy generalizadas en el ámbito de la restauración y habiéndose extendido ampliamente, asimismo, por otros muchos sectores y actividades, tales como tiendas de alimentación y de conveniencia, panaderías, comercio al por menor prácticamente de todo tipo, servicios de limpieza, ópticas y clínicas dentales (Álvarez Alonso, 2017, p. 22). En segundo término, la empresa matriz y la auxiliar son empresas jurídicamente independientes, todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente<sup>2</sup>. Precisamente, el control

---

<sup>1</sup> Según el Diccionario de la RAE. La característica fundamental de esta modalidad contractual estriba en que una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje (Sentencia del Tribunal Supremo –STS–, Sala 1.ª, 164/1997, de 4 marzo).

<sup>2</sup> Indica el artículo 62.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista:

La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

Y el artículo 2 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores:

1. A los efectos del presente real decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

- a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.
- b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular (a lo que se debería añadir los productos), y



sobre las condiciones de trabajo ha servido recientemente como criterio para imputar responsabilidades en el ámbito laboral a la empresa matriz en la doctrina judicial más reciente.

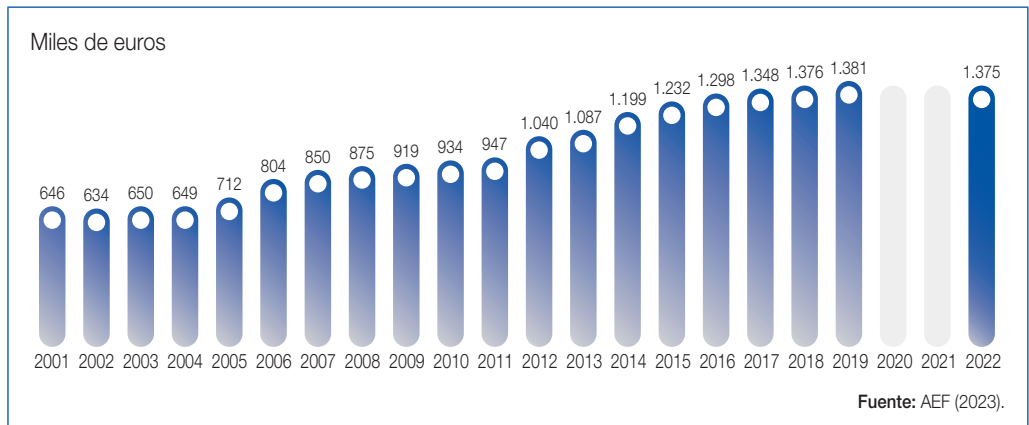
Como tercera premisa, en el estudio se desarrollará el sesgo hacia el incumplimiento de la normativa laboral por las empresas franquiciadas o auxiliares que ha sido advertido por doctrina especializada en la materia y para cuyo desarrollo se ofrecen algunos ejemplos reales. Por último, se han identificado experiencias de negociación colectiva articulada en el sentido de que la empresa matriz y las empresas auxiliares junto con la representación legal de las personas empleadas negocian condiciones de trabajo comunes.

Los tres hitos en su conjunto advierten de cierto control por parte de las empresas matrices o franquiciadoras de las condiciones de trabajo de las personas empleadas por las empresas auxiliares o franquiciadas.

## 2. Tipología de las franquicias en España

El sistema de franquicias español está integrado por un total de 1.375 marcas, de las cuales un 82,6% son de origen nacional y un 17,4% proceden de un total de 24 países, especialmente de Francia, Estados Unidos, Italia, Reino Unido y Portugal (Asociación Española de Franquiciadores –AEF–, 2023). Como se puede comprobar en el siguiente gráfico, se ha producido un crecimiento progresivo del número de marcas en nuestro país con la salvedad del periodo de la Covid-19.

Gráfico 1. Marcas

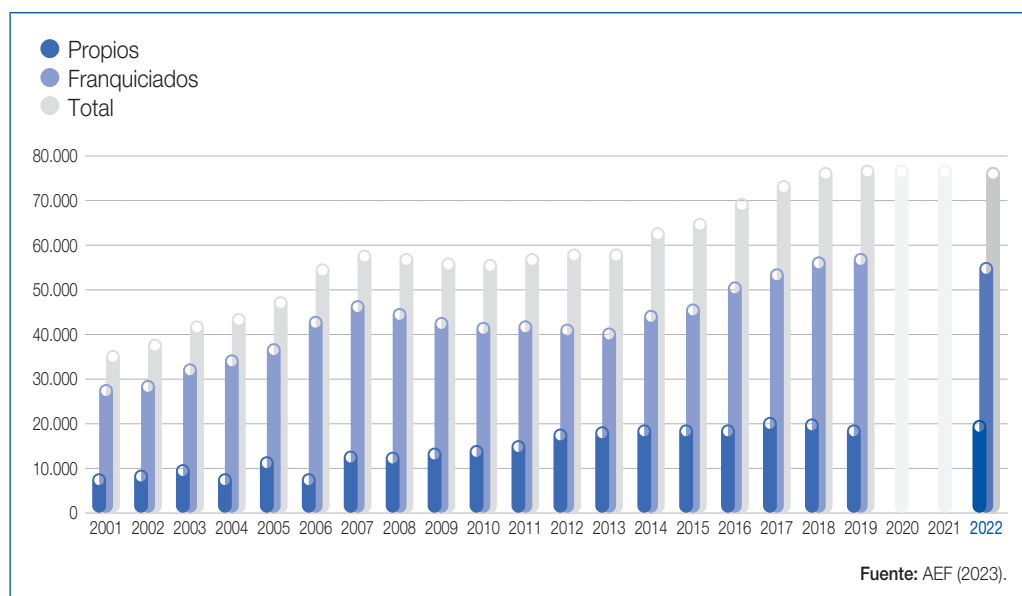


c) La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.

De estas 1.375 franquicias, según el informe de la AEF de 2023, el sector que cuenta con un mayor número de marcas es el de «Hostelería/Restauración», con un total de 224 redes.

Por lo que respecta al número de establecimientos operativos, en el cierre de 2022 se contabilizaron un total de 77.246 locales, de los cuales 20.999 eran de carácter propio y los 56.247 restantes, empresas franquiciadas.

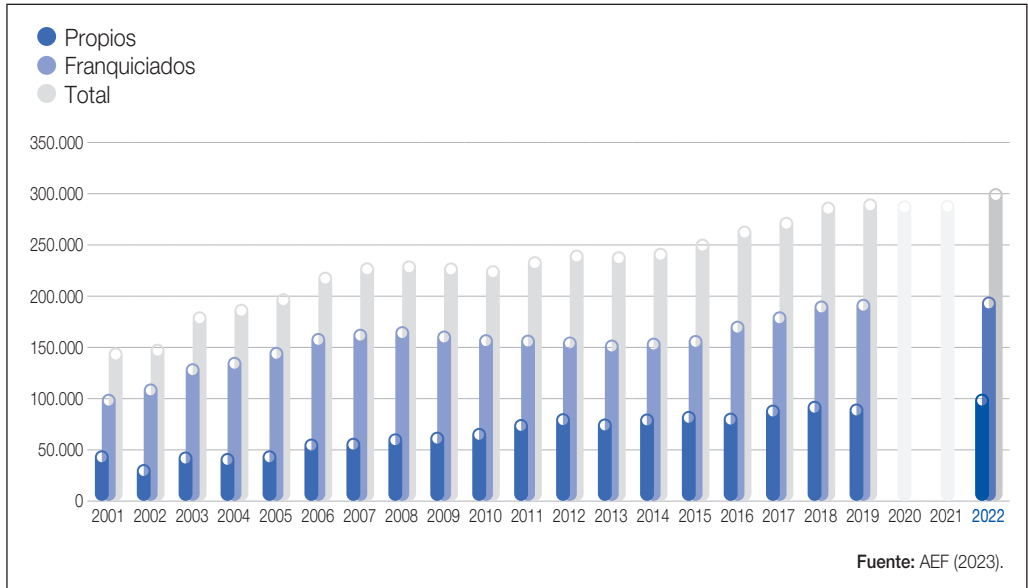
Gráfico 2. Establecimientos



Se destaca como fortaleza del sistema de franquicias que, a pesar de la difícil coyuntura atravesada durante los últimos años, sigue generando empleo en España.

De esta manera, a finales del pasado año 2022, este modelo de negocio daba trabajo a 303.595 personas, 9.364 más que en 2019 (un 3,18 %). De esta cifra, 104.629 trabajan en locales propios y las 198.966 restantes en empresas franquiciadas.

Aquellos sectores que mayor número de empleos generan son los de «Alimentación», en el que trabajan 72.912 personas; «Hostelería/Fast Food», con 43.258 trabajadores/as; «Hostelería/Restaurantes/Hoteles», que da empleo a 22.368 personas; «Belleza/Estética», en el que trabajan 13.555 personas, y «Servicios/Transportes», que da trabajo a 13.210 personas.

**Gráfico 3. Número de personas trabajadoras**


Algunas de las franquicias españolas más conocidas han firmado convenios de colaboración para dar apoyo a autónomos consolidados e impulsar el emprendimiento. Es el caso del Convenio entre Eroski y la Asociación de Trabajadores Autónomos suscrito en 2019, que establece un marco de cooperación que permite acercar alternativas a los autónomos que buscan diversificar su actividad actual.

### 3. La responsabilidad de las empresas vinculadas por la franquicia: falsos autónomos y control de las condiciones esenciales de trabajo

Expuesta la realidad numérica y la tipología de las franquicias en España, a continuación, se abordará la problemática judicial más reciente en el ámbito laboral. En efecto, si bien la franquicia no tiene una regulación específica en el Estatuto de los Trabajadores (ET), este silencio no implica que debamos inaplicar o alterar los principios generales de la legislación laboral y que pueden existir consecuencias en el terreno laboral. En este sentido, podrían resultar de aplicación los criterios de laboralidad del artículo 1 del ET (en relación con la presunción de laboralidad del art. 8.1 del ET) en los supuestos en los que el titular de la marca o red comercial lleva su control al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a las personas empleadas y el resultado del proceso del trabajo, esto es, en aquellas situaciones en que la empresa matriz asume la verdadera

titularidad empresarial y desplaza a la empresa auxiliar. Todo ello nos conduce al empleo de falsos autónomos en el ámbito de las franquicias.

Hay que advertir que no es generalizable a todos los supuestos de franquicias el uso fraudulento de los autónomos y que el supuesto menos conflictivo se refiere a que la empresa matriz o franquiciadora tenga personas trabajadoras a su cargo. Al respecto, podemos mencionar la reciente STS de 17 de enero de 2023 (rec. 3291/2020), conocida como «caso Vitaldent», donde se concluye que no existe relación laboral en la prestación de servicios de odontología que se produce entre clínica franquiciada y los profesionales por los siguientes argumentos: i) No se acredita dependencia, sino libertad para fijar días y horarios de actividad. ii) Se percibe un porcentaje de la facturación derivada de los servicios prestados, pero afrontando el riesgo de impago. iii) Cada profesional abona un canon a la clínica por utilizar sus instalaciones. iv) Los precios son fijados por cada profesional, existiendo una guía orientativa de la franquiciadora. v) De la facturación se descuenta un porcentaje por los materiales y medios personales facilitados por la empresa franquiciada. vi) No existe dirección médica en la clínica, ni hay superior jerárquico de los odontólogos. vii) Cada cual ha establecido su horario y gestiona su agenda conforme a su criterio personal. viii) Cada profesional acude uno o dos días por semana. Ahora bien, advierte el Tribunal Supremo que dada la necesidad de atender a las múltiples circunstancias de cada supuesto, conviene advertir que esta doctrina no puede considerarse generalizable a todos los casos de clínicas dentales franquiciadas, ni siquiera siendo idéntica la franquiciadora (Vitaldent), sino solo a aquellos en que concurran las mismas características que en este supuesto.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe identificar algunos casos de huida del derecho del trabajo que afectan a las franquicias. En primer lugar, es posible que la empresa matriz o franquiciadora haya formalizado un contrato de franquicia con una persona física que trabaja de forma autónoma. El segundo supuesto se refiere a que la empresa franquiciada o auxiliar emplee trabajadoras o trabajadores autónomos, incluso trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE).

Cuando la empresa franquiciadora o matriz no tiene personas empleadas a su cargo, podemos encontrarnos con el supuesto de prestación personal que hará equivaler el contrato de trabajo con el contrato de franquicia. En este sentido, hay que indicar que el hecho de que el contrato de franquicia permita la sustitución del trabajador o trabajadora de la franquiciada por otro o la contratación de otras personas trabajadoras no será relevante para la calificación, a excepción de que realmente se haya producido dicha contratación o sustitución. Varias sentencias del Tribunal Supremo –Sala de lo Social– dictaminan que la inclusión en el contrato de cláusulas que permitan la posibilidad de sustitución del trabajador o trabajadora carece de valor si no se prueba que hayan tenido efectividad (SSTS de 15 de junio de 1998 –rec. 220/1997–, 17 de enero de 2000 –rec. 1093/1999– y 22 de enero de 2001 –rec. 1860/2000–). De hecho, incluso se ha afirmado que el carácter personal no se desvirtúa por la sustitución ocasional del prestador de servicios (STS 25 de enero de 2000 –rec. 582/1999–). Por el contrario, la existencia de una cláusula de prohibición

de subcontratación –o de sustitución– será un indicio del carácter personal de la prestación (Todolí Signes, 2017).

La franquicia puede conllevar un alto grado de intervención de la empresa franquiciadora en los procesos de producción y en la organización de los franquiciados, imponiéndoles detalladas directrices y estándares de obligada observancia, acompañados a menudo de diversos métodos para la supervisión de su cumplimiento. Además, esos requerimientos y controles de la empresa franquiciadora a veces afectan directamente y de manera muy significativa al desempeño laboral de los empleados y empleadas de la empresa franquiciada, adentrándose muy a menudo en el terreno de sus condiciones de empleo y de trabajo (selección de personal, modalidades de contratación, horario, supervisión del trabajo y rendimiento, sistema de remuneración, formación, extinción de la relación laboral), pese a ser formalmente empleados del segundo y no del primero. En consecuencia, aunque el punto de partida de la regulación laboral sea considerar que las empresas vinculadas por franquicia son empresas independientes y que las obligaciones laborales de cada una de ellas se distribuyen también de forma autónoma, podría haber una base para justificar de algún modo algún tipo de responsabilidad compartida de la empresa cliente o «líder» o incluso considerar a todas las implicadas como «empresa conjunta», de acuerdo con un cierto replanteamiento de la cuestión (Álvarez Alonso, 2017, pp. 16 y 22-23).

Dicho lo anterior, el análisis de la doctrina judicial advierte que, en ocasiones, se aplica el criterio del requisito formal de los términos del contrato de franquicia para negar la laboralidad de las personas empleadas y no se llega a profundizar en el funcionamiento real de la franquicia. También es posible identificar soluciones judiciales que van más allá del criterio formal y concluyen la existencia de relación laboral encubierta. Veamos, a continuación, ejemplos de ambas tendencias.

### 3.1. El requisito formal de los términos del contrato de franquicia

La definición legal de franquicia ha servido de corsé en ocasiones para negar la existencia de relación laboral. Esto es así porque se exige como criterio para cuestionar la independencia laboral entre las dos empresas que la empresa franquiciadora supere los términos del contrato de franquicia que comprende, por lo menos: i) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato. ii) La comunicación por la empresa franquiciadora a la empresa franquiciada de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular. iii) La prestación continua por la empresa franquiciadora al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.

Este requisito se aplica por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 8 julio de 2021 (rec. 4754/2020), donde se declara la laboralidad de 42 colaboradores con la empresa auxiliar o franquiciada, pero se exime de la responsabilidad a la empresa matriz o franquiciadora. Fue precisamente la empresa auxiliar quien interpuso recurso de suplicación contra la empresa franquiciadora. Argumenta el fallo judicial que, respecto de la primera de las exigencias (uso de una denominación o rótulo común) nada se dice en el relato fáctico que permita entender que no se ha producido esa primera exigencia. En cuanto a la segunda (comunicación de unos conocimientos técnicos), se cumple de forma expresa, pues la empresa matriz ha puesto a disposición de la empresa franquiciada todo un abanico de conocimientos técnicos y buen hacer, como son su cesión del sistema de ventas para la intermediación comercial y la prestación de servicios *face to face* o *door to door*, mediante el método registrado «Human Commercial», entrega del libro «Programa de formación básica ONG» elaborado por la empresa matriz en el que contiene la forma de visitar, forma de registrarlo en una hoja Excel, la actitud personal, lenguaje corporal y visual. Por último, concurre también la tercera de las exigencias, es decir, la prestación de una asistencia comercial y técnica durante la vigencia del acuerdo, como queda acreditado con la supervisión que realizaba la empresa matriz o franquiciadora.

Al hilo de soluciones judiciales como la descrita, algunos autores han propuesto que pudiera ser interesante avanzar hacia un «concepto funcional del empleador» que, más allá de lo explícitamente reflejado en el contrato de trabajo y desbordando en cierta medida el «corsé» de la relación contractual estrictamente bilateral, atienda sobre todo a quien ejerce verdaderamente en cada momento y área de la actividad laboral las funciones empresariales desde una perspectiva material. Siguiendo con este planteamiento, dos o más entidades, como una empresa franquiciadora y un franquiciado, pueden ser considerados responsables solidarios de las demandas laborales y de derecho laboral presentadas por empleados que están contratados formalmente por un empleador o empleadora (la empresa franquiciada) si el otro empleador o empleadora putativo (la empresa franquiciadora) ejerce un control suficiente sobre los términos y condiciones de empleo de los empleados (Álvarez Alonso, 2017, pp. 16-17).

### 3.2. El análisis del funcionamiento de la franquicia: el control laboral sobre las condiciones esenciales de trabajo

Como se ha dicho antes, en una serie reciente de fallos judiciales se analiza el funcionamiento de la franquicia y se pone el acento en el control de la empresa matriz sobre las condiciones de trabajo de las personas que colaboran con la empresa franquiciada. Se percibe en estos casos cierta similitud con los falsos autónomos del trabajo de plataformas digitales en el sentido de que en algunos supuestos se exigen tiempos de disponibilidad no retribuidos a los colaboradores y las condiciones esenciales de trabajo son fijadas por la empresa matriz o franquiciadora.

Los casos judiciales seleccionados pueden ordenarse conforme a dos posibles situaciones: primera, nos encontramos con falsos autónomos de la empresa franquiciada o auxiliar; segunda, existen falsos autónomos de la empresa matriz o franquiciadora. En las dos tipologías, la empresa franquiciada se perfila como una sociedad pantalla instrumentada por la empresa matriz para desarrollar su actividad comercial, siendo que esta utiliza la estructura formal de los contratos de franquicia para crear una apariencia de relación contractual con una serie de empresas a través de las cuales desarrolla su propia actividad.

Respecto del primero de los supuestos, debe ser mencionada la STSJ de Cataluña de 31 enero de 2020 (rec. 5377/2019), que declara la existencia de relación laboral entre la empresa franquiciada o auxiliar y sus colaboradores (falsos autónomos) y concluye aspectos muy relevantes en relación con la empresa matriz. De los hechos probados se infiere que los colaboradores estaban sujetos a un sistema de promoción en función de las ventas que establecía la matriz y que la empresa franquiciada fue constituida por una trabajadora que había prestado servicios como comercial para otras empresas franquiciadas por la matriz, quien posteriormente fue promocionada a gerente por la referida empresa franquiciadora.

Para constituir la empresa auxiliar, la colaboradora siguió las instrucciones de la empresa matriz contenidas en un *checklist* (rellenando una ficha de datos y enviándola a los responsables de la matriz), que incluso ofrecían los servicios de un abogado «para entender el precio y cómo funciona el proceso antes de proceder». Este era el proceso establecido por la empresa matriz para la creación de sociedades formalmente constituidas por comerciales que antes de ser promocionados a asistente de gerente o gerente habían prestado servicios como comerciales en otras empresas franquiciadas por la matriz. Tras su constitución, la empresa matriz suscribía con las mercantiles constituidas de ese modo contratos de franquicia.

Respecto del control realizado por la empresa matriz, se concluye que es un control impropio de una relación mercantil desempeñada con autonomía e independencia. Esto es así porque los responsables de la matriz dirigían a los gerentes instrucciones relativas al modo de contratación de los nuevos comerciales, que debía realizarse siempre a través de InfoJobs<sup>3</sup>. Asimismo, los responsables de la matriz organizaban reuniones que denominaban «llamada de cuartito» con los gerentes que no alcanzaban determinados objetivos y fijaban criterios de gestión contable de las empresas referidos a cuentas de reservas, prioridades de pagos y llevanza de balances. La administradora de la empresa auxiliar, del

---

<sup>3</sup> Con relación a que la matriz facilita la contratación de los profesionales a través de InfoJobs a las franquiciadas, en la STSJ de Castilla y León de 16 de diciembre de 2020 (rec. 909/2020) se señala que el único servicio que ofrece la empresa matriz es un precio más conveniente como colectivo de InfoJobs, asumiendo en todo caso el coste del servicio de InfoJobs cada sociedad franquiciada de forma independiente. Y por este motivo no se aprecia relación laboral entre Appco y Rigliaco.

mismo modo que el resto de «gerentes» de las empresas franquiciadas, decidía qué vendedores debían ser asignados a cada zona de venta y la ubicación de las mismas. Si bien la asignación de zonas posteriormente era autorizada por la matriz, que seguía para ello criterios de disponibilidad.

Un supuesto semejante al anterior es el analizado en la STSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 2021 (rec. 2349/2021), que determina que hay relación laboral entre la empresa franquiciada y los 99 TRADE. En el caso, el tribunal considera que concurre relación laboral, pues quedan acreditadas las notas de ajenidad del artículo 1 del ET.

Se constata la nota de dependencia, pues la prestación de servicios era en exclusiva para la empresa franquiciada, que imponía unos horarios de asistencia para impartir instrucciones y las instrucciones sobre el trabajo se las daba el jefe de equipo, siendo la empresa auxiliar quien distribuía el reparto de trabajo y zonas. Los TRADE prestaban servicios como comerciales, dados de alta como trabajadoras o trabajadores autónomos, sin que conste ninguna estructura organizativa o directiva propia, ni ningún tipo de libertad en cuanto a horarios, jornadas, zonas o rechazo de determinados servicios. Debían reportar diariamente los clientes o socios conseguidos en formularios facilitados y confeccionados por la propia empresa. Por tanto, se concluye que se hallaban bajo la dirección y organización de la empresa auxiliar.

En cuanto al elemento de ajenidad, se cumplen la ajenidad en los riesgos, los medios, el mercado y los frutos del trabajo. En primer lugar, hay ajenidad en el riesgo, pues los vendedores percibían una fija por venta (comisión) que no negociaban y una cantidad fija al inicio de la relación. Las cotizaciones de autónomos las pagaban ellos y también se les abonaban los desplazamientos largos. En segundo término, hay ajenidad en los medios de producción. Los vendedores no aportaban ningún medio de producción, los medios de producción (*know-how*) y ropa identificativa que utilizaban no eran propios. La formación la recibían de la empresa. Como tercer elemento, la ajenidad en el mercado: los clientes lo eran de la cliente de la empresa y no de las personas empleadas, que no disponían de estructura empresarial ni de publicidad propias. Y el cuarto se refiere a ajenidad en los frutos del trabajo. Si bien facturaban a la empresa, las facturas y el IVA los confeccionaba la propia empresa y la facturación lo era por socios captados para una tercera empresa, siempre a fin de mes, sin que cobraran importe alguno de los clientes.

De todo ello se infiere, con claridad, que la relación existente entre la empresa auxiliar y los TRADE era laboral.

En relación con el segundo de los supuestos, esto es, cuando existen falsos autónomos de la empresa matriz o franquiciadora, resulta especialmente significativa la STSJ de La Rioja de 22 de octubre de 2020 (rec. 139/2020), que establece que 139 colaboradores (vendedores) deben ser calificados como personas empleadas de la empresa matriz. De nuevo queda patente el control de la empresa matriz sobre las condiciones esenciales de índole laboral de los colaboradores de la empresa auxiliar.



La inclusión de los vendedores dentro de esta estructura jerarquizada que impone los elementos fundamentales de la actividad, trabajo en grupo, horarios y zonas de trabajo supone una contradicción con el principio de autonomía que define a un profesional autónomo. Al mismo tiempo, la promoción profesional ofertada por la empresa matriz, que implica la posibilidad de ascenso hasta la creación de una propia sociedad, está basada en el control de la actividad de las personas empleadas de las escalas inferiores; hecho que constituye un elemento típico de la promoción dentro de una relación laboral y nuevamente contrario al principio de autonomía de un profesional liberal.

La empresa franquiciada, siguiendo los criterios de actuación dados por la empresa matriz, fija las condiciones de prestación de servicios (el horario y la organización del trabajo) de los vendedores, los cuales tienen la obligación de acudir todos los días al centro de trabajo y asistir a las reuniones de la planificación de la jornada diaria. La empresa determina la hora de salida para la realización de las ventas, fijando como norma obligatoria la de los «3 filtros» de la zona, estableciéndoles así un horario determinado que incluye el momento de descanso y de comida.

La empresa auxiliar, de acuerdo con las pautas marcadas por la empresa matriz, asigna las zonas de trabajo, impone las poblaciones y, dentro de estas, los distritos postales de trabajo e implanta la práctica de trabajo en grupos.

En el supuesto, los vendedores no solamente deben acudir a la oficina al comienzo de la jornada, sino que, además, tienen la obligación de regresar al centro de trabajo al terminar el trabajo para devolver los formularios rellenos y los sobrantes. Además, están obligados a llamar por teléfono durante la jornada de trabajo para reportar su actividad y verificar los datos de los clientes.

En la práctica, se establece una jornada estricta de trabajo mermando la autonomía propia de un trabajador o trabajadora por cuenta propia, implicando que los vendedores tengan una jornada laboral que se extiende desde las 9 o 10 de la mañana hasta las 21:30 horas, a lo que en ocasiones se añadía el tiempo necesario para regresar a la sede desde las poblaciones donde habían estado vendiendo. La jornada de trabajo es de lunes a viernes y, en algunas ocasiones, a través de la incitación por parte de la empresa a la fijación de objetivos personales de los propios vendedores, hace que estos trabajen también el sábado para alcanzar el número de ventas fijado.

Al igual que en el caso de los falsos autónomos del trabajo de plataformas, aparece el elemento de la disponibilidad no retribuida de los colaboradores. En efecto, estos tienen la obligación de acudir por las mañanas a la oficina para que les planifiquen y les distribuyan el trabajo, recibir e incluso impartir formación, esto implica un tiempo no retribuido en contra de los intereses de un trabajador o trabajadora autónomos. La política de formación es fijada por la empresa matriz y sus oficinas. Diariamente se celebran reuniones de grupo en las oficinas de la empresa en las cuales los vendedores reciben e imparten formación. La

asistencia a la formación de la mañana es asumida por los vendedores como obligatoria, como también la participación activa como docentes, sin que sean retribuidos por asistir ni por impartirla, invirtiendo parte de su tiempo. Estas reuniones matinales incluían charlas sobre técnicas de venta y *marketing*, impartidas por los representantes de la matriz, por el gerente o por los propios vendedores, en las que se facilitan instrucciones referidas a la forma de vender el producto (captación de socios para ONG), pero también lecciones y prácticas sobre elementos motivacionales.

Además, el incumplimiento por parte de los vendedores de las condiciones establecidas *de facto* por la empresa conllevaba que tuviesen repercusiones desfavorables en la actividad (la asignación de peores zonas, el trabajo individual).

Respecto a la naturaleza personal de la prestación, los vendedores no podían delegar la realización de su actividad en terceras personas, estando obligados a realizarlo personalmente (prestación de carácter personalísima), revistiendo el carácter de prestación personal definitoria de una relación laboral.

Por lo que se refiere al indicio de ajenidad, el grupo de vendedores carecía en la ejecución de su trabajo de medios y elementos, facilitando la empresa la infraestructura para realizar su actividad.

En este sentido, supone la realización de la actividad profesional dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa de modo que el empleador (la empresa matriz) puede permanentemente modelizar el contenido de la prestación exigible a las personas empleadas.

En relación con la retribución, se afirma en la sentencia que no existe impedimento alguno en la consideración de la relación como laboral por el hecho de que la retribución consista en una comisión por ventas o contratos formalizados con clientes. El ET, en su artículo 29.2, se refiere a esta modalidad de salario: el salario a comisión. Sin embargo, lo más importantes es que los vendedores carecen de autonomía para negociar sus condiciones económicas. La retribución está fijada por la empresa matriz, quien establece todos los elementos de la retribución: su importe en relación con el número de ventas, el precio de cada una de ellas, las ventas que no serán abonadas y la periodicidad de su abono.

En definitiva, los vendedores no tienen control directo sobre las ventas que realizan ni sobre los descuentos en el importe de esas ventas cuando, por ejemplo, estas son anuladas. Simplemente reciben una cantidad calculada por la empresa matriz, quien establece los parámetros para fijarla y el control de calidad, desconociendo hasta ese momento si las ventas son correctas o no.

Más recientemente, la STSJ de País Vasco de 19 de julio de 2022 (rec. 1034/2022) se pronuncia en el sentido de que hay relación laboral entre la empresa matriz y los colaboradores de la empresa auxiliar argumentando con similares razones a las expuestas.

El análisis judicial permite concluir la complejidad y naturaleza artificiosa de la red constituida por la empresa matriz o franquiciadora y la empresa auxiliar o franquiciada en los supuestos analizados. Estos elementos suponen un incremento de la dificultad para la prueba de los indicios de laboralidad por parte de los falsos autónomos y autónomas afectadas. De los indicios de laboralidad que son objeto de debate en el proceso judicial, la dependencia parece que es el más relevante. Además, queda patente el control impropio de una relación mercantil que debe ser desempeñada con autonomía e independencia.

## 4. Las condiciones de trabajo de las personas empleadas

Más allá de la laboralidad de las personas empleadas, el negocio de franquicias puede poner a algunas empresas franquiciadas en una encrucijada cuando comprueban que no pueden cumplir con las condiciones negociadas con la empresa matriz a los precios de mercado y además respetar las normas laborales. En esta pauta de comportamiento puede influir la posición de poder que tiene la empresa matriz sobre las franquiciadas o auxiliares, lo que puede suponer un riesgo de detrimento de las condiciones de trabajo de las personas empleadas.

En este sentido, se sugiere por la doctrina especializada que la franquicia no puede ser rentable si el franquiciado se adhiere a las leyes de salario y horario y, presumiblemente, cumple con sus obligaciones legales básicas. Si la empresa franquiciada paga a las personas empleadas de acuerdo con la ley, ya sea por un deseo de obedecer la ley o como resultado de las presiones del mercado laboral correcto, podría tener dificultades para sobrevivir y se podrían producir altas tasas de rotación entre las franquicias (Weil, 2014, p. 140).

En cambio, la posición de la empresa matriz es bien diferente. Dado que la empresa matriz recibe el pago de las cuotas vinculadas a los ingresos, pero no asume los costes directos de contratar personas empleadas ni los otros costes vinculados al negocio, aún puede obtener ganancias razonables e incluso en condiciones de mercado difíciles y con presión de precios a la baja. Los franquiciados, que normalmente son dueños y administran sus propios puntos de venta, buscan maximizar las ganancias de sus propias unidades, mientras que la empresa franquiciadora o matriz se beneficia de los aumentos en las ventas de todos los puntos de venta de la cadena, ya sean franquiciados o propiedad de la empresa (Weil, 2014, p. 142).

Las empresas matrices, por lo tanto, podrían estar más preocupadas por la reputación de la marca porque potencialmente afecta a las ventas de todas las unidades. Partiendo de esta realidad, se sugiere por Weil un sesgo hacia el incumplimiento dadas las condiciones por parte de las empresas franquiciadas o auxiliares. Siguiendo con este planteamiento, las unidades que son propiedad de la empresa tienen un mayor incentivo para cumplir con las regulaciones laborales en comparación con las unidades propiedad de franquicias, que probablemente hagan un esfuerzo relativamente menor para cumplir, dado su incentivo para maximizar las ganancias solo en sus propios puntos de venta (Weil, 2014, p. 130).

En la práctica de las franquicias es posible identificar casos de incumplimiento laboral que podrían servir para reforzar la tesis apuntada. Un ejemplo son las denuncias laborales de las empresas auxiliares de McDonald's en Estados Unidos, debido a que utilizan mano de obra infantil. En el epígrafe 2 de este estudio se apuntó que Estados Unidos es uno de los orígenes de las franquicias con presencia en España. Las autoridades estadounidenses impusieron sanciones contra 3 franquicias de la empresa de comida rápida McDonald's tras descubrir que habían estado empleando a más de 300 menores de edad, incluyendo 2 niños de 10 años, a uno de los cuales incluso se le permitía operar con las máquinas, cuyo uso por ley está limitado a mayores de 16 años<sup>4</sup>.

En nuestro país también se han observado incumplimientos en materia de tiempo de trabajo en las franquicias de Carrefour Express, Covirán y Dia. En concreto, algunos sindicatos han denunciado a las referidas empresas ante la Inspección de Trabajo por incumplimientos reiterados en materia del trabajo en domingos y festivos sin respetar el convenio colectivo de aplicación<sup>5</sup>.

En la casuística judicial podemos identificar también el control laboral ejercido por la empresa matriz sobre las personas empleadas de la empresa auxiliar. Una muestra es la STSJ de Cataluña de 16 septiembre de 2021 (rec. 1345/2021), donde en junio de 2017 las empresas firman un contrato de franquicia. A una de las empleadas que trabajaba en la primera empresa desde 2015, la empresa auxiliar le presenta a la firma en mayo de 2017 un contrato temporal por periodo de 2 meses –de 22 de mayo de 2017 a 31 de julio de 2017– con una jornada de 20 horas con la categoría de comercial que tenía como objeto realizar las mismas funciones que realizaba (captar inmuebles y realizar visitas con clientes). Dicha oferta contractual fue rechazada por la empleada en la medida que suponía peores condiciones de trabajo y es despedida. La trabajadora interpone demanda frente a las dos empresas: la empresa matriz y la empresa auxiliar.

Es especialmente ilustrativo que, dentro del contrato de franquicia, la empresa matriz establecía aspectos como las condiciones laborales de las personas empleadas de la franquicia, determinaba a quién no podía contratar la franquiciada y con quién (la franquiciadora) deberían ser formados los trabajadores o trabajadoras de la franquiciada. Además, la franquiciadora fijaba la estructura orgánica y jerárquica, así como las retribuciones de la franquiciada.

A juicio de la sentencia, la empresa matriz y la auxiliar proyectan una apariencia externa de unidad empresarial. Ello indica que la franquiciada estaba dirigida en cuanto a sus relaciones laborales por la franquiciadora, al menos en aspectos tan relevantes como la estructura orgánica, retribuciones y formación. A esto se añade que queda acreditado que la empresa franquiciadora formaba a la trabajadora franquiciada y estaba bajo las órdenes de

<sup>4</sup> <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65487761>

<sup>5</sup> <http://www.cantabriaesmcugt.es/las-franquicias-de-carrefour-express-dia-y-coviran-incumplen-el-convenio-en-materia-de-jornada-laboral/>

la delegada de la franquiciadora, concluyendo que la empresa franquiciadora es laboralmente responsable frente a la trabajadora. De ello resulta que el despido de la trabajadora comisionista ha de ser calificado como improcedente y son responsables ambas empresas: la empresa matriz y la auxiliar.

Las vulneraciones de las garantías laborales en materia de sucesión empresarial (art. 44 ET) también han sido una línea recurrente en algunas de las empresas vinculadas por franquicias. Es el caso de la cadena de alimentación Dia<sup>6</sup>. Sobre esta materia, hay que apuntar que resulta indistinto que se trate de una franquicia cuando se trata de aplicar las garantías de empleo del artículo 44 del ET, pues lo relevante es la continuidad de la actividad económica y no la forma o título en virtud del cual se produce el cambio en la titularidad (Lantarón Barquín, 2018, p. 43).

Muy gráficos son los hechos descritos en la STSJ de Cataluña de 27 abril de 2021 (rec. 97/2021) que afectan a la cadena de alimentación Dia. La empresa auxiliar comunicó a varias personas empleadas que debían firmar un documento de baja voluntaria como condición necesaria si querían seguir trabajando para la nueva empresa. Posteriormente, se formaliza un contrato de trabajo con la nueva empresa auxiliar y en un espacio de tiempo inferior a los 2 meses una de las empleadas es despedida de forma disciplinaria. A juicio de la sentencia queda acreditado que no hubo firma voluntaria de la empleada, libre y sin coacciones, sino que se impuso la condición de firmar dicha baja voluntaria para poder seguir trabajando en el mismo puesto de trabajo y centro de trabajo en el que estaba. Lo expuesto determina que estemos ante una sucesión de empresas y que proceda la responsabilidad solidaria de ambas empresas. La nueva empresa auxiliar continuó explotando el establecimiento con la misma actividad de venta de productos de perfumería, con los mismos medios materiales y personales y con la misma clientela.

Merece ser destacado otro caso que también concluye el incumplimiento de la normativa laboral en materia de sucesión empresarial. El supuesto afecta también a la cadena Dia, donde, debido a las dificultades económicas por las que atraviesa la entidad franquiciada, se procede a la resolución del contrato de franquicia el 19 de julio de 2018 y el franquiciado desaloja el establecimiento comercial y pone a disposición de Dia los equipos materiales e industriales que recibió inicialmente, realizándose un inventario del *stock* de productos que retira y adquiere la empresa matriz. No obstante lo anterior, la entidad Dia, en fecha indeterminada, pero pocos días después del 19 de julio de 2018, procedió a abrir y explotar directamente el mismo establecimiento, bajo la marca, rotulación, identificación y productos Dia, pero con personal directamente contratado por esta entidad<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Se establece la responsabilidad solidaria en la indemnización por despido improcedente de la matriz y la franquiciada en la STSJ de Cataluña de 27 abril de 2021 (rec. 97/2021); la Sentencia del Juzgado Social (SJS) de Valladolid de 13 marzo de 2020 (proc. 951/2019); la SJS de Valladolid de 29 junio de 2020 (proc. 895/2019), y la SJS de Ciudad Real de 3 marzo de 2022 (proc. 625/2021).

<sup>7</sup> SJS de Ciudad Real de 3 marzo de 2022 (proc. 625/2021).

## 5. La dimensión colectiva en las franquicias: el convenio colectivo como instrumento homogeneizador de las condiciones de trabajo

Si bien en el estudio queda patente la defensa de la independencia laboral por parte de las empresas vinculadas por franquicia, a la par observamos experiencias de negociación colectiva cuyo ámbito de aplicación incluye a las empresas franquiciadas de una misma marca. En estos casos, la legitimación para negociar se articula conforme a lo dispuesto en el artículo 87.1 del ET, referido a la pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas en su ámbito de aplicación. Un primer ejemplo es el Convenio colectivo de Alain Afflelou España y franquiciados suscrito, con fecha 5 de mayo de 2021, de una parte, por los designados por la dirección de dicho grupo de empresas y empresas franquiciadas, en representación de las mismas, y, de otra, por los sindicatos CC.OO., UGT y Feticos<sup>8</sup>.

Los motivos que explican el convenio colectivo articulado son la necesidad de dotarse de un sistema normativo laboral coordinado y estable que, a su vez, debe servir para unificar las condiciones laborales de sus personas trabajadoras actualmente diferenciadas a causa de la gran dispersión convencional existente y que mejore la eficiencia y la productividad de las empresas. Ahora bien, se expresa de forma explícita que las empresas firmantes del mismo son jurídica y económicamente independientes, pero vinculadas jurídicamente, no perteneciendo a un grupo empresarial común ni configurando por sí solas un sector propio de actividad.

Como segunda muestra, se ha planteado también si el ámbito funcional del Convenio colectivo de la empresa Burger King Spain, SLU<sup>9</sup>, puede ser aplicable a las personas empleadas por la empresa auxiliar de la anterior. La cuestión se debate porque previamente la empresa auxiliar había pactado con la representación de las personas empleadas su aplicación. Por su parte, la STSJ de Cantabria de 26 febrero de 2021 (rec. 78/2021) realiza una lectura del artículo 2 del mencionado convenio colectivo en clave de empresas vinculadas. Dicho precepto convencional indica que:

El presente convenio resultará aplicable a todos los centros de trabajo de la empresa Burger King Spain, SLU, tanto presentes como futuros, ubicados en España. En consecuencia, su aplicación tendrá ámbito estatal y afectará a todas las personas empleadas de la misma, tanto si los trabajos que realizan son mercantiles como si son de cualquier otra actividad que se desarrolle dentro del centro

<sup>8</sup> BOE de 1 de septiembre de 2021.

<sup>9</sup> BOE de 3 de julio de 2017.

de trabajo y pertenezcan a la empresa incluida en el presente ámbito. No será de aplicación el convenio a las personas que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos regulados en los artículos 1.3 y 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Argumenta la sentencia que si bien los convenios colectivos obligan a las empresas y personas empleadas incluidas dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, en el presente caso hay que tener en cuenta que se está ante una realidad empresarial singular, pues la empleadora es una franquicia que está perfectamente identificada como tal. Por tanto, se entiende que esta realidad empresarial puede incluirse dentro de lo que el artículo 87 del ET denomina pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas en su ámbito de aplicación. En definitiva, se considera que la empresa franquiciada y su plantilla entra dentro del ámbito de aplicación del referido convenio de la empresa, Burger King Spain, en los términos descritos en el indicado artículo 2 de la norma convencional.

Los convenios colectivos analizados fueron publicados en BOE antes de la reforma laboral de diciembre de 2021 (RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo), que eliminó la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial sobre el convenio colectivo de sector. Concretamente, las fechas de publicación de los convenios colectivos fueron en julio de 2017 y mayo de 2021. Este dato nos podría sugerir si la negociación colectiva de estos dos convenios colectivos tuvo entre sus objetivos beneficiarse de dicha prioridad aplicativa y mermar así las condiciones de trabajo de las personas empleadas afectadas.

En tercer lugar, recientemente se ha negociado el Convenio colectivo sectorial de marcas de restauración moderna (CCEMRM)<sup>10</sup> entre la Asociación Empresarial de Marcas de Restauración y, en representación de las personas trabajadoras, la Federación de Servicios de CC.OO., la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT y la Confederación Sindical Independiente Fetico. La Asociación Empresarial de Marcas de Restauración integra dentro su asociación a las denominadas comúnmente como cadenas de restauración moderna, entre las que se encuentran compañías titulares o usuarias de marcas de restauración: Goiko, KFC, McDonald's, Taco Bell, Burger King, Pans&Company, Rodilla, La Tagliatella, Vips, Ginos, Fosters Hollywood, etc.

En el artículo 2 de este convenio colectivo se establece su aplicación a las franquicias:

---

<sup>10</sup> BOE de 8 de diciembre de 2022.

El presente convenio colectivo será de aplicación a: (i) las empresas que dediquen su actividad principal a la descrita en el punto a.1 de este artículo en régimen de franquicia, bajo las insignias o marcas comerciales de las empresas y/o grupos de empresa incluidas en el punto a.1, siempre que cumplan los requisitos establecidos en dicho apartado.

El convenio se aplica a empresas o grupos de empresas de marcas comerciales de cadenas de restauración de gran implantación en el ámbito territorial del convenio colectivo y de gran dimensión de plantilla laboral, entendiéndose por tales aquellas que operen en al menos 4 comunidades autónomas y cuenten con al menos 1.000 personas empleadas. El convenio colectivo sectorial afecta a uno de los grupos más numeroso de personas empleadas de franquicias tal y como se expuso en el epígrafe 2 de este estudio.

Si bien el convenio colectivo fue objeto de impugnación, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2023 (proc. 69/2023) ha validado esta unidad de negociación. En concreto, la demanda fue interpuesta por las Confederación Sindical ELA y la Confederación Intersindical Galega, en materia de impugnación de convenio colectivo por ilegalidad frente a la Asociación Empresarial de Marcas de Restauración, Federación de Servicios de CC.OO., Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT y Trabajadores y Confederación Sindical Independiente Feticó.

Los argumentos alegados por los sindicatos que impugnan el convenio colectivo se refieren a que se trata de una unidad de negociación artificiosa con objetivo de escisión de estas empresas del ámbito del convenio colectivo sectorial de hostelería, constituyendo un fraude y ejercicio antisocial del derecho, con perjuicio importante para las personas trabajadoras de estas empresas, que venían rigiéndose por dicho convenio. Además, sostienen que ello está vinculado a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021 y reforma del artículo 84.2 del ET con pérdida de la prioridad aplicativa del convenio de empresa para pasar al del sector.

En síntesis, la sentencia de la Audiencia Nacional rechaza los argumentos descritos razonando que la negociación colectiva no es estática, es decir, debe responder a procurar la mejora de las condiciones laborales de sectores o subsectores de actividad hasta la fecha inexistentes. Y el convenio impugnado persigue, con la delimitación de su ámbito funcional, dotar de homogeneidad en las condiciones de trabajo a un sector creciente, ajeno a la actividad de la hostelería tradicional, por mucho que se alegue que las citadas actividades coincidan en lo esencial o tengan el mismo CNAE. Sin embargo, no puede obviarse que también difieren en aspectos sustanciales, como la conceptualización de los métodos de trabajo, las técnicas de llevanza del negocio y la oferta de productos novedosos frente a los existentes hasta la fecha, bajo una imagen de marca común e implantación relevante en el sector.

Por lo que se refiere al uso desviado de la prioridad aplicativa del convenio colectivo, indica la sentencia que, en apoyo de su tesis, se efectúa en la demanda una comparativa



de los salarios de camarero/camarera previstos en el Convenio colectivo sectorial de hostelería de A Coruña, así como de las tablas salariales de 2020 recogidas en el Convenio colectivo provincial de hostelería de Bizkaia, concluyendo que dichos convenios prevén cuantías salariales mayores que las previstas en el CCEMRM para la categoría de camarero en establecimientos de cuarta. Sin embargo, tal comparativa no puede extender sus efectos de forma mimética al resto de convenios sectoriales vigentes, de los que ni siquiera se ofrecen datos para poder concluir de forma cierta la aseveración que sobre el fraude de ley se efectúa por los demandantes y la imposición de condiciones salariales desventajosas para los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la norma convencional impugnada. Todo ello, además, sin poder obviar que la disposición adicional segunda del CCEMRM instituye una cláusula de garantía *ad personam* de aquellas condiciones que venían siendo aplicadas con anterioridad a los trabajadores y resulten más beneficiosas que las instauradas por la nueva norma convencional, respetándose la cuantía global de los conceptos retributivos que se venían percibiendo, lo que aleja la intención de los negociadores del objetivo fraudulento que se afirma por los sindicatos ELA y Confederación Intersindical Galega.

En todo caso, los convenios colectivos tanto de empresa como de sector debilitan el argumento de la independencia entre las empresas vinculadas por franquicia y ponen de relieve el control de la empresa franquiciadora sobre las condiciones de trabajo de las personas empleadas por la empresa franquiciada. Dicho control se logra precisamente a través de la norma laboral que es el convenio colectivo.

## 6. Conclusiones y propuestas

El análisis realizado permite llegar a las siguientes conclusiones y propuestas. En primer lugar, se concluye que el régimen de franquicias, pese a no contar con una regulación en el derecho del trabajo, presenta importantes conexiones con esta rama jurídica. Por un lado, el uso de las franquicias puede ser una estrategia de las empresas para huir del derecho del trabajo considerando a sus colaboradores como trabajadores o trabajadoras autónomas o inaplicando los derechos laborales regulados en el ET y en los convenios colectivos. De otra parte, como se ha comprobado, se produce cierta unificación de las condiciones de trabajo de las personas empleadas por la empresa matriz y por la empresa franquiciada a través de los convenios colectivos más recientes. Partiendo de estas premisas, sería deseable que se hiciera un mayor seguimiento y vigilancia de esta problemática desde una perspectiva jurídico-laboral por parte de las instituciones públicas y la doctrina.

En segundo término, se observan algunas similitudes entre el trabajo de plataformas y las empresas vinculadas por el contrato de franquicias por lo que se refiere al empleo de falsos autónomos. En este sentido, en algunos fallos judiciales se ha podido comprobar que los colaboradores de la franquicia cumplen tiempos de disponibilidad no retribuidos al

igual que los *riders* en el trabajo de plataforma antes de su proceso de recalificación a personas trabajadoras. Si bien el trabajo de plataformas se caracteriza por la herramienta tecnológica (uso de algoritmos), hasta los casos judiciales analizados de las franquicias ponen de relieve la dependencia económica y organizativa, pero no la concurrencia del elemento tecnológico ni del empleo de una plataforma digital. De ahí que no se pueda extrapolar la presunción de laboralidad de la Ley *riders* (Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales) a los falsos autónomos de las franquicias.

Como tercera conclusión, cabe apuntar que quizá sería necesario que el legislador revisara el régimen de las franquicias y tuviera en cuenta la cláusula abierta del apartado c) del artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, donde se expresa el elemento del control que puede ejercer la empresa matriz sobre las empresas franquiciadas: «La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente». Desde nuestro punto de vista, la cláusula abierta debería estar conectada con la legislación laboral para, de esta forma, reforzar el cumplimiento de la legislación del trabajo por cuenta ajena.

Siguiendo este planteamiento, podemos proponer alguna vía para explorar. Se trata de una línea que podría estar inspirada en modelos de relaciones laborales próximos, como es el caso francés. En el derecho del trabajo francés existe una protección refleja o indirecta de los colaboradores de las franquicias. En efecto, junto a la vía de acreditar los indicios de laboralidad de los falsos autónomos al igual que en España, en Francia se libera de la prueba de dichos indicios al falso autónomo si se cumplen los presupuestos del artículo L7321-2 del Código del Trabajo francés para ser considerado *gérant de succursale*, en concreto: (1) la empresa franquiciada vende productos que son suministrados exclusiva o casi exclusivamente por la empresa matriz, (2) realiza su actividad en locales proporcionados o aprobados por la empresa matriz y (3) a precios y condiciones impuestas por la empresa matriz.

Según el ordenamiento jurídico francés, el estatus de *gérant de succursale* solo puede ser reconocido por el juez. El artículo L 7321-2 del Código del Trabajo francés no implica la recalificación del contrato inicial a un contrato de trabajo. Se trata de si se cumplen las condiciones que establece permitir que los *gérant de succursale* se beneficien de ciertas disposiciones del Código del Trabajo. Para ello, la jurisprudencia no exige la prueba de la existencia de una relación de dependencia.

Dicho estatus permite a la empresa franquiciada demandar contra la empresa matriz, por ejemplo, por daños y perjuicios por despido sin causa real y grave, vacaciones, la garantía del salario mínimo previsto por el convenio colectivo aplicable y el reembolso de los gastos de constitución de sociedades.

## Referencias bibliográficas

AEF. (2023). «La Franquicia en España 2023». <https://www.aefranquicia.es/la-franquicia-espana/>

Álvarez Alonso, D. (2017). El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la «atomización» y la fragmentación empresarial. En OIT, *El futuro del trabajo que queremos*. Vol. II (pp. 9-30). Ministerio de Empleo y Seguridad Social. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms\\_615487.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf)

Lantarón Barquín, D. (2018). Problemática jurídico-laboral del contrato de franquicia: su

proyección sobre la condición de empleador. En W. Sanguinetti Raymond y J. Vivero Serrano, J. (Coords.), *Impacto laboral de las redes empresariales*. Comares.

Todoí Signes, A. (28 de junio de 2017). Los falsos autónomos en el contrato de franquicia. *Argumentos en Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2017/06/28/1354/>

Weil, D. (2014). *The fissured workplace. Why work became so bad for so many and what can be done to improved it*. Harvard University Press.

**Ana Belén Muñoz Ruiz.** Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro de la Comisión de Estudio de las Repercusiones Laborales de los Algoritmos del Ministerio de Trabajo y Economía Social desde junio de 2021. Premio de Excelencia otorgado por el Consejo Social de la Universidad Carlos III de Madrid (2021). Es coeditora del Blog «El Foro de Labos» y autora de 6 libros (algunos en coautoría) y más de 100 artículos y capítulos de libros. <https://orcid.org/0000-0002-8863-9938>



# 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](mailto: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](mailto: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 efectos<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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 CC<sup>2</sup>.

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

---

<sup>2</sup> 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 ilegal<sup>3</sup>.

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

---

<sup>3</sup> 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 TS<sup>4</sup>, y por el propio legislador, a través de la redundante (en su relación con el art. 8.1) disposición adicional vigesimotercera<sup>5</sup> 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».

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

<sup>5</sup> 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 real<sup>6</sup>.

Ante esa consideración, los criterios de actuación fijados por el organismo estatal ITSS<sup>7</sup> 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:

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

<sup>7</sup> 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 actividad<sup>8</sup>. 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 cesionaria<sup>9</sup>.
- 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

---

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> 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 obra<sup>10</sup>.

- 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 bicicleta<sup>11</sup>.

Igualmente, la identificación e imagen de la marca de la cesionaria<sup>12</sup>. 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

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

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

<sup>12</sup> 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 cárnica 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 YYYYYYY 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 YYYYYYY 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, entendiendo 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 contraste<sup>13</sup>, 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.

---

<sup>13</sup> 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)<sup>14</sup>, 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.

---

<sup>14</sup> 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](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.



# Sobre la laboralidad de la prestación de servicios de los «colaboradores» de Amazon Flex

Comentario a la **Sentencia del Juzgado de lo Social número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero**

**María Teresa Igartua Miró**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Sevilla (España)*

[igartua@us.es](mailto:igartua@us.es) | <https://orcid.org/0000-0002-4614-6270>

## Extracto

La sentencia estima la naturaleza laboral del vínculo de la empresa Amazon con sus colaboradores «pretendidamente independientes» cuando la organización y gestión de la prestación se encomienda a una *app*. La argumentación se centra en las notas de la laboralidad, poniendo especial acento en la concurrencia de la ajenidad (por el desvalor de los medios empleados por unos –los colaboradores– y otra –la empresa–) y de la dependencia (pese a la apariencia de libertad organizativa abanderada por la organización).

**Palabras clave:** algoritmo; plataforma; *app*; laboralidad; ajenidad; dependencia; Amazon.

Recibido: 16-06-2023 / Aceptado: 19-06-2023 / Publicado (en avance *online*): 13-07-2023

**Cómo citar:** Igartua Miró, M. T. (2023). Sobre la laboralidad de la prestación de servicios de los «colaboradores» de Amazon Flex. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 183-192. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19229>

# On the employment status of the provision of services by Amazon Flex "collaborators"

Commentary on the Ruling of Madrid Social Court number 14 31/2023, of 2 February

**María Teresa Igartua Miró**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Sevilla (España)*

[igartua@us.es](mailto:igartua@us.es) | <https://orcid.org/0000-0002-4614-6270>

## Abstract

The judgment considers the labour character of the relationship between the company Amazon and its "supposedly independent" collaborators when the organisation and management of the service is entrusted to an app. The reasoning focuses on the characteristics of the employment relationship, placing special emphasis on the "alienation" (due to the disvalue of the means employed by one –the collaborators– and the other –the company–) and on dependence (despite the appearance of organisational freedom championed by the organisation).

**Keywords:** algorithm; platform; app; labor alienation; dependence; Amazon.

Received: 16-06-2023 / Accepted: 19-06-2023 / Published (online preview): 13-07-2023

**Citation:** Igartua Miró, M. T. (2023). On the employment status of the provision of services by Amazon Flex "collaborators". Commentary on the Ruling of Madrid Social Court number 14 31/2023, of 2 February. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 183-192. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19229>

## 1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

La [sentencia](#) objeto de estas breves notas gira en torno a la laboralidad de los «colaboradores» que prestan sus servicios de reparto de paquetería en la división de Amazon Flex.

La centralidad normativa la ocupa el [Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo](#), tácitamente sustituido por la [Ley 12/2021, de 28 de septiembre](#), por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Norma que, como es sabido, introduce una nueva [disposición adicional \(la vigesimotercera\)](#) al Estatuto de los Trabajadores (ET) incluyendo una presunción de laboralidad en relación con las personas prestadoras de servicios en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, con el siguiente tenor:

Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

Presunción que no afecta, especifica el legislador, «a lo previsto en el [artículo 1.3 de la presente norma](#)»; operación que va a permitir a la empresa desvirtuar la presunción probando la existencia de alguna de las exclusiones previstas en el mismo. De esta forma, no se deja fuera de juego, sino más bien al contrario, el tradicional sistema de indicios de construcción jurisprudencial con sus consabidas ventajas e inconvenientes, con una notoria flexibilización que ya había aparecido en las decisiones judiciales precedentes, pues no en vano las facultades empresariales pueden ejercerse directamente, pero también de manera indirecta o implícita. La norma, además, introduce un precepto (nueva letra d) en [art. 64.4 ET](#)) dedicado a los derechos de información de los representantes de los trabajadores, esencial para la transparencia y posible control de la gestión algorítmica, que no recibirá atención en este momento.

El legislador ha concedido una relevancia tal a esta materia como para proceder a la tipificación penal de su transgresión en la [Ley orgánica 14/2022, de 22 de diciembre](#). Pese a las críticas recibidas por el cambio legal, su defectuosa técnica jurídica, las dudas suscitadas acerca de su ámbito de aplicación, su alcance y, especialmente, el ajuste al principio de

intervención mínima, se añade un [apartado 2.º al artículo 311 del Código Penal](#) que sanciona a quienes «impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa». Su exposición de motivos expresamente pone de manifiesto que:

La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.

Sitúa el núcleo del nuevo párrafo del artículo 311 en «la utilización espuria de un contrato o la desatención del llamamiento a adecuarse a la legalidad que se ha hecho mediante requerimiento o sanción al infractor o infractora». Y estos mismos elementos de «camuflaje jurídico» o la utilización «espuria» comparecen en la [sentencia](#) objeto de estas líneas.

Es preciso tener en cuenta, además, por su cita expresa, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo (STS) [805/2020, de 25 de septiembre](#), en la que el Alto Tribunal analizó con detalle los presupuestos concurrentes en la prestación desempeñada, con grandes similitudes con la que aquí se expondrá, para incardinarla en el [artículo 1.1 del ET](#). Frente a la posición divergente de algún tribunal superior de justicia ([Madrid, 19 de septiembre de 2019 –rec. 195/2019–](#)), respecto a la doctrina mayoritaria que se inclinaba por la laboralidad de la prestación de servicios desempeñada por las personas dedicadas al reparto en plataformas, el Tribunal Supremo (TS) unifica doctrina afirmando que se trata de una prestación por cuenta ajena, casando la mentada resolución. El TS aborda la cuestión de forma irreprochable, descartando la necesidad de elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El pronunciamiento, profusamente estudiado por la doctrina, incide en la flexibilización de la nota de la dependencia en la sociedad posindustrial, pues «[l]as innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios», perviviendo el sistema indiciario como el más adecuado para identificar la concurrencia de la relación laboral. Sistema que goza de buena salud (muestra de ello, por todas, [STS 254/2023, de 11 de abril](#), sobre el carácter laboral de la relación de una periodista con Radio Televisión Madrid).

Tras pasar revista a las sentencias más señeras, extrae los indicios más comunes de ajenidad (adquisición de los frutos desde el principio por la empresa, no asunción de riesgos por la persona trabajadora y falta de aportación de un capital relevante) y dependencia, en especial la inserción en la organización de la empleadora, que programa la actividad –aun de modo flexible– y la ausencia de organización empresarial propia de la persona empleada. A continuación, analiza la concreta prestación de servicios para Glovo, exponiendo paso a paso los principales rasgos que permiten afirmar sin titubeos la laboralidad de la relación,

excluyendo las condiciones de la [Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo](#) para tener la condición de «trabajador autónomo económicamente dependiente» ([art. 11.2](#)). Un dato esencial, a juicio del TS, es que ni la facultad de rechazar los servicios, la elección de la franja horaria, ni la posible prestación para varias plataformas excluyen la subordinación, aunque pudieran «empañarla». Ello unido a los controles que la empresa ejerce, incluso a través de la valoración de la clientela, que son indicios claros de dependencia. Además, se aprecia la ajenidad en los frutos, en los riesgos y en los medios y el desvalor de la plataforma digital frente al del teléfono móvil y la motocicleta.

La [sentencia](#) que se procede a comentar es claramente deudora en sus principales razonamientos de esta doctrina y pone el acento en datos que ya comparecían allí como son la «apariencia» de libertad o independencia «ficticia» y los «nuevos» indicios de laboralidad, así la reputación *online* (medida por el sistema de puntuación) o el control a través de medios digitales como la geolocalización.

Por último, es interesante también la [STS 684/2022, de 20 de julio](#), que declara la legitimación activa de los sindicatos más representativos (UGT y CC. OO.) que, de haberse seguido el procedimiento correcto en el despido, habrían podido ser llamados a configurar la comisión *ad hoc* para el periodo de consultas. La [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 638/2022, de 19 de septiembre](#), reconoce también la relación laboral entre 329 personas trabajadoras y Glovo app23, con una argumentación que ratifica la postura del TS y apuntala como criterios esenciales los del control (directrices, instrucciones e indicaciones) y la limitación de la libertad de las personas empleadas a través de la plataforma y el sistema de geolocalización permanente.

## 2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia](#) trae su origen de un procedimiento de oficio instado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) tras el acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en relación con las personas que entre noviembre de 2017 y septiembre de 2019 realizaron tareas de reparto de paquetería para la empresa Amazon Spain Fulfillment, SA (ASF) a través de la *app* Amazon Flex (más de 2.000 afectados). El acta –por falta de cotización y alta en el régimen general de la Seguridad Social– parte de la calificación de la relación jurídica entre la empresa y estos colaboradores como relación laboral, al concurrir las notas de ajenidad y dependencia.

Un aspecto de particular relevancia en los hechos probados, junto a la identificación de la empresa y su objeto social, es la reproducción literal del acuerdo contractual que une a la empresa con los repartidores, caracterizado como mercantil –no laboral–, insistiendo en la condición de contratista independiente. Asimismo, se constata cómo se desarrolla la prestación y qué papel juega la creación de la *app* a efectos de gestionarla y el recurso a

colaboradores independientes que entran en contacto a través de la página web. Se detallan los medios que pone el trabajador para el desarrollo de su actividad profesional (dispositivo móvil, medio de transporte no motorizado y otro equipamiento que pudiera resultar necesario), así como la libertad para prestar servicios para otros competidores o cláusula de «no exclusividad» y otras condiciones como la remuneración y forma de pago, los estándares de conducta, la imposibilidad de entrega y la capacidad de la empresa para prescindir del colaborador, entre las más relevantes.

Queda constancia de la visita girada por la ITSS el día 13 de septiembre de 2019 que concluyó con el acta de liquidación, indicando la incorporación al expediente de las alegaciones de la empresa e informe de la propia Inspección, habiendo solicitado la TGSS la incoación de procedimiento de oficio.

### 3. Fundamentos jurídicos y claves de la doctrina judicial

En la fundamentación jurídica de la [sentencia](#) toma especial protagonismo el escrito de la TGSS, esencial para reconocer la laboralidad de la relación.

Los argumentos esgrimidos a favor de la dependencia, en breve síntesis, serían:

- Uso de vehículos cuyas características excluyen la aplicación del [artículo 1.3 g\) del ET](#).
- La *app* no actúa como mera intermediaria.
- Existe subordinación de los colaboradores, que carecen de una infraestructura u organización empresarial, plasmada en la previa inscripción y el control ejercido por la plataforma.
- El control recae sobre la idoneidad del repartidor, del vehículo, de su titularidad, permiso de circulación y permiso de conducción, alta en el impuesto sobre actividades económicas y cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social.
- Más relevante aún es el control ejercido respecto a la propia actividad de reparto: la *app* controla el tiempo dedicado a la actividad, los tiempos de conexión, los tiempos de reparto y elabora las facturas, sin que el colaborador tenga control sobre el servicio, ni en su diseño ni planificación. Además, determina las zonas geográficas, planifica el trabajo e incentiva la conexión en determinados horarios y zonas.
- A través de la *app* se evalúa el trabajo de los repartidores, en función de los volúmenes de cancelación, de desconexiones, de opiniones de los clientes, pudiéndose derivar la resolución del contrato del repartidor, reservándose la empresa la facultad de desactivar la cuenta ante un determinado periodo de inactividad.
- Impone también un determinado código de conducta.

Para afirmar la existencia de ajenidad se destaca lo siguiente:

- Los clientes no contactan con el repartidor a través de la *app*, sino que lo hacen directamente con la empresa, que posteriormente organiza la distribución.
- El repartidor no participa en beneficios, el servicio se factura al cliente por Amazon, que posteriormente retribuye a aquel, que en momento alguno asume el riesgo y ventura sobre la actividad. En caso de imposibilidad de entrega, se retorna el paquete al centro logístico, pese a lo cual sigue cobrando el bloque.

Frente a estas afirmaciones, la empresa alega el desconocimiento por parte de la TGSS de la actividad desarrollada por ASF que, a su juicio, confunde con la actividad de otras plataformas de reparto. Trata así de poner distancia con casos anteriores, definiéndose como un operador logístico, con almacenes propios, que no actúa como intermediador entre cliente y repartidor, aduciendo una serie de puntos:

- Es una operadora de transporte con autorización administrativa para actuar en calidad de tal, sin vender los productos, limitándose a almacenar y gestionar su distribución, contratando el servicio de transporte a empresas del sector o a autónomos, pretendiendo también reforzar el carácter mercantil de la relación achacando al intervencionismo de la ley de transporte su control sobre la idoneidad del vehículo o la realización de la actividad en el lugar y momento pactado.
- No existe proceso de selección como tal, ni entrevistas, ni hay un número mínimo o máximo de personas que puedan acceder al sistema.
- Niega la existencia de algoritmo que busque al repartidor cercano, que valore el servicio por este prestado o que le castigue en caso de desconectarse o aceptar bloques no incluyéndolo en futuras ofertas de bloques.
- La *app* lo que hace es ofertar los bloques existentes con sus características y las personas en alta deciden si lo eligen y, en su caso, lo hacen según su conveniencia. La aplicación se limita a fijar la franja horaria del bloque, su precio, y se ofrece una ruta posible en función de los puntos de entrega que el repartidor no tiene que seguir y puede modificar a su conveniencia.

Los dos sindicatos actuantes prácticamente suscriben las tesis de la TGSS, haciendo hincapié en la ajenidad y en el papel de la *app* que realmente es la que permite la actividad y no el vehículo, asimismo en el control a través de la geolocalización (Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC. OO.). Trayendo a colación UGT (Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo) la crucial [STS de 25 de septiembre de 2020](#) ya citada, parando mientes en la asistencia al centro de ASF a recoger los paquetes, siendo la logística la esencia de la actividad desarrollada que la empresa realiza con su propia estructura y medios.

La posición de la [sentencia](#) sobre la naturaleza jurídica del vínculo entre el colaborador y la empresa resulta incuestionable, aparece bien argumentada y se alinea con la jurisprudencia del TS, acogiendo *in totum* la postura de la TGSS. Desestima las alegaciones de la empresa sobre el incumplimiento de los requisitos formales exigidos en el procedimiento de oficio, por el carácter parcial o incompleto del expediente administrativo remitido, descartando que impida entrar en el fondo del asunto y la indefensión, sin que tampoco quede desvirtuada la presunción de certeza del acta de inspección por este motivo. Presunción, nos recuerda, que opera sobre los hechos directamente constatados (a través de la observación directa, entrevistas a un número de trabajadores, del examen personal y directo de la web) y con el carácter de *iuris tantum*. Descarta la alegación sobre el escaso número de entrevistas realizado, pues no se ha combatido que todos los colaboradores firman el mismo compromiso con unas condiciones idénticas de desarrollo de la prestación del servicio (FJ 2.º).

Tras pasar revista a sentencias previas que arrojan un alto grado de similitud con el caso enjuiciado, se detiene en averiguar si concurren los presupuestos sustantivos de la relación contractual, en concreto, la dependencia y la ajenidad, usando el tradicional método «indiciario». En apretada síntesis, concluye que la *app* es propiedad de la empresa y se emplea para organizar y controlar el trabajo, existiendo también un código de conducta que rige las relaciones de los repartidores con los clientes; concurre la ajenidad en los medios dada la esencialidad de la aplicación, titularidad de la empresa, en los riesgos, que asume la empresa, en los frutos, que no adquiere el repartidor, y en el mercado, siendo la empresa quien gestiona la relación con los clientes y fija los precios y los colaboradores no disponen de organización empresarial propia. Todo ello pese a que la empresa pone el acento en la ausencia de utilización por los repartidores de distintivo alguno de Amazon, el empleo de sus propios medios (vehículo propio y teléfono móvil) y el escaso volumen de reparto llevado a cabo por Amazon Flex que solo alcanza el 5 % del total. Factor que, unido a otros conflictos ya suscitados, ha llevado a la empresa a prescindir recientemente de esta división (al menos no se encuentra información disponible sobre la página oficial <http://flex.amazon.es>, a fecha 16 de junio de 2023).

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, situaría uno de los aspectos más re- marcables de la sentencia en el levantamiento del velo de las condiciones «formales» en que según la empresa la actividad es desarrollada para centrarse en la realidad de los datos, afirmando que la manifestación de la empresa se basa más en la mera apariencia y en la propia finalidad para la que se creó la *app*, esto es, contar con una pluralidad de personas dispuestas a hacer portes sin asumir obligación laboral alguna con ellas, garantizando en todo caso el servicio, sobre todo en periodos de gran volumen de actividad, sin garantizarles ocupación cuando el volumen disminuye. Además, recuerda que la «aspiración básica de todo aquel que participa en este tipo de plataformas no es otra que la obtención de ingresos en cuantía y con una cierta periodicidad», a fin de satisfacer sus mínimos vitales, se entiende. Ello hará que el colaborador se vea compelido a aceptar las ofertas de los bloques que le van apareciendo, para tener una actividad remunerada continuada. Si a ello se suma la penalización por no aceptar los bloques, que será perder la expectativa de trabajo continuado y periódico



e, incluso, en casos de inactividad prolongada (180 días) poder ser dado de baja como colaborador, comparecen claros «matices» para valorar la libertad alegada. En definitiva, el repartidor pone en juego solo su trabajo personal (la dedicación personalísima del reparto), su vehículo (de «uso» personal y no profesional) y su teléfono, correspondiendo la organización y el control a la empresa, aunque lo realice a través de la *app*. La pretendida externalización o subcontratación por parte del colaborador, abanderada por la empresa como rasgo de autonomía, también queda desvirtuada en buena medida, pues exige que el otro repartidor también esté registrado en la *app*, por tanto, sujeta a su previa autorización.

Acoge, por tanto, plenamente las tesis del TS en relación con la ajenidad, incidiendo en la retribución, básicamente fija, aunque la aplicación prevea cuando un bloque se cancela con poca antelación a la hora de inicio del reparto o cuando un bloque no resulta atractivo por razón de su localización geográfica, la elevación del precio a abonar al repartidor, como modo de incentivar que sea escogido, que no refleja ni una variabilidad del precio ni una negociación o intervención del colaborador en su fijación.

Concluye el pronunciamiento con un pasaje decisivo:

[...] es ASF la que asume la competencia para adoptar la totalidad de decisiones del servicio, fijando sus condiciones de ejecución y retribución, y las circunstancias del día, hora y tiempo invertido en la ejecución; es la empresa la que fija el precio del servicio prestado y quien elabora y emite los modelos de facturación; es ASF la que asume el riesgo, pues si uno o varios paquetes no se pueden entregar, el paquete retorna a su centro y lo vuelve a incluir en un nuevo bloque sin que ello afecte a la retribución del colaborador; concurre la ajenidad de los frutos por cuanto es ASF quien se apropia de un modo directo del resultado de la prestación de trabajo, que redundará en beneficio de la propia empresa; concurre la ajenidad en los medios, comparando la importancia económica de la infraestructura creada por ASF y la propia *app* y los medios proporcionados por el colaborador (su teléfono y el vehículo o bicicleta en el que hiciera el transporte).

## 4. Trascendencia de la doctrina fijada

La doctrina establecida por la [sentencia comentada](#) está bastante apegada a la de la [STS de 25 de septiembre de 2020](#) en el caso Glovo y su trascendencia la fijaría en dos aspectos. El primero, en la admisibilidad de que la ITSS pueda realizar sus funciones de vigilancia y control con los medios de que dispone, siendo suficiente una muestra de los trabajadores, por ejemplo, a través de las entrevistas personales, probado el dato incuestionado de que las condiciones eran idénticas para todos los colaboradores, salvando lógicamente así la agilidad de los procesos, la entrega de un volumen de documentación razonable, la factibilidad de las actuaciones inspectoras y la presunción de certeza del acta. El segundo,

partiendo de los razonamientos del TS, dada la mayor sofisticación que va adquiriendo la gestión algorítmica, el tribunal es capaz de salvar escollos procedentes de la intención empresarial de «encubrir» la relación laboral bajo otras fórmulas ajenas al contrato de trabajo. En definitiva, el aspecto a destacar sería la clara consolidación de la línea de tendencia de la doctrina elaborada de forma muy argumentada por el TS que ratifica el acierto de aquella sentencia y la práctica unanimidad doctrinal y judicial en este ámbito, pese a la tozudez de las empresas.

Pronunciamientos de este tipo seguramente darán lugar a nuevas vueltas de tuerca en la configuración de la relación de las empresas y sus «trabajadores» mediando una *app*, siguiendo la trillada senda de «huida» de la laboralidad. Pero, además, probablemente ayudarán a desterrar las fórmulas más burdas, como esta de Amazon Flex, que parece ya finiquitada en nuestro país. El camino que queda por recorrer es la plena asunción en el sector de la laboralidad del vínculo y la necesidad de aplicar el paraguas protector del ordenamiento laboral a estas relaciones, sin que ello obste la conveniencia de completar la insuficiente regulación legal sobre la gestión algorítmica con mayores garantías de transparencia, tiempos de trabajo y disponibilidad, prevención de riesgos, igualdad y no discriminación, entre otras.

# La prueba de las horas extraordinarias: ¿una sentencia gatopardista (o lampedusiana)?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 290/2023, de 28 de marzo**

**Juan Gorelli Hernández**

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

*Universidad de Huelva (España)*

juan.gorelli@dam.uhu.es | <https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

## Extracto

La sentencia comentada reitera uno de los problemas tradicionales del derecho del trabajo: la prueba de la realización de las horas extraordinarias. Dicho problema se agudiza con la introducción de la jornada irregular en nuestro sistema productivo; si bien pretende resolverse con el registro diario de jornada. La cuestión que se plantea en esta sentencia es, justamente, el problema de la ausencia de registro por parte de la empresa.

**Palabras clave:** tiempo de trabajo; horas extraordinarias; registro diario de la jornada de trabajo; registro de las horas extraordinarias; prueba.

Recibido: 19-06-2023 / Aceptado: 22-06-2023 / Publicado (en avance *online*): 13-07-2023

**Cómo citar:** Gorelli Hernández, J. (2023). La prueba de las horas extraordinarias: ¿una sentencia gatopardista (o lampedusiana)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 290/2023, de 28 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 193-204. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19233>

## The overtime test: a gatopardist (or lampedusian) ruling?

Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice  
of Murcia 290/2023, of 28 March

**Juan Gorelli Hernández**

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

*Universidad de Huelva (España)*

[juan.gorelli@dam.uhu.es](mailto:juan.gorelli@dam.uhu.es) | <https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

### Abstract

The commented judgment reiterates one of the traditional problems of labor law: the proof of overtime. Said problem worsens with the introduction of the irregular working day in our productive system; although it intends to be resolved with the daily record of the working day. The question raised in this judgment is precisely the problem of the company's lack of registration.

**Keywords:** working time; overtime; daily record of the working day; record of overtime; proof.

Received: 19-06-2023 / Accepted: 22-06-2023 / Published (online preview): 13-07-2023

**Citation:** Gorelli Hernández, J. (2023). The overtime test: a gatopardist (or lampedusian) ruling? Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Murcia 290/2023, of 28 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 193-204. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19233>

## 1. Marco regulador

Analizamos en este comentario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2023](#)), sobre reclamación de diferentes partidas salariales. Concretamente, por lo que nos interesa, se reclama el abono de cuantías por la realización de horas extraordinarias, surgiendo el tradicional problema de la prueba de la realización de dicho exceso de jornada.

Teniendo en cuenta lo anterior, las reglas fundamentales sobre dicha cuestión se encuentran, de un lado, en el [artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), regulador de las horas extraordinarias; si bien en materia de prueba de la realización de las mismas es trascendental tener en cuenta lo dispuesto por el [artículo 34.9 del ET](#), sobre el registro diario de la jornada de trabajo. La necesidad de probar las horas extraordinarias siempre ha tenido especial interés, pero sobre todo comienza a ser realmente trascendental cuando por la evolución de los sistemas productivos y la flexibilización del tiempo de trabajo se impone la realización de jornadas irregulares; perdiendo así la referencia de una jornada estable que facilitaba un hito seguro del que deducir la realización de horas extraordinarias.

Nuestro ordenamiento había establecido una regla dirigida a facilitar la prueba de la realización de las horas extraordinarias: el registro de tales horas extraordinarias. Este se encuentra regulado en el [artículo 35.5 del ET](#), a tenor del cual, a los efectos de computar las horas extraordinarias, «la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones», debiendo entregarse una copia a cada trabajador. Este precepto supone una importante evolución respecto de la regla original del artículo 35.5 del ET de 1980, pues dicho precepto establecía que «[l]a realización de horas extraordinarias se registrará día a día». Basta una mera comparación de los dos preceptos para constatar que, mientras la versión inicial establecía el registro de las horas extraordinarias, en la regulación hoy vigente se establece literalmente el registro de la jornada. Es relevante destacar que esta regulación se incorpora con la reforma de 1994; es decir, con la introducción de los mecanismos de flexibilización del tiempo de trabajo.

Pese a la literalidad de la redacción hoy vigente, la jurisprudencia no estimó que era obligatorio registrar la jornada de cada trabajador, sino que el registro se limitaba exclusivamente a las horas extraordinarias y solo era necesario cuando se realizaban dichas horas, por lo que, no realizándose las mismas, no hay nada que registrar. De esta manera, bastaba con negar la realización de horas extraordinarias para eliminar la obligación de registro. Además, la interpretación judicial sobre la problemática de las horas extraordinarias suponía hacer recaer sobre el trabajador la carga de la prueba de la realización de todas y cada

una de las horas extraordinarias reclamadas, como consecuencia de la aplicación estricta de las reglas de carga de la prueba del [artículo 217.2 de la Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#). En la práctica, las dos interpretaciones (no obligatoriedad del registro de jornada y hacer recaer sobre el demandante la carga de la prueba) suponían prolongar la absoluta debilidad probatoria en caso de reclamaciones por la realización de horas extraordinarias.

Frente a este planteamiento reaccionó la Audiencia Nacional (AN), que en diversos pronunciamientos (Sentencias de [4 de diciembre de 2015, proc. 301/2015](#); [19 de febrero de 2016, proc. 383/2015](#), y [6 de mayo de 2016, proc. 59/2016](#)) estimó que el control de las horas extraordinarias requería de un registro diario de la jornada. El núcleo esencial del razonamiento era, justamente, las dificultades probatorias de la persona trabajadora. Así, se afirmaba por la primera de las sentencias que acabamos de citar que:

[...] si la razón de ser de este precepto es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines [...].

Sin embargo, el Tribunal Supremo (TS) se pronunció en contra de este planteamiento (Sentencias de [23 de marzo de 2017, rec. 81/2016](#); [20 de abril de 2017, rec. 116/2016](#), y [20 de diciembre de 2017, rec. 206/2016](#)), reiterando que no existía obligación de mantener el registro si no se realizaban horas extraordinarias. Por lo tanto, se insistía en hacer recaer la plena carga de la prueba sobre la persona trabajadora y la posibilidad de obviar el registro de horas extraordinarias por la vía de negar su realización y, consecuentemente, no abonarlas. Se mantenían, así, las dificultades probatorias. No obstante, se admitía, al menos que «de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias»; literalidad que podemos encontrar en las tres sentencias mencionadas y que evidencian cómo el núcleo central de la cuestión era la prueba de la realización de horas extraordinarias. En todo caso, cabe señalar que la primera de las sentencias fue bastante discutida, dando lugar hasta tres votos particulares distintos. Esta doctrina fue seguida por la jurisprudencia «menor»; así, como ejemplo, las SSTSJ de [Castilla y León de 13 de abril de 2018 \(rec. 179/2018\)](#) y de [Valencia de 3 de mayo de 2018 \(rec. 910/2018\)](#).

El recorrido judicial de la cuestión no acabó aquí, pues se planteó una nueva demanda de conflicto colectivo ante la AN, en la que se solicitaba la formulación de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa a si debía entenderse que nuestro país había adoptado, a través de los artículos [34](#) y [35](#) del ET y la interpretación del TS, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los límites a la duración de la jornada de la [Directiva 2003/88/CE](#), y si la normativa europea se oponía a lo dispuesto por

tales artículos 34 y 35 del ET al no exigirse, tal como se deriva de la jurisprudencia del TS, un sistema de registro de la jornada efectiva de trabajo. La respuesta del TJUE se produce a través de la [Sentencia de 14 de mayo de 2019, asunto Deutsche Bank, SAE, C-55/18](#), cuyo planteamiento es contrario a la doctrina afirmada por el TS, estimando que es imprescindible para el respeto a los derechos en materia de jornada máxima y de descanso regulados en la [Directiva 2003/88](#) y a los derechos en materia de salud laboral regulados por la [Directiva 89/391](#) el establecimiento de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Esta sentencia utilizaba diferentes argumentos (la existencia en el ordenamiento comunitario de derechos fundamentales a la limitación de la jornada y al descanso y la necesidad de que los ordenamientos nacionales respeten tales derechos, la consideración del trabajador como contratante débil supone la exigencia de establecer un sistema que facilite el cómputo diario de la jornada); pero, sobre todo, los razonamientos fundamentales versaron sobre la prueba de la realización de las horas extraordinarias. Sobre esta cuestión, la sentencia del TJUE afirma que el registro de horas extraordinarias del [artículo 35.5 del ET](#) es insuficiente, pues no permite realmente conocer las horas extraordinarias realizadas y si se han respetado los derechos a una limitación de la jornada y a los descansos; y, de otro lado, que la posibilidad de acudir a otros medios de prueba de la jornada realizada son insuficientes, pues no facilitan un resultado objetivo y fiable del número de horas de trabajo diario y semanal realizadas por el trabajador; además, la propia debilidad de la persona trabajadora dificulta la principal prueba que puede plantear, la testifical de otros compañeros.

La consecuencia de esta jurisprudencia del TJUE fue la modificación del [artículo 34 del ET](#), al que se añadió un nuevo apartado 9.º por el que se impone la obligación empresarial de registrar la jornada diaria, que incluye el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de cada persona trabajadora; registro que debe ser documentado y ha de estar a disposición de los trabajadores y sus representantes, y que debe ser conservado por el empresario por un periodo de 4 años. Es evidente la proyección procesal del registro, pues supone, en línea con los razonamientos de la sentencia del TJUE y de la propia reflexión *de lege ferenda* de la jurisprudencia del TS, introducir un importante elemento que facilita la carga probatoria en las reclamaciones sobre horas extraordinarias. Teniendo en cuenta que la reclamación del trabajador se refiere a horas extraordinarias realizadas entre junio y septiembre de 2019, en ese momento el registro diario de la jornada ya estaba vigente (se aprueba por [RDL 8/2019, de 8 de marzo](#) –BOE de 12 de marzo– y la norma sobre registro entró en vigor el 12 de junio de 2019 a tenor de su [disp. final sexta](#)), resultando, por tanto, de aplicación.

## 2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia comentada](#) resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador ante una sentencia de instancia en materia de reclamación de cantidad. Este trabajador

prestó servicios para la empresa, a través de contrato indefinido de modalidad fijo-discontinuo, entre el 26 de junio de 2019 y el 3 de agosto del mismo año. Concretamente se reclamaba el abono de ciertos salarios (2 días de agosto y parte proporcional de vacaciones, así como horas extraordinarias –100,10 horas extraordinarias–). La sentencia de instancia resolvió la cuestión estimando parcialmente la demanda, al entender que debía abonarse lo reclamado por los 2 días de agosto y la parte proporcional de vacaciones, pero no así con las horas extraordinarias reclamadas.

El recurso de suplicación se presentó por el trabajador con el objeto de revisar los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales ([art. 193 b\) Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–) y, con base en la infracción del derecho aplicado ([art. 193 c\) LRJS](#)), obtener la retribución por las horas extraordinarias realizadas.

La sala resuelve las dos cuestiones. En cuanto a esta primera cuestión, entiende la sala que no puede prosperar la revisión de los hechos propuesta por el recurrente. Para ello se basa en una interpretación largamente reiterada por la jurisprudencia nacional. De hecho, trae a colación la Sentencia del TS ([STS de 16 de octubre de 2018 \(rec. 1766/2016\)](#)), que reitera cómo el recurso de suplicación tiene carácter extraordinario, de manera que la facultad de revisar las pruebas por la sala está seriamente limitada, de forma que solo es posible cuando a la vista de las pruebas documentales y periciales se constata el error del juzgador de instancia. Ello solo es factible cuando el error es evidente y resulta de la propia prueba aportada y siempre que la prueba sobre la que se base la revisión tenga un carácter decisivo o trascendente desde la perspectiva probatoria. En este sentido, la sentencia del TSJ considera que el magistrado de instancia cumplió suficientemente con lo dispuesto por el [artículo 97.2 de la LRJS](#) en la construcción de su sentencia, dando por probados hechos esenciales para la sentencia, producto, todo ello, de un examen racional y crítico. En definitiva, el recurrente no acredita el error relevante de apreciación por el magistrado de instancia de las pruebas aportadas y, en consecuencia, la sala no puede sustituir el criterio fijado en la sentencia de instancia.

Como vemos, no estamos sino ante una interpretación «tradicional» de cuál puede ser el alcance del recurso de suplicación; sin que, en principio, haya elemento alguno en la sentencia del TSJ que sea reprochable. Ahora bien, la última de las afirmaciones que realiza la sentencia del TSJ nos conduce directamente al núcleo central de este comentario: como hemos señalado, no se aprecia error en la valoración de las pruebas y hechos probados; pero ello está en directa conexión con la ausencia total de registro diario de jornada. Dicho de otra manera, difícilmente puede sustentarse el recurso sin base probatoria aportada por la empresa en forma del registro de jornada.

A partir de ahí, la sentencia analiza el segundo motivo del recurso, el que realmente nos interesa a nosotros. Dejando de lado la alegación del recurrente relativa al hecho de que el magistrado de instancia permitió la intromisión del letrado de la parte demandada durante el interrogatorio de la empresa, la sentencia se centra en la falta de prueba de la realización



de las horas extraordinarias por parte del recurrente. La sentencia de suplicación reitera la conclusión de la sentencia de instancia, considerando que el recurrente estaba ayuno de prueba sobre esta cuestión.

La conclusión de ambas sentencias (instancia y suplicación) sobre la carencia de prueba se basó en dos elementos: en primer lugar, que no se aportaba por la empresa el registro horario, sin que dicha falta de aportación del mismo por la empresa «pueda provocar sin más, que se hubiesen realizado las horas extraordinarias» (tal como señala literalmente la [STSJ de Murcia](#)).

En segundo lugar, no se considera como hecho probado por la instancia y, consecuentemente, tampoco por el TSJ de Murcia, por el hecho de que:

[...] ni se ha clarificado su valor, ni tampoco se especifica cuándo se realizaron, y su acreditación corresponde a la parte que pretende su reclamación, sin que, como se ha dicho, de la circunstancia de que no se llevaba registro del horario de jornada, pueda extraerse sin más que las horas extraordinarias fuesen realizadas (FJ 3.º [STSJ de Murcia](#) que comentamos).

En definitiva, que la carga de la prueba ha de soportarla el demandante/recurrente, incluso aun cuando se haya requerido la aportación del registro horario, que es obligatorio, y la empresa no lo aporte, pues no cumplía con tal obligación.

### 3. Posición judicial

La posición de la [sentencia comentada](#) sobre la cuestión de la prueba de las horas extraordinarias y el registro diario de jornada es la siguiente: las horas extraordinarias reclamadas no están constatadas por la prueba aportada por el trabajador/demandante y recurrente, pues ni se ha clarificado su valor, ni se especifica cuándo se realizaron, pues la acreditación de las mismas corresponde al trabajador que las reclama, sin que del hecho de que la empresa no contara con registro de la jornada diaria pueda derivarse sin más que tales horas extraordinarias se realizaron. En definitiva, lo que plantea la sentencia es que aun cuando el empresario tiene obligación de llevar el registro, si el trabajador reclama las horas extraordinarias, seguirá siendo él quien tenga toda la carga de la prueba; sin que la ausencia de registro horario (por incumplimiento del empresario) tenga ninguna incidencia en la reclamación y en la prueba de la realización de las horas reclamadas.

Este planteamiento no parece sino una continuidad de la doctrina judicial «tradicional» en esta materia. De esta manera, la [sentencia comentada](#) no tiene en cuenta, desde la perspectiva probatoria de las horas extraordinarias, ni la existencia de una obligación de registro, ni los efectos de su total incumplimiento. Recordemos que esta obligación surge,

como hemos indicado *supra*, como consecuencia de la necesidad de facilitar la prueba de la realización de las horas extraordinarias, tal como lo evidencian las señaladas sentencias de la AN, las consideraciones *de lege ferenda* de la jurisprudencia del TS y la propia sentencia del TJUE. Por lo tanto, la [sentencia analizada](#) deja totalmente de lado esta cuestión, sin ni tan siquiera reflexionar mínimamente sobre las posibles consecuencias probatorias del comportamiento empresarial; liquidando la cuestión con una sola línea en la sentencia: del hecho de incumplir la obligación de llevar un registro de jornada diaria no puede «extraerse sin más que las horas extraordinarias fuesen realizadas». De ahí el título de este «diálogo» y la consideración de que estamos ante una sentencia «gatopardista» (como resumen de la extraordinaria [novela de Giuseppe Tomasi di Lampedusa](#), bien podemos decir que para esta sentencia se ha cambiado todo para que nada cambie).

En líneas generales podemos indicar que esta interpretación pasa por las siguientes premisas que podemos detectar en la jurisprudencia:

- El criterio largamente consolidado de la jurisprudencia nacional ha sido el de estimar que la acreditación de las horas extraordinarias corresponde a la persona trabajadora, quien deberá probar su realización, hora a hora y día a día; sin que pueda ser «sustituible la justicia por la benevolencia». Podemos ver al respecto un amplio conjunto de sentencias (*vid.*, como ejemplos, las SSTS de 9 de diciembre de 2002, rec. 5325/1999, y 7 de noviembre de 1994, rec. 365/1993). Reiteramos así la literalidad de la [STS de 11 de junio de 1993 \(rec. 660/1992\)](#):

[...] corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización, del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado (FJ 4.º).

- La falta de registro de la jornada no justifica por sí sola la realización de las horas extraordinarias, por lo que, teniendo la persona trabajadora la carga de la prueba, basta que el empresario niegue dicha realización ([STSJ de Andalucía de 26 de mayo de 2022, rec. 2605/2020](#)).
- La prueba que recae sobre el trabajador se interpreta de manera estricta, de modo que no se otorga valor probatorio alguno a partes de trabajo o notas que haya elaborado el propio trabajador ([STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2003, rec. 2335/2001](#)). Ello supone la necesidad de que los trabajadores exijan al empresario el cumplimiento de su obligación de registrar las horas extraordinarias cada vez que se realiza una de ellas. La comunicación podría tener valor probatorio, ahora bien, en un mercado de trabajo en el que el exceso de mano de obra es evidente y la carencia de puestos de trabajo manifiesta, ¿quién puede permitirse el lujo de exigir al

empresario? Es posible encontrar sentencias que sí dan valor probatorio a las hojas de control y los cuadrantes, pero si son elaborados por el empresario; especialmente cuando ante tales pruebas la empresa no realiza intento alguno de introducir prueba para desacreditar dicha documental (*vid.* [STSJ de Andalucía de 11 de junio de 2002, rec. 707/2002](#)).

- En el mismo sentido que el punto anterior, se plantea la posibilidad en la actividad de transporte de sustituir el registro por un tacógrafo. El diagrama resultante en forma de disco es un documento válido a los efectos de demostrar cualquier aspecto relativo al tiempo de trabajo. Ahora bien, dicho disco debe ser informado por un perito, de manera que aquellos informes incompletos que puedan aportarse no tendrán efecto alguno probatorio de la realización de las horas extraordinarias (*vid.*, entre muchas, la [STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2022, rec. 6059/2021](#)).
- Sin embargo, el anterior planteamiento por el que se exige una rígida carga de la prueba a las personas trabajadoras demandantes tiene una situación que se configura como excepción a dicha rigidez. Me refiero a los supuestos en los que se trata de una jornada habitual extraordinaria, supuestos en los que será el empresario, y no el trabajador, quien debe acreditar la inexistencia de horas extraordinarias. En este sentido podemos encontrar reiteradas manifestaciones judiciales (*vid.*, por ejemplo, las SSTSJ de [Valencia de 12 de julio de 2022, rec. 634/2022](#); [Asturias de 7 de diciembre de 2021, rec. 2366/2021](#); [Extremadura de 13 de febrero de 2012, rec. 543/2011](#); [Galicia de 19 de diciembre de 2003, rec. 2335/2001](#); [Andalucía de 11 de junio de 2002, rec. 707/2002](#); [Valencia de 13 de septiembre de 2001, rec. 185/1999](#); [Andalucía de 25 de enero de 2000, rec. 1358/1999](#)). La conclusión es, pues, evidente: la rigidez probatoria que se exige a la persona trabajadora se refiere a las horas extraordinarias puramente ocasionales. Podemos citar la literalidad de la [STSJ de Andalucía de 4 de junio de 2020 \(rec. 2260/2019\)](#), que reitera la del [TSJ de Madrid de 12 de marzo de 2010 \(rec. 4184/2009\)](#):

Cuando, con carácter permanente y habitual, no ocasional, se desarrolla una jornada por encima de la legal o convencionalmente establecida, una reiterada doctrina judicial tiene dicho que entonces la rigurosa prueba de las horas extras por el actor hora a hora y día a día cede para que sea la empresa la que demuestre la inexistencia de las mismas (FJ 3.º).

Como vemos, pues, salvo excepciones, la carga de la prueba es bastante estricta y recae sobre el trabajador demandante. Esa ha sido la posición tradicional. La cuestión ahora es determinar si una vez introducida la obligación del registro diario de jornada, que tiene como evidente finalidad facilitar la carga probatoria de la persona trabajadora en las reclamaciones sobre tiempo de trabajo y específicamente sobre horas extraordinarias, tiene repercusión probatoria el incumplimiento empresarial de dicha obligación, que, lógicamente, repercute negativamente sobre el trabajador. A esta cuestión le dedicamos el siguiente epígrafe.

## 4. Comentario crítico

La doctrina que afirma la [sentencia comentada](#) viene a decir que la introducción de la obligación empresarial de registrar diariamente la jornada, si se incumple, en nada modifica la doctrina tradicional en materia de prueba de horas extraordinarias: el trabajador sigue teniendo la plena carga de la prueba. Ciertamente no estamos ante una sentencia solitaria, ni mucho menos. Al contrario, podemos señalar cómo desde la introducción del [artículo 34.9 del ET](#) en 2019 no han dejado de producirse sentencias que de una u otra manera reivindican la doctrina tradicional en la materia, pese al incumplimiento empresarial de la obligación de registro:

- [STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2022 \(rec. 113/2021\)](#): para aplicar la doctrina de las presunciones judiciales ([art. 386.1 LEC](#)) es necesario tanto la plena prueba del hecho básico como el enlace lógico con el hecho presunto; y la ausencia de registro no supone que exista dicho enlace, preciso y directo, a tenor del que se concluye la realización de exceso de jornada.
- [SSTSJ de Valencia de 18 de enero de 2022 \(rec. 1375/2021\)](#) y de [21 de abril de 2020 \(rec. 743/2019\)](#); también [Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Gijón de 13 de octubre de 2021 \(proc. 88/2021\)](#): no es posible presumir, al amparo del principio de facilidad probatoria ([art. 217.7 LEC](#)), la realización de horas extraordinarias ante el incumplimiento de la obligación de registro.
- [SSTSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2021 \(rec. 922/2021\)](#); [Valencia de 12 de abril de 2022 \(rec. 4005/2021\)](#); [Asturias de 7 de diciembre de 2021 \(rec. 2366/2021\)](#): el [artículo 34.9 del ET](#) no establece una presunción de realización de horas extraordinarias en caso de incumplimiento de la obligación de registro, no siendo equiparable dicho precepto a lo afirmado en materia de contrato a tiempo parcial, donde, pese a las similitudes normativas, sí se establece que ante el incumplimiento empresarial se presume celebrado el contrato a jornada completa. Si el legislador hubiese querido establecer una presunción, debería haberlo hecho de manera expresa.
- [SSTSJ de Madrid de 31 de enero de 2022 \(rec. 754/2021\)](#) y de [Asturias de 28 de septiembre de 2021 \(rec. 1749/2021\)](#): el [artículo 34.9 del ET](#) no establece una presunción *iuris tantum* a favor del trabajador de realización de jornada extraordinaria en caso de incumplimiento de la obligación de registro. Para que se produzca tal alteración de la carga probatoria sería necesario, cuanto menos, la introducción de indicios de que el trabajador pudiera haber realizado un exceso de jornada. El incumplimiento empresarial no es indicio suficiente.
- [SSTSJ de Madrid de 16 de febrero de 2022 \(rec. 998/2021\)](#) y de [Canarias de 29 de octubre de 2019 \(rec. 233/2019\)](#): la *ficta documentatio*, al igual que la *ficta confessio*, es una facultad que tiene atribuida el juez de instancia, por lo que hay

que estar a su arbitrio y discrecionalidad. De esta manera, si llega a la conclusión, con base en las pruebas obrantes, de la no realización de horas extraordinarias, la falta de aportación por la empresa del registro diario de jornada no tiene que entenderse como prueba de la realización del exceso de jornada.

Sin embargo, frente a estos planteamientos no debemos olvidar cuál fue el sentido de la reforma, cuál fue la doctrina sentada por el TJUE, e incluso la lógica afirmada, *de lege ferenda*, por el TS en sus sentencias de 2017: la necesidad de facilitar la carga probatoria del trabajador, pues de lo contrario se llegaría a la ilógica conclusión de que el contratante débil estaría en manos del empresario que podría abusar de la realización de horas extraordinarias por la paradójica vía de incumplir una obligación impuesta por la ley. No cabe sino estimar que la doctrina afirmada por la [STSJ de Murcia](#) que comentamos, al igual que las sentencias que acabamos de señalar, son absolutamente criticables, pues ponen de manifiesto una actitud obstinada de tales órganos judiciales, pues en todas esas sentencias la empresa incumplió su obligación en materia de registro de jornada. En virtud de estos planteamientos resultaría que no se ha avanzado nada en absoluto pese a la reforma del [artículo 34.9 del ET](#) y a su clara justificación; más aún, se estaría actuando en contra de lo afirmado por la [Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019](#) y, por tanto, se estaría incumpliendo lo dispuesto por la [Directiva 2003/88/CE](#) (en similar sentido puede verse la [STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2021, rec. 626/2021](#)).

De hecho, podemos señalar cómo mucho antes de la reforma del [artículo 34.9 del ET](#) ya existían manifestaciones en la doctrina jurisprudencial «menor», favorables a una interpretación mucho más flexible en materia de carga de la prueba en caso de horas extraordinarias. Así, podemos encontrar sentencias que se basan en el principio de disponibilidad y facilidad probatoria consagrado en el [artículo 217.7 de la LEC](#), por lo que desatendida la obligación de registro por el empresario, «no cabe ahora depositar sobre el trabajador las consecuencias perniciosas derivadas de dicho incumplimiento [...] recordando la doctrina jurisprudencial que dicho registro es el mecanismo legal idóneo de acreditación de la jornada» (así lo afirmaba prematuramente la [STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2016, rec. 1242/2016](#)). También acudiendo al principio de facilidad probatoria, y recordando la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional ([Sentencia 7/1994, de 17 de enero](#)), la [STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 2007 \(rec. 805/2006\)](#). Otra que podemos señalar en esta dirección es la [STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2007 \(rec. 7572/2006\)](#). Incluso es posible encontrar resoluciones favorables a entender aplicable la doctrina de la *facta confessio*, tal como ocurre con la [STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2008 \(rec. 606/2008\)](#).

Como es lógico, este planteamiento se ha fortalecido en la doctrina de la jurisprudencia «menor» tras la introducción del apartado 9.º del [artículo 34 del ET](#) y la doctrina del TJUE, estimando que el incumplimiento empresarial de la obligación de registro sí debe tener consecuencias en forma de una mayor facilidad para el traslado de la carga probatoria en estos casos (así, las SSTSJ de Madrid de [14 de octubre de 2022, rec. 378/2022](#), y de [7 de septiembre de 2022, rec. 515/2022](#)). Por lo tanto, la carga de acreditar la jornada diaria, en

aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, se desplaza a la empresa demandada (STSJ de La Rioja de 22 de octubre de 2020, rec. 76/2020). Se afirma así que tras la introducción del registro horario:

[...] ya no puede atribuirse al trabajador demandante la carga de la prueba en el sentido y con el alcance tradicionales, sino que afirmada por este la existencia de horas extras con mención de su distribución e importe, su comprobación deberá derivarse ineludiblemente del examen del registro horario, cuya creación, conservación y aportación en el acto del juicio corresponde al empresario (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de junio de 2022, rec. 737/2022; 13 de enero de 2023, rec. 1988/2022; y 13 de mayo de 2022, rec. 370/2022).

En consecuencia con lo anterior, afirmada por la persona trabajadora la realización de horas extraordinarias, el empresario, obligado a llevar un registro diario de la jornada, podrá demostrar la no realización de tales excesos de jornada, por lo que, si no aporta dicha prueba, las consecuencias negativas debe soportarlas el empresario que incumple su obligación registral (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 13 de enero de 2023, rec. 1988/2022; del País Vasco de 28 de abril de 2022, rec. 512/2022; Valencia de 28 de septiembre de 2021, rec. 87/2021). Incluso en alguna ocasión llega a afirmarse que, como consecuencia de los cambios normativos y la jurisprudencia comunitaria, estaríamos ante «una especie de inversión de la carga probatoria en relación con la facilidad probatoria exquisita» (STSJ del País Vasco de 12 de julio de 2022, rec. 793/2022); o se afirma directamente que la no aportación de la empresa del registro requerido como prueba por el trabajador genera una inversión de la carga de la prueba (STSJ de Baleares de 27 de mayo de 2022, rec. 621/2021).

De igual manera, el incumplimiento de la obligación de registro de la jornada hace que se facilite la aplicación de la doctrina de la *ficta confessio* a la que aludimos anteriormente, tal como ha defendido alguna resolución judicial (*vid.* STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2021, rec. 144/2021).

En definitiva, hay dos planteamientos muy diferentes, por lo que llegará el momento en que el TS deba pronunciarse sobre esta cuestión. Desde nuestro punto de vista, como bien habrán podido deducir de la lectura de este comentario, somos favorables a la segunda de las interpretaciones que hemos expuesto en este último epígrafe, por lo que no podemos sino valorar muy críticamente la doctrina de la STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2023.

# Los odontólogos de Vitaldent: ¿laborales o TRADE? Una solución de valor relativo

A propósito de la **Sentencia del Tribunal Supremo 33/2023,**  
de 17 de enero

**María de los Reyes Martínez Barroso**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de León (España)*

[mrmarb@unileon.es](mailto:mrmarb@unileon.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8976-6587>

## Extracto

Cada vez resulta menos nítida la frontera entre los profesionales sanitarios independientes con contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente y la de los trabajadores subordinados, llegando el Tribunal Supremo a la conclusión de que, en el caso de la prestación de servicios de odontología para clínica franquiciada, la diferenciación entre una forma de contratación u otra estará determinada por las circunstancias concretas. En el supuesto objeto de análisis no existe contrato de trabajo, porque estamos ante el supuesto de actividad profesional en régimen de autoorganización, asumiendo los riesgos de impago, abonando a la clínica una cantidad por el uso de sus instalaciones, sin ingresos fijos o clientela mínima garantizada por la franquiciada (ni por la franquiciadora) y sin prohibición de desarrollar la actividad en otras clínicas.

**Palabras clave:** Vitaldent; odontología; TRADE; autónomos; dependencia; subordinación; ajenidad.

Recibido: 18-06-2023 / Aceptado: 21-06-2023 / Publicado: 06-09-2023

**Cómo citar:** Martínez Barroso, M. R. (2023). Los odontólogos de Vitaldent: ¿laborales o TRADE? Una solución de valor relativo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 33/2023, de 17 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 205-214. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19231>

# Vitaldent dentists: labor or TRADE? A relative value solution

Regarding Supreme Court Ruling 33/2023, of 17 January

**María de los Reyes Martínez Barroso**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de León (España)*

mrmarb@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-8976-6587>

## Abstract

The border between independent health professionals with an economically dependent self-employed contract and that of subordinate workers is becoming increasingly blurred, with the Supreme Court reaching the conclusion that, in the case of the provision of dental services for franchised clinics, the differentiation between one form of contracting or another will be determined by the specific circumstances. In the case under analysis, there is no employment contract, because we are dealing with the case of professional activity under a self-organization regime, assuming the risks of non-payment, paying the clinic an amount for the use of its facilities, with no fixed income or clientele minimum guaranteed by the franchisee (nor by the franchisor) and without prohibition to carry out the activity in other clinics.

**Keywords:** Vitaldent; odontology; TRADE; autonomous; dependence; subordination; alienation.

Received: 18-06-2023 / Accepted: 21-06-2023 / Published: 06-09-2023

**Citation:** Martínez Barroso, M. R. (2023). Vitaldent dentists: labor or TRADE? A relative value solution. Regarding Supreme Court Ruling 33/2023, of 17 January. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 205-214. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19231>



## 1. Supuesto de hecho

Se debate en el recurso la naturaleza de la relación que une a los odontólogos con la empresa demandada, en tanto franquicia de la que opera a nivel nacional como clínica odontológica Vitaldent, teniendo en cuenta que las personas que prestan los servicios están integradas en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA), han suscrito contratos como trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) y concertado pólizas individuales de responsabilidad civil. Para resolver la cuestión la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) examina los precedentes judiciales sobre vinculación entre clínica y profesionales de la odontología y, ante las discrepancias existentes, unifica la doctrina.

El procedimiento comenzó con la comunicación, por parte del Servicio Público de Empleo Estatal a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del aumento de contratos registrados de TRADE relacionados con una cadena de clínicas dentales; es más, en algunos casos el ente gestor apreció el cambio de la relación laboral por cuenta ajena a relación de arrendamiento de servicios. Ante tales hechos, la Inspección de Trabajo levantó acta de infracción contra la mercantil por hechos consistentes básicamente en: «No solicitar el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido, así como la consiguiente falta de cotización». Al mismo tiempo, impuso sanciones económicas de elevada cuantía a la mercantil. Tras las alegaciones pertinentes por parte de la entidad sancionada, se judicializó el asunto y la sentencia del Juzgado de lo Social número 18 de Madrid desestimó la demanda formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y absolvió a la demandada.

El juzgado de instancia entendió como válidos los contratos TRADE, suscritos entre las partes, y argumentó que no era una relación laboral. Ante este pronunciamiento, la TGSS formuló un recurso de suplicación contra la referida sentencia, resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 30 de mayo de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva:

Que estimando el recurso de suplicación formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social [...], debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, estimando íntegramente la demanda, debemos declarar y declaramos que la relación que vinculó a los demandados con la entidad codemandada fue laboral.

El órgano de suplicación avaló la laboralidad del vínculo al considerar, entre otros motivos, que la empresa disponía de organización sanitaria propia para la prestación de los

servicios, establecía un horario de apertura y cierre y los especialistas facturaban a la mercantil. Ante esta situación, a la vista de los fallos contradictorios dictados en el procedimiento, se recurrió en casación para la unificación de doctrina ante el TS por la entidad mercantil. Una vez admitido el recurso, se tramitó y se dictó la [sentencia objeto de comentario](#). Su fallo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la clínica, que casa y anula la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2019, desestimando el recurso interpuesto por la TGSS, y declara firme la Sentencia 107/2018, de 21 de febrero, del Juzgado de lo Social número 18 de Madrid.

## 2. Marco normativo

Los rasgos del autónomo dependiente han sido controvertidos desde su creación y desnaturalizan la figura genuina del autónomo. Con las ulteriores reformas de la [Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo](#) (LETA), la figura no se ha clarificado, sino que se ha difuminado introduciendo mayor oscuridad, sobre todo a raíz de la aprobación de la [Ley 31/2015, de 9 de septiembre](#), por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, introduciendo la posibilidad de que el TRADE contrate personas asalariadas en determinados supuestos. La figura jurídica no ha llegado a cubrir el alcance que la LETA le otorgaba, llegando a afirmar cierto sector doctrinal que constituye una figura «atípica» ([Cuadros Garrido, 2020, p. 189](#)), necesitada de cierta delimitación, para intentar conjurar el peligro de huida del derecho del trabajo, pues si del escaso colectivo (apenas un 12 % del total de autónomos) muchos de ellos son falsos TRADE, por ser *de facto* trabajadores por cuenta ajena, cabría preguntarse quiénes son realmente los verdaderos TRADE.

## 3. Claves de la doctrina judicial: la difusa frontera entre laboralidad, autonomía y falsa autonomía

Para fundamentar su fallo, el TS parte de la relevancia de una serie de datos fácticos: las 7 personas que prestan servicios de odontología están integradas en el RETA y han suscrito contratos como TRADE habiendo concertado pólizas individuales de responsabilidad civil; actúan con autonomía organizativa, ofreciendo sus servicios con libertad horaria, dentro del tiempo de apertura de la clínica, siendo el centro de trabajo propiedad de la empresa, con libertad de horarios, siempre en tiempo de apertura al público, pueden interrumpir sus servicios 18 días hábiles al año (sin ingresos); emiten factura por un porcentaje (entre 20 y 30 %), pero en caso de impago no pueden hacerlo; el precio del tratamiento es fijado libremente por cada profesional; los materiales y productos podrán ser adquiridos a los laboratorios que estime convenientes el profesional; no existe dirección médica en la clínica, ni hay superior jerárquico; cada cual ha establecido su horario y gestiona su agenda conforme a su criterio personal; la demandada facilita la infraestructura para que se pueda desarrollar la actividad.

En este contexto, la sentencia del TS establece algunas notas aclaratorias para diferenciar la figura de los profesionales independientes con contrato mercantil y la de los trabajadores subordinados, llegando a la conclusión de que la diferenciación entre una forma de contratación u otra estará determinada por las circunstancias concretas, y en el supuesto objeto de análisis, considera que no existe contrato de trabajo, porque estamos ante el supuesto de actividad profesional en régimen de autoorganización, asumiendo los riesgos de impago, abonando a la clínica una cantidad por el uso de sus instalaciones, sin ingresos fijos o clientela mínima garantizada por la franquiciada (ni por la franquiciadora) y sin prohibición de desarrollar la actividad en otras clínicas.

A su vez, la validez del contrato de TRADE se justifica a partir de las siguientes premisas: 1) no se acredita dependencia, sino libertad para fijar días y horarios de actividad; 2) se percibe un porcentaje de la facturación derivada de los servicios prestados, pero afrontando el riesgo de impago; 3) cada profesional abona un canon a la clínica por utilizar sus instalaciones; 4) los precios son fijados por cada profesional, existiendo una guía orientativa de la franquiciadora; 5) de la facturación se descuenta un porcentaje por los materiales y medios personales facilitados por la empresa franquiciada; 6) no existe dirección médica en la clínica, ni hay superior jerárquico de los odontólogos; 7) cada profesional ha establecido su horario y gestiona su agenda conforme a su criterio personal; 8) cada odontólogo acude uno o dos días por semana. No obstante, en este procedimiento de oficio, insiste el Alto Tribunal en la necesidad de atender a las circunstancias de cada caso y en el propio valor relativo de la doctrina unificada.

Como es sabido, el perfil del trabajo autónomo presenta una significativa diversidad, debido entre otros factores a la emergencia del trabajo autónomo económicamente dependiente, como figura laboral que constituye todavía un porcentaje relativamente pequeño del conjunto del trabajo autónomo, pero cuyas características suponen un cambio cualitativo respecto de la concepción tradicional del mismo<sup>1</sup>. La aparición de esta figura hunde sus raíces en los cambios estructurales registrados en el mundo del trabajo en las últimas décadas, [impulsados por una serie de factores](#) tales como: a) las estrategias de las empresas, y en particular ciertas formas de externalización del empleo; b) el desarrollo de nuevas necesidades sociales relacionadas con los cambios demográficos y con el envejecimiento de la población; c) los cambios que afectan a la mano de obra, con el aumento del nivel de formación y el incremento de la participación laboral de las mujeres; d) las necesidades de incorporación al empleo de categorías vulnerables excluidas del mercado de trabajo; e) el deseo de determinados trabajadores de articular mejor su vida profesional y su vida privada; y f) el crecimiento de los servicios y las oportunidades nuevas que brindan las tecnologías de la información y de la comunicación.

---

<sup>1</sup> Un estudio pormenorizado de los elementos típicos de la relación laboral se realiza en la Sentencia del TSJ (STSJ) del País Vasco de 21 de octubre de 2014 (rec. 1806/2014), sobre la existencia de relación laboral en odontólogas de clínicas privadas, ya que la prestación de servicios se realiza dentro del ámbito de organización y dirección del empleador en empresa franquiciada.

Y todo ello sin mencionar la existencia de los «falsos autónomos», que por su propia naturaleza irregular resultan difíciles de cuantificar, pero que registraron un cierto crecimiento en los últimos años en el contexto de la crisis económica, forzando diversas actuaciones de la Inspección de Trabajo desde la aprobación, en el año 2012, del Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social<sup>2</sup>. En cualquier caso, la consolidación de una realidad, como es la prestación de servicios en régimen de falsa autonomía (Martínez Barroso, 2016, o Rodríguez Elorrieta, 2016), no puede hacer olvidar a quien interpreta el ordenamiento jurídico la subsistencia de un concepto, como el de persona trabajadora por cuenta ajena, aplicable más allá de la existencia de meros datos formales, como el alta en el RETA. Y que en muchos supuestos que llegan a los tribunales la TGSS actúa, no para la determinación de la laboralidad (como en el caso que nos ocupa), sino en el contexto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la realidad constatada y para garantizar los derechos de las personas incluidas en el ámbito subjetivo de los regímenes del sistema, convirtiéndose la impugnación del acta de la Inspección en el único camino para discernir los límites de la laboralidad<sup>3</sup>. Límites difusos, en tanto es imposible desconocer que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga, regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. En ocasiones, cuando se trata de calificar la relación jurídica que vincula a las partes, para decidir si en ella concurren o no las notas definitorias de la laboral, previstas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, con el fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia en el sentido en que son concebidas por la jurisprudencia sobre la calificación del contrato en virtud del cual se prestan unos servicios que, con el mismo contenido, pueden derivarse de un contrato de trabajo o de un arrendamiento de servicios, siendo indiferente la denominación que los interesados hubieren dado a su contrato.

Además de la labor interpretativa desarrollada por la jurisprudencia, en aras de delimitar la difusa línea entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente, debe tenerse en cuenta también la jurisprudencia comunitaria emanada al respecto, la cual viene afirmando que un falso autónomo como prestador de servicios:

[...] puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente, por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de este y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13).

<sup>2</sup> Reforzado tras la aprobación del Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto, al objeto de garantizar la afiliación de los falsos autónomos en el régimen general para aquellos casos en que la Inspección de Trabajo detecte que están encuadrados irregularmente en el RETA.

<sup>3</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de abril de 2015 (rec. 1216/2013).

Con excesiva frecuencia, la praxis judicial debe dilucidar en qué medida la prestación del servicio se está realizando bajo dichas notas específicas, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso concreto o lo que la jurisprudencia entiende como «indicios» comunes de ajenidad (las decisiones de mercado y de precios las toma la empresa, la remuneración tiene un carácter fijo o periódico y siempre en proporción con la actividad prestada, el riesgo de la actividad es asumido por la empresa, etc.) y dependencia (el trabajo se presta en el centro del empresario o lugar designado por este, las instrucciones y procedimientos a seguir también las proporciona la empresa, los horarios<sup>4</sup> y la actividad están previamente programados, etc.).

Su autonomía funcional supone llevar a cabo su actividad de manera diferenciada respecto al resto de personas trabajadoras, cualquiera que sea su naturaleza contractual, que presten servicios por cuenta de la clientela<sup>5</sup> e implica realizar la actividad bajo criterios organizativos propios. No es por tanto TRADE el que realiza su trabajo dentro de la actividad productiva de la empresa e incluido en su círculo rector y organizativo, sino que es trabajador por cuenta ajena sin que obste a tal calificación la retribución mediante facturas, el alta en el RETA y la aportación por este de las herramientas para el trabajo<sup>6</sup>. Conlleva disponer de infraestructura productiva y material propio necesario para el ejercicio de su actividad; requisito que se entiende cumplido incluso en supuestos de aportaciones de elementos de escasa relevancia económica. Por último, se ha de percibir una contraprestación económica en función del resultado de la actividad de acuerdo con lo pactado con el cliente (sistema de pago que a veces es de carácter mixto: fijo y a comisión) y asumiendo el riesgo y ventura.

La doctrina ha venido entendiendo que estaríamos ante un TRADE en el supuesto de que se cumplieran ciertos requisitos, como la capacidad o no de rechazar el encargo, la libertad de ejecución del trabajo, la forma de contactar con el cliente directo y no con la central al ejecutar el trabajo, el sistema de cobro por pedido o trabajo, la fijación libre de inicio o fin de la jornada, la ausencia de la obligación de cumplir con un mínimo de encargos o días de trabajo, el derecho a interrumpir la actividad por vacaciones, el derecho a no justificar las ausencias (siendo suficiente con justificarlas preavisándolas), la inexistencia de pacto

<sup>4</sup> Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario. Por todas, Sentencia del TS (STS) de 24 de enero de 2018 (rec. 3394/2015).

<sup>5</sup> Así se viene declarando respecto de los odontólogos TRADE que suscribieron contrato con las clínicas Vitaldent. SSTSJ de Asturias de 5 de marzo de 2019 (rec. 2982/2018) o Madrid de 15 de febrero de 2019 (rec. 876/2018), en contra del criterio de la TGSS.

<sup>6</sup> STSJ de Castilla y León de 22 de junio de 2017 (rec. 375/2017), a propósito de montador de muebles que realiza su trabajo dentro de la actividad productiva de la empresa e incluido en su círculo rector y organizativo, sin que obste a tal calificación la retribución mediante facturas, el alta del trabajador en el RETA y la aportación por este del vehículo y las herramientas para el trabajo. Para la condición de TRADE, la comunicación a la empresa cliente de la condición de dependencia de la misma constituye un requisito *ad solemnitatem* para el contrato, por lo que su incumplimiento determina su inexistencia.

de exclusividad, la asunción de responsabilidad del buen fin de la operación y asunción de daños o pérdidas, no contar con directrices o tener un dominio completo de la actividad sin ser afectado por el poder disciplinario del empresario-cliente más allá del lógico ante la no realización de los servicios, contar con capacidad de autoorganización, asunción de riesgo y ventura, utilización de todos los medios e instrumentos de trabajo necesarios o asumir la inversión de estos (Pagán Martín-Portugués, 2020, p. 177).

#### 4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: la evolución de la consideración del vínculo entre clínicas dentales y profesionales de la odontología

En el supuesto analizado, no han prosperado los argumentos esgrimidos para determinar la existencia de relación laboral en el caso de los y las profesionales de la odontología que desarrollan su actividad en una empresa franquiciada; argumentos que, dicho sea de paso, en otras ocasiones habían servido para considerar existente una relación laboral<sup>7</sup>, fundamentalmente en sentencias que resuelven supuestos anteriores a la vigencia de la LETA, argumentando básicamente que la entidad demandada dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios; que el lugar y horario establecido con carácter referencial, los medios materiales y personales han sido predispuestos por la entidad mercantil demandada; que la retribución es percibida a través de la empresa (la cual gestiona su cobro a la clientela); que el odontólogo está obligado a la prestación personal de los servicios y que no obsta a la conclusión alcanzada las previsiones sobre sustituciones (en caso de ausencia los sustituye otro de los odontólogos contratados por la empresa).

El punto de inflexión viene determinado por la STS de 13 de noviembre de 2013 (rec. 2202/2012), la cual, desestimando el recurso interpuesto por la Administración, desecha aplicar la doctrina unificada (laboralidad de la relación), habida cuenta de que afronta un supuesto donde aparecen circunstancias esenciales para dirimir la cuestión, determinadas por el hecho de que la modalidad contractual es la de TRADE; los odontólogos aportan materiales y ropa de trabajo y además tales facultativos asumen las consecuencias del impago del precio de los servicios prestados. Tales precedentes avalan la extralaboralidad en un caso muy similar al presente.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina (Sánchez Trigueros, 2023, p. 165), numerosos autos o sentencias del TS posteriores a la LETA contrastan con detalle las circunstancias en que se presta la actividad profesional de referencia, a fin de decidir si se trata de una relación laboral o no, habiéndose declarado la firmeza de sentencias de suplicación que se

<sup>7</sup> Las SSTS de 19 de junio de 2007 (rec. 4883/2005), 10 de julio de 2007 (rec. 1412/2006), 12 de febrero de 2008 (rec. 5018/2005) y 7 de octubre de 2009 (rec. 4169/2008), entre otras, desestiman el correspondiente recurso de casación interpuesto por la clínica franquiciada y consideran que existe una relación laboral.

pronuncian tanto a favor como en contra de la laboralidad. En ocasiones los pronunciamientos judiciales no aprecian contradicción con la doctrina unificadora, porque en el caso en cuestión concurre un régimen de funcionamiento específico, más organicista<sup>8</sup> o más liberal que permite, por ejemplo, que el médico no cobre a sus pacientes o les haga descuentos, además de explicitar un concepto fijo por arrendamiento de instalaciones.

Se ha asociado la laboralidad a la existencia de una actividad continuada de atención a los pacientes por parte de los odontólogos, contraponiéndola con los casos en los que solo acuden en algunas franjas horarias o semanales. Y se ha considerado indicio vital de laboralidad el que los odontólogos no abonen cuantía alguna (se denomine canon o no) por la utilización de las instalaciones aportadas por la empresa franquiciada o el hecho de que la clínica posea una dirección y sea la misma quien indique al facultativo los días y horas en que debe acudir, o que la distribución de pacientes se realice por personal de la empresa franquiciada.

Por el contrario, impide aplicar la doctrina unificada de sentido laborizador el dato de que los odontólogos afronten las consecuencias del impago o la celebración de un contrato como TRADE.

La [sentencia objeto de comentario](#) se alinea con los pronunciamientos precedentes llegando a la conclusión de que pesan más los indicios de que no existe relación laboral, porque estamos ante un supuesto de actividad profesional en régimen de autoorganización, asumiendo los riesgos de impago, abonando a la clínica una cantidad por el uso de sus instalaciones, sin ingresos fijos o clientela mínima garantizada por la franquiciada ni por la franquiciadora, y sin prohibición de desarrollar la actividad en otras clínicas. Esto es, no existe compromiso personalísimo de desarrollar la actividad, porque los odontólogos (que son los que determinan los pacientes a tratar) se pueden ausentar cuando estimen pertinente sin ningún tipo de permiso; además pueden designar a cualquier otro profesional para que los sustituya en caso de ausencia (incluso desviar los pacientes a otro profesional sin relación con la empresa o a otra clínica). Además, se da la circunstancia de que todos ellos están pluriempleados, ajustando los horarios a efectos de poder compatibilizar sus múltiples prestaciones de servicios. No concurre la nota de dependencia, porque no existe control alguno por parte de la clínica en el desarrollo de su actividad, y son los propios profesionales quienes responden ante una posible negligencia (no la clínica). Tampoco concurren ajenidad ni retribución, porque los facultativos cobran por acto médico realizado y asumen

<sup>8</sup> Casuística que se pone de manifiesto en las SSTs de [27 de septiembre de 2022 \(rec. 1415/2019\)](#); [27 de octubre de 2022 \(rec. 3214/2019\)](#), al ser los odontólogos quienes decidían cuándo debían citarse los pacientes, aportando materiales específicos para desarrollar su actividad, pudiendo también fijar tarifas fuera de los baremos y rechazar pacientes, facturando algunos profesionales a través de sociedades mercantiles; o [15 de noviembre de 2022 \(rec. 1934/2019\)](#), desestimando también el recurso interpuesto por la TGSS contra Zafra Dent, a partir del dato relevante de que los odontólogos prestan servicios en distintas clínicas odontológicas, ajustando sus horarios o de que sus vacaciones se establecen de acuerdo con los clientes sin que en caso de ausencia la clínica proceda a sustituirlos.

de manera expresa el riesgo y ventura del negocio, pues según consta en sus contratos de TRADE asumen el impago de los pacientes, sus ganancias dependen directamente de los honorarios satisfechos por los pacientes, emitiendo factura por cada acto médico, de la cual la clínica se queda con un porcentaje, pagando además los facultativos una cantidad a la clínica por el uso de instalaciones y material.

En definitiva, la relación se rige por el [Estatuto del Trabajo Autónomo](#), quedando al margen del litigio cualquier debate acerca de sus consecuencias, ya que la demanda de oficio va dirigida a dirimir la naturaleza jurídica de la relación de servicios, dejando claro el tribunal que su doctrina no puede considerarse generalizable a todos los casos de clínicas dentales franquiciadas (en el caso enjuiciado, Ambar Odontológica, SL), ni siquiera siendo idéntica la franquiciadora (Vitaldent), sino solo a aquellos en que concurren las mismas características.

## 5. Consideración final

Frente a la relativa seguridad jurídica ofrecida en el pasado por la dicotomía autónomo puro y trabajador por cuenta ajena, la opción por mantener una figura ineficiente, confusa y con poco seguimiento (a caballo entre una persona trabajadora por cuenta ajena y una por cuenta propia) está provocando una alta litigiosidad, que en numerosos supuestos ha dado lugar a pronunciamientos judiciales de incompetencia de jurisdicción. Según la doctrina más crítica ([Cuadros Garrido, 2020, p. 190](#)), su eliminación permitiría erradicar falsas expectativas y ahorrar costes judiciales.

La figura del TRADE (y del falso TRADE) abarca todas las actividades económicas. En el ámbito sanitario, dado que los y las profesionales desempeñan su actividad profesional por cauces cada vez más variados (régimen estatutario, laboral, en régimen de autonomía o semiautonomía o como cooperativistas), habrá que estar al caso concreto para determinar, en función de las circunstancias concurrentes, la solución más adecuada en cada caso de acuerdo al principio de «realidad» ([Sánchez Trigueros, 2023, p. 167](#)), esto es, dando prioridad al fondo sobre la forma, pero sin desmerecer el valor indiciario de esta última, pues dicha realidad pone de manifiesto que cada vez más profesionales autónomos trabajan por cuenta de empresas que ya no contratan a personas trabajadoras. Lamentablemente, el trabajador asalariado ya no es la forma «óptima» de trabajo para muchas mercantiles, ni para sus colaboradores.



# Acotando el accidente de trabajo en misión. No lo es la caída en la ducha del hotel

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 278/2023,**  
de 18 de abril

**Paz Menéndez Sebastián**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Oviedo (España)*

pazms@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0001-6311-7773>

## Extracto

El Tribunal Supremo reafirma los contornos del accidente de trabajo, aclarando que no todo lo sucedido en el tiempo que constituye la misión merece tal consideración. En concreto, en la sentencia comentada se advierte que no es accidente de trabajo la caída en el baño del hotel, mientras se toma una ducha, por no concurrir circunstancias especiales que permitan trabar la relación de causalidad con la actividad productiva.

**Palabras clave:** accidente de trabajo; misión; hotel; causalidad; caída; ducha; trabajo.

Recibido: 22-05-2023 / Aceptado: 29-05-2023 / Publicado: 06-09-2023

**Cómo citar:** Menéndez Sebastián, P. (2023). Acotando el accidente de trabajo en misión. No lo es la caída en la ducha del hotel. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2023, de 18 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 215-222. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19107>

# Delimiting the accident of work in mission. Not the fall in the hotel shower

Commentary on Supreme Court Ruling 278/2023,  
of 18 April

**Paz Menéndez Sebastián**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Oviedo (España)*

[pazms@uniovi.es](mailto:pazms@uniovi.es) | <https://orcid.org/0000-0001-6311-7773>

## Abstract

The Supreme Court specifies the limits of the work accident, saying that not everything that happened during the mission deserves such consideration. Specifically, the aforementioned judgment warns that it is not an accident at work to fall in the hotel bathroom, during the shower, because there are no special circumstances that allow establishing the causal relationship with the productive activity.

**Keywords:** work accident; mission; hotel; causality; fall; shower; work.

Received: 22-05-2023 / Accepted: 29-05-2023 / Published: 06-09-2023

**Citation:** Menéndez Sebastián, P. (2023). Delimiting the accident of work in mission. Not the fall in the hotel shower. Commentary on Supreme Court Ruling 278/2023, of 18 April. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 215-222. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19107>

## 1. Marco normativo: los distintos contenidos del artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social y sus cargas probatorias

No resulta excesivo mantener que el concepto de accidente de trabajo es uno de los más elásticos que conoce nuestro ordenamiento jurídico, pues la ya de por sí extensa formulación legal del [artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) viene siendo objeto de estiramiento judicial a zonas fronterizas o grises, en ocasiones con irreprochable lógica, en otras con una razonabilidad mucho más discutible. En todo caso, como se sabe, el precepto contiene cinco apartados, con cargas probatorias diversas que resultan claves para la toma de decisiones sobre la naturaleza laboral o no del suceso. Así, el primer apartado (es accidente de trabajo toda «lesión producida con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral»), sin formular presunción alguna, se limita a dar traslado al ámbito que nos ocupa a la regla general probatoria del [artículo 217.2 de la Ley de enjuiciamiento civil](#), según la cual quien pretenda obtener determinada calificación de un hecho ha de probarla. Tampoco el segundo apartado formula presunciones, sino más bien mecanismos específicos de llevada de la situación al concepto del apartado primero, no en vano todos ellos, con la excepción del accidente *in itinere*, requieren de una prueba de causalidad, que pesa sobre quien pretende obtener una declaración de laboralidad (al menos en el tenor de la norma).

En realidad, el único modo de salvar la exigencia probatoria de la relación de causalidad es incardinar el supuesto en liza en el apartado tercero (o en el segundo) a [art. 156.1 LGSS](#), si es *in itinere*, que, por ello, han asumido el protagonismo absoluto en la temática que nos ocupa. A tenor de lo dispuesto en el apartado tercero del [artículo 156 de la LGSS](#), «se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo». Esta presunción, contenida ya desde hace muchísimos años en nuestro sistema, facilita la protección de la persona trabajadora frente a cualesquiera lesiones corporales (heridas, golpes, laceraciones o similares) causadas por un agente externo en el entorno laboral, eximiéndola de la prueba del nexo causal entre la lesión y el trabajo. No es que en estos casos no sea preciso que el suceso guarde la necesaria relación causal con la actividad productiva, sino que esta se presume, por la lógica propia de la cadena de responsabilidades empresariales, es decir, los sucesos ocurridos en el entorno laboral, en tanto que producidos en el contexto que domina o debe dominar la empresa, resultan plenamente amparados por su obligación de preservación de la salud y la integridad física de las personas empleadas. Tomando esta realidad como punto de referencia, quien pretenda obtener una declaración de laboralidad únicamente habrá de acreditar el hecho básico de la presunción –que la lesión se produjo en el lugar y en el tiempo de trabajo–.

Ahora bien, en este complejo entramado normativo, al que se suman las reglas del [artículo 156.4](#) (fuerza mayor, dolo o imprudencia temeraria), y del [artículo 156.5 in fine](#) (responsabilidad criminal o civil de tercera persona, ajena al trabajo), falta la enumeración específica de un supuesto nada inusual: el accidente en misión. La ausencia de acción legislativa se ha suplido, como es lógico, por la vía jurisprudencial, asumiendo nuestros tribunales un protagonismo incontestable, al tener que ofrecer una lectura acompañada de los apartados del [artículo 156](#) para los casos en los que el suceso en discusión se produce en el contexto de una misión a la que la empresa envía a la persona trabajadora. Pues bien, al examen de esa labor se dedica el presente comentario, en el que se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de abril de 2023 (rec. 3119/2020), que decide sobre el carácter laboral o no del accidente sufrido por una trabajadora en el hotel en el que se alojaba para asistir a un evento por orden empresarial.

## 2. Síntesis del supuesto de hecho y devenir judicial previo

Sin necesidad de ahondar en otro tipo de detalles, la comprensión de la sentencia que nos ocupa únicamente requiere tomar en consideración el hecho de que la trabajadora de autos se hallaba, enviada por su empresa para intervenir en un seminario formativo, en una ciudad distinta de la que habitualmente constituía el lugar de prestación de servicios, donde sufrió una caída mientras tomaba una ducha en el hotel contratado por la empresa a efectos logísticos, en concreto, a primera hora de la mañana mientras se preparaba para asistir a dicho seminario. La caída le provocó una lesión que la tuvo de baja médica (declarada por accidente de trabajo) desde el 8 al 22 de junio de 2018, cuya atención sanitaria y costes asumió la mutua demandante, por decisión del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En instancia se declara el origen laboral de la contingencia y, por tanto, se desestima la demanda interpuesta por Ibermutuamur. Criterio que se confirma en suplicación, apreciando ocasionalidad relevante, con el argumento de que, aunque estaba en tiempo de descanso de la actividad laboral, si la trabajadora debía acudir al lugar en donde se celebraba el seminario, el motivo por el cual se cayó en la ducha no fue otro y exclusivo que esta última circunstancia.

La situación es equivalente a la que se produce en la sentencia de contraste (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de octubre de 2017, rec. 1823/2017), referida a un médico que prestaba servicio para su empresa desde su domicilio, y que con motivo de la asistencia a un congreso fue desplazado a otra ciudad, donde en el hotel en el que se alojaba, mientras se estaba duchando, resbaló y cayó al suelo, iniciando por la lesión correspondiente un proceso de incapacidad temporal. Como correctamente señala la sala, el resto de elementos fácticos de las sentencias comparadas, pues en ambos casos se discute la laboralidad de un percance acaecido en la ducha del hotel en el que se aloja la persona trabajadora con ocasión de la misión a la que es enviada por la empresa.

### 3. Cuestiones clave de la posición judicial determinante del fallo: los tiempos de la misión

Expuesto sintéticamente el caso de autos, llega el momento de analizar las claves de la respuesta judicial que nos ocupa. Para ello conviene comenzar recordando que el accidente de trabajo en el marco de la misión es una creación jurisprudencial, que ha necesitado de un constante proceso de perfilado, a fin de tallar los contornos exactos en los que se incardina en el [artículo 156 de la LGSS](#). Así, como se recuerda en la [sentencia comentada](#), en un primer momento la jurisprudencia mantuvo que la presunción de laboralidad desplegaba su acción protectora a todo el tiempo en que la persona desplazada para ejecutar la prestación de servicios consistente en la misión aparecía sometida a las decisiones de la empresa (incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc.), desde el convencimiento de que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarcaba todo el desarrollo de la misión, entendiendo por «lugar de trabajo» a estos efectos todo «lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual» (entre otras, SSTS de 18 de diciembre de 1996, rec. 2343/1996; 4 de mayo de 1998, rec. 932/1997; 11 de julio de 2000, rec. 3303/1999; 24 de septiembre de 2001, rec. 3414/2000).

Pero, sobre todo a raíz de la [STS de 6 de marzo de 2007 \(rec. 3415/2005\)](#), a propósito de una lesión cardiovascular o dolencia asimilada, que sobreviene mientras el trabajador descansa en la habitación del hotel en que se hospeda al regreso de su actividad, se ofrece un análisis mucho más preciso de la realidad de la misión, que puede condensarse en la idea de que esta tiene, desde la perspectiva de la protección que aquí interesa, tres tiempos diferenciados, a saber: el de desplazamiento –ya sea al lugar concreto de la misión desde el punto de origen, ya sea el traslado en el lugar de destino al/desde el centro de trabajo al lugar de descanso–; el de efectiva ejecución de las tareas en que consiste la misión encomendada; y el resto que «ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral» (siguiendo esa doctrina, SSTS de 8 de octubre de 2009, rec. 1871/2008; 16 de septiembre de 2013, rec. 2965/2012; 24 de febrero de 2014, rec. 145/2013; 23 de junio de 2015, rec. 944/2014). Tomando como referencia esa distribución de tiempos, la protección frente a los accidentes y las enfermedades sufridos o manifestadas durante el lapso temporal que dura la encomienda fuera del domicilio habitual se acomoda a las reglas generales. Es decir, en los tiempos de desplazamiento la persona trabajadora quedará protegida frente a los accidentes en sentido estricto por asimilación de la regla del accidente *in itinere* (art. 156.2 a) LGSS) (SSTS de 6 de marzo de 2007, rec. 3415/2005; 8 de octubre de 2009, rec. 1871/2008; 16 de septiembre de 2013, rec. 2965/2012; 24 de febrero de 2014, rec. 145/2013; 20 de abril de 2015, rec. 1487/2014; 7 de febrero de 2017, rec. 536/2015) –recuérdese que a las enfermedades manifestadas durante el desplazamiento no les alcanza, según la jurisprudencia, la presunción legal–. Cuando se produzca el accidente o se manifieste la enfermedad en el tiempo y el lugar de ejecución de la actividad laboral, la lesión quedará amparada por la presunción del [artículo 156.3 de la LGSS](#), aunque la misión en cuestión no sea la actividad estrictamente ordinaria de quien presta los servicios.

El resto –enfermedades manifestadas en los desplazamientos y accidentes o enfermedades sufridas o manifestadas en tiempos de descanso o de actividades de carácter personal o privado– queda fuera de cualquier presunción de laboralidad, precisamente porque no todo lo que acontece durante la misión ha de guardar conexión o relación con el trabajo encomendado (SSTS de [8 de octubre de 2009, rec. 1871/2008](#); [16 de septiembre de 2013, rec. 2965/2012](#); [24 de febrero de 2014, rec. 145/2013](#); [23 de junio de 2015, rec. 944/2014](#)). Ahora bien, eso no significa que lo que suceda en estos tiempos no pueda nunca merecer la consideración de accidente laboral. Es posible obtener tal calificación, pero para ello quien así lo pretenda habrá de acreditar «una conexión necesaria con el trabajo», es decir, la relación causal con la prestación laboral (ocasionalidad relevante)<sup>1</sup> o la concurrencia de especiales circunstancias, apreciadas de forma específica en el concreto entorno del transporte en el que la actividad consiste precisamente en el desplazamiento, lo que facilita establecer una conexión directa entre la lesión y la actividad cuando esta se manifiesta en ese tiempo<sup>2</sup>.

Por tanto, para llegar a una conclusión sobre la naturaleza del accidente debe evaluarse la concurrencia o no de «ocasionalidad relevante» o de circunstancias especiales de conexión con la actividad laboral. Inexistentes en el caso de autos, pues no hay indicación alguna sobre anomalía en las instalaciones hoteleras (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.), ni aparecen datos fácticos relacionados con la misión de la trabajadora que pudieran indicar que estaba afectada por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escaso tiempo disponible para el descanso, etc.) que pudiera explicar su apresuramiento en las operaciones de aseo, o cualquier otro aspecto psicofísico (relacionado con la misión) que influyera en la caída.

<sup>1</sup> En el arranque de esta jurisprudencia matizadora resulta clave la [STS de 23 de julio de 2015 \(rec. 944/2014\)](#), referida a la legionela contraída por la persona trabajadora en Bangkok, a donde había sido enviada por la empresa, dándose la singularidad de que no resultaba posible saber a ciencia cierta el momento y lugar concretos en que se produjo el contagio, y de que además las características climatológicas del destino y las particularidades de contagio de esta bacteria permitían presumir que la probabilidad de haberla contraído en España hubiese sido muy remota.

<sup>2</sup> Por ejemplo, se han considerado como circunstancias especiales el que en el momento de desencadenarse el episodio vascular el conductor demandante estuviese reposando en la cabina del camión a su cargo ([STS de 22 de julio de 2010, rec. 4049/2009](#)) o tomando un café en un área de servicio mientras estaba en ruta ([STS de 19 de julio de 2010, rec. 2698/2009](#)). Por su parte, la [STS de 1 de diciembre de 2017 \(rec. 3892/2015\)](#) califica como laboral el infarto agudo sufrido por el trabajador, tripulante de cabina, tras realizar sus vuelos mientras se encontraba en el aparcamiento del aeropuerto para dirigirse al hotel en el que se hospedaba temporalmente. Ello, porque:

[...] no concurre ninguna circunstancia que evidencie de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y el episodio vascular padecido por la demandante –en cuyo desencadenamiento no cabe excluir la incidencia de factores relacionados con la actividad desarrollada el día en que se produjo (prestación de servicios en cuatro vuelos comerciales y realización de un vuelo de situación, todo ello en una franja de 8 horas), en un contexto de desplazamiento susceptible de elevar la tensión laboral–, careciendo de esa virtualidad el mero hecho de que en la semana previa hubiese sufrido episodios de dolor torácico opresivo.

No en vano, según la jurisprudencia aquí relatada, para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concurra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, sin que los hechos probados o el debate casacional hayan puesto de relieve circunstancia alguna en tal sentido. Por lo que al no operar la presunción de laboralidad (art. 156.3 LGSS), ni tratarse de un accidente *in itinere* (art. 156.2 a) LGSS), la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que este tiene en aquel su origen. Condición que no concurre en este caso, pues se trata de una lesión sufrida durante un proceso de aseo personal e íntimo, fuera del tiempo de trabajo, sin mayores conexiones de laboralidad.

#### **4. Trascendencia de la doctrina: la inevitable relevancia de las circunstancias concurrentes en cada caso o la propiedad de la elasticidad**

La delimitación del accidente de trabajo es una tarea a la que la jurisprudencia dedica multitud de resoluciones, precisamente porque como se ha dicho este es uno de los conceptos más elásticos de los que se dispone en nuestro sistema jurídico. Pero como las materias con propiedades elásticas, también el concepto de accidente de trabajo debe volver a su forma original de cuando en cuando para que el proceso de estiramiento no provoque finalmente su ruptura. Esto es lo que sucede en la [sentencia objeto de comentario](#), que a propósito del accidente en misión redibuja los lindes en los que debe situarse el percance para poder obtener la calificación de laboral. Así se recuerda que la protección laboral en el contexto de la misión solo puede alcanzar al desarrollo de la actividad laboral encomendada (ex art. 156.3 LGSS), al desplazamiento para su efectivo desarrollo (viaje al lugar de destino o de retorno del mismo, y desplazamientos en dicho lugar para la ejecución de la actividad, ex art. 156.2 a) LGSS). En el resto de tiempos que componen la misión, la protección será la misma que si la persona trabajadora estuviese en su lugar de residencia habitual, es decir, la obtención de una calificación de accidente laboral únicamente será posible, en estos tiempos de descanso o de actividades extralaborales, de poder probarse una relación de causalidad (ocasionalidad relevante) con la actividad productiva, por ejemplo, por la acreditada concurrencia de estrés laboral en los casos de dolencias cardiovasculares o cerebrales. Si bien, por la singularidad misma de la misión es igualmente posible alcanzar esa calificación si consta la concurrencia de circunstancias especiales, generadoras de un riesgo específico, inexistente o prácticamente irrelevante en el entorno ordinario de la persona trabajadora.

En este punto, es aconsejable distinguir entre las enfermedades y los accidentes en sentido estricto. Respecto de las primeras, si la enfermedad en cuestión se contrae en el marco de la misión, sin existir certeza sobre cuándo y cómo se contrajo exactamente, parece razonable entender que podrá considerarse accidente laboral si las probabilidades de contraerla en el lugar habitual de residencia del sujeto son ostensiblemente inferiores a las que

concurrer en el lugar de la misión (como se dijo, por ejemplo, para el caso de la legionela), pues en tal caso el envío a ese lugar concreto podrá considerarse ocasionalidad relevante a estos efectos. Por su parte, tratándose de accidentes en sentido estricto, para que lo que pueda sucederle al sujeto en los tiempos de descanso o inactividad laboral dentro de la misión se considere laboral es imprescindible que concurren circunstancias especiales que conecten el suceso con la misión. Por ejemplo, respecto de los accidentes sufridos en el alojamiento designado por la empresa en el lugar de la misión, pueden ser circunstancias especiales la inexistencia de instalaciones adecuadas (suelos resbaladizos, ausencia o deterioro de sistemas de seguridad básicos, escasa iluminación, indebidas barreras arquitectónicas, etc.) o la presencia de circunstancias específicas vinculadas a la encomienda laboral (como puede ser el escaso tiempo para el descanso o el aseo personal, el exceso de distancia entre el alojamiento y el lugar de la actividad, que exija al sujeto una premura indebida en el aseo personal, etc.).

Desde luego, cada caso requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias concurrentes, pero no está de más recordar, como se hace en [esta sentencia](#), que no todo lo que sucede durante la misión merece la condición de accidente de trabajo. De todos modos, lo que parece evidente es que el concepto de accidente de trabajo, en especial en misión, continúa exigiendo la permanente acción judicial, pues, solo por poner un ejemplo, cabe preguntarse qué consideración merecería un suceso violento que pudiera sufrir la persona trabajadora si es enviada a un lugar con un índice elevado de delincuencia. ¿Merecería consideración diferente tal suceso si el índice de delincuencia en el destino no fuese especialmente elevado, o si el sujeto se ha adentrado, por ejemplo, de forma voluntaria e innecesaria en un barrio peligroso? ¿Tendría trascendencia, en ese caso, el concreto barrio en el que se encuentra el lugar de la actividad productiva a la que se envía al sujeto o incluso en el que se encuentra el alojamiento?

En suma, queda mucho aún por perfilar en relación con el accidente en misión, y el universo de realidades evaluables se antoja infinito, garantizando la actividad de quienes disfrutamos con el comentario de este tipo de sentencias.



# Convenio colectivo aplicable cuando la empresa empleadora tiene la condición de centro especial de empleo: prevalencia del principio de especialidad y ausencia de discriminación

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 969/2022, de 20 de diciembre**

**Francisco Ramos Moragues**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València, EG (España)*

[francisco.ramos@uv.es](mailto:francisco.ramos@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0002-4230-0699>

## Extracto

Este diálogo analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2022 (núm. 969/2022) en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre cuál es el convenio colectivo aplicable, a efectos de determinar si existen o no diferencias salariales, a un trabajador que presta servicios como operario jardinero para una empresa que tiene la condición de centro especial de empleo.

**Palabras clave:** convenio colectivo; centro especial de empleo; jurisprudencia; principio de especialidad; discriminación.

Recibido: 26-06-2023 / Aceptado: 27-06-2023 / Publicado (en avance *online*): 13-07-2023

**Cómo citar:** Ramos Moragues, F. (2023). Convenio colectivo aplicable cuando la empresa empleadora tiene la condición de centro especial de empleo: prevalencia del principio de especialidad y ausencia de discriminación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 969/2022, de 20 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 223-231. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19279>

# Collective agreement applicable when the employer company has the status of special employment center: prevalence of the principle of specialty and absence of discrimination

Commentary on Supreme Court Ruling 969/2022,  
of 20 December

**Francisco Ramos Moragues**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València, EG (España)*

[francisco.ramos@uv.es](mailto:francisco.ramos@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0002-4230-0699>

## Abstract

This jurisprudential comment analyzes the Supreme Court Ruling 969/2022, of 20 December, in which the High Court ruled on which is the applicable collective agreement, in order to determine whether or not there are salary differences, to a worker who provided services as a gardener for a company that has the status of a special employment center.

**Keywords:** collective agreement; special employment center; jurisprudence; specialty principle; discrimination.

Received: 26-06-2023 / Accepted: 27-06-2023 / Published (online preview): 13-07-2023

**Citation:** Ramos Moragues, F. (2023). Collective agreement applicable when the employer company has the status of special employment center: prevalence of the principle of specialty and absence of discrimination. Commentary on Supreme Court Ruling 969/2022, of 20 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 223-231. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19279>

## 1. Marco normativo de referencia

Según dispone el [Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo ([art. 37](#)): empleo autónomo, es decir, como persona trabajadora que presta servicios por cuenta propia, encomendándole el legislador a los poderes públicos la puesta en marcha de políticas que fomenten este tipo de empleo; empleo ordinario –trabajador por cuenta ajena– en las empresas y en las Administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo; y, por último, empleo protegido, en aquellos supuestos en que la persona trabajadora no solo presta servicios por cuenta ajena, sino que lo hace, además, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.

Si nos centramos en el último de los tipos de empleo anteriormente aludidos –empleo protegido–, es por todos sabido que, desde tiempo atrás, el legislador ha configurado como especial la relación laboral existente entre las personas trabajadoras con discapacidad y los centros especiales de empleo ([art. 2.1 g\) Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)); especialidad que, según el parecer mayoritario de la doctrina científica, reside, esencialmente, en los propios sujetos que integran dicha relación y en el fin o propósito último de favorecer la adaptación personal y social de las personas discapacitadas, así como la de posibilitar su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo. Sea como fuere, más allá de la razón última que legitima su configuración como relación especial, las consecuencias que derivan de ostentar tal consideración son bien conocidas, a saber: la incorporación en su régimen jurídico de múltiples singularidades que la hacen distanciarse del ordenamiento laboral común; o, lo que es lo mismo, establecer una regulación propia para este tipo de relaciones laborales. Regulación que se contiene, actualmente, tanto en el ya citado [Real Decreto legislativo 1/2013](#) –señaladamente, [art. 37](#) y [arts. 43 a 46](#)– como en el [Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio](#), por el que se disciplina dicha relación laboral especial.

La aplicación práctica de estas singularidades no ha estado exenta de problemas jurisprudenciales. Prueba de lo dicho es la cuestión controvertida que resuelve la [sentencia del Tribunal Supremo \(TS\) a la que se dirige el presente comentario](#), cuya ponencia correspondió al magistrado don Ángel Blasco Pellicer. En efecto, tal y como veremos a continuación con mayor detalle, la Sala 4.<sup>a</sup> del TS se pronuncia sobre qué convenio colectivo es aplicable –a efectos de valorar la existencia o no de diferencias salariales– en relación con un trabajador que, en virtud de la celebración de un contrato de carácter especial, prestaba servicios para una empresa que tenía la consideración de centro especial de empleo

(CEE) y que había contratado con un hotel la realización de servicios auxiliares; siendo este el lugar donde prestaba servicios el trabajador discapacitado. La disyuntiva, por supuesto, se plantea en punto a si prevalece el convenio sectorial de la empresa en la que aquel desempeñaba su actividad –hostelería, en este caso concreto–, o el especial previsto para los centros y servicios de atención a las personas con discapacidad. La cuestión principal suscitada, esto es, la elección de la norma sectorial aplicable, o, para ser más precisos, la solución que ofrece la jurisprudencia a dicho interrogante, nos conduce a una segunda cuestión, no menor, referida a si podría apreciarse discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad con respecto a aquellas otras que efectúan la misma actividad en el marco de una relación laboral ordinaria.

## 2. Breve referencia al supuesto de hecho

El trabajador venía prestando servicios por cuenta y dependencia de una empresa que tenía la condición de CEE, con una antigüedad desde el 20 de marzo de 2017 y ostentando la categoría profesional de operario jardinero. La relación laboral entre las partes se formalizó mediante la suscripción de un contrato temporal a tiempo completo en su modalidad de personas con discapacidad en CEE. Asimismo, en la cláusula séptima del citado contrato, las partes convienen que la relación laboral se sujetará a lo dispuesto en el Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Por lo demás, el lugar de prestación de servicios era un hotel, siendo el objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios relacionados con labores de jardinería: riego de zonas ajardinadas, poda de árboles y arbustos, uso y aplicación de abonos, etc.

Con fecha 22 de febrero de 2018, la empresa comunicó por escrito al trabajador la finalización de su contrato temporal por vencimiento del mismo a partir de la referida fecha. Dicha decisión extintiva fue impugnada por el trabajador, habiéndose acordado por las partes en sede judicial la improcedencia de esta y el abono de una cantidad en concepto de despido improcedente. Sin embargo, sobre la base del hecho incuestionado de que el centro de trabajo en el que prestaba servicios el trabajador era un hotel, aquel considerará que el convenio colectivo que le resultaba aplicable era el provincial de hostelería de Las Palmas y, en consecuencia, planteará ante el juzgado de lo social una demanda de reclamación de cantidad en la que solicita las diferencias salariales que en el periodo que abarca desde marzo de 2017 y agosto de 2018 se produjeron por haberle aplicado indebidamente, a su entender, el Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

El Juzgado de lo Social número 3 de Arrecife, órgano competente para conocer de la demanda, estimará la pretensión formulada por el trabajador y condenará a la empleadora al abono de las diferencias salariales solicitadas más el 10 % de mora en el pago. Disconforme con esta resolución, la empresa formulará recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias, el cual será también desestimado, confirmando íntegramente la resolución acaecida en la instancia.

En extrema síntesis y trayendo a colación otra serie de resoluciones dictadas por la propia sala del TSJ de Canarias en asuntos similares, las líneas maestras en las que se sustenta el fallo pueden reconducirse a las siguientes:

Para empezar, se toma como punto de partida lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio colectivo del sector de hostelería de Las Palmas, donde se establece que aquellas empresas, ajenas al sector, que realicen uno o varios servicios, actividades o tareas en los establecimientos o empresas del sector de la hostelería del propio convenio colectivo aplicarán, solo durante el periodo de prestación de los servicios, las condiciones generales del mismo, y, en particular, las tablas salariales.

Atendiendo, pues, a la forma en que se delimita el ámbito aplicativo del convenio, la sala considera que la voluntad de los sujetos negociadores a la hora de regular la prestación de servicios dentro de su propio ámbito era la de establecer una regla, análoga a la que contempla la [Ley reguladora de las empresas de trabajo temporal](#), que resulte de aplicación en las empresas de servicios. En este sentido, recuerda el tribunal que el vigente [artículo 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio](#), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, establece que «los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tienen 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»; condiciones esenciales entre las que, ni que decir tiene, se incluye la remuneración.

Pues bien, el órgano judicial considera que la traslación de esta regla que recoge el convenio sectorial provincial de hostelería de Las Palmas tiene un objetivo claro: evitar que trabajando en la misma actividad y haciendo lo mismo existan en la empresa personas trabajadoras con retribuciones diferentes. Objetivo que, obvio es decirlo, es el mismo que perseguía el legislador en el caso de las empresas de trabajo temporal.

Asumiendo esta premisa, la consecuencia que deriva de la aplicación de dicha regla no es que las empresas de servicios entren en el ámbito funcional de la actividad de hostelería, sino que perteneciendo ellas a un ámbito funcional distinto, si prestan servicios en régimen de contrata, deberán retribuir a las personas trabajadoras que temporalmente presten servicios en aquellas empresas de hostelería, de conformidad con lo dispuesto en el convenio colectivo de aquel sector de actividad.

A mayor abundamiento, el TSJ no considera que la aplicación de esta regla constituya un perjuicio para las empresas de servicios; y ello en la medida en que este tipo de empresas concurren libre y voluntariamente a la contrata y son conocedoras de la regla del convenio colectivo antedicha; por tanto, pueden perfectamente ajustar sus cálculos económicos al coste que les suponga la participación en dicha contrata. Pero, además, en opinión de la sala, se trata de una regla que no es más que el reflejo de la aplicación del [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), en el sentido de que la misma lo que supone, en la práctica, es dar cumplimiento a la máxima de que a igual trabajo igual salario.

Como corolario de todo lo anterior, la conclusión que alcanza el TSJ de Las Palmas es que el convenio colectivo de aplicación es el del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas, pues así se desprende, sin género de duda alguna, del contenido, entre otros, del indicado artículo 1 de la norma convencional citada. Consecuentemente, confirmará íntegramente la sentencia recurrida y el derecho del trabajador a las diferencias salariales reclamadas.

### 3. Claves de la doctrina judicial

Frente a la sentencia dictada en sede de suplicación, se alza en casación unificadora la empresa condenada, denunciando infracción de los artículos 3.1, 82.3, 83.1 y 84.1 del ET, así como el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad con relación a la [Ley general de derechos de las personas con discapacidad](#).

La cuestión discutida en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina y que, por tanto, debe resolver el TS consiste en dilucidar cuál es el convenio colectivo de aplicación para la determinación de la existencia o no de diferencias salariales. Controversia que afronta a partir de una doble consideración: de una parte, el trabajador presta servicios como operario jardinero para una empresa que tiene la condición de CEE y mediante una relación laboral especial; y, de otra parte, la prestación de servicios se desarrolla en una entidad hotelera, cuyo convenio colectivo de sector prevé un régimen salarial más favorable que el recogido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Presentado en estos términos el debate, la Sala 4.<sup>a</sup> del TS estimará el recurso planteado sobre la base de dos argumentos centrales. Primero, el principio de especialidad en la elección de la norma sectorial aplicable. Y, segundo, la ausencia de discriminación por el hecho de que las personas trabajadoras con discapacidad perciban una menor retribución. Pero vayamos por partes.

Comenzando por el primero de los argumentos esgrimidos, el Alto Tribunal, apoyándose en otras resoluciones dictadas por la sala en asuntos similares, considera que no resulta viable jurídicamente que las personas trabajadoras con discapacidad que se encuentran vinculadas con un CEE a través de una relación especial, y siempre y cuando dicha relación perviva, se puedan regir por previsiones propias de una relación ordinaria de trabajo. Y es que, como razona el TS, ello conllevaría que dejasen de beneficiarse del régimen legalmente previsto para tal relación especial y de las numerosas singularidades –adecuadas a la especificidad del vínculo– que señala su convenio colectivo (adaptado a sus limitaciones funcionales), en orden a la clasificación profesional y capacidad residual (art. 9), elementos y finalidad de la organización del trabajo (art. 10), sistemas y métodos de trabajo (art. 11), movilidad funcional (art. 12), jornada de trabajo y horas extraordinarias (art. 13), periodo de prueba (art. 19), sucesión de empresa (art. 20), formación obligada y específica en salud laboral (art. 21), etc. Basándose

en este argumento, no puede defenderse que los sujetos de esta relación laboral especial se rijan por un convenio colectivo pactado para personas trabajadoras con relación ordinaria.

Sentado lo anterior, en el caso concreto que nos ocupa y pese a la delimitación del ámbito funcional que efectúa el Convenio colectivo del sector de la hostelería en su artículo 1 (*vid. supra*), las singularidades que determinan la configuración por el legislador de una relación laboral especial en el caso de las personas trabajadoras discapacitadas que prestan servicios en un CEE son las que determinan la aplicación de un orden normativo propio, en el que se incluyen no solo las previsiones recogidas en el [Real Decreto 1368/1985](#), sino también las previstas en la norma convencional sectorial. En pocas palabras, la conclusión que puede extraerse es que, independientemente de cuáles sean las funciones o tareas a las que se dediquen los trabajadores y trabajadoras de los CEE, sus relaciones se sujetan a lo dispuesto en el convenio colectivo propio o especial.

Resuelta la cuestión referida a la determinación del convenio colectivo aplicable, el paso siguiente es pronunciarse sobre si la solución dada es respetuosa con el principio de igualdad y no discriminación que consagra el [artículo 14 de la CE](#). Más claro. La duda jurídica es si existiendo identidad en las funciones desempeñadas la diferencia retributiva entre personas trabajadoras con discapacidad y quienes no lo son resulta discriminatoria.

Para dar una respuesta adecuada a la controversia planteada, el Alto Tribunal hace, con carácter previo, una síntesis de los criterios básicos manejados desde tiempo atrás por la doctrina clásica del Tribunal Constitucional en materia de igualdad (tales criterios se encuentran recogidos, entre otras, en las Sentencias [22/1981, de 2 de julio](#); [46/1999, de 22 de marzo](#); [200/1999, de 8 de noviembre](#); [200/2001, de 4 de octubre](#); [45/2014, de 7 de abril](#); y [156/2014, de 25 de septiembre](#)). En extrema síntesis, tales criterios son:

- No toda desigualdad de trato supone una infracción del [artículo 14 de la CE](#), sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.
- El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas.
- El citado principio constitucional no prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.
- Asimismo, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

- Por lo demás, lo propio del juicio de igualdad es su «carácter relacional» conforme al cual se requieren como presupuestos obligados: de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; y, de otro lado, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso.

La traslación de los criterios expuestos al supuesto de hecho que se analiza en la sentencia impide llegar a la conclusión de que el tratamiento diferenciado en materia retributiva pueda entenderse discriminatorio. Ello es así porque según el TS –opinión compartida por quien suscribe estas páginas– los términos a comparar no gozan de la exigible homogeneidad y porque, en todo caso, las diferencias encuentran una justificación objetiva y razonable. En este sentido, mientras las personas trabajadoras incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo sectorial de hostelería son sujetos de una relación ordinaria de trabajo, las del Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad lo son de una relación laboral especial cuya normativa específica (RD 1368/1985), no debemos olvidarlo, no solo condiciona la celebración de este tipo de contratos a que la persona trabajadora en cuestión tenga reconocida una «minusvalía en grado igual o superior al 33 % y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad en el trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje» (art. 2), sino que circunscribe el propio objeto de este contrato especial a «favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo» (art. 6), lo que justifica plenamente las singularidades pactadas en el correspondiente convenio colectivo. En definitiva, como se ha adelantado, el elemento diferencial sobre el que se asienta la aplicación de uno u otro convenio resulta objetiva y razonablemente justificado, debiendo rechazar de plano que tales diferencias resulten discriminatorias por conculcar lo dispuesto en el [artículo 14 de la CE](#).

#### 4. Trascendencia de la doctrina judicial: reiteración de doctrina y su correspondencia con los últimos cambios normativos

La doctrina expuesta en la [sentencia comentada](#) es relevante en un doble sentido: de una parte, porque supone consolidar la tesis que en asuntos de índole similar ya venía manteniendo la Sala 4.<sup>a</sup> del TS (entre los pronunciamientos más recientes, pueden consultarse las Sentencias del TS de [9 de diciembre de 2015, rec. 135/2014](#); de [2 de febrero de 2017, rec. 2012/2015](#); y de [6 de febrero de 2020, rec. 646/2017](#)), lo que debería permitir el mantenimiento de una doctrina unificada en sede de suplicación, con la importancia que ello tiene a efectos de seguridad jurídica. De otra parte, porque la solución propuesta va en consonancia con lo establecido en la [disposición adicional vigesimoséptima del ET](#), introducida por la última reforma laboral ([RDL 32/2021](#)), y en la que se indica que en los casos



de contratas y subcontratas suscritas con los CEE regulados en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el [Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), no será de aplicación el [artículo 42.6 del ET](#). Recuérdese que, según la redacción vigente de este precepto, la regla general consiste en la aplicación a las personas trabajadoras de la empresa contratista del convenio sectorial correspondiente a la actividad contratada. Es decir, el TS se adelantó al legislador al resolver que, en estos supuestos, amparándose en los argumentos esgrimidos (principio de especialidad, esencialmente), prevalece la aplicación del convenio colectivo específico de este colectivo en lugar del sectorial correspondiente a la actividad que se desempeña.



*Si necesitas motivación,*

**SOMOS EXIGENCIA.**

**Contigo, somos uno.**



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

## MÁSTERES OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

**45 CEF.-**

Aniversario



Más de

28.000 opositores

aprobados gracias

al #MétodoCEF.-

S



puedo

Preparamos el acceso a:

- Administración General
- Administración Local
- Banco de España
- Comunidades Autónomas
- Cuerpos de Informática
- Empleo y Seguridad Social
- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de Justicia
- Ministerio del Interior
- Unión Europea

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta [www.cef.es](http://www.cef.es) y descubre el #MétodoCEF.-