

DESAYUNO DE TRABAJO COLEGIO DE ABOGADOS DE VALENCIA. OCTUBRE 2015

Amparo Esteve-Segarra. Profesora Titular de Universidad. Magistrada Suplente Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana. amparo.esteve@uv.es. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València (UV). Facultad de Derecho. Avenida dels Tarongers s/n, 46071, Valencia. Spain. orcid.org/0000-0003-3773-4668

Trabajo realizado por el grupo de investigación sobre transformaciones del Derecho del Trabajo y protección social. LABORUM 3.0. Referencia GIUV 2013-043

EMPRESAS MULTISERVICIOS Y CONTRATACIÓN TEMPORAL POR OBRA Y SERVICIO DETERMINADO

1.- Admisión de vinculación del contrato temporal por obra y servicio determinado y descentralización

STS 15-1-97, rcud. 3827/95, sobre la externalización de la seguridad en una central nuclear; STS 25-6-97, Ar. 6133, y STS 18-12-98, Ar. 309/99; STS 6-10-06, rcud. 4243/05 y STS 3-4-07, rcud. 290/06, sobre la externalización del servicio de incendios encargado por una Comunidad Autónoma.

2.- Duración del contrato de obra y servicio determinado limitada a 3 años, ampliable a cuatro años por convenio de ámbito funcional obligadamente sectorial, y de ámbito territorial estatal o, en su defecto, de ámbito inferior.

2.1.- Se aplica a contratos suscritos con posterioridad al 18 de junio de 2010

2.2.- Excepciones en las Administraciones públicas. La D.A. 15ª ET en su apartado segundo excluye dicha duración máxima en las modalidades de contrato de trabajo previstas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera normas con rango de ley cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o inversión de duración superior a tres años.

➤ *SSTSJ Andalucía (Málaga) 23-5-13, rec. 65/13 y 101/13: Licitud de la excepción a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado cuando los contratos estén contemplados en normas con rango de ley, cuando estén vinculados a un programa específico de inversión de duración superior a tres años.*

3.- Atención de dos o más contrataciones como objeto del contrato de obra o servicio determinado. Vicisitudes en caso de finalización o subrogación en relación con alguna de las contrataciones. Evolución jurisprudencial

3.1.- La pérdida de una de las contrataciones a las que está adscrito el trabajador y la supresión de una de las obras o servicios objeto del contrato, no constituye en sí mismo un despido, pues no cabe la figura del despido parcial.

- *STS 7-4-00, rcud. 1746/99, donde una limpiadora de una empresa multiservicios que pierde una de las contrata a las que estaba adscrita la trabajadora. La empresa mantuvo a la trabajadora con jornada reducida. La sentencia desestimó la demanda por despido, al entender que no cabía un despido parcial.*
- *Igual doctrina, se aplicó en STS 24-11-00, rcud. 1417/00. En doctrina judicial, STSJ Galicia 26-7-03, rec. 3544/03.*

3.2.- La pérdida de una de las contrata no puede dar lugar a una reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa multiservicios como modificación sustancial de jornada, dado que la conversión de una relación a tiempo completo en otra a tiempo parcial requiere el consentimiento del trabajador afectado. Posibilidad de despido por causas organizativas y productivas.

- *STS 26-4-13, rcud. 2396/12. La reducción de jornada consecuencia de la extinción de una de las contrata objeto del contrato del trabajador no puede imponerse unilateralmente por el cauce del art. 41 ET. Ahora bien, de no aceptarse la conversión puede haber el despido por causas organizativas y productivas, no estando obligada la empresa a adoptar medidas alternativas de flexibilidad interna.*

3.3.- En caso en que opere la finalización de una de las contrata y proceda aplicar el régimen de la transmisión de empresa, la empresa entrante se subrogará parcialmente en la relación de dicho trabajador, y si ésta se negase a darle ocupación, se trataría de un despido.

- *STS 18-9-00, rec. 2281/99.*

4.- Extinción o finalización de la contrata.

4.1.- Consecuencias en los contratos indefinidos cabría el despido por causas productivas y organizativas.

- *STS 7-6-07, rcud. 191/06 - reiterada en jurisprudencia posterior- : “respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores”.*

4.2.- Contrato temporal por obra o servicio determinado.

- *Cabe su cese por finalización de la obra (STS 30-09-99, rec. 3983/98; STS de 31.01.08, rec. 1719/07). Ahora bien, si el contrato es fraudulento, no cabe la lícita finalización por terminación de la contrata.*

5.- Extinción *ante tempus* de la contrata por iniciativa de la empresa principal.

5.1.- Respecto a los trabajadores indefinidos (incluyendo los casos de contratos temporales fraudulentos) cabría el despido por causas organizativas y productivas.

5.2.- Respecto a los trabajadores con contrato temporal por obra o servicio:

- *La reducción parcial de la contrata no permitiría la extinción de los contratos de obra o servicio determinado por considera que la reducción de la contrata no equivalía a su extinción o finalización (STS 12-6-08, rec. 1725/08 y STS 8-11-10, rec. 4173/09).*
- *La disminución del volumen de la obra o servicio contratado tampoco justifica el cese por finalización del contrato temporal (STS 10-6-08, rcud. 1204/07, STS 17-6-08, rcud. 4426/06 y STS 23-9-08, rcud. 2126/07 y STS 22-12-11, rcud. 357/11). Sí se admite el cese por finalización paulatina de la obra o servicio. La forma de proceder a estos ceses de contratos por obra o servicio por reducción parcial del encargo puede ser objeto de regulación convencional, que puede establecer un orden en el cese de los trabajadores. STS 15-5-13, rcud. 2062/12, en relación con el art. 15 del Convenio Estatal de Empresas de Seguridad, que fijaba un régimen de prioridad para los trabajadores en función de criterios de antigüedad y cargas familiares.*
- *No plantea dudas que sí cabe que la reducción del volumen justifique un despido objetivo o colectivo (STS 7-6-07, rcud. 191/06 y 31-1-08, rcud. 1719/07).*
- *Estas terminaciones de contratos de obra o servicio por disminución del encargo a la empresa contratista, computan a los efectos de la eventual concurrencia de un despido colectivo, de suerte que si se superan los porcentajes de trabajadores establecidos en el art. 51 ET, la terminación de los contratos por obra o servicio determinado antes de la finalización de la obra y que obedecen a la reducción parcial del encargo, deberán llevarse a cabo por el cauce establecido en el art. 51 ET (STS 3-7-12, rcud. 1657/11). La sentencia declaró la nulidad del despido por omisión del procedimiento de despido colectivo e insistió en que el tenor literal del art. 51 del ET en relación al no cómputo de los contratos temporales, no era aplicable cuando la terminación de los contratos de obra o servicio se producía con anterioridad a la finalización de la obra o servicio, por reducción de la contrata, siendo además que esta reducción constituía una causa organizativa y productiva. En similar sentido, la STS 8-7-2012, computó las extinciones por finalización de contratos temporales derivadas de la reducción de la contrata y cuando además dichos contratos se habían celebrado en fraude de ley.*

6.-Extinción *ante tempus* de la contrata a iniciativa de la empresa contratista:

- *Constituye un despido improcedente (SSTS 14-06-07, rcud. 2301/06 y STS 2-07-09, rcud. 77/07).*
- *También se reputa despido improcedente la terminación de un contrato de una trabajadora (repcionista telefonista) de una empresa de servicios sobre la base de que sus funciones son asumidas por otros trabajadores de la misma empresa del grupo (vigilantes de seguridad) por no haberse*

producido la extinción del servicio que motivó la contratación temporal (STSJ Cantabria 31-8-06, rec. 756/06).

7.- Extinción ante tempus de la contrata por acuerdo entre los contratistas.

- *Es ilegal el cese por fin de la obra o servicio (STS 14-6-07, rcud. 2301/06).*

8.- Renovación de la contrata a la empresa multiservicios y consecuencias en los contratos temporales de obra y servicio

- *Se impone la continuidad de los contratos (SSTS 17-06-08, rcud. 4426/06; 18-06-08, rcud. 1669/07; 28-04-09, rcud. 1419/08). Se altera la tesis jurisprudencial inicial sobre la extinción de los contratos (SSTS 22-10-2003, rcud. 107/03; 04-05-06, rcud. 1155/05).*

CESIÓN ILEGAL VERSUS CONTRATA LÍCITA EN EMPRESAS MULTISERVICIOS

1.- Cuestión previa: el casuismo.

- *La delimitación entre contratas y cesión ilegal obliga a un análisis de la relación entre la empresa de servicios y la empresa que contrata a los mismos y después la relación concreta del trabajador. Puede haber dentro de una misma empresa cesión ilegal para unos trabajadores y no para otros (STSJ de Madrid 6-10-03, rec. 2620/03).*

2.- Indicio de existencia real de la empresa

- *Se descarta la cesión ilegal por el hecho de que la empresa contratista tenga una elevada plantilla en relación con los trabajadores empleados en la contrata y preste servicios similares para otras empresas (STSJ de Asturias 16-4-04, rec. 2475/03).*

3.- Indicio de la justificación técnica de la contrata.

- *Si la actividad de la empresa multiservicios se despliega dentro del proceso productivo de la principal, utilizando su maquinaria y utensilios y siendo organizado y controlado el trabajo por la empresa principal, no existe autonomía técnica de la contrata (STS 14-9-01, rcud. 2142/00).*
- *Si la actividad realizada por la empresa auxiliar se agota en el mero suministro de mano de obra se produce prestamismo laboral (STSJ de Cataluña de 5-3-10, rec. 2865/09).*
- *La fórmula de pago entre empresario principal y contratista. Es indicio de cesión ilegal el que se incremente o reduzca el precio de la contrata en función exclusivamente del aumento o disminución de trabajadores necesarios para atenderla (STS 14-3-06, rcud. 66/05).*

4.- Indicio de puesta en juego de la infraestructura propia de la empresa contratista para desarrollar la contrata.

- *La STS de 26-4-04, rcud. 3790/02, consideró que la empresa multiservicios no puso en juego su organización empresarial para la prestación del servicio de lectura de contadores para la empresa eléctrica, porque era ésta la que proporcionaba el equipo necesario para la lectura, y organizaba, planificaba y supervisaba la actividad de los trabajadores de la contratista, siendo la intensidad del control de la empresa principal muy notable frente al escaso control ejercido por la empresa multiservicios.*
- *Lugar en el que se prestan los servicios. La aportación del local no es importante en contrataciones como las de limpieza o seguridad, que se realizan siempre en los locales de la empresa principal (STS de 7-3-88, RJ. 1863). En cambio, cuando la naturaleza del servicio no exige la localización, un indicio de la falta de soporte empresarial es que la empresa principal facilite el local para la prestación de la actividad de la empresa cedente. Uno de los casos paradigmáticos es el de la STS 16-6-03, rcud. 3054/01 en el que la empresa de servicios desarrollaba su actividad de telemarketing en el local de la empresa principal (AIRTEL), y utilizando además su software y hardware.*

5.- Efectos cesión ilegal: efectuado el despido, el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización corresponda al empresario elegido por el trabajador entre el cedente y el cesionario. SSTS 5-2-08, y 3-11-08, rcud. 1697/07.

SUBROGACIÓN EMPRESARIAL EN CONTRATAS EN EMPRESAS MULTISERVICIOS

1.- Subrogación convencional

1.1.- Convenio sectorial

- Dificultades derivadas de la determinación del convenio colectivo sectorial aplicable a las empresas multiservicios. Disparidad de criterios:
 - *Aplicación de convenios del sector de actividad al que está adscrita funcionalmente la contrata, con cláusula de subrogación convencional. STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2-10-06, rec. 1563/06, SSTSJ Islas Canarias (Las Palmas) 23-4-10, rec. 324/10 y 11-5-10, rec. 323/10 y rec. 335/10 y STSJ Asturias 17-5-13, rec. 732/13.*
 - *No aplicación porque no es actividad principal de la empresa multiservicios. STSJ de Andalucía (Málaga) 30-10-06, rec. 2143/06*
- Evitación de la aplicación de un convenio sectorial porque las labores auxiliares encargadas a la multiservicios desbordan la delimitación funcional del convenio. Por ejemplo, se ha descartado la aplicación del convenio de empresas de seguridad en servicios auxiliares de carácter diferente, que incluya labores de información y atención a los clientes, de recepción, de reposición de etiquetado anti hurto (STSJ Madrid 11-1-12, rec. 5280/11 STSJ Madrid 11-1-12, rec. 5280/11), aunque las mismas tareas, en otros pronunciamientos han sido consideradas esencialmente de vigilancia y seguridad.
- Es posible la aplicación de una cláusula de subrogación contenida en convenio colectivo sectorial (en este caso del metal) aunque la empresa multiservicios

cuenta con un convenio de empresa sobre la base de dos argumentos: a) El art. 84 sólo es aplicable en los casos de concurrencia conflictiva de convenios, por lo que no dándose esta situación cabe la aplicación de dos convenios. b) La actividad de la empresa multiservicios estaría incluida en el ámbito funcional del convenio sectorial mientras desarrolle una contrata propia de ese ramo de actividad, sin que el convenio colectivo de la empresa multiservicios pueda blindarse a dicha aplicación (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 14-7-15, rec. 495/15, y 17-7-15, rec. 496/15)

1.2.- Convenios empresariales. La cláusula subrogatoria contenida en un convenio de la empresa principal con sus trabajadores, no vincula a los contratistas (STSJ Castilla-La Mancha 9-1-03, rec. 794/02).

1.3.- Obligaciones informativas. Inicialmente se sostuvo que si el convenio colectivo exige que el contratista saliente cumpla determinadas obligaciones de información respecto del entrante, su incumplimiento impedía el funcionamiento del mecanismo subrogatorio; continuando los contratos de trabajo con el contratista saliente (STS 30-9-99, rcud. 3983/98 y STS 29-1-02, rcud. 4749/00); posteriormente, se admitió que la subrogación puede operar si la documentación a entregar por la empresa saliente a la entrante no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible (STS 28-7-03, rcud. 2618/02). Y, en un paso más en esta interpretación que relativizaría los efectos del incumplimiento de los deberes de información, se admitió que si los hechos determinantes de la subrogación existen, el incumplimiento del deber de información por parte del empresario saliente no puede proyectarse negativamente sobre la esfera del trabajador (STS 6-3-07, rcud. 3976/05; STS 26-07-07, rcud. 381/06, todas ellas en relación con el convenio colectivo de empresas de Seguridad). El incumplimiento de las obligaciones de documentación por el anterior contratista puede generar responsabilidades frente al nuevo empresario contratista, pero no perjudica a los derechos del trabajador (STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2-10-06, rec. 1563/06). El último estadio de esta evolución es una vuelta a la tesis inicial, de modo que se ha establecido que el incumplimiento del deber de entrega documental que la empresa saliente debe efectuar en favor de la entrante exonera a esta última del deber de subrogación contractual que pudiera establecer el convenio aplicable (STS 12-2-14, rcud 2028/12), siendo responsable del despido la empresa saliente (STSJ Madrid 26-6-15, rec. 318/2015).

2.- Criterio de asunción de plantilla

- *Utilización creciente en sectores en que las contratas no requieren demasiados activos materiales, más allá de contratas de limpieza (SSTJCE 10- 12-1998, asunto Hernández Vidal y otros; y STJCE 24-1-02, asunto Temco, entre otros y STS 12-7-10, rec. 2300/09) o de vigilancia (STJCE 10-12-1998, asunto Sánchez Hidalgo), o de mantenimiento de unas instalaciones deportivas realizado por una empresa multiservicios (STS 27-10-04, rec*

899/04), labores auxiliares realizadas por empresas multiservicios de servicios de información y atención al clientes en centros comerciales (STS 28-2-13, rcud. 542/12 y STS 5-3-13, rcud. 3984/12), las de servicios accesorios de un aeropuerto (STS 7-12-11, rcud. 4665/10).

- Si se trata de actividades que no descansan esencialmente en la mano de obra, sino que exigen importantes elementos materiales, la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y la asunción de parte de la plantilla no permitiría que existiera sucesión de empresa sin transmisión de los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad (STSJ Murcia 3-6-13, rec. 155/13).
- Requisitos para que opera la transmisión de empresa sobre la base de la asunción de plantilla:
 - Transmisión de la actividad al nuevo contratista. Las variaciones en el ámbito de la contrata respecto a lo anterior no determinan la inaplicación de la sucesión de empresa si no se trata de variaciones cualitativas sustanciales, y en todo caso, dichas variaciones han de ser acreditadas por la empresa que pretenda probar la inexistencia de una transmisión de empresa.
 - ¿Qué es parte esencial? En la STS 7-12-11, rcud. 4665/10, se estima con una asunción del 80% de la plantilla. En la STSJ Murcia 3-6-13, rec. 155/13, se aplica con la asunción de un 79% de la plantilla. el Tribunal Supremo lo ha aplicado en algún supuesto donde se asumió menos del 50% de la plantilla (STS 9-4-13, rec. 1435/12, en el que se había contratado a tres de siete u ocho trabajadores que prestaban el servicio). No se admite en un caso donde la empresa multiservicios asumió el 10% de la plantilla (STSJ Madrid 11-1-12, rec. 5280/11).
- La asunción de plantilla en los pronunciamientos de los Tribunales puede venir referido no sólo al centro de trabajo concreto, sino a la contrata de la empresa, o ambos (STSJ Murcia 20-5-13, rec. 1284/12 y STSJ Cataluña 1-7-13, rec. 1091/13).
- En punto a la asunción de la plantilla, a efectos de determinar la aplicación del art. 44 ET, no es relevante que la empresa contratista entrante haya efectuado formalmente una nueva contratación (por ejemplo se estima que el efectuar una nueva contratación no desvirtúa la asunción de la plantilla en STS 28-2-13, rcud. 542/13, STSJ Asturias 27-7-12, rec. 1766/12 y STSJ Cantabria 23-7-13, rec. 600/12) o un previo proceso de selección para contratar a parte de los trabajadores que prestaban el servicio (STS 5-3-13, rcud. 3984/12 y STSJ Madrid 8-5-13, rec. 6816/12).

NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EMPRESAS MULTISERVICIOS

1.-Posición judicial

1.1.- Empresas multiservicios con convenio.

- *Existiendo un convenio de empresa multiservicios no resulta de aplicación el convenio sectorial de la actividad principal de la empresa (STS 18-3-04, rec. 23/03 y STSJ de Navarra 19-11-07, rec. 272/07) ni el de actividad de la contrata (STSJ de Andalucía (Sevilla) 21-6-2012, rec. 3025/10, SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) 28-3-07, rec. 271/07 y 2-5-07, rec. 450/07). Muchas reclamaciones son de los propios trabajadores en orden a la aplicación de convenios sectoriales más beneficiosos que los de empresas multiservicios, por diferencias salariales o para la aplicación de cláusulas de subrogación de personal de las contratas.*

1.2.- Empresas multiservicios sin convenio propio

- *La determinación del convenio colectivo en una empresa multiservicios no es una cuestión susceptible de pacto (salvo mejora en las condiciones retributivas). No cabe pactar la aplicación del convenio provincial de limpieza cuando la actividad real desarrollada corresponde con el convenio estatal de asistencia en tierra de aeropuertos (SSTSJ de Cantabria de 1-1-07, rec. 782/07, 21-1-09, rec. 29/09).*

1.2.1.- Posiciones judiciales

A) Interpretación 1: aplicación del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad desarrollada por la empresa multiservicios en el marco de la contrata

- *STSJ de Castilla-La Mancha 26-7-05, rec. 1137/05, STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2-10-06, rec. 1563/06, STSJ Andalucía (Granada) 14-3-07, rec. 3041/06, STSJ de Madrid, rec. 2399/08, STSJ de Cantabria de 21-1-09, rec. 29/09, STSJ de Andalucía (Sevilla) 21-6-2012, rec. 3025/10, STSJ Asturias 17-5-13, rec. 732/13.*

b) Interpretación 2: aplicación del convenio de la empresa principal a la empresa multiservicios

- *STSJ de Castilla-La Mancha 22-3-06, rec. 1606/04, STSJ de Andalucía (Málaga) 25-5-06, rec. 942/06 STSJ de la Comunidad Valenciana 22-2-07, rec. 1686/06).*

c) Interpretación 3: aplicación del convenio de la actividad principal de la empresa multiservicios. Para determinar la actividad principal se va al número de trabajadores

- *Criterio unificado en STS de 17 de marzo de 2015, rcud. 1464/2014: la determinación del convenio colectivo vendrá dada por la actividad preponderante dentro de las realizadas por la empresa multiservicios. La carga*

de la prueba del convenio colectivo aplicable a la empresa en contra del solicitado por el trabajador corresponde a la parte empresarial.

- *Aplicación a trabajadora de empresas multiservicios que desempeña las funciones de acompañante de autobús escolar del convenio de la actividad principal de la empresa, que en el caso de autos era el de hostelería (STSJ de Cantabria 22-9-08, rec. 601/08). Carácter no vinculante del Dictamen de la CCNCC. 2)*
- *STSJ de Andalucía (Málaga) 30-10-06, rec. 2143/06, dice que “habrá de estarse a la actividad principal o preponderante de la empresa sin que pueda ser determinante a estos efectos la función a desarrollar por un trabajador o un grupo de ellos sino que será como queda dicho, la actividad real predominante la que determine el convenio aplicable para lo que habrá de valorarse principalmente la actividad organizativa productiva y económica de la empresa”.*

2.- Tipología de situaciones convencionales:

- *Existe, aunque es marginal, algún convenio del sector de servicios auxiliares como el de Navarra, negociado por los sindicatos más representativos y la asociación de empresarios del sector.*
- *También se ha admitido un convenio para “empresas vinculadas” por relaciones de subcontratación (caso de Acuerdo Fin de Huelga de empresas del Complejo Repsol YPF Puertollano). Además en relación con éste se desestimó la pretensión de determinadas empresas multiservicios de quedar fuera de su aplicación. La STSJ de Castilla-La Mancha 27-10-05, rec. 944/05 señaló que no impide su aplicación el objeto social múltiple ni que no estuvieran afiliadas a la asociación empresarial firmante.*
- *Algunos convenios colectivos sectoriales de diferentes actividades están incluyendo expresamente a las empresas multiservicios¹. De forma similar, otros convenios al delimitar el ámbito funcional establecen su aplicación a todas las empresas que desarrollen la actividad, cualquiera que sea su forma jurídica y aunque no se trate de su actividad principal²; o siempre que realicen la actividad objeto del convenio en su ámbito territorial, aunque tengan el domicilio social en otro territorio³.*
- *Convenios colectivos de empresas multiservicios. Ejemplos CC Acciona, Res. DGT 8-10-13, BOE 18-10-13; CC Expertus Multiservicios, Res. DGT 13-6-13, BOE 3-7-12; CC Limber Multiservicios, Res. DGT 8-2-12, BOE 23-2-12; Umano Servicios Integrales, Res. DGT 19-7-12, BOE 6-8-12.*

¹ Sirva de ejemplo el Convenio Colectivo para el Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Castellón para los años 2011-2014, que incluye los centros especiales de empleo, empresas multiservicios y servicios auxiliares que se dediquen a la actividad de limpieza de edificios y locales.

² Vid. art. 1 C.C. de Sevilla de limpieza de edificios y locales (Acuerdo de 1-10-11, B.O. Sevilla 25-10-13).

³ Vid. art. 1 y 2 del C.C. de Cádiz de limpieza de edificios y locales (Acuerdo de 1-1-2013).