

Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *Empleado de empresa multiservicios que presta servicios de conserje para una comunidad de propietarios. Convenio colectivo aplicable. No es aplicable la subrogación prevista en el convenio colectivo de limpieza porque no incluye la profesión de conserje.*

Palabras clave: *Empresa multiservicios: selección del convenio colectivo aplicable.*

Abstract: *Employee of a multi-service company that provides concierge services for a community of owners. Choice of applicable collective agreement. The subrogation provided for in the collective cleaning agreement is not applicable because it does not include the profession of concierge.*

Keywords: *Multi-service company: choice of applicable collective agreement.*

I. Introducción

La Sentencia 829/2022 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2022, objeto de comentario, aborda el problema de selección del convenio colectivo aplicable al trabajador de una empresa multiservicios a los efectos de determinar si le resulta aplicable una cláusula de subrogación convencional de personal en el supuesto de sucesión de contratistas. En el análisis del caso, se identificarán los criterios utilizados para la selección del convenio colectivo aplicable y se contrastarán con los introducidos en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 829/2022, de 17 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2931/2021.

ECLI:ES:TS:2022:3779

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

El trabajador, empleado de la empresa SE&AF Servicios Integrales, S.L. (en adelante, la empresa saliente), prestaba servicios de conserje para una comunidad de propietarios de la Comunidad de Madrid. En el documento anexo al contrato de trabajo se recogía que, siendo sus funciones las de conserje, se le aplicaba el convenio de limpieza de la Comunidad de Madrid. El 31 de marzo de 2020, la empresa saliente comunicó al trabajador que causaría baja por subrogación de nueva empresa. También fueron dados de baja los otros dos trabajadores de la empresa saliente asignados al servicio de consejería.

Ese mismo día, la comunidad de propietarios suscribió con la empresa Crimser Integral, S.L. (en adelante, la empresa entrante), dos contratos de prestación de servicios, uno que tenía por objeto el servicio de limpieza, y otro el de conserjería. La empresa entrante no se subrogó en el contrato de los conserjes pero sí se subrogó en el contrato de trabajo de la trabajadora de la empresa saliente que prestaba el servicio de limpieza.

A 30 de noviembre de 2020, la empresa entrante se encuentra dada de alta en el CNAE 9609 "Otros servicios personales n.c.o.p." con 39 trabajadores; también está dada de alta en el CNAE 8121 "Limpieza general de edificios" con 11 trabajadores.

2. El juicio en instancia y en suplicación

El trabajador demandó por despido a ambas empresas, la saliente y la entrante. La Sentencia del Juzgado de lo Social 25 de Madrid estimó la demanda formulada contra la empresa entrante y declaró la improcedencia del despido, condenando a la entrante.

La empresa entrante interpuso recurso de suplicación. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 451/2021, 21 de junio de 2021 (Rec. Sup. 287/2021) desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

La empresa entrante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ/Madrid invocando como contraste la STSJ/Madrid 439/2017 de 22 de junio de 2017 (Rec. Sup. 860/2016), y denuncia la infracción de los artículos 2, 4 y 24 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid, los artículos 44, 82, 83 y 84 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 1257 del Código Civil.

El recurso ha sido impugnado por el trabajador, quien solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida y, subsidiariamente, en caso de estimarse el recurso, que se condene a la empresa saliente por despido improcedente.

Partiendo de la existencia de contradicción, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso.

IV. Posición de las partes

No se cuestiona por nadie la improcedencia del despido del trabajador demandante.

La empresa entrante en el servicio de conserjería fue condenada en instancia y suplicación y solicita en casación su absolución con respecto a la demanda de despido.

El trabajador demandante solicita la confirmación de las sentencias de instancia y suplicación y, en caso de que fueran casadas, que se condene a la empresa saliente.

En consecuencia, la cuestión litigiosa se ciñe a determinar qué empresa, si la saliente o la entrante, debe pechar con las consecuencias de la improcedencia del despido.

V. Normativa aplicable al caso

Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2019), artículos 2, 4 y 24.

VI. Doctrina básica

La selección del convenio colectivo aplicable depende del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, y, en consecuencia, no es disponible por las partes contractuales.

Si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, se le aplicará el convenio sectorial cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial.

La aplicación de la subrogación prevista en un convenio colectivo requiere de un elemental presupuesto: que el contrato de trabajo esté incluido en su ámbito aplicativo.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Crimser Integral, S.L. (la empresa entrante). (2) Casar y anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. (3) Resolver el debate de suplicación, en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por Crimser Integral, S.L., y revocar parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid en el sentido de estimar la demanda formulada contra la sentencia SE&AF Servicios Integrales, S.L. (la empresa saliente) y desestimar la demanda formulada contra la empresa Crimser Integral, S.L., confirmando en lo restante la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid.

VIII. Pasajes decisivos

La selección del convenio colectivo aplicable no es una materia disponible para las partes, sino que será aplicable el convenio que incluya en su ámbito de aplicación la actividad realizada por los trabajadores y por la empresa; de ahí que no pueda ser determinante para resolver el presente supuesto que la anterior contratista viniera aplicando al trabajador el convenio de limpieza.

Si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, un determinado convenio sectorial será aplicable a dicha empresa cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial, sin que un convenio colectivo se pueda aplicar a contratos de trabajo que no están incluidos en su ámbito de aplicación.

La aplicación de la subrogación prevista en un determinado convenio colectivo requiere de un elemental presupuesto: que estemos ante contratos de trabajo incluidos en su ámbito aplicativo. Y ocurre, como venimos diciendo, que el contrato de trabajo de quien únicamente realiza tareas de conserje no está incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de limpieza, que lógicamente exige que se realicen actividades de limpieza, constando en autos que esta actividad la realiza otra trabajadora y no el conserje.

IX. Comentario

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha querido salir al paso de los problemas existentes en orden a la selección del convenio colectivo aplicable en el supuesto de contratas y subcontratas, que es cuestión especialmente conflictiva en el caso de las empresas multiservicios,

con la introducción de un apartado 6 en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en los siguientes términos^[1]:

Artículo 42, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores: “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

De esta norma, un tanto críptica, se puede deducir que en las empresas multiservicios el convenio colectivo aplicable a su personal será por el siguiente orden de preferencia (que resulta ser inverso al orden en que los convenios aparecen citados en el texto de la norma^[2]):

1º. El convenio colectivo propio de la empresa multiservicios en el caso de que lo tenga, pero solo “en los términos que resulten del artículo 84 del ET”, lo que se entiende en el sentido de que si la empresa cuenta con un convenio propio anterior al del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, se aplicará el convenio propio de la empresa multiservicios. Pero si este es posterior, en ese caso se estará a la norma general, es decir al convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con lo que se pretende impedir convenios oportunistas que vacíen de contenido al sectorial.

2º. “El convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Atendiendo a la realidad negocial actual, la norma se está refiriendo a aquellos convenios sectoriales (mayormente, de hostelería y en relación con las limpiadoras de pisos) en que se establece:

— su aplicación a las empresas contratistas actuantes en el sector (aunque esto plantea ciertos problemas de legitimación para negociar y de lesividad para terceros), o

— la obligación de las empresas del sector de introducir la obligación de equiparación salarial en las subcontrataciones que realicen (esto ya no plantea tales problemas), en ocasiones estableciendo responsabilidad solidaria o subsidiaria para la empresa principal.

3º. En defecto de los anteriores, la norma general es la aplicación del convenio “del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica”, lo que supone que el RDL 32/2021 ha seguido la interpretación jurisprudencial sentada en la STS 438/2020, de 11 de junio de 2020 (Rec. 9/2019): “Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata” (también este criterio en la STS 22 de febrero 2019, Rec. 237/2017).

Pues bien, la STS 829/2022 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, objeto de nuestro comentario, se alinea con esta jurisprudencia previa y con la línea seguida en el RDL 31/2021 cuando afirma que “si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, un determinado convenio sectorial será aplicable a dicha empresa cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial, sin que un convenio colectivo se pueda aplicar a contratos de trabajo que no están incluidos en su ámbito de aplicación”.

Ahora bien, esta regla jurisprudencial a la que el RDL 32/2021 ha dado rango legal no está exenta de algunos problemas interpretativos. Y uno de ellos es el que subyace en la sentencia comentada: ¿Qué pasa cuando son varias las actividades desarrolladas para la empresa principal? En el caso de la sentencia comentada son dos las actividades desarrolladas para la empresa principal, limpieza y conserjería,

cada una canalizada a través de una contrata diferente con la empresa principal. A la sentencia comentada no parece ofrecerle duda alguna que en la determinación del convenio colectivo aplicable hay que estar para cada contrata al convenio del sector de cada actividad. Lo que, visto desde la perspectiva de la regulación del RDL 32/2021, encontraría, a nuestro juicio, un apoyo literal pues la nueva norma habla de “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”.

Pero, ¿qué ocurriría en el caso de autos si no hubiera dos contratas, sino una sola en la que se prestasen servicios de limpieza y conserjería? Una posible solución sería fragmentar la contrata en tantas actividades como la misma tenga objeto, lo que supondría que al personal adscrito a la contrata se le aplicarían convenios colectivos diferentes. Con la idea de homogeneizar la situación del personal, se ha propuesto en estos casos acudir el convenio colectivo aplicable a la empresa principal^[3], o al convenio colectivo aplicable a la actividad predominante en la contrata. Justo este criterio de predominancia es el que parece haber seguido, en el supuesto conocido en la sentencia objeto de comentario, la empresa saliente dado que en el contrato de trabajo del trabajador implicado en el caso de autos se había pactado la aplicación del convenio de limpieza de la Comunidad de Madrid.

Saliendo al paso de esa circunstancia, la sentencia comentada se ve en la necesidad de aclarar que la selección del convenio colectivo aplicable no constituye una materia disponible para las partes, “de ahí que no pueda ser determinante para resolver el presente supuesto que la anterior contratista viniera aplicando al trabajador el convenio de limpieza”.

Este argumento se refuerza con otro posterior según el cual “el contrato de trabajo de quien únicamente realiza tareas de conserje no está incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de limpieza, que lógicamente exige que se realicen actividades de limpieza, constando en autos que esta actividad la realiza otra trabajadora y no el conserje”.

Si esto es así, y aunque la sentencia no da solución a cuestiones hipotéticas sino solo a la que se le ha planteado (dos contratas, dos actividades), el argumento que utiliza bien podría servir para considerar que en los supuestos en que se prestasen servicios varios con amparo en una sola contrata, la selección del convenio colectivo aplicable pasaría por fragmentar la contrata en tantas actividades como la misma tenga objeto, lo que supondría que al personal adscrito a la contrata se le aplicarían convenios colectivos diferentes.

Hemos de precisar, finalmente, que en el caso de autos no se ha planteado una eventual fragmentación fraudulenta de la contrata instrumentalizada por la empresa entrante con la finalidad de privar a los conserjes de los derechos del convenio colectivo de limpieza. La radical diferencia entre uno y otro trabajo parece alejar toda sombra de fraude. Pero en casos semejantes al de autos no podemos descartar la posible existencia de fraude de ley si la fragmentación de contratas deviene en una pérdida de derechos laborales. Quizás lo decisivo no sea tanto atender a si las contratas son una sola o varias, cuestión que es fácilmente manipulable, como si las actividades de cada una de ellas son diferentes pues ello permitiría considerar la existencia de diferentes unidades productivas autónomas.

X. Apunte final

La selección del convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios es una cuestión que lleva atormentando a la doctrina científica y a la doctrina judicial desde la irrupción de estas empresas en nuestro mercado de trabajo. Y ello por la multiplicidad de situaciones suscitadas, una de las cuales se ha planteado en la sentencia comentada con unos criterios de resolución que conectan con la regulación introducida en el RDL 32/2021. Ahora bien, las soluciones ofrecidas por la norma legal y por la jurisprudencia no acaban de abarcar la multiplicidad de situaciones suscitadas por las empresas multiservicios, con lo cual el tema seguirá ocupando la atención de la doctrina científica y los órganos judiciales.

Referencias:

1. [^] Sobre el artículo 42, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores, se han consultado los siguientes estudios: BALLESTER PASTOR, M.A., *La Reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Gobierno de España – Vicepresidencia Segunda – Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2022), pp. 164-172; GOÑI SEIN, J.L., “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13, 2022 (ejemplar dedicado a la reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo), pp. 81-99; LAHERA FORTEZA, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2022), pp. 51-61; MONEREO PÉREZ, J.L., “Subcontratación empresarial y reforma laboral” en *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Ediciones Laborum (Murcia, 2022), pp. 259-406; NORES TORRES, E., “La reforma del artículo 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos, Revista del Derecho del Trabajo y Protección Social*, volumen 3, 2022 (número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021), pp. 73-82.
2. [^] LAHERA FORTEZA, J., propone leer el precepto “de abajo arriba”, *La negociación ...*, obra citada, pp. 54 ss.
3. [^] Solución apuntada por BALLESTER PASTOR, M.A., *La Reforma ...*, obra citada, pp. 169-170.