

EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS

OUTSOURCING AND MULTI-SERVICE ENTERPRISES

Manuel Martín Hernández-Carrillo

Magistrado Especialista de lo Social

Presidente de la Sala de lo Social

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Málaga

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

m.martin@poderjudicial.es

Recepción de trabajo: 9-04-2021 - Aceptación: 11-04-2021

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. INICIATIVAS LEGISLATIVAS. ■ 3. CRITERIO JURISPRUDENCIAL
(sentencia del TS de 07/05/2020)

RESUMEN

El modelo productivo de contratación y subcontratación, ha venido produciendo una progresiva precarización de las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, efecto que se ha visto agravado por la paulatina aparición de las empresas de multiservicios. En este contexto, aderezado con una profunda crisis económica y los efectos devastadores sobre el empleo que trajo consigo la pandemia provocada por el Covid-19, el Tribunal Supremo matiza su doctrina en relación a la posibilidad de cubrir las necesidades de personal en los supuestos de descentralización productiva mediante el contrato temporal para obra o servicio determinado.

PALABRAS CLAVE: contrata, subcontrata, externalización, descentralización, multiservicios.

ABSTRACT

Contracting and subcontracting's productive model has been producing a progressive working conditions' precarization of the contractors and subcontractors' employees; this effect has been aggravated by the gradual emergence of multi-service enterprises. In this context, seasoned with a deep economic crisis and the devastating effects on employment, brought about by the Covid 19 pandemic, The Supreme Court qualifies its doctrine regarding the possibility of meeting staffing needs in cases of productive decentralization through the temporary contract for specific work or service.

KEYWORDS: contracts, subcontracts, outsourcing, decentralization, multi-service.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien tradicionalmente la contratación y subcontratación de actividades y servicios (técnica denominada “externalización”) venía marcada por la aplicación del convenio colectivo del sector en el que ésta se producía, la aparición paulatina de “empresas de multiservicios” cuya actividad esencial no es sino la prestación de servicios, en ocasiones de lo más variados, a terceras empresas, ha producido el resultado de una clara precarización de las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas multiservicios. Dicho fenómeno tiene su origen, esencialmente, en la huida de las empresas multiservicios del convenio colectivo de sector mediante la elaboración de un convenio colectivo propio cuyas condiciones salariales/laborales son manifiestamente más desfavorables que el del sector.

Se trata además de convenios colectivos en los que, mayoritariamente, por el banco social participen la representación unitaria y, en buena parte, delegados de personal; se negocian en períodos temporales breves y con un período de duración sensiblemente superior al resto de convenios colectivos (¿blindaje del convenio?); con ámbitos funcionales omnicomprendivos; y condiciones salariales/laborales, según lo ya expuesto, sensiblemente inferiores a las del convenio del sector.

La inaplicación del salario y de las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo del sector produce el inevitable efecto disruptivo en el avance hacia el trabajo decente, lo que hace necesario que el fenómeno de la externalización sea examinado con inevitables cautelas.

2. INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Con toda seguridad esas fueron las causas por las que en la anterior legislatura, se presentara ante el Congreso de los Diputados en diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista, con el apoyo de Unidos Podemos, una proposición de ley para equiparar los sueldos y las condiciones de los trabajadores de las contratadas y subcontratadas con los de la empresa matriz o contratante, cuando ésta sea su actividad principal. En esencia, tal iniciativa legislativa, proponía la modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores a los fines de que las empresas contratistas o subcontratistas vinculadas a la actividad principal de una empresa, garanticen a sus trabajadores, durante el tiempo que dure el servicio, las mismas condiciones laborales y salariales previstas en el convenio colectivo que tiene la empresa contratante.

Realmente, la proposición del grupo parlamentario socialista, si bien podía haber avanzado hacia una solución más equilibrada, no contenía soluciones completas puesto que la equiparación solo se produciría cuando la parte externalizada se considerase actividad principal de la empresa. Y es que las empresas consideran externalizable cualquier parte del proceso productivo o de la actividad nuclear de la empresa (como en el caso de las camareras de pisos en los hoteles, que

EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS

generó gran litigiosidad, abordada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, número 721/2017, de 19 de abril) de manera que, una vez externalizada la actividad, en la práctica se produce la subcontratación con empresas con convenios de empresa precarios y fuera del marco sectorial, efecto de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a los convenios sectoriales tras la Reforma Laboral de 2012.

Dicha iniciativa parlamentaria quedó en vía muerta como consecuencia de la disolución de las Cortes tras la presentación por el Grupo Parlamentario Socialista de una moción de censura en mayo de 2018. Y con el actual panorama de emergencia sanitaria, la actividad legislativa (casi exclusivamente, vía reales decretos leyes), por evidentes razones, se ha centrado en atender los efectos de la pandemia, por lo que habrá que esperar que se retome de nuevo la cuestión en el estado en que se encontraba.

Las soluciones, en tanto que no se aborde por el legislador de manera frontal la problemática expuesta, pasan por la interpretación que los Tribunales hagan de los artículos 15, 42 y 84 del Estatuto de los Trabajadores. Ya se ha citado la sentencia del TSJA/Málaga, número 721/2017, de 19 de abril, sustentada sobre la base del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores para eludir la prioridad aplicativa del art. 84.2 de la norma estatutaria respecto del mencionado convenio de empresa, y con el resultado de equiparar condiciones laborales.

Con el panorama descrito, y aderezada la problemática expuesta con la profunda crisis económica motivada por Covid-19, parte de la doctrina vaticina una cuenta atrás del fenómeno de la externalización. Si realmente las condiciones salariales/laborales de los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas se equiparan a los de la empresa principal, bien limitada a la actividad principal, bien de una manera más amplia, y si se pone coto a la huida del convenio colectivo de sector, realmente el atractivo para las empresas multiservicios pudiera verse seriamente afectado.

Salta a la memoria la Reforma Laboral de 1994, cuando se dio carta de naturaleza a las agencias privadas de contratación ante el evidente fracaso de las agencias públicas, mediante la creación de las empresas de trabajo temporal. El atractivo se centraba, precisamente, en el menor coste salarial del trabajador puesto a disposición para la empresa usuaria, pese a las rigideces en la constitución de dichas empresas de trabajo temporal. Una vez producida la modificación legal, en virtud de la cual se equiparaba salarialmente al trabajador puesto a disposición con los trabajadores de la empresa usuaria, las ventajas de dicha modalidad de contratación decrecen y comienza a aflorar el fenómeno de las empresas multiservicios que, sin rigideces en su constitución, huyen de manera pasmosa del convenio de sector y operan en el tráfico mercantil como si de empresas de trabajo temporal se tratase, zafándose de los corsés de éstas.

Lo indiscutible es que la cuestión está sobre el tapete con las consecuencias nada halagüeñas para el sector afectado. Basta comparar salarios o condiciones laborales de quienes prestan servicios bajo el paraguas del convenio de sector, con el de aquellos otros que lo hacen sin dicho paraguas y expuestos al convenio de las empresas multiservicios o, en el peor de los casos, sin cobertura convencional y a puro salario mínimo interprofesional. Por poner un ejemplo, hoteles que

descentralizan la limpieza de algunas de sus plantas, producen el efecto de que sus camareras/ camareros de pisos tienen mayor salario que los de las empresas multiservicios adjudicatarias de la limpieza, la cual dicho sea de paso, es “propia actividad” en toda actividad hotelera.

Claro que la precarización producida mediante la contratación a través de empresas multiservicios se sustenta en la posibilidad de anudar contrato temporal para obra o servicio determinado con la contrata entre empresa principal y contratista. Pero, si se rompe o se limita de alguna forma esta interrelación, ¿seguiría existiendo margen para la contratación temporal?

3. CRITERIO JURISPRUDENCIAL (SENTENCIA DEL TS DE 07/05/2020)

En este escenario se dicta la sentencia del TS núm. 287/2020, de 7 de mayo, en la que se nos reitera que *“para que un contrato sea verdaderamente temporal, no basta con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone y más en concreto, tratándose del contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada señala que son, de necesaria concurrencia simultánea: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas (por todas, STS/4ª de 27 abril 2018 —rcud. 3926/2015—)”*.

Pero contiene dicha sentencia una advertencia que merece destacarse: *“[...] ello no excluye la exigibilidad y el mantenimiento de todos los elementos básicos que naturalizan este tipo de contrato de duración determinada. Eso implica que, en todo caso, deban concurrir esas notas definitorias de la modalidad contractual que antes hemos expuesto”*. De manera que, si se desnaturaliza la causa de temporalidad por una extensión ilimitada de la contrata con renovaciones, prórrogas, etc., la misma no se mantiene y el contrato se debe entender como indefinido.

En todo caso, de la anterior advertencia podemos extraer claramente dos conclusiones:

- La primera, que es válida la causa de temporalidad del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata cuando concurren las causas que le son propias.
- Y la segunda, que es la que merece ser resaltada, que cuando la actividad principal de la empresa sea, precisamente, la de cubrir servicios mediante externalizaciones (léase, empresas multiservicios, entre otras), la consecuencia no será otra que considerar que la necesidad de

EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS

personal de la empresa es permanente y, en consecuencia, al no concurrir causa de temporalidad, los contratos así celebrados deben calificarse como indefinidos.

Aviso a navegantes. Tanto en el sector privado, como en el público. Basta repasar las innumerables y sucesivas adjudicaciones en las Administraciones públicas o en el sector público en régimen de adjudicaciones a empresas privadas que contrata a trabajadores para ser adscritos a las mismas. Sector público al que, por cierto, la sentencia del TSJA/MÁLAGA de 13/05/2020 (Recurso de Suplicación 1829/2019), ha proclamado la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a un puesto de trabajo. Criterio confirmado por la reciente sentencia del TS de 18/06/2020 (Recurso 2811/2018)