



USO DE ALGORITMOS POR EMPRESA PRINCIPAL PARA CONTROL DE PERSONAS TRABAJADORAS DE CONTRATA: UN INDICIO DE CESIÓN ILEGAL*

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1.ª, Sala Social, 371/2023, de 23.05.2023

Ponente: Sebastian Moralo Gallego

Icía Simancas Méndez**

Servicio de Estudios de la Confederación. UGT

1. INTRODUCCIÓN

El presente comentario aborda el estudio de un supuesto en que se resuelve si se ha producido una situación de cesión ilegal de trabajadores entre las dos empresas codemandadas. El interés de esta STS es indudable, y no solo por la exhaustiva disección que contiene sobre las múltiples y diversas circunstancias que concurren en el supuesto que se analiza, sino también, porque, además de admitir la posibilidad de ejercitar la acción declarativa de cesión ilegal a través del proceso de conflicto colectivo cuando sean absolutamente idénticas, genéricas, homogéneas e indiferenciadas las condiciones en las que prestan servicios todos los trabajadores afectados, incide en la necesidad de proceder a un análisis de cada una de las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Entre ellas, el uso de sistemas de medición de la calidad del servicio prestado mediante herramientas tecnológicas (como la inteligencia artificial o el uso de algoritmos) contratadas por la empresa principal.

2. SUPUESTO DE HECHO

La sentencia objeto de comentario analiza el recurso de casación interpuesto por el Banco Santander, S.A, y Santander Operaciones España, S. L., contra la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2020 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda de conflicto colectivo núm. 286/2019, seguida a instancia de la Federación

* Recibido el 18 de octubre de 2023. Aprobado el 26 de octubre de 2023.

** Abogada.

de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros, Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), a la que se adhirió la Confederación Intersindical Galega (CIG), que declaró la existencia y realización de una cesión ilegal respecto de todos los trabajadores adscritos a la unidad comercial minorista: Santander Personal Digital Sales y Particulares, actuando como empleador cesionario la empresa principal BANCO SANTANDER S. A., y como cedente SANTANDER OPERACIONES S. L., y obligó a que, todos ellos, pasaran a formar parte de la plantilla de Banco Santander S. A..

El 8 de julio de 2020, se suscribió un contrato de compraventa de unidad económica entre Banco Santander S.A. (como comprador) y Santander Operaciones España S.L.U. (como vendedor) y se remitió comunicado al presidente del Comité de empresa en Santander Operaciones España (Madrid) y al Comité de empresa en Santander Operaciones España de Santander, Cantabria, así como a las secciones sindicales FITC, CGT, CC.OO. en Santander Operaciones España, poniendo en conocimiento, que a los efectos del artículo 44 del ET la dirección de Santander Operaciones España S.L.U. había acordado desarrollar un proyecto de segregación y traspaso, mediante un negocio jurídico de compraventa, de los servicios de la actividad del Departamento de Santander Personal que se prestaban a los clientes (personas físicas) a través de las unidades de Digital Sales, Particulares y Minoristas, del centro de trabajo sito Madrid en favor de la entidad Banco Santander S. A., lo conllevaba el traspaso de los activos, contratos y empleados de Santander Operaciones afectos a dichos servicios, así como determinados servicios auxiliares o complementarios al mismo.

El 21 de julio de 2020, se reunieron la representación empresarial del Banco Santander S.A. y la representación sindical (CC.OO., FITC y STS) y llegaron a un acuerdo que, entre otros aspectos supuso: la incorporación del personal de las unidades de Santander Particulares y Minorista (Digital Sales) a Banco Santander, S. A. mediante una operación societaria que active el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores sobre Sucesión de Empresa. La incorporación de estos profesionales conllevaba su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Banca desde la fecha de la transmisión y las siguientes mejoras y beneficios en sus condiciones de trabajo sobre los mínimos establecidos en el citado Convenio Colectivo y sobre las que venían disfrutando antes de la transmisión:” (i) *Respecto a los profesionales de Santander Particulares, en la medida en la que asumen la gestión de clientes cauterizados del segmento de particulares, dedicados específicamente a estos clientes que forman parte de su cartera, se incorporaran al Banco como Técnicos de banca Nivel 10, promocionando a Nivel 9 a los dos años de su incorporación al Banco, y a Nivel 8 a los dos años siguientes. Serán igualmente de aplicación a estos profesionales las condiciones de trabajo y beneficios establecidos en los puntos III, IV, y V del presente Acuerdo, así como los beneficios sociales establecidos para el personal del Banco.* (ii) *Por lo que se refiere a los profesionales de Digital Sales que actualmente trabajan en Santander Operaciones España, S. L., en la medida en que no realizan esa función específica de gestión de clientes que integran su cartera, sino que desempeñan servicios de atención esen-*

cialmente telefónica y principalmente a no clientes y clientes no cauterizados en el ámbito minorista o de mercado masivo, se incorporaran al Banco como Técnicos de banca Nivel 11, promoviendo a Nivel 10 a los dos años de su incorporación al banco, y cada dos años al Nivel inmediato”.

Por la representación letrada de FESIBAC-CGT se presentó demanda sobre conflicto colectivo, registrada con el núm. 286/2019, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por la que se peticionaba que se dictara sentencia por la que: "Se declare la existencia y realización por su parte de una cesión ilegal respecto de todos los trabajadores adscritos a la unidad comercial minorista: Santander Personal Digital Sales y Particulares, actuando como empleador cesionario la empresa principal BANCO SANTANDER S. A., y como cedente a SANTANDER OPERACIONES S. L.”.

Con fecha 30 de diciembre de 2020 se dictó sentencia estimatoria de la demanda, declarando la existencia de cesión ilegal. Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por las empresas demandadas.

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Dos son los motivos relevantes del recurso.

El primero de ellos, se basa en la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, sosteniendo que esta modalidad procesal no es adecuada para ejercitar una acción declarativa de cesión ilegal, porque su resolución exige tener en cuenta las circunstancias individuales de cada uno de los trabajadores afectados y no es posible un pronunciamiento unitario sobre ese grupo genérico de trabajadores.

El Tribunal resuelve atendiendo a la doctrina de la Sala existente, que entiende que en el caso objeto de la litis, no hay obstáculo legal para ejercitar la acción declarativa de cesión ilegal a través del proceso de conflicto colectivo, en tanto que resultan absolutamente idénticas, genéricas, homogéneas e indiferenciadas las condiciones en las que prestan servicios todos los trabajadores afectados, al punto de que no es necesario descender al análisis individualizado de las circunstancias en las que cada uno de ellos desempeñan sus funciones.

El segundo motivo, denuncia infracción de los arts. 42 y 43 ET, así como de la doctrina jurisprudencial que se invoca, para afirmar que la relación jurídica entre las dos codemandadas se enmarca dentro del ámbito de una subcontratación de empresas conforme a derecho, sin que concurren los presupuestos que configuran una situación de cesión ilegal de trabajadores, y es por tanto el motivo de fondo que se resuelve por la sentencia.

La cuestión por resolver es la de determinar si se ha producido una situación de cesión ilegal de trabajadores entre las dos empresas codemandadas. La cesión ilegal

de trabajadores y trabajadoras comporta una de las formas de prestamismo laboral prohibidas por la legislación actual. Se basa en la ficticia maniobra de crear la apariencia de posición de empresario a una empleadora que, en la realidad, no tiene tal condición.

Como ha señalado en múltiples ocasiones la jurisprudencia, no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista, pues existe cesión ilegal de mano de obra cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrarla sin contribuir con los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial.

La postura del Tribunal, reitera el análisis que debe llevarse a efecto para apreciar o no la concurrencia de cesión ilegal. Y para ello, el TS sostiene que:

- Habrá de tenerse en cuenta, en primer lugar, si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral.
- El control de la actividad de los trabajadores debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad.
- Resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada.
- El contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal.

Por otro lado, la doctrina de la Sala caracteriza la cesión ilegal afirmando que el fenómeno interpositorio supone tres negocios jurídicos coordinados:

1.º) Un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial.

2.º) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador.

3.º) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STS de 11 de febrero de 2016, Rec. 98/2015). Asimismo, destaca que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS de 19 de junio de 2012, Rec.2200/2011); y de 11 de julio de 2012, Rec. 1591/11). De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. Por último, el Tribunal reitera que, en la apreciación de la cesión ilegal, es necesario ceñirse al caso concreto pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica (STS/4.ª/Pleno de 26 de octubre de 2016, Rec. 2913/14).

Como hemos dicho, la sentencia objeto de análisis incide en la necesidad de proceder a un examen de cada una de las circunstancias sobre las que centra su decisión. A modo de ejemplo que:

- Los medios de producción necesarios para poder llevar a cabo la prestación del servicio desempeñado por los trabajadores afectados, esto es, ordenadores, teléfonos, impresoras, fax, mobiliario, papelería corporativa, suministros eléctricos, teléfonos, informáticos, tarjetas de control de horario/presencia de entrada y salida, programas informáticos necesarios para llevar a cabo las funciones que desempeñan, son coincidentes con los de los trabajadores del Banco de Santander, teniendo acceso a las mismas aplicaciones, grupos y recursos software y de red.
- La existencia de un sistema de medición de calidad en las llamadas, ideada y encargada por el Banco a la mercantil IZO CORPORATE S. L., herramienta que incide directamente en la valoración por la atención prestada por los gestores, por lo que tiene conexión directa con las evaluaciones de los empleados y traslado a la consecución de objetivos fijados por el propio banco. Desde IZO también se ha desarrollado una guía de tratamiento de objeciones, común para los empleados del banco y de Santander Operaciones.
- Operan con una dirección de correo cuya estructura es, nombre.apellido@gruposantander.es. A dichos correos se incorpora el logo corporativo del Grupo Santander.
- Los empleados de Digital Sales y Particulares de Santander Operaciones incorporan en la firma el logo del Grupo Santander junto con el sello de excelencia.
- Tanto el banco como los empleados afectados por el presente procedimiento utilizan el mismo software, denominado Nimbus, como solución de Contact Center.
- El Banco de Santander lanzó una plataforma dirigida a oficinas y gestores digitales con el objetivo de que pudieran resolver con mayor agilidad sus dudas sobre riesgos minoristas. Esta plataforma era accesible para gestores de sucursales.

sales y de todo Santander Personal (Select, Negocio, Particulares y Digital Sales) y pertenece al Banco de Santander.

- Los clientes contactan con los trabajadores de Santander Operaciones a través de los canales del banco, tanto por las vías de contacto promocionadas desde la web o las publicidades del banco como por la firma en la que se facilita el contacto cliente-gestor vía app.
- Dentro de la organización general del Grupo Santander, a cada unidad productiva y a cada trabajador se le da un número de identificación (denominado "N"), de manera que fácilmente puede comprobarse de dónde procede y a quién pertenece la acción realizada, y dentro de qué unidad se ha generado la producción.
- La plantilla afectada eleva propuestas de contratación con su propia N (número de identificación del trabajador) por los mismos procedimientos que emplean los gestores del banco: venden, gestionan, tramitan y contratan producto bancario siguiendo los mismos protocolos. En algunos productos, deben introducir un identificador de centro.
- Los gestores de Digital Sales como los de Particulares están censados en el ordinal número 9814, sin embargo, para poder grabar sus ODV (oportunidades de venta) introducen otro, el 9659 que pertenece al director de desarrollo de negocio de Santander Personal Digital Sales.
- En materia de formación, Banco Santander remite comunicaciones que van dirigidas, tanto a los trabajadores afectados como a sus homólogos de Select y Negocio.
- Las vacaciones eran comunicadas al supervisor de Santander Operaciones para el visto bueno de los mandos de esa empresa, que a su vez las trataba con el responsable de Banco Santander.
- Con efectos de 1 de agosto de 2020 se transmiten estas áreas de negocio a Banco Santander, integrando en su plantilla a esos trabajadores de Santander Operaciones que realizan las mismas funciones que desempeñaban antes de pasar a Banco Santander.

En base al análisis de estas circunstancias, y de otras muchas que se detallan con minuciosidad, el Tribunal concluye que:

- Concorre una situación de cesión ilegal de trabajadores, en tanto que no aparece que clase de organización e infraestructura empresarial pudiere haber puesto en juego Santander Operaciones, más allá de enviar a esos 183 trabajadores a prestar servicios en oficinas y edificios de la principal, con algunos mandos intermedios que actúan como interlocutores con el responsable de Banco Santander.
- Las instalaciones en las que prestan servicios son las mismas que utiliza el personal de Banco Santander, al igual que todos los elementos técnicos y medios de producción que utilizan, ordenadores, teléfonos, mobiliario, etc., así como los desarrollos informáticos y herramientas necesarias para la gestión de su actividad.

- De tales circunstancias se desprende una consideración esencial para la resolución del asunto, cual es la de que la única organización e infraestructura empresarial aportada por Santander Operaciones son los propios trabajadores acompañados por algún mando intermedio como interlocutores con el responsable de Banco Santander.
- No aparece ningún otro elemento que pueda valorarse como la puesta en juego de alguna clase de infraestructura empresarial mínimamente relevante.
- No es posible saber cuál es la aportación de recursos, medios, organización o autonomía en el desarrollo de su actividad por parte del personal de Santander Operaciones, que se ha limitado a desempeñar las mismas funciones que realizan los empleados de Banco Santander, utilizando los mismos protocolos, herramientas y medios de producción; siguiendo las pautas y estrategia comercial marcadas en todo momento por Banco Santander; actuando frente a los clientes de manera indiferenciada, utilizando los logos del Grupo Santander, sus correos electrónicos y, en definitiva, sin que aparezca en ningún momento su propia imagen corporativa.
- Debe también valorarse el hecho de que con posterioridad se haya producido la integración de todos estos trabajadores en la plantilla de Banco Santander y continúen realizando las mismas funciones que desempeñaban anteriormente.

4. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

Arts. 42,43 y 44 y 153, 207 d) y 207 e) LRJS.

SSTS, Sala Cuarta, 07.12.2005, rec. 73/2004; 12.06. 2007, rec. 5234/2004; 20.07.2007, rec 76/2006; 19.06.2012, rec 2200/2011; 11.07.2012, rec 1591/2011; 11.02.2016, rec 98/2015; 04.10 de 2016, rec.232/2015; 26.10.2016, rec. 2913/14;02.10.2018, rec. 3696/2017; 25.12.19, rec. 81/2018; 12.01.2022, rec. 1903/2020;19.05.2022, rec. 320/2021;24.05.2022, rec. 694/2020.

CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo, vuelve a afirmar su postura centrada en que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia.

De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

El interés de esta STS es indudable, y no solo por la exhaustiva disección que contiene sobre las múltiples y diversas circunstancias que concurren en este supuesto concreto que se analiza, también porque entre ellas aparece una herramienta cada vez más utilizada por las empresas: la inteligencia artificial, los algoritmos y sus múltiples aplicaciones en las relaciones laborales.

A veces no es fácil desentrañar un entramado ideado para desdibujar la línea que separa unas relaciones mercantiles legales de una apariencia que esconde cesiones ilegales de las personas trabajadoras. En cualquier caso, todos los indicios cuentan, y algoritmos o la inteligencia artificial, no pueden ser utilizados para eludir derechos.