

PRIMERA PARTE

ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LAS EMPRESAS COMO FACTOR CONDICIONANTE DE LA APLICABILIDAD DE LA NORMA LABORAL

EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA Y TUTELA DE LOS TRABAJADORES*

Carmen Sáez Lara**
Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. La externalización productiva. –2. Los efectos de la externalización sobre los derechos de los trabajadores. 2.1. Derecho de huelga y externalización productiva. 2.2. Convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas multiservicios. 2.3. Despido colectivo en los grupos (laborales) de empresas. –3. Las respuestas jurídico-laborales a la externalización productiva. 3.1. Sistema especial de responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales. 3.2. Extensión del ámbito de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de las empresas auxiliares. 3.3. Extensión de la responsabilidad por deudas salariales y de Seguridad Social en los supuestos de subcontratación de obras y servicios. 3.4. Pluralidad empresarial en los casos de cesión de trabajadores ex art. 43 ET. 3.5. Extensión de la capacidad de los representantes de los trabajadores y derechos de información. 3.6. Las respuestas convencionales a la externalización productiva. –4. Propuestas de respuestas laborales a la externalización productiva.

RESUMEN

La externalización productiva adopta una variedad de formas y tiene múltiples consecuencias sobre la regulación de las relaciones laborales. El futuro de los derechos de los trabajadores exige una reforma del Estatuto de los Trabajadores para la protección del trabajador ante esta realidad. La perspectiva de cambio no debe ser la lucha frente al fraude sino la tutela de los derechos, pues muchos supuestos de externalización producen efectos negativos sobre las relaciones laborales en sus manifestaciones lícitas. La pluralidad empresarial debe ser la solución jurídica ante determinados supuestos de externalización y de agrupación de empresas.

ABSTRACT

Business outsourcing takes a variety of forms and has multiple consequences on the regulation of labor relations. The future of workers' rights requires reform of the Estatuto de los Trabajadores for the protection of workers against this reality. The prospect of change should not

*Recibido el 2 de junio 2016, aceptado 13 de junio 2016

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

be the fight against fraud but the protection of rights, as many cases of outsourcing produce negative effects on labor relations in their lawful demonstrations. Corporate plurality must be legal solution to certain cases of outsourcing and joint venture.

Palabras clave: Externalización productiva, derechos de los trabajadores, empresario plural

Key words: Outsourcing production, workers' rights, plural entrepreneur

En el marco del debate sobre la eficacia y efectividad de las normas laborales el objeto de este trabajo se centrará en la estructura y organización de las empresas como factor condicionante de la aplicabilidad de la norma laboral. Tratándose de un debate abierto desde hace ya años, metodológicamente se tratará, de un lado, de delimitar aquellas áreas de consenso y de disenso en relación con la externalización productiva, sus consecuencias sobre el derecho del trabajo y las respuestas jurídico-laborales existentes frente al fenómeno de la externalización productiva¹. De otro lado, el propósito de estas páginas no es otro que el de avanzar el referido debate académico a través de propuestas jurídico laborales para la tutela de los derechos de los trabajadores afectados por diversas formas de estructuración y organización empresarial.

1. LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA

Si la externalización productiva empresarial no es un fenómeno nuevo si se caracteriza hoy por su intensidad, generalización y universalidad. Desde una perspectiva histórica, es preciso recordar que, en los años finales de la década de los 70 y en los años 80 del siglo pasado, las empresas respondieron a la crisis económica mediante nuevas estrategias de flexibilización de la organización empresarial, a través de fórmulas de descentralización productiva, que anticipaban lo que después sería una respuesta extendida. Se alumbraría un cambio en el clásico modelo organizativo empresarial, en el que cada empresa con total autonomía en relación con otras empresas, asumía por completo el proceso productivo de bienes y servicios y desarrollaba una gestión funcional jerárquica, y así la centralidad organizativa cedería el paso a la descentralización y la autonomía de cada empresa a la interconexión interna y externa entre las mismas². Se trataba además de un cambio en el modelo organizativo hacia una diversidad de formas de organización de las empresas pues el cambio no alumbraría un "modelo" alternativo, sino una amplia tipología de formas de organización de las empresas. En esta perspectiva de su organización productiva, se transitaba desde una empresa modelo a una variedad de modelos de empresas.

¹ Cfr. Sobre el tema, entre otros, ESCUDERO PRIETO, A., *Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva*, Madrid, Reus, 2009; MENENDEZ CALVO, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, Madrid: CES, 2009; MOLINA NAVARRETE, C., y MOLINER TAMBORERO, G., *La responsabilidad en las relaciones laborales. Entre viejas y nuevas reglas*, Bormarzo, 2011; KAHALE CARRILLO, D.T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2011; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., (director) *100 preguntas laborales sobre descentralización productiva* Madrid: La Ley, 2011; FALGUERA BARÓ, M.A. *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bormarzo, 2015.

² Cfr., CASTELLS, M., *La Era de la información. Economía, sociedad, cultura. La sociedad Red*, Alianza, Madrid, 1999.

Pues bien, como se ha dicho³, lo que caracteriza hoy el fenómeno de la externalización productiva de las empresas es su generalización y universalidad. La descentralización o externalización productiva ya no solo es útil para las actividades de ciclo productivo no constante sino que es utilizado para la producción de todo tipo de bienes y servicios, no solo afecta a la producción de bienes sino también a su gestión y comercialización, penetrando incluso en las funciones empresariales básicas o estratégicas. Además, es una realidad presente en todos los países, no siendo solo una característica de los sistemas de empresa de los países desarrollados.

La descentralización productiva determinaría, como se sabe, una tipología variada de formas de estructuración y organización empresarial, pues la externalización toma cuerpo mediante diversas formas contractuales y muy distintos negocios jurídicos. Desde las clásicas fórmulas de subcontratación de actividades con otras empresas o con trabajadores autónomos, los contratos entre empresas de franquicia, empresas de suministros, los grupos de empresa, las empresas en red o empresas vinculadas por cuestiones organizativas hasta el crecimiento exponencial de empresas de servicios y de multiservicios, sobre todo a partir de 1999, la consolidación de las empresas de trabajo temporal y, más recientemente, del teletrabajo o contrato de trabajo a distancia en ciertos sectores. Actualmente, en otros países, como es el caso de Francia, se insertan ya en su régimen jurídico formas alternativas de trabajo autónomo para las empresas, a través de las sociedades de portage salarial. En estas nuevas fórmulas de prestación servicios, un trabajador autónomo negocia con su cliente las condiciones de su prestación y fija el precio de sus servicios, pero este precio lo abona el cliente a la empresa de portage salarial que es la que contrata al trabajador autónomo, ahora ya en régimen laboral y bajo la cobertura del correspondiente régimen de Seguridad Social, lo que entre otras ventajas le confiere el acceso a la prestación de desempleo.

Una vez visto el fenómeno de la externalización empresarial, con la perspectiva que facilita el paso del tiempo, creo que puede realizarse una doble afirmación. Primero, considero que es innegable que las nuevas formas de organización productiva han estado facilitadas y potenciadas por la extensión de las nuevas tecnologías, pues aunque no sean una consecuencia mecánica de los cambios tecnológicos, si fueron y están siendo una respuesta a la necesidad de afrontar un entorno operativo en evolución permanente (Castells). Segundo, no puede sin embargo ocultarse que la externalización productiva afecta a actividades de escasa exigencia tecnológica y formativa y de uso intensivo de mano de obra, como las actividades de limpieza, mantenimiento de instalaciones, distribución de correo, atención telefónica, información y gestión de cobros o seguridad y donde los cambios organizativos determinan una reducción de los derechos de los trabajadores.

Por tanto, bajo el fenómeno de la externalización productiva conviven realidades muy dispares, pues cuando algunas prácticas de externalización reflejan los modos más eficientes de producir bienes y servicios, otras son el resultado de una explícita estrategia empresarial para huir de las leyes laborales y de los derechos/beneficios de los trabajadores. Y así diversos estudios de campo evidencian que cambios organizativos operados por empresas que actúan en sectores de servicios con bajos salarios, a través de procesos de externalización, tienen como consecuencias la rebaja de condiciones de trabajo y la falta de responsabilidad empresarial. Tras la última crisis la externalización en el sector servicios (de más baja remuneración) está determinando precariedad y pobreza⁴.

³ Cfr., CRUZ VILLALÓN, J., "Derecho del trabajo y descentralización productiva", XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 2006.

⁴ Cfr., Who's the boss: Restoring accountability for labor standards in outsourced work, NELP (National Employment Law Project) 2014.

En definitiva, aunque puede confirmarse la existencia de un generalizado consenso en torno al diagnóstico de la importancia de la externalización en el sistema de empresas, si concurren diferencias notables en torno a la confianza y desconfianza que suscita, desde la perspectiva jurídico laboral⁵. Veamos ahora, en términos más generales, cuáles han sido los efectos de los cambios organizativos empresariales sobre la regulación de las relaciones laborales.

2. LOS EFECTOS DE LA EXTERNALIZACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

La descentralización productiva ha determinado en palabras de Valdes Dal-Re la desorganización del Derecho del Trabajo⁶. Como señala este autor la externalización de actividades “deconstruye” el paradigma normativo del empresario y por derivación, de la propia organización de medios de la que es titular, la empresa. Pero la externalización también causa estragos en el prototipo del trabajador, no solo como parte del contrato de trabajo sino también como miembro de un grupo que agrega intereses comunes. En definitiva, la externalización productiva altera la construcción jurídica laboral de referencia sobre conceptos claves, como el de empleador y trabajador y las propias reglas de la acción colectiva.

En efecto, como ha sido ya destacado en numerosos estudios⁷, la externalización productiva, al multiplicar los centros de imputación de cargas y responsabilidades y al diversificar los poderes empresariales, ha destruido el patrón clásico de la figura del empresario. La descentralización se ha asociado frecuentemente con la reducción de condiciones de trabajo y no sólo de salarios. Ello obedece también a que las empresas auxiliares y colaboradoras utilizan extensivamente la contratación temporal, al amparo de una doctrina jurisprudencial que justifica la necesidad temporal de la mano de obra por parte de la empresa (auxiliar) en la existencia de un contrato mercantil y a las bajas condiciones de trabajo existente en aquellos sectores que trabajan completamente en régimen de descentralización, como los de limpieza, o de seguridad. Pero también este generalizado fenómeno empresarial ha extendido el trabajo autónomo y ha cambiado el perfil del trabajador autónomo, cuyas carencias de tutela serían por ello afrontadas entre nosotros en 2007 por la Ley del Trabajo Autónomo⁸. Además, la externalización implica la multiplicación de empresas auxiliares estimulando la creación de empresas de pequeñas dimensiones donde la acción colectiva se resiente.

En definitiva, la afectación de la descentralización sobre la eficacia de las normas laborales incide en los elementos centrales de regulación de la relación laboral tanto en el plano individual como en el colectivo. En el plano individual la externalización productiva desdibuja el concepto de empresario definido dentro de un esquema de relación bilateral por el art. 1.2 del ET, como sujeto receptor de la prestación laboral del trabajador⁹. En los nuevos modelos organizativos

⁵ Cfr., BLAT GIMENO, F., El marco socioeconómico de la descentralización productiva, en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁶ Cfr., VALDES DAL-RE, F., “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, en Revista Universitaria de la Facultad de Ciencias del Trabajo, 2/2001, p46 y ss.. VALDES DAL-RE, F. cita la sentencia de Spiro SIMITIS “la nueva organización del trabajo está produciendo una desorganización del Derecho del Trabajo”.

⁷ Cfr., por todos CRUZ VILLALÓN, J., Derecho del trabajo y descentralización productiva, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 2006, p. 7 y ss. GOMEZ GORDILLO, R., El impacto de los procesos de descentralización productiva sobre la eficacia de la norma laboral, en CRUZ VILLALÓN J., (Coordinador) Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Tirant lo Blanch, 2011.

⁸ Un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena tal y como señala en su preámbulo la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

⁹ Cfr., Voto Particular del Magistrado D. Guillermo Jiménez a la STC 75/2010, de 19 de octubre, que se centra precisamente en destacar las consecuencias de un concepto legal de empresario (art. 1.2 ET) incapaz de afrontar la enorme complejidad que las nuevas relaciones de producción.

de producción empresarial el esquema de bilateralidad adoptado por el art. 1.2 ET al definir al empresario estaría superado¹⁰. Además, la externalización disipa la figura del empresario toda vez que altera el ejercicio de las facultades derivadas del poder empresarial, pues la existencia de facultades de coordinación por uno de los empresarios condiciona y limita el ejercicio de las facultades directivas de los demás empresarios concurrentes. En cuanto a la figura del trabajador, la descentralización afecta a la duración del contrato, al desarrollo de la carrera profesional y al régimen de extinción de los contratos (temporales) cuya suerte está unida a la duración de la contrata o subcontrata entre la empresa auxiliar y la empresa principal. Además, frecuentemente en estos procesos de externalización bajo la fórmula de subcontratación laboral resulta afectado el derecho fundamental a recibir igual salario para trabajo de igual valor sin que los órganos judiciales reparen la lesión de este principio jurídico universal¹¹.

En el plano colectivo, la descentralización productiva reduce el ámbito de aplicación personal del convenio de la empresa, altera las bases sobre las que se define el sistema de representación y dificulta el ejercicio del derecho de huelga. En definitiva, reduce la cohesión de la plantilla, limitando la coincidencia de intereses. La inexistencia material del centro de trabajo terminará afectando a un buen número de normas laborales en las que el centro es el eje de referencia. El centro de trabajo es un elemento estratégico para el desarrollo de la representación y defensa de los trabajadores por los sindicatos y las representaciones unitarias.

En concreto, diversas cuestiones jurídico laborales conectadas a las formas de organización empresarial han suscitado un elevado debate y grado de atención en los últimos años. Así por citar algunos ejemplos, el derecho de huelga de los trabajadores de la empresa auxiliar frente a la empresa principal, los convenios colectivos aplicables en las empresas auxiliares de multiservicios y tras la reforma de 2012 del sistema normativo, el despido colectivo en el ámbito de los grupos de empresa.

2.1. Derecho de huelga y externalización productiva

Por lo que se refiere a la garantía del derecho de huelga, esta resulta cuestionada cuando el despido del trabajador derivado del ejercicio de este derecho fundamental se ha ocasionado por una actuación de la empresa principal, receptora de su prestación laboral pero con la que no mantiene vínculo contractual. Resultando acreditado que la extinción del contrato de trabajo se produce como consecuencia de la previa rescisión por la empresa principal de la contrata mercantil que le ligaba con la contratista y que la rescisión de la contrata mercantil se produce como consecuencia de las acciones desarrolladas por los trabajadores reivindicando una mejora de sus condiciones de trabajo (en concreto que las igualara a las de los trabajadores propios de la empresa principal) y que se materializan básicamente en el ejercicio de derechos a la tutela judicial y a la huelga, la cuestión planteada ante nuestro Tribunal Constitucional ha sido si el sistema constitucional de garantías es aplicable en el caso de subcontratación laboral¹².

Las insuficiencias de la regulación legal estatutaria son destacadas por el Tribunal Constitucional, señalando que no existe en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, a salvo de la existencia de un supuesto de cesión ilegal de mano de obra. Las garantías establecidas

¹⁰ Cuestión distinta en la respuesta jurídica sobre la titularidad empresarial que creo debe modularse atendiendo a lo que después se dirá.

¹¹ Cfr., STSJ (Social) de la Comunidad de Valencia de 13/11/12 (Rec. 4287/12).

¹² Cfr., SSTs 75 y 76/2010, de 19 de octubre y 98 a 112/2010 de 16 de noviembre. En el supuesto de hecho, como se recordara tanto la sentencia de instancia como de suplicación entendería justificado el despido dada la existencia de una causa de despido, la rescisión de la contrata mercantil, recogida en los contratos de trabajo, lo que neutralizaría los indicios sobre vulneración de derechos fundamentales.

en la legislación laboral, en función de lo que ha sido el propio desarrollo y evolución histórica de la figura de la subcontratación, afirma el TC, se dirigen más bien a garantizar los derechos de los trabajadores frente a la empresa contratista, a cuyo efecto se establece en determinados supuestos la responsabilidad de la empresa principal —a la que se presume normalmente más estable y solvente— en relación con el incumplimiento por la contratista de algunas de sus obligaciones legales (por ejemplo, en materia de salarios o de Seguridad Social), así como a reforzar los instrumentos de protección en materia de salud y seguridad. Pero no existe en el art. 42 del Estatuto de los trabajadores, concluye el TC, una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra ésta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno. Para el legislador, el ámbito de relaciones de la empresa principal se agota en el mercantil del contrato que le une a la contratista, de manera que ninguna afectación puede derivarse de sus actuaciones en el ejercicio por los trabajadores de los derechos derivados de su relación laboral. De ahí que cuando no se aprecia la concurrencia de una conducta directamente imputable a la empresa contratista, cuya connivencia han descartado los órganos judiciales, se concluya la inatacabilidad por parte de los trabajadores de cualquier actuación de la empresa principal, que se considera ajena al contrato de trabajo (STC 75/2010, de 19 de octubre, FJ 8).

Pues bien, en estos supuestos de subcontratación, cuando se trata de garantizar el ejercicio del derecho de huelga por trabajadores de la empresa auxiliar, el Tribunal Constitucional asume implícitamente la necesidad de utilizar un concepto de empresario más amplio del tradicional, al menos a los efectos de protección del derecho de huelga: al desamparo del trabajador despedido por ejercitar sus derechos, afirma el TC, *“se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste, se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable”* (STC 75/2010, de 19 de octubre, FJ 7). El Voto del Magistrado D. Guillermo Jiménez, trata, igualmente de las consecuencias de un concepto legal de empresario (art. 1.2 ET) incapaz de afrontar la enorme complejidad que las nuevas relaciones de producción.

Como se ha visto, la declaración de nulidad del despido pese a ser consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental no se produce exclusivamente por la peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación. Por ello, el TC salva este impedimento y declara la nulidad del despido, sin perjuicio de que los efectos de tal declaración no garanticen la readmisión del trabajador y solo una indemnización de la que responden las empresas implicadas.

2.2. Convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas multiservicios

Otro ejemplo relevante en la última década de los efectos de la externalización empresarial sobre la regulación de las relaciones laborales ha sido el relativo al convenio colectivo aplicable en las empresas auxiliares, en concreto a las empresas multiservicios.

En el caso de que la empresa multiservicios no cuente con convenio propio las dudas surgidas en torno a la norma convencional aplicable a sus trabajadores había recibido diversas respuestas por la doctrina judicial, desde la aplicación del convenio de la empresa principal (ya sea de empresa o sectorial) a la aplicación del convenio sectorial de la actividad que el trabajador realice en la empresa principal. Esta última tesis parece imponerse de momento. El Tribunal Supremo ha considerado, en efecto, que es aplicable a los trabajadores de la empresa

multiservicios el convenio colectivo de la actividad preponderante en la citada empresa¹³. Como se recordará, el criterio seguido por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos había sido igualmente que en las “empresas multiservicios” las condiciones de trabajo se rigen por el convenio colectivo sectorial aplicable a la actividad, para el supuesto de inexistencia de convenio de empresa propio.

Las empresas “multiservicios”¹⁴ se rigen, en consecuencia, por los convenios colectivos propios (que contienen regulaciones generalmente precarias) y en su defecto los trabajadores se rigen por el convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad preponderante en la citada empresa. En relación con esta cuestión también debe señalarse que tras la reforma laboral de 2012 se firmaron diversos convenios colectivos de empresas multiservicios¹⁵, cuya nulidad sería declarada por la Audiencia Nacional¹⁶, tras su impugnación por parte de las federaciones sindicales de ámbito estatal de los sectores de comercio, hostelería y turismo, por incumplimiento de las normas sobre legitimación negocial.

2.3. Despido colectivo en los grupos (laborales) de empresas

Finalmente, el despido colectivo en el ámbito de los llamados grupos laborales de empresas constituye un claro ejemplo de desajuste entre una realidad organizativa empresarial y el régimen jurídico laboral previsto para el despido colectivo y ello incluso cuando el modelo normativo actual se ha introducido recientemente con la reforma estatutaria de 2012. Este desajuste determinará en muchos casos la imposibilidad de utilización de este procedimiento colectivo ex art. 51 ET, que es el legalmente adecuado para los ajustes de personal, en ciertos grupos de empresas, los llamados grupos laborales de empresas, con los consiguientes efectos negativos sobre la empleabilidad y la reinserción de los trabajadores afectados, objetivos que pretende garantizar el procedimiento de despidos colectivos, a través de diversas medidas sociales. Es urgente la búsqueda de soluciones al respecto si bien antes de avanzar propuestas es preciso describir brevemente lo acontecido.

De partida, hemos de recordar que tras la reforma estatutaria de 2013 y 2014 el ámbito del procedimiento empresarial de despido colectivo y en el que por tanto habrá de producirse la constitución de la Comisión representativa será, en caso de que el despido afecte a varios centros de trabajo, el conjunto de los centros de trabajo afectados y de otra parte, que la regla general para la iniciativa del despido colectivo corresponde en el caso de un grupo de sociedades a la sociedad que tiene la condición de empresario, incluso en los casos en los que la decisión venga impuesta por la sociedad que ejerza el control. Sin embargo, la Audiencia Nacional ha excepcionado la aplicación de esta regla general en aquellos casos en los que los grupos de sociedades presentan ciertas patologías, en los casos de los llamados grupos de empresas a efectos laborales¹⁷.

¹³ Cfr., STS 17/03/2015, Rec. 1464/2014.

¹⁴ Empresas que se caracterizan por proporcionar a las empresas clientes un conjunto de actividades de distinta naturaleza que no tienen necesariamente que guardar una homogeneidad productiva entre sí (limpieza, seguridad, hostelería, fontanería, cerrajería, etc.).

¹⁵ Cfr., Convenio Colectivo de Expertus Servicios Hoteleros, Convenio Colectivo de Sherco al Detalle S.L., Convenio Colectivo del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU, entre otros.

¹⁶ Cfr., Sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 11 de septiembre de 2013 (procedimiento Núm. 219/2013) teniendo por objeto el Convenio Colectivo de Expertus Servicios Hoteleros (BOE 25-04-2013); SAN de 18 de octubre de 2013 (Procedimiento Núm. 274) en relación con el Convenio Colectivo de la empresa Externa Team (BOE 25-04-2013); SAN de 29 de enero de 2014 (Procedimiento Núm. 431/2013) referida al Convenio Colectivo del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 30-01-2013), SAN de 5 de febrero de 2014 (Procedimiento Núm. 447/2013) relacionada con el Convenio Colectivo de Sherco al Detalle, SL. (BOE 14-06-2013); y, SAN de 17 de febrero de 2014 (Procedimiento Núm. 470/2013) respecto del Convenio Colectivo de Allianz Outsourcing (BOE 1-07-2013).

¹⁷ Para ello, la AN distingue entre dos categorías (inexistentes) de grupos de empresas, el grupo mercantil y el laboral. En el primero la iniciativa para el despido colectivo corresponde a cada empresa del grupo de sociedades.

En 2013, 2014 y 2015, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha estudiado los grupos de empresa en impugnaciones de despido colectivo en numerosas ocasiones¹⁸. En esta doctrina el TS ha señalado que el concepto de “grupo de empresas” ha de ser y es el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento Jurídico” aunque en sus diversos ámbitos, mercantil, fiscal o laboral, puedan producirse determinadas consecuencias originadas por circunstancias añadidas, como es en el ámbito laboral, la existencia de responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo, cuando concurren ciertos elementos adicionales. Estos elementos adicionales” que determinan consecuencias o “efectos laborales” son: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo; b) Confusión patrimonial; c) Unidad de caja; d) Utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; e) Uso abusivo, anormal, de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Pues bien, la interpretación de la Audiencia Nacional de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sostiene que hoy la declaración de la existencia de grupo laboral se realiza en base a elementos de naturaleza fraudulenta¹⁹. La consecuencia que la actual doctrina de la Audiencia está determinando, en términos generales, es la nulidad de los despidos colectivos en los grupos de empresa a efectos laborales, ya este fundamentada en la ausencia de información/documentación pertinente, ya en el incumplimiento del deber de negociar de buena fe. Tras plantear el problema, las propuestas de solución del mismo se abordarán más tarde.

3. LAS RESPUESTAS JURÍDICO-LABORALES A LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA

Ante la importancia del fenómeno de la externalización productiva y su radical incidencia sobre las relaciones laborales también existe un generalizado consenso entre la doctrina que ha estudiado este tema en torno a la afirmación de que las respuestas legales han sido inadecuadas, insuficientes y parciales.

Las respuestas normativas han sido sin embargo diversas, destacadamente más avanzadas en relación con el sector de la construcción y en materia de prevención de riesgos laborales. Por ello, aquellas críticas van referidas fundamentalmente a la regulación general sobre subcontratación recogida en el Estatuto de los Trabajadores en los artículos 42 y 43 de este cuerpo legal, y de la que después nos ocuparemos.

Aunque la subcontratación de actividades entre empresas se encuadre en el ámbito de las facultades organizativas empresariales, la tutela de los derechos de los trabajadores puede conllevar una regulación legal que la limite o condicione. Tal es el caso de la limitación de la subcontratación en el sector de la construcción establecida por la Ley 32/2006, de 18 de octubre y que tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular (art. 1.1.). La actividad empresarial de subcontratación puede verse limitada atendiendo a intereses relevantes de superior

En el caso del grupo de empresas a efectos laborales, el ámbito donde se negocie el despido colectivo debe ser el de la global empresa grupo ex art. 1.2 ET. A mi juicio, con esta doctrina la Audiencia Nacional, de una parte, eleva a categoría jurídica normativa, el grupo laboral de empresas, lo que constituye una construcción jurisprudencial para extender la responsabilidad empresarial al grupo cuando judicialmente se alega y prueba la concurrencia de una serie de indicios. De otra parte, aplicar esta distinción en el ámbito del procedimiento empresarial de despido colectivo pues resultar distorsionante. Piénsese que será preciso determinar por el grupo si se trata de un grupo laboral de empresas a priori, en el momento inicial del procedimiento empresarial de despido colectivo pues la iniciativa es de la empresa que tendría que determinar el ámbito del procedimiento.

¹⁸ Desde la conocida Sentencias 27/5/2013 a por ejemplo la de 28/01/2015 (Rec. 279/2014).

¹⁹ Cfr., SAN 12 de junio de 2014 (Asunto Coca Cola); SAN 15 de octubre de 2014 (Grupo Freiremar)), 26 de noviembre de 2014 (Transportes Buytrago).

tutela jurídica en relación con ciertos servicios, como es el caso de la seguridad o la defensa²⁰ o incluso la formación profesional de los trabajadores²¹.

Entre las respuestas normativas ante el fenómeno de la externalización productiva y sus consecuencias sobre el desarrollo del trabajo autónomo, la LETA aportaría cierto nivel de protección a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y en esta línea debe recordarse asimismo la regulación legal de las ETT de 1994 y sobre todo la reforma de 1999 que garantizaría la igualdad salarial a los trabajadores en misión. De otra parte, también hemos de señalar la previsión estatutaria de los grupos de empresas y de las empresas en red como unidades de negociación²². La legislación laboral desde 2011 se refiere, en efecto, entre las unidades de negociación a una nueva categoría ya conocida, la de las “empresas vinculadas por razones organizativas o productivas o nominativamente identificadas”, distintas a las empresas que forman parte de un grupo de empresas. El Real Decreto Ley 7/2011 subrayó la necesidad de extender la negociación colectiva a las nuevas realidades empresariales, admitiendo que debían incorporarse a este ámbito las denominadas “empresas en red” que surgen como consecuencia de los procesos de descentralización productiva. De ahí la identificación de una nueva realidad conformada por una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas.

Veamos con más detalle algunas de estas respuestas normativas al fenómeno de la externalización productiva en garantía de los derechos de los trabajadores.

3.1. Sistema especial de responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales

La regulación legal y reglamentaria en materia de prevención de riesgos laborales ha conllevado el cambio del paradigma normativo de empresario y sobre todo del centro de trabajo, estableciendo la regulación normas específicas de cooperación, coordinación, información y vigilancia entre los distintos empresarios que concurren en un mismo centro de trabajo (art. 24 LPRL).

La eficacia de las normas preventivas, diseñadas para las organizaciones empresariales simples, se pone en cuestión en estas nuevas fórmulas organizativas en las que se desarrollan relaciones triangulares. En los supuestos en los que el trabajador se encuentra vinculado, jurídica u organizativamente, a más de un empresario en el desempeño de su actividad laboral y cuando se produce una concurrencia de destinatarios de la protección (trabajadores) y de sujetos obligados a la misma (empresarios) en un mismo centro de trabajo (concepto más amplio que el legal del art. 1.5 ET). Los supuestos objeto de las normas preventivas son los de concurrencia de empresas en un mismo centro, tanto horizontal como vertical y los de las contratas

²⁰ Cfr., Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (art. 38.3); Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (arts. 61 y ss.).

²¹ Cfr., Art. 14.2 b) y c) de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Cuando la formación profesional se imparta por Administraciones Públicas competentes en materia de formación profesional para el empleo, mediante convenios o conciertos con entidades o empresas públicas que estén acreditadas y/o inscritas para impartir la formación, estas últimas no podrán subcontratar con terceros la ejecución de la actividad formativa, no considerándose subcontratación, a estos efectos, la contratación del personal docente. Igualmente, en el caso de que la formación se imparta directamente por entidades de formación, públicas o privadas, acreditadas y/o inscritas en el correspondiente registro, estas entidades no podrán subcontratar con terceros la ejecución de la actividad formativa que les sea adjudicada.

²² A diferencia del grupo de empresas que se presenta como una forma organizativa propia (mercantil, societaria, laboral, fiscal) la empresa en red supone una agrupación o unión que no persigue tal consolidación, sino una actuación conjunta.

y subcontratas relativas a la propia actividad (con especial referencia a la subcontratación en el sector de la construcción) así como en los casos de actuación de las Empresas de Trabajo Temporal.

Pues bien, la respuesta del ordenamiento jurídico ha sido la adaptación del modelo preventivo a las especiales exigencias planteadas por el trabajo prestado en tales circunstancias. Y ello a través del establecimiento de medidas preventivas específicas, del diseño de un sistema de responsabilidades diversificado, con obligaciones relativas a la coordinación de actividades (art. 24.1 LPRL), responsabilidades individuales de las empresas concurrentes, obligaciones de información, instrucción y puesta a disposición de los medios de protección (art. 24.2 LPRL) y responsabilidades individuales tanto del titular del centro como de las empresas concurrente. En los supuestos de subcontratación de obras y servicios relativa a la propia actividad se ha establecido un modelo preventivo basado en deberes compartidos (art. 24.3 LPRL y RD 171/2004, de 30 de enero) y fórmulas de responsabilidad solidaria (art. 42.3 LISOS). Y en el caso de actuación de las Empresas de Trabajo Temporal se ha diseñado un modelo preventivo basado en deberes individualizados (arts. 28.5 LPRL y 12.3 y 16 LETT) y fórmulas de responsabilidad individual (por ejemplo, el recargo de prestaciones: art. 42.3 LISOS y 16.2 LETT).

3.2. Extensión del ámbito de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de las empresas auxiliares

Entre las respuestas normativas a los fenómenos de externalización productiva empresarial en aras de la tutela de los intereses de los trabajadores hemos también de destacar la regulación establecida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social sobre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y de las libertades públicas de los trabajadores. De conformidad con el art. 177.1 de esta Ley, cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios. Se extiende así la tutela de los derechos del trabajador frente a cualquier empresa, siguiendo la regulación legal la doctrina constitucional posibilista la plena efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores, también en supuestos complejos de descentralización empresarial²³. Esta tutela se realizaría a través de los mismos instrumentos de garantía que aplica la jurisdicción social a actos empresariales lesivos, decisiones organizativas, sancionadoras, o extintivas: la nulidad radical, cese inmediato, reposición de la situación anterior, con recuperación, en su caso del empleo, y la reparación de las consecuencias incluida la indemnización que proceda.

Es por ello que como se sabe el Tribunal Constitucional ha considerado imprescindible extender al ámbito de las contrataciones y subcontrataciones su doctrina según la cual los derechos de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral (STC 250/2007, de 17 de diciembre).

Sin embargo, como puede comprobarse en los casos resueltos por las sentencias constitucionales donde se resolvieron casos relativos al ejercicio del derecho de huelga por trabajadores de una empresa contratista frente a la empresa principal la protección del derecho fundamental

²³ Cfr., sobre el derecho de huelga y descentralización productiva: Tribunal Constitucional Sentencias 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010.

del trabajador de la empresa auxiliar no alcanza a ser completa. En efecto, como se recordará, una vez afirmada la garantía del derecho de huelga a los trabajadores de la empresa auxiliar frente al empresario principal y declarada la nulidad del despido otro tema será el de la reparación de la vulneración del derecho fundamental pues el restablecimiento en la integridad del derecho de los trabajadores exigirá, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) lo que en caso de rescisión del contrato mercantil entre la empresa principal y la auxiliar será difícil. Por lo que si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo no es posible, sólo podría ser reparada la lesión mediante la indemnización así como los salarios de tramitación, cuyo pago corresponderá a las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada.

En definitiva, la solución puede ser en ocasiones solo parcialmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales, por ello será necesario completar la misma, en ciertos supuestos, como después se argumentará.

3.3. Extensión de la responsabilidad por deudas salariales y de Seguridad Social en los supuestos de subcontratación de obras y servicios

En el Estatuto de los Trabajadores la única regulación general relativa a la descentralización o externalización productiva sigue contenida en el art. 42 del ET donde se insta para los supuestos de subcontratación la responsabilidad solidaria entre empresas por deudas laborales y de Seguridad Social²⁴. En los supuestos de cesión de trabajadores del art. 43 ET también se establece la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas, con el objeto más extenso de las deudas laborales y de Seguridad, además de reconocer la existencia de una posición empresarial plural, por ello su estudio se abordará de forma separada más adelante.

Por lo tanto la respuesta normativa a la descentralización productiva empresarial prevista por el art. 42 ET consiste en la extensión de la responsabilidad a la empresa principal por las deudas salariales y de Seguridad Social El art. 42 establece las obligaciones de los empresarios que intervienen en los procesos de externalización productiva pero, como ha afirmado el TC, es una regulación insuficiente para la tutela de los derechos de los trabajadores. Constituye, en efecto, una regulación de las contrataciones y subcontratas que no es acorde con la realidad de la organización del tejido productivo actual.

En relación con esta norma la doctrina del Tribunal Supremo establecería como es sabido que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores²⁵. Igualmente aclararía que la finalidad del art. 42 ET es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador²⁶.

Ahora bien, la relación entre empresas que genera la responsabilidad por deudas salariales y de seguridad social no es cualquier relación de colaboración productiva, sino que ha de ser, atendiendo a esa finalidad del art. 42 ET, una relación especial de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad entre una empresa principal y una empresa auxiliar o subsidiaria²⁷.

²⁴ Cfr., también el art. 127 LGSS sobre responsabilidad subsidiaria si estamos fuera del 42 ET.

²⁵ Cfr., STS de 27/10/1994 (Rec. 3724/1993).

²⁶ Cfr., STS de 17/5/1996 (Rec. 1902/1995).

²⁷ Cfr., STS de 29/10/1998 (Rec. 1213/1998).

De partida, quedarían fuera del marco protector del art. 42 ET las actividades accesorias, como limpieza o seguridad²⁸. El TS incluso fijaría el criterio de limitar la propia actividad a la actividad inherente al núcleo central de la actividad de la empresa principal, excluyendo el resto de las actividades indispensables²⁹. Sin embargo, este criterio judicial no fue claramente seguido pues el propio Tribunal Supremo, que en muchos supuestos elude la diferenciación entre actividad indispensable e inherente, asimilando actividad indispensable con propia actividad, aunque en ocasiones también aluda a actividades absolutamente indispensables. En todo caso, dada la complejidad de los fenómenos de externalización, que como se ha visto englobaría realidades bien distintas, será difícil en muchos casos diferenciar entre actividades indispensables y actividades inherentes.

Siguiendo los criterios hermenéuticos del TS, la doctrina judicial de los Tribunales de Justicia de las comunidades autónomas también ha utilizado un criterio finalista, encuadrando dentro del art. 42 ET aquella contrata que no haber existido hubiera producido un perjuicio productivo, es decir que el producto o servicio no hubiera podido hacerse efectivo³⁰.

Por tanto de la doctrina del TS se deduciría solo de forma clara la exclusión del manto protector del art. 42 ET de las contrataciones referidas a las llamadas actividades accesorias y por ello no puede dejar de criticarse la expulsión del 42 de las contrataciones de actividades accesorias como limpieza y seguridad tradicionalmente con bajas condiciones de trabajo, y tal vez más necesitados de tutela por el Estatuto de los Trabajadores. En sus orígenes la redacción de la norma tenía como finalidad proteger a los trabajadores de empresas auxiliares de otras empresas. Como ha sido destacado³¹, no deja de ser paradójico que la expresión “correspondiente a su propia actividad” en el contexto actual de externalización productiva totalmente distinto al existente en aquellos años, en su interpretación actual por los Tribunales laborales, haya terminado excluyendo de la norma precisamente la realidad prevista por la misma a efectos de su protección. En definitiva, podría concluirse que ciertamente el fin perseguido por el art. 42 según el TS y que cabe configurarlo como esencial no ha sido desarrollado en toda su amplitud, pues no ha primado una interpretación finalista del art. 42 en clave de tutela de los trabajadores.

Por lo que se refiere a las responsabilidades solidarias en relación con las deudas de Seguridad Social, es preciso hacer referencia a los artículos 127.1 y 104.1 de la LGSS, por lo que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, en el caso de la contrata no se refiera a la propia actividad de la empresa principal, la responsabilidad de esta última sería subsidiaria³².

3.4. Pluralidad empresarial en los casos de cesión de trabajadores ex art. 43 ET

La respuesta normativa a los fenómenos de descentralización productiva considerados por nuestro art. 43 ET como cesiones ilegales de mano de obra es afirmar la existencia de una po-

²⁸ Cfr., STS 18/1/1995, (Rec. 150/1994)

²⁹ Cfr., STS 24/11/1998 (Rec. 517/1998).

³⁰ Cfr., ampliamente sobre esta doctrina judicial FALGUERA BARÓ, M. A., op. cit.p.26

³¹ Ciertamente desde una perspectiva histórica la redacción del art. 42 ET pensaba en una realidad distinta, pues esta norma tiene su origen en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de los trabajadores. El referido Decreto desarrollaba la figura de la cesión ilegal de trabajadores y además fijaba que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del Carnet de empresa con responsabilidad, en los supuestos en que esté legalmente previsto y que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, estableciendo que en todo caso la Empresa principal será solidariamente responsable en obligaciones laborales y Seguridad Social. Cfr., FALGUERA BARÓ, M.A. La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación, Bomarzo, 2015.

³² Cfr., STS 9/12/201, Rec., 1266/2010. En relación con la obligación de cotizar existe responsabilidad solidaria de conformidad con el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

sición empresarial plural. En estos casos, además de prever el apartado tercero de la norma que los empresarios, cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, (sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos), el apartado cuarto establece que los trabajadores (sometidos al tráfico prohibido) tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Como se sabe, la labor judicial de delimitar los supuestos de subcontratación de los casos de cesión ilegal ha sido intensa. La cesión ilegal se admite ya no sólo en los supuestos en los que existe una apariencia de empresa sino también en los casos que tenga entidad real y medios propios la empresa cedente, pero quien ejerce como auténtico empleador es la empresa cesionaria. El vigente art. 43 ET avaló la doctrina judicial integrando en la letra de la ley indicios establecidos por la jurisprudencia. Así dispone que en su apartado 2 que en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores 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 los trabajadores 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.

Ahora bien, en este avance de redacción del art. 43 ET, recibiendo la doctrina de los Tribunales faltó un indicio importante para la existencia de una auténtica empresa auxiliar, y excluir el fenómeno de la interposición, la autonomía específica de la empresa contratista, su substantialidad propia. Téngase en cuenta que se dan supuestos de concurrencia locativa de trabajadores (de la empresa principal y de la contratista) que realizan funciones idénticas con diversas condiciones contractuales. La externalización debe quedar limitada a actividades con sustantividad propia y a término. Los fenómenos en los que la prestación de servicios se inserte en la actividad ordinaria de la empresa y sin limitación temporal deben llevar a la solución de la pluralidad de empresas, y ello sin que se incurra en el supuesto de cesión ilegal o de tráfico prohibido y de la aplicación de otras consecuencias sancionadoras, administrativas o incluso penales.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, *“La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes (STS 11/07/2012 Rec 1591/2011 fj2º)*. Pero las relaciones existentes entre diversas empresas pueden llevar a considerar la existencia de un empresario plural y ello al margen de una cesión ilegal o un ejemplo de tráfico prohibido. Por el contrario se trataría de supuestos.

Y en la línea apuntada es preciso destacar que el Tribunal Supremo ha extendido la pluralidad empresarial a supuesto que no considera cesiones ilegales o prácticas interpositorias estricto sensu. Esta doctrina establecida por el TS excluye la existencia de cesión ilegal cuando el entramado empresarial o pluralidad de empresarios es ajeno a cualquier minoración de las condiciones de trabajo o perjuicio de los derechos de los trabajadores afectados, cuando se producía la puesta en marcha de un mecanismo de coordinación y colaboración en el seno del sector público. Efectivamente, afirma la Sala de lo Social en la Sentencia de 14/05/2014, *“como sosteníamos en la STS/4ª de 11 de julio 2012 (rcud. 1591/2011), no nos hallamos en un caso como el presente ante un supuesto de cesión ilegal puesto que la disociación entre la posición empresarial real y las obligaciones propias de aquella se derivan aquí de una forma de prestación del servicio legalmente prevista. Sin embargo, la negación de la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET no impide afirmar la existencia de una posición empresarial plural (ex art. 1.2 ET*

Sentencia de 11 de julio de 2012 se aplica en los supuestos de hecho de la STS de 14/05/14 Rec. 1467/13 y en la STS 04/02/2015 Rec.96/2014.

En definitiva podemos concluir que la variedad y complejidad de los supuestos de externalización determina que la labor de distinción entre los supuestos de contrata ex art. 42 y cesión ex art. 43 constituya una ardua labor técnica que, sobre la base de valorar caso a caso todo el conjunto de indicios concurrentes, conllevará finalmente la adopción de soluciones diversas (y trascendentales para la tutela de los trabajadores) para supuestos solo “coyunturalmente” distintos. Superada la configuración como fraude de ley del supuesto de hecho del art. 43 LET, la diferencia de respuesta jurídica prevista en relación con el supuesto de hecho del art. 42, es decir la previsión de la existencia de un empresario plural, puede determinar en algunos casos diferencias sustanciales de protección de los trabajadores sujetos a prácticas de externalización bastante parecidas. Por ello, considero que deberían reformarse estos preceptos. Una nueva redacción debería establecer esta importante respuesta normativa al fenómeno de la externalización como es la previsión de una pluralidad de empresarios, definiendo un supuesto de hecho de externalización de actividades imprescindibles y de forma permanente. En estos casos, la admisión de la externalización frente a la contratación de trabajadores propios no debe producir efecto perjudicial alguno sobre los trabajadores afectados.

3.5. Extensión de la capacidad de los representantes de los trabajadores y derechos de información.

La reforma estatutaria del art. 42 ET de mayor calado en materia de externalización productiva se han centrado en el reforzamiento de los derechos de información de los trabajadores y de los representantes así como en otras garantías de naturaleza colectiva. Se han producido así, aunque hayan sido tímidos, cambios en la centralidad del centro de trabajo como lugar de desarrollo de la representación y acción sindical. Las reformas del art. 42 del ET, en sus apartados 6 y 7 a través de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, permiten que los trabajadores de la empresa auxiliar puedan formular cuestiones a los representantes de la principal, que su órgano de tutela sea la representación de los trabajadores de la empresa principal. Igualmente se prevé el uso compartido de locales sindicales y tableros de anuncios, las reuniones conjuntas y que en caso de concurrencia locativa la empresa principal lleve un libro registro.

En los casos de concurrencia locativa de trabajadores de la empresa principal y auxiliar la respuesta normativa de tutela colectiva de los trabajadores³³ se concretaría en dos sentidos, primero, cuando estos no tengan representantes, mediante la extensión de la capacidad representativa de los RLT de la empresa principal a los trabajadores de la empresa auxiliar, segundo, en caso de que tengan representantes a través de la coordinación de la acción colectiva de las distintas representaciones de los trabajadores. La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.

Estas previsiones de 2006 venían a su vez a completar las anteriores reformas, introducidas en 2001³⁴ en el art. 42 ET, que reforzaron las garantías en los supuestos de subcontratación a través de una mejora de los instrumentos de información de los trabajadores y de sus representantes, que permitiera dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica, tal que como se expresaba en la exposición de motivos de la reforma de 2001.

³³ Cfr., Ley 32/2006 sobre subcontratación en el sector de la construcción y Acuerdo sobre mejora del crecimiento del empleo.

³⁴ Cfr., Real Decreto- Ley 5/2001, de 2 de marzo y posterior Ley 3/2001.

3.6. Las respuestas convencionales a la externalización productiva

Junto a las respuestas legales hemos también de referenciar las propuestas desde la negociación colectiva. Deben recordarse así que determinados Acuerdos sobre la descentralización productiva (SONY o MICHELIN) excluyen o delimitan las actividades externalizables. Aunque ciertamente estos acuerdos asumían una perspectiva de tutela de los derechos de mantenimiento del empleo de los trabajadores de la empresa principal, también contienen regulaciones sobre tiempo de trabajo, prevención de riesgos laborales y sistema retributivo de los trabajadores de las empresas auxiliares. Otro ejemplo podrían ser los supuestos de extensión del ámbito de aplicación del convenio a trabajadores de la empresa contratista (CC Hostelería de Málaga) que adolecen de problemas de efectividad atendiendo al debate doctrinal en torno a estas estipulaciones convencionales a favor de terceros o en el supuesto de que la actividad subcontratada se integra en otro sector, salvo la recepción del convenio en los contratos³⁵.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta dos datos, primero que no todos los convenios colectivos se hacen eco de la igualdad de condiciones de trabajo entre trabajadores de la empresa principal y contratista. Segundo que el crecimiento en nuestro país de la actividad de las empresas multiservicios se produce a partir de 1999, fecha de la reforma de la Ley reguladora de la ETT que estableció el principio de la igualdad salarial entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria.

En definitiva, y a modo de recapitulación podríamos señalar, tras describir el anterior conjunto de respuestas jurídico-laborales al fenómeno de la externalización productiva y los cambios organizativos empresariales, que los más importantes han sido: afirmar la pluralidad empresarial, la extensión de la responsabilidad al empresario principal y la extensión del ámbito de representación y de tutela de los representantes de los trabajadores marcan las líneas de intervención del legislador. De otra parte, la extensión del ámbito de aplicación de los convenios colectivos a las empresas auxiliares es la línea de actuación de los sujetos negociadores.

4. PROPUESTAS DE RESPUESTAS LABORALES A LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA

Las respuestas a los fenómenos de externalización productiva pueden ser muy variadas, desde la medida excepcional de su prohibición (en relación con aquellas actividades que afecten a derechos o intereses de relevancia constitucional) o la fijación de un sistema específico de responsabilidad empresarial para determinadas materias (prevención de riesgos laborales) a establecer la existencia de una pluralidad empresarial o la extensión de la responsabilidad por deudas frente a los trabajadores.

De partida, creo que debe considerarse un error que el enfoque en la búsqueda de soluciones jurídico-laborales al fenómeno de la externalización productiva adopte soluciones distintas atendiendo al carácter fraudulento o no de la práctica de externalización de que se trate. Se ha dicho que la regulación estatutaria prioriza un tratamiento parcial y patológico de este tema, pues el legislador laboral establece estas garantías para las relaciones laborales con el objetivo de perseguir el uso fraudulento de las nuevas formas de organización empresarial. A mi juicio, el enfoque legal debería partir de la máxima de que muchos supuestos de descentralización productiva producen efectos negativos sobre las relaciones laborales en sus manifestaciones lícitas. Por tanto, es prioritario que la norma estatutaria atienda a la tutela de los intereses de los trabajadores, con independencia del papel que pueda corresponder a otras normas sobre infracciones y sanciones.

³⁵ El Convenio Colectivo de la Industria Química de 2003 determina su aplicación a las empresas subcontratistas, si bien siempre que en aplicación del principio de unidad de empresa, la actividad principal de éstas se adscriba a dicho sector (art. 1.1).

En primer lugar, considero prioritaria la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al empresario principal. Por lo que se refiere a derecho a la vida e integridad física la regulación en materia de prevención de riesgos laborales resulta un buen ejemplo a seguir. Por lo que se refiere al derecho de huelga, la respuesta dada por el Tribunal Constitucional y hoy recogida en términos generales por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social reconoce este derecho también en favor de los trabajadores frente a la empresa principal. No obstante una solución complementaria, la afirmación de una pluralidad empresarial conllevaría, en los casos que después se propondrán, la efectividad de la referida tutela. Finalmente, hemos de destacar, que como bien se sabe, el derecho a la igualdad salarial constituye un punto oscuro de la actual regulación que exige una intervención del legislador para garantizar este principio jurídico universal de igual salario para trabajos iguales y para trabajos de igual valor. Sería preciso a este respecto que el legislador adoptará mecanismos que hoy se proponen en relación con la igualdad salarial de género y que podrían ser eficaces, como el derecho de información de los trabajadores o las auditorías salariales en las empresas.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las propuestas, a mi juicio, en ciertos casos de externalización productiva sería conveniente avanzar hacia la superación del concepto jurídico laboral de empresario hasta el concepto de empresario plural. Ya hemos visto que la propia jurisprudencia ha afirmado que la negación de la existencia de una cesión ilegal no impide afirmar la existencia de una pluralidad empresarial (ex art. 1.2 ET) en aquellos casos en los que la disociación entre la posición del empresario real y las obligaciones propias de aquella se derivan de una forma de prestación del servicio legalmente previsto. Por ello, la reforma normativa del art. 42 y 43 que se propone habrá de afirmar la existencia de una pluralidad de empresarios en el supuesto de hecho de externalización de actividades imprescindibles y de forma permanente (sin previsión de temporalidad). En estos casos, la admisión de la externalización frente a la contratación de trabajadores propios no debe producir efecto perjudicial alguno sobre los trabajadores afectados.

Como antes se señaló, la variedad y complejidad de los supuestos de externalización determina que la labor de distinción entre los supuestos de contrata ex art. 42 y cesión ex art. 43 constituya una ardua labor técnica que conllevará finalmente a la adopción de soluciones diversas (y transcendentales para la tutela de los trabajadores) para supuestos solo “coyunturalmente” distintos. En algunos casos, a la luz de la doctrina judicial sobre la delimitación entre los supuestos de los artículos 42 y 43 ET, se aprecian diferencias sustanciales de protección de los trabajadores sujetos a prácticas de externalización bastante parecidas. Superada la configuración como fraude de ley del supuesto de hecho del art. 43 LET, pierde sentido la diferencia de respuesta jurídica prevista por este precepto, en relación con el supuesto de hecho del art. 42, es decir la previsión de la existencia de un empresario plural. La dualidad jurídica establecida en los artículos 42 y 43 ET (para los casos de subcontratación de obra y servicios/cesión de trabajadores) se ha visto superada por una realidad económica, donde la externalización productiva adopta formulas variadas y en la que las relaciones de coordinación y dependencia entre las empresas no pueden ser ignoradas.

Por ello, es preciso avanzar y si hay que reconocer a la empresa tal y como lo es en el mundo económico, también desde la norma laboral ha de garantizarse la tutela de los trabajadores, siendo la fórmula más idónea el empresario plural³⁶.

³⁶ Por ello es preciso avanzar y el concepto jurídico de empresa debe adaptarse a su realidad económica material, debe de reconocer como empresa la que lo es en el mundo económico y actúa como tal, y pensar que la adscripción del trabajador en virtud de su contrato de trabajo no se refiere a una concreta persona, física o jurídica, sino a una empresa, de manera que la relación del trabajador se entabla con quien realmente sea titular de esa empresa.

En tercer lugar, esta misma solución debería adoptarse en supuestos diversos de agrupamiento de empresas con especial incidencia en las relaciones laborales. En efecto en la misma línea descrita debe abordarse la solución al tema antes suscitado de los grupos laborales de empresa, es decir, desde la perspectiva del empresario plural y al margen de cualquier elemento defraudatorio. Probablemente, como se ha dicho, todo lo relativo a los grupos de empresas, y en particular a su intervención en supuestos de despidos colectivos, habría de ser repensado. Y la clave para ello, consiste en pasar página de la precipitada identificación de la existencia de un grupo de empresas laboral, o mejor de la actuación de determinadas empresas como grupo en el ámbito laboral, con una situación patológica o de fraude (Durán López).

Partiendo del concepto unitario de grupo de empresas que ha sentado el Tribunal Supremo, habría que distinguir entre los supuestos de atribución de responsabilidad solidaria a las empresas del grupo (también en los términos jurisprudencialmente fijados para ello) y aquellos otros en los que cabe, al margen de patologías y de intenciones fraudulentas, la atribución a un conjunto de empresas de una posición empresarial común y que debe tener su reflejo, lógicamente, a la hora de abordar procesos de reestructuración y despidos colectivos. Creo que habría que distinguir “efectos laborales” para los grupos de empresa, aquellos en los que puede apreciarse una intención fraudulenta en la operativa del mismo, los supuestos en los que se genera una responsabilidad solidaria entre las empresas que forman parte de un grupo, aquellos otros finalmente en los que, al margen de cualquier noción de fraude, se produce, por motivos lícitos de estrategia empresarial, un funcionamiento integrado de las empresas del grupo. La dirección unitaria de las mismas, su apariencia externa de unidad, pueden no ser suficientes para fundar, como sostiene acertadamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una exigencia de responsabilidad solidaria, pero sí podrían ser suficientes para la actuación como grupo en el ámbito de las relaciones laborales, y la interlocución como tal³⁷.

En cuarto lugar, desde la perspectiva de la tutela colectiva de los trabajadores las respuestas deben dirigirse hacia la ampliación de la capacidad representativa de los trabajadores con independencia del titular del contrato de trabajo. Por ello, los pasos dados en este sentido por la legislación estatutaria creo que han de dar un giro y deben llevar, como para la solución de tantos otros problemas de nuestro sistema de representación empresarial, hacia un nuevo modelo normativo que pivote sobre las representaciones sindicales en las empresas. Sólo desde el fortalecimiento sindical y la libertad organizativa consustancial al derecho de Libertad Sindical puede asumirse la tutela del trabajo en las formas organizativas complejas que caracterizan el sistema de empresas.

BIBLIOGRAFIA CITADA:

- AA.VV., Who’s the boss: Restoring accountability for labor standards in outsourced work, NELP (National Employment Law Project) 2014.
- AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BLAT GIMENO, F., El marco socioeconómico de la descentralización productiva, en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

³⁷ Piénsese en cadenas hoteleras donde cada hotel se gestiona por una sociedad o empresas de pesca de altura en las que cada buque lo explota una sociedad sin ningún motivo de ilicitud y aunque puedan concurrir indicios definidores de un grupo laboral (Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo).

- CASTELLS, M., La Era de la información. Economía, sociedad, cultura. La sociedad Red, Alianza, Madrid, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, J., Derecho del trabajo y descentralización productiva, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 2006.
- CRUZ VILLALÓN J., (Coordinador) Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Tirant lo Blanch, 2011.
- ESCUADERO PRIETO, A., Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva, Madrid, Reus, 2009.
- FALGUERA BARÓ, M.A. La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación, Bomarzo, 2015.
- GOMEZ GORDILLO, R., El impacto de los procesos de descentralización productiva sobre la eficacia de la norma laboral, en CRUZ VILLALÓN J., (Coordinador) Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Tirant lo Blanch, 2011.
- KAHALE CARRILLO, D.T., Descentralización productiva y ordenamiento laboral : un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2011.
- MENENDEZ CALVO, R., Negociación colectiva y descentralización productiva, Madrid: CES, 2009.
- MOLINA NAVARRETE, C., y MOLINER TAMBORERO, G., La responsabilidad en las relaciones laborales. Entre viejas y nuevas reglas, Bomarzo, 2011.
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., (director) 100 preguntas laborales sobre descentralización productiva Madrid: La Ley, 2011.
- SALINAS MOLINA, F., Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora, en REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, núm. 38.
- VALDES DAL-RE, F., “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, en Revista Universitaria de la Facultad de Ciencias del Trabajo, 2/2001.