

HACIA LA DIGNIFICACIÓN DEL TRABAJO EXTERNALIZADO, CON PARTICULAR ATENCIÓN A LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS

M^a CARMEN LÓPEZ ANIORTE

NET21 NÚMERO 1, MARZO 2021

Las distintas transformaciones acaecidas en España a partir del último cuarto del pasado siglo, en los ámbitos económico-productivo, social y jurídico, y que se han traducido en un paulatino debilitamiento del Estado social, tuvieron su punto culminante en la Ley 3/ 2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

La reforma laboral de 2012 constituyó la respuesta del legislador a aquellos sectores que, eufemísticamente, reclamaban la "adaptación" de la normativa laboral a las nuevas realidades económica y del mercado de trabajo, en el contexto de la crisis de 2008. Con la reforma, se vieron alteradas las reglas de concurrencia de convenios, la estructura de la negociación colectiva, y la correlación de fuerzas existentes entre las partes sociales en detrimento del poder sindical, provocando una rápida devaluación de las condiciones laborales.

Especialmente relevante, a los efectos de la precarización de las condiciones de trabajo señalada, fue el reconocimiento de prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa (art. 84.2 ET), medida que, unida a la deficiente regulación de la contratación y subcontratación ex art. 42 ET, ha impulsado el fenómeno económico preexistente de la descentralización productiva. El juego conjunto de los citados arts. 42 y 84 ET permite que aquellas empresas que cuentan con sujetos legitimados para negociar convenios propios ex arts. 87 y 88 ET, pero que carecen de una sólida implantación sindical, puedan devaluar, mediante la negociación de convenios empresariales, las condiciones laborales previstas en el convenio de sector; esta es una de las causas de la proliferación de las empresas multiservicios, que están funcionando como ETT sin serlo -eludiendo la aplicación de la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008-, y de la predilección de muchas empresas por la externalización de parcelas de su proceso productivo.

Como se ha señalado, tras la modificación de las reglas del juego, la devaluación de las condiciones laborales no se hizo esperar, impulsando la desigualdad social en España a un ritmo vertiginoso (siendo de las más altas de Europa), y generando un colectivo nuevo, el de personas en situación de pobreza con empleo, conformado mayoritariamente por mujeres y jóvenes, y que representa desde hace varios años el 14 % del total de las personas ocupadas (Informe EAPN España, 2020). Ahora bien, la situación de intensa precariedad laboral así generada no sólo afecta negativamente a las personas trabajadoras, sino también a muchas empresas, que se ven afectadas por una situación de competencia desleal; se trata de aquellas que no recurren a la externalización de parcelas de sus procesos productivos, así como, en general, las que carecen de convenios propios más ventajosos que los de sector.

Procede recordar que la descentralización productiva, con fundamento constitucional en la libertad de empresa (art. 38 CE), pero con posible limitación legal de sus efectos, es un fenómeno económico global con tendencia a huir de los mecanismos normativos de control. Este fenómeno consiste en sacar fuera de la empresa principal actividades del ciclo productivo tradicional, para ser desplazadas a personas trabajadoras autónomas o empresas auxiliares (ETT, contratas y subcontratas...), con quienes la principal establece contratos de variada índole, con el fin de obtener, a bajo coste, el resultado productivo laboral de personas trabajadoras respecto de las que no es empleadora.

Si bien, originariamente, el ordenamiento laboral mantuvo una visión patológica de la descentralización productiva, desde hace décadas se asiste a su normalización y potenciación, bajo el argumento de que se trata de fenómeno enmarcado en la globalización económica que permite adecuar el tamaño de las empresas a las fluctuaciones del mercado y abaratar el coste de la mano de obra, mediante el recurso a la externalización y la deslocalización. Ahora bien, la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 ha evidenciado la fragilidad de la apertura global y de las cadenas mundiales de suministro, entre otros motivos, por la inexistencia de mecanismos internacionales de control y de una normativa que garantice el respeto de los derechos laborales, más allá de las promesas, ahora incumplidas, de responsabilidad social empresarial voluntaria, tal como ha denunciado la Confederación Sindical Internacional.

Son múltiples las repercusiones de la descentralización productiva en las relaciones laborales, generadoras de precarización de las condiciones de

trabajo, que se pueden resumir en tres. En primer lugar, la fragmentación de los poderes empresariales, con la consiguiente difuminación -en detrimento de las garantías de las personas trabajadoras- de la figura del empleador, en cuanto centro de imputación de responsabilidades. Tal fraccionamiento de facultades empresariales tiene difícil encaje en la escueta definición de empresario laboral que ofrece el art. 1.2 ET -persona física, jurídica o comunidad de bienes que recibe la prestación de servicios de las personas trabajadoras (con la excepción de las ETT)-, construida en torno a dos principios: el de unicidad, que descarta la figura del empresario plural, y el de veracidad, conforme al cual, el legítimo empleador es quien recibe la prestación de servicios de las personas trabajadoras, quedando prohibida la cesión ilegal de mano de obra (art. 43.2, 3 y 4 ET).

La definición legal de empresario no concreta, por ejemplo, a quién deben imputarse las responsabilidades empresariales en los grupos de empresa. Ante el silencio legal, la jurisprudencia ha construido la doctrina del grupo de empresas a efectos laborales, conforme a la cual, si bien la regla general es la no comunicación de responsabilidades, se admite, como excepción, la responsabilidad solidaria entre las sociedades del grupo cuando, junto a la dirección económica unitaria, se dan otras circunstancias como la confusión de plantillas, la confusión de patrimonios o el fraude de ley en la utilización de la personalidad jurídica.

No incurre el legislador en “olvido” similar respecto de otras manifestaciones de la descentralización productiva, como son las ETT (art. 43.1 ET) y las contratas y subcontratas de obras y servicios (art. 42), relaciones laborales triangulares caracterizadas por la presencia de tres sujetos en la relación de trabajo. De este modo, junto al que concierne el contrato de trabajo, coexiste un segundo empresario que, pese a recibir el resultado productivo laboral de las personas trabajadoras y ejercer ciertas facultades empresariales, se resiste a ser calificado como su empleador, dificultando, a veces, la identificación del empresario y la imputación responsabilidades.

Las contratas y subcontratas y las ETT, a diferencia de los grupos de empresa, sí han recibido la atención del legislador, pero no siempre en la dirección correcta. Especialmente deficiente es el régimen de responsabilidad económica compartida de las contratas y subcontratas ex art. 42 ET, como evidencian las dudas interpretativas que genera el alcance liberatorio de los certificados de descubiertos emitidos por la Seguridad Social -STS (Sala de lo contencioso) 3 de febrero 2021 (rec. 2584/2019)-; la aplicación de dicho régimen, en exclusiva, a las contratas y subcontratas de la “propia actividad” de la empresa principal, concepto, por lo demás, interpretado

restrictivamente por la jurisprudencia; y la no extensión, a quienes trabajan en las empresas auxiliares, de las condiciones laborales de la empresa cliente.

Un segundo efecto de la descentralización productiva es el incremento del trabajo autónomo. Conquistas sociales como el derecho a un salario garantizado, la tutela de la seguridad y salud laboral, la limitación de la jornada o el derecho al descanso, desaparecen cuando la organización productiva queda fraccionada en parcelas, algunas de tamaño mínimo, y la persona asalariada se ve abocada a optar entre el desempleo o el trabajo autónomo. Las formas de trabajo independiente se han incrementado cuantitativa y cualitativamente, favoreciendo una etapa dorada del llamado emprendimiento tras el que, con frecuencia, se esconde un trabajo autónomo muy precario -a veces falso-, alejado de los estándares mínimos de protección propios de un trabajo digno.

Y, el tercer y último efecto que se destaca es el auge de las empresas multiservicios. Estas se caracterizan por su polivalencia funcional, al fundamentar su negocio en el ofrecimiento a otras empresas, públicas o privadas, la realización de actividades diversas, normalmente desmaterializadas y con escasa especialización. Amparadas por el art. 42 ET y beneficiadas por la regla de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, han proliferado en los últimos tiempos al haberse convertido en una alternativa más ventajosa que las ETT, en la medida en que, además de no tener su personal garantizadas las condiciones de trabajo y empleo de las empresas clientes, han podido ofrecer a estas la atención de necesidades de trabajo permanentes -limpieza de habitaciones en hoteles, atención de comedores, lavandería, vigilancia y seguridad...- mediante la actividad desarrollada por personas contratadas temporalmente por las empresas multiservicios.

Son muchos los problemas jurídicos que las empresas multiservicios plantean: sucesión de contrata, cesión ilegal de mano de obra, contratación temporal vinculada a la duración de la contrata, representación de las personas trabajadoras, determinación del convenio colectivo aplicable, o negociación de convenios colectivos de empresa a la baja que precarizan las condiciones laborales de las personas trabajadoras incluidas en su ámbito de aplicación y generan *dumping* social.

La mejora de las condiciones laborales de las personas trabajadoras que prestan servicios para estas empresas auxiliares constituye una antigua reivindicación de las organizaciones sindicales, que vienen reclamando, desde tiempo atrás, la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal al

personal de la empresa contratista vinculado a la contrata, y la inadmisibilidad de las contratas y subcontratas como factor de justificación temporal para los contratos de obra o servicio determinado. La reciente STS 29 de diciembre 2020 (rec. 240/2018), ha dado respuesta a esta segunda pretensión, modificando la doctrina jurisprudencial que permitía concertar contratos de obra o servicio determinado vinculados a la duración de una contrata, aun siendo la prestación de tales servicios para terceras empresas la actividad principal y ordinaria. Tras esta sentencia, el fin de la contrata ya no operará como causa casi automática de extinción del contrato de obra o servicio, sino que será preciso analizar de forma detenida si el contrato tiene o no naturaleza temporal, a la vista de los elementos típicos del art. 15.1.a) ET.

Respecto de la devaluación de las condiciones laborales en las empresas auxiliares, mediante la negociación de convenios colectivos a la baja, una consolidada doctrina jurisprudencial (por todas, STS 19 de julio 2017, rec. 212/2016), que afecta directamente a las empresas multiservicios, está impidiendo una extensión generalizada de los efectos de la reforma laboral de 2012, al declarar la nulidad de los convenios colectivos de empresa que vulneran el principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo. Conforme a dicho principio, no resultará viable la negociación de convenios empresariales con prioridad aplicativa, en empresas que tengan algún centro de trabajo con menos de 6 personas trabajadoras, al no poder contar con representación ex art. 62.1 ET.

Un problema especialmente acuciante que presentan las empresas multiservicios, y que genera gran inseguridad jurídica, en detrimento de los derechos laborales de su personal, es la compleja identificación de la norma convencional aplicable cuando aquellas carecen de convenio propio, ante la dificultad de que un solo convenio sectorial incluya en su ámbito funcional todos los servicios que prestan. Sobre el particular, el TS ha venido aplicando criterios distintos, según las circunstancias del caso, lo que evidencia la urgente necesidad de clarificación legislativa de la materia. Así, la STS 17 de marzo 2015 (rec. 1464/2014), consideró que el criterio aplicable a tal efecto es el de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en la empresa cliente, en este supuesto, la limpieza de edificios y locales, aunque no se corresponda con la actividad de las demandantes, auxiliares de información. Por su parte, la STS 11 de junio 2020 (rec. 9/2019), interpretó que el convenio colectivo aplicable es el correspondiente a la actividad efectivamente ejecutada por las personas trabajadoras de la contratista -la restauración colectiva-, empresa que no desarrollaba ninguna otra actividad en la cliente, dedicada a la atención de personas dependientes.

Mención aparte merece la reciente y controvertida STS 12 de febrero 2021 (rec. 2839/2019), que incluye un voto particular, sobre convenio sectorial aplicable a una camarera de piso de una empresa contratista que presta sus servicios en un hotel, decantándose el TS por la aplicación del convenio sectorial de limpieza y no el de hostelería, donde este colectivo se ha hallado desde siempre encuadrado. Objeta el voto particular, de un lado, que la externalización de esta actividad feminizada persigue un beneficio económico empresarial a costa de una rebaja salarial mediante la aplicación de un convenio distinto al que rige las relaciones laborales de las personas trabajadoras del hotel entre las que este colectivo estaba incluido; y, de otro, que la perspectiva de género proclamada por el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 refuerza que, al caso concreto, sea aplicable el convenio colectivo de hostelería y no el de limpieza, como defiende el voto mayoritario, y cuya decisión estima “contraria al principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra, y aboca al colectivo externalizado a la precariedad de las condiciones laborales, (y) al denominado dumping social, inadmisibles en un estado social y democrático de derecho”.

Llegados a este punto, cabe concluir que la deficiente regulación de la externalización de servicios en España facilita la devaluación de las condiciones laborales de amplios colectivos, con frecuencia feminizados, el desplazamiento de responsabilidades a empresas auxiliares y personas trabajadoras autónomas, a veces falsas, y la competencia desleal entre empresas, graves problemáticas cuya superación exige que se lleven a efecto tres cambios normativos urgentes: la derogación de la prioridad del convenio de empresa; la clarificación del régimen de responsabilidad económica compartida ex art. 42 ET y su extensión a todas las contratistas y subcontratistas, sean o no de la propia actividad de la empresa principal; y la exigencia de que quienes trabajen para empresas contratistas disfruten de las condiciones esenciales de trabajo y empleo aplicables a la empresa cliente. Con estas medidas se evitarían situaciones de dumping social y se garantizaría un trabajo digno en entornos productivos descentralizados y, en buena medida, feminizados. Y, con todo ello, además, el Derecho del Trabajo empezaría a recuperar su identidad y razón de ser, que no es otra que la realización de la justicia social y equilibradora.