

Externalización de actividades y servicios empresariales: contenido y peculiaridades de la prueba y del procedimiento de conflicto colectivo a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 112/2004 y de la Sentencia del Tribunal Supremo 15/2005.

Roberto Fernández Villarino.

Abogado y Prof. Asociado Área Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Departamento Anton Menger. Universidad de Huelva. Huelva 10-07-2006.

1. Antecedentes de hecho.

Tanto la Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras como la Unión General de Trabajadores formularon escrito de demanda sobre *conflicto colectivo* ante la Sala de lo Social de Audiencia Nacional en la que solicitaban la nulidad de la actuación de la empresa de subcontratar o externalizar actividades así como el derecho de los trabajadores afectados, -que constituyen de manera directa la totalidad de los empleados de la empresa Heineken España S.A.-, a su reincorporación al trabajo. Todo ello como consecuencia del incumplimiento patronal, -que las centrales sindicales entienden se ha producido-, de la estipulación cuarta del texto del Acuerdo de Plan Social que regula el ejercicio del derecho a la subcontratación para las actividades del negocio de la empresa y la posibilidad de amortización de puestos de trabajo para determinadas actividades complementarias de la actividad principal.

Esta estipulación indica expresamente lo siguiente: “Como consecuencia de las bajas producidas por la aplicación del Plan de Consolidación, las partes se comprometen a analizar la situación resultante en cada centro de trabajo y en base a ello acordarán y delimitarán las necesidades que en su caso pudieran existir en cuanto a la cobertura de puestos de trabajo, bien a través de personal interno o de nuevas contrataciones en aquellos puestos que estimándose vacantes no son amortizables para garantizar el normal y adecuado desarrollo de la actividad de la empresa. En ningún caso el número de amortizaciones podrá superar el objetivo previsto en el Plan de Consolidación, que es de 633 puestos, de los cuales han sido justificados con anterioridad 547, quedando por ajusticiar en los próximos días el resto. En caso de que la propia dinámica de la Compañía, por inversiones añadidas u otras causas, provoque una modificación de dicha plantilla que suponga un número mayor de amortizaciones, dicha modificación deberá ser acordada en la Comisión de Seguimiento. La aplicación del Plan de Consolidación no será en ningún caso motivo de subcontratación o externalización de actividades de negocio, en cuanto a las actividades de vigilancia, merchandising, reparto, garaje, conductores de camión o furgoneta, servicio técnico de instalaciones de barril, limpieza, pintura y albañilería, la empresa podrá amortizar las vacantes que se vayan produciendo”.

La Audiencia Nacional dictó sentencia 112/2005 de fecha 27 de diciembre de 2004 [JUR 2005, 230729], en la que desestimó dichas pretensiones, preparando ambas centrales sindicales recurso de casación por separado ante el Tribunal Supremo que con fecha 17 de enero de 2006 [JUR 2006/62822], desestima nuevamente las solicitudes sindicales.

2. Fundamentos de derecho.

Ambos pronunciamientos guardan similares argumentos incidiendo más la Audiencia en la falta de acreditación por la parte de la actora para identificar qué actividades de la empresa incumplieron el acuerdo de no subcontratación y amortización limitada de puestos de trabajo, no siendo suficiente la declaración testifical de trabajadores propios de la empresa, ni tratar de trasladar la carga de la prueba. En este sentido, y a fin de obtener los medios más óptimos de prueba para sostener sus pretensiones los legítimos representantes de los trabajadores disponen de la prerrogativa del art. 64 1º del E.T. (muy especialmente información sobre los contratos que suscriba la empresa y los supuestos de subcontratación).

Por parte del Tribunal Supremo se señala de la misma manera la ausencia de determinación probatoria de parte y resta solidez a argumentos tales como traslados de centros de trabajo, aumentos de costes de producción o reducción de volumen de empleo, -máxime cuando la estipulación del plan social permite expresamente la amortización de puestos de trabajo para determinadas actividades-.

En definitiva se pone de manifiesto que (Sic) (FJ 3) “.. la actividad probatoria relativa al incumplimiento de la misma (cláusula convencional) no puede limitarse a acreditar operaciones de movilidad o reducción de plantilla de la empresa en determinados centros de trabajo o en determinadas actividades. En particular, la mera reducción del número de trabajadores puede deberse no sólo a la subcontratación de actividades o servicios sino también a otras causas, como la amortización de plazas vacantes, o la propia reducción de efectivos por las extinciones de contratos de trabajo autorizadas en el expediente re regulación de empleo, o los propios encargos al exterior de actividades del negocio que no guarden conexión alguna con la aplicación del plan de consolidación.”

3. Valoración y comentarios.

Situada en estos términos la resolución de la litis, cabe analizar determinados aspectos procesales utilizados en ambos pronunciamientos y hacer mención a alguna consideración de fondo en torno al contenido del derecho de la libertad de decisión empresarial para subcontratar actividades de su negocio con independencia de sus consecuencias laborales y hasta donde llega el poder de control judicial en este tipo de conflictos.

En relación con los aspectos procesales tratados en los autos entresaco los siguientes:

3.1. La prueba en el procedimiento de subcontratación o externalización de actividades o servicios empresariales.

Carga de la prueba. *Corresponde al actor acreditar el incumplimiento de los compromisos de prohibición de externalización de la actividad empresarial.* Muy expresamente la Audiencia indica (sic) (FJ 2) “¿A quién corresponde probar el que se hayan podido producir exteriorización de servicios y contrataciones?. A quien lo afirme, esto es incontestable.” No cabe la posibilidad de inversión de la carga de la prueba para la empresa, que en su caso consistiría en sostener, -con los medios de prueba admitidos en derecho-, la legalidad de su propia decisión.

Medios probatorios. *Prueba documental más que testifical.* Habida cuenta de la inexistencia de testigos sin interés en el tema por parte de la empresa o de la representación de los trabajadores, constituye la prueba documental la más idónea para acreditar la existencia concreta de compromisos contractuales de subcontratación. Así lo manifiesta la Audiencia (FJ 1) “ Debemos señalar que no se han podido sentar más hechos probados porque, por un lado, los demandantes sólo han presentado testigos, todos ellos trabajadores de la empresa, y la demandada también testigos, que eran cargos de la misma, así como autocertificaciones de parte, con lo cual las posiciones encontradas y contrapuestas no han venido a clarificar nada. Todo ello unido a extensas exposiciones verbales, que han servido más para embrollar que para clarificar, que es de lo que se trataba. Non omnia possumus omnes”.

Modo de obtención de la prueba. Cuando el procedimiento se inicia a instancias de la representación sindical de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo, pero aún más, cuando estamos ante la interposición de un procedimiento de carácter colectivo, *nuestro ordenamiento jurídico laboral otorga a la representación de los trabajadores instrumentos legales de carácter prerrogativo para instar a la empresa a poner a su disposición documental relacionada con la marcha económica, financiera, comercial y laboral de la misma* (art. 64 E.T.). Por otra parte esta prerrogativa sindical y obligación empresarial, está especialmente indicada en las situaciones de subcontratación, con un especial régimen de información, conocimiento e identificación de los distintos compromisos y obligaciones contractuales de la empresa.

Circunstancia esta que, además de tutelar adecuadamente los derechos laborales de los trabajadores contratados y subcontratados, otorga cierta facilidad a los sindicatos para obtener un adecuado instrumento probatorio a los efectos de las acciones que, en su caso, puedan suscitarse al hilo de la relación contractual. En el caso que nos ocupa, la Audiencia Nacional, recuerda este instrumento legal para la adquisición de prueba (sic) (FJ 2): “...Porque medios para aportar pruebas sólidas, de haber sucedido lo que pretenden, los hay: por ejemplo, lo dispuesto en el art. 64 del E.T. y en especial el apartado 1º, así como el requerimiento a la empresa, por parte del Comité o de los Comités, para que le remitiera copia de las subcontratas o exteriorización de servicios.”

Relación de hechos a probar. En relación con los hechos a probar, es significativa la alusión que hace la Audiencia a la necesidad de identificar y acreditar las empresas con las que se ha subcontratado (empresa por empresa) y cómo se han llevado a cabo esas subcontrataciones. De la misma manera el Tribunal Supremo indica expresamente (sic) (FJ 3) “Así, el documento reflejado en los folios 115 y 116 en que se apoya el recurso de CC.OO contiene una denuncia genérica de operaciones de “externalización” dirigida a la dirección de la empresa, pero no especifica los concretos actos contractuales que hayan podido dar vida a tales operaciones.” Así pues, se impone el criterio judicial de acreditación de contrata por contrata, operación por operación, en la parte que alega incumplimiento de la prohibición de subcontratación. Especialmente relevante se hace este criterio en empresas de grandes dimensiones (varios centros de trabajo diseminados geográficamente), donde por las circunstancias de cada zona (mayor o menor nivel de desarrollo económico y empresarial) se hace más o menos complicada la formalización de la subcontratación. Pudiendo ser la política empresarial de cada centro de trabajo radicalmente distinta a otros, sin que dicha divergencia suponga incumplimiento de

cláusulas de mantenimiento de empleo, siendo fundamental la prueba documental para solventar las controversias que puedan surgir.

En definitiva, no basta con que las centrales sindicales demandantes, esgriman como argumento la reducción total de plantilla o actividades relacionadas con terceros proveedores. (FJ 3 STS) “..la actividad probatoria relativa al incumplimiento de la misma puede no limitarse a acreditar las operaciones de movilidad o de reducción de plantilla de la empresa en determinados centros de trabajo o en determinadas actividades”.

3.2. Idoneidad y peculiaridades de la acción de conflicto colectivo en este tipo de litis.

Otro de los aspectos destacados de la sentencia es el tipo de procedimiento empleado por parte de la representación de los trabajadores, el procedimiento de conflicto colectivo. Este elemento lo subrayo, no por que sea novedoso o especialmente empleado en los asuntos relacionados con la subcontratación laboral, sino por cuanto su utilización ha venido siendo compleja y *enturbiada*¹ en los distintos litigios. Pero sobre todo, y en relación con el asunto que nos ocupa, me sugiere cuestiones directamente relacionadas con la materia probatoria a la que se ha venido haciendo referencia.

De acuerdo con lo establecido en el art. 151.1 de la LPL, este procedimiento se emplea para: pretensiones que afecten a “intereses generales de un grupo genérico de trabajadores” y deberá versar “sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa”. El concepto *intereses generales* hace que los escritos de demanda interpuestos en los presentes autos persigan como última finalidad el reconocimiento del derecho a anular las cláusulas de contratos mercantiles de subcontratación para la posterior recolocación de trabajadores propios de la empresa. Toda vez que, -a entender de las centrales sindicales-, la empresa ha subcontratado parte de su actividad de manera indebida y dicha decisión afecta a un *grupo genérico de trabajadores*. Este grupo lo constituye de hecho, la totalidad de la plantilla de la empresa (Antecedente de hecho primero STS).

La mayor dificultad radica en concretar si estamos efectivamente ante un asunto que afecta a los intereses de la colectividad de los trabajadores de la empresa y no a sujetos con intereses individualizados. Dicha distinción es especialmente relevante a results de la jurisprudencia del Supremo sobre la interpretación que se hace del art. 151 de la LPL, por cuanto no estaríamos ante supuestos de hecho que afecten a intereses generales *cuando no podamos acreditar la existencia de un interés abstracto e indivisible de un colectivo*². Premisa que fue observada por las centrales sindicales toda vez que optaron por indicar en el petitum de la demanda la pretensión genérica común a todos los trabajadores de la empresa del *reconocimiento del derecho a la incorporación a los puestos de trabajo*, circunstancia que se acomoda al criterio jurisprudencial de admisión de este procedimiento³.

¹ Comentario entresacado de ALBIOL MONTESINOS Y VV.AA. pág. 333. “Derecho Procesal Laboral” 5ª edición. *Tirant lo Blanch*. Valencia 2003.

² STS 31 de mayo de 1993, u.d. Ar. 3136; 23 de octubre de 1993, u.d. Ar. 8058; 15 de diciembre de 1994, u.d. Ar. 10499; STS 7 de mayo de 1997, Ar. 4226; STS 13 de octubre de 1997, Ar. 7349.

³ Sobre la necesidad de que recogerse en el escrito de demanda una petición genérica para todo un grupo de trabajadores, STS 28 de noviembre de 1994, u.d. Ar. 9242; 12 de diciembre de 1994, u.d., Ar. 10088; STS de 17 de noviembre de 1999, Ar. 9502.

Dos son las ventajas procesales que destaco de la opción del procedimiento de conflicto colectivo en estos autos:

La primera y a mi entender más relevante razón es que *en este procedimiento no opera la institución de la prescripción* toda vez que lo que puede discutirse es la interpretación y aplicación de una normativa de carácter laboral (en nuestro caso el plan de acción social de la empresa), que en sí misma no prescribe sino que sólo podría ser sustituida o modificada por otra norma⁴. Así las centrales sindicales piden en su demandad de 28 de julio de 2004, la anulación de los contratos mercantiles de las empresas subcontratadas a partir del 24 de enero de 2002, y, en su consecuencia, el derecho de los trabajadores a la incorporación a sus empleos a partir de dicha fecha.

En segundo lugar, destaca que *la sentencia que se dicte sea de carácter declarativo, lo que implica que estamos ante un pronunciamiento de naturaleza normativa* cuya finalidad es “desvanecer una incertidumbre jurídica surgida entre las partes enfrentadas a la hora de interpretar o aplicar una norma preexistente, legal o convenida colectivamente”⁵. En esta litis se hace especialmente importante para los trabajadores conocer el alcance de la estipulación cuarta del Plan de Acción Social, por cuanto de ella surgirá o no un derecho de reincorporación a su puesto de trabajo, e igualmente delimitará el margen de operatoria en el ámbito de las relaciones laborales que dispondrá la dirección de la empresa.

Sin embargo, por las características probatorias ya tratadas, no pasa desapercibida la dificultad de encauzar por la vía del procedimiento de conflicto colectivo una cuestión que, pudiendo afectar de manera genérica a todos los trabajadores de la empresa, -primera premisa que a entender del Supremo no se ha acreditado-, requiere un esfuerzo de acreditar la procedencia de la decisión empresarial de subcontratación en cada centro de trabajo, pudiendo haberse tomado en base a justas causas de amortización motivadas por circunstancias tales como la delicada situación económico comercial de la empresa, sin que suponga ningún incumplimiento de aquella cláusula. (FJ 4 STS) “En particular, la mera reducción del número de trabajadores puede deberse no sólo a subcontratación de actividades o servicios sino también a otras causas, como la amortización de plazas vacantes, o la propia reducción de efectivos por las extinciones de contratos de trabajo autorizadas en el expediente de regulación de empleo, o los propios encargos al exterior de actividades de negocio que no guarden conexión alguna con la aplicación del plan de consolidación.”

En definitiva, y con independencia de la carga de la prueba y de la dificultad de acreditación particularizada de incumplimiento empresarial en empresas de gran envergadura, con diversos centros de trabajo y departamentos o secciones encargadas de distintas fases de la producción y distribución de los productos, lo cierto es que la petición planteada era coherente y perfectamente incardinable en el procedimiento de conflicto colectivo, toda vez, que acreditado el incumplimiento de la empresa el correspondiente efecto de la misma hubiera sido la incorporación de los trabajadores al puesto de trabajo.

3.3. Contenido y límites de la regulación convencional de la subcontratación.

⁴ STS 22 de junio de 1993, Ar. 4775; STS 25 de noviembre de 1997, Ar. 8624.

⁵ STS de 21 de diciembre de 1990, Ar. 10278, en el mismo sentido ALBIOL MONTESINOS y VV.AA (vid nota 1)

En relación con el debate de fondo en torno a los límites y el control judicial de la decisión empresarial de subcontratación y las consecuencias laborales que genera dicha opción, en el asunto que nos ocupa requiere someter la actuación empresarial a los criterios, asentados jurisprudencialmente, de determinación de idoneidad, proporcionalidad y racionalidad de la misma. Así, y manteniendo al margen las cuestiones relacionadas con la actividad probatoria, habría que determinar si la decisión empresarial resulta en primer lugar ajustada a la norma de referencia (cuestión ya analizada), pero también que resulte un instrumento útil y racional para asegurar la viabilidad de la empresa o su mayor competitividad en el mercado⁶, sin olvidar que dicha medida no venga *impuesta* o determinada por las especiales circunstancias en las que pueda degenerar la buena marcha de la empresa.

La identificación de los supuestos de hecho susceptibles de terminar en amortización *procedente* de puestos de trabajo como consecuencia de la decisión empresarial de externalizar actividades o servicios es de compleja concreción y justificación y a la vez nos da una idea, al menos aproximada, del margen de actuación empresarial en el ámbito de las relaciones laborales de la empresa. Así debe guardarse el difícil equilibrio entre el derecho de la libertad empresarial reconocido constitucionalmente en el art. 38 frente al derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores⁷.

Además, este debate, -cuando surge al hilo de crisis empresariales- viene predefinido legalmente por el filtro de control de cumplimiento de legalidad que le otorga la administración laboral, no obstante lo cual en cada vez más ocasiones termina pasando por los tribunales de justicia. Esta circunstancia junto con otras impulsan el debate sobre la necesaria reforma del grado y competencias de la participación estatal en los procedimientos de crisis empresarial, siendo sin duda un asunto objeto de uno o varios comentarios. En definitiva, el poder judicial se constituye en la última ratio de legalidad de una decisión empresarial, -se dice libre aunque debe estar justificada-, sobre el rumbo que debe tomar la empresa para ser más competitiva o salir de una mala situación comercial o financiera.

Lo que puede resultar inadvertido, -descendiendo al plano puramente práctico del problema-, son los efectos jurídicos pero sobre todo económicos de los pronunciamientos judiciales que, en su caso, consideren no ajustada a derecho las decisiones empresariales de subcontratar actividades o servicios. Máxime en situaciones empresariales como la del conflicto que nos ocupa, teniendo en cuenta, lo que se solicita en los escritos de demanda:

- a. La resolución de los contratos mercantiles suscritos con empresas subcontratistas que vienen desarrollándose desde hace dos años y medio hasta la fecha de interposición de la demanda. Circunstancia que de estimarse supondría poner en marcha los mecanismos indemnizatorios de dichos contratos, con el correspondiente coste para la empresa, pero también el esfuerzo empresarial de readaptar y reorganizar dichos servicios y actividades para que pudieran ser retomados por los propios trabajadores.

⁶ (STS 21-3-1997 [RJ 1997, 2615]; STS 30-9-1998 [RJ 1998, 7586]; STS 3-10-2000 [RJ 2000, 8660]; y STS 4-10-2000 [RJ 2000, 8291])

⁷ DURÁN LÓPEZ, F. "Externalización empresarial y despido" en diario Cinco Días. Fecha del artículo 04-07-2006.

- b. La reincorporación de los trabajadores a sus puestos de trabajo. Trabajadores que muy probablemente ya estarían incluidos en planes de recolocación, cobrando prestaciones por desempleo o recolocados en otras empresas, y cuyas situaciones laborales habría que regularizar desde dos o tres años atrás, (antigüedad en la empresa, diferencias salariales, indemnizaciones, etc).

Así pues, se dibujan panoramas de gran envergadura no sólo jurídica sino empresarial que sin duda favorecen el celo judicial de acreditar muy bien la relación de hechos y fundamentos que se esgrimen en las demandas. La administración de justicia quizás deba jugar el papel de valorar si la opción empresarial de subcontratar ante situaciones más o menos delicadas es plausible dentro de otras medidas que puedan tomarse en el ámbito mercantil, antes que juzgar si la decisión es la mejor o más adecuada que se haya podido tomar, competencia propia del ámbito de decisión empresarial, amparada por la libertad de empresa del art. 38 de la CE.

Resoluciones sin duda complejas las que deben emitirse de cara a poder evitar sentencias que puedan generar mayor perjuicio para la propia estabilidad en el empleo (de los trabajadores de las empresas subcontratadas) y para la libertad empresarial de toma de decisiones, que como hemos visto constituyen los dos elementos que deben mantenerse equilibrados en estos conflictos.

© Roberto Fernández Villarino

© IUSLabor 3/2006

ISSN: 1699-2938