

Determinación del convenio aplicable al personal de empresas multiservicios sin convenio propio: (al fin) la realidad supera la ficción

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 438/2020](#), de 11 de junio

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I*

1. Marco normativo

Las empresas multiservicios, fórmula de externalización en boga en los últimos tiempos, son, como su propio nombre indica, empresas que generalmente prestan una pluralidad de servicios para otras, desarrollando su actividad amparadas en los amplísimos mecanismos de subcontratación ex [artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET). No obstante, por lo común, asumen tareas en las que es esencial el componente personal y no así el material, prestando servicios desmaterializados, lo que las aleja de las empresas subcontratistas tradicionales y las aproxima sustancialmente a las empresas de trabajo temporal (ETT). En consecuencia, realmente las empresas multiservicios operan aprovechando el espacio legal extenso y laxo de la subcontratación para escapar de la más rigurosa regulación de las ETT, con las que presentan innegables conexiones materiales.

Una de las cuestiones que más controversia despierta es la determinación del convenio aplicable a las personas que trabajan para ellas, dada la multiplicidad de servicios que estas empresas suelen prestar, como se ha venido reflejando en esta revista (M.^a Caridad López Sánchez en «[La negociación colectiva en empresas multiservicios: concurrencia de convenios colectivos](#)», núm. 436/julio 2019, o Margarita Miñarro Yanini en «[Selección del convenio aplicable en empresas multiservicios: otra asignatura legal y jurisprudencial pendiente](#)», núm. 439/octubre 2019, entre otros). En el caso de que dispongan de

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2020). Determinación del convenio aplicable al personal de empresas multiservicios sin convenio propio: (al fin) la realidad supera la ficción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 438/2020, de 11 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 232-239.

convenio propio, no se plantea el problema de tal identificación –aunque sí otros, como lo precarizante de las condiciones establecidas o los defectos jurídicos que con frecuencia presentan y que en algunos casos los llevan a su invalidación (Sentencias del Tribunal Supremo [SSTS] [190/2017, de 7 de marzo](#), [133/2018, de 8 de febrero](#), o [135/2019, de 22 de febrero](#))–, puesto que existe respuesta legal que establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa en las condiciones de trabajo básicas, prevista en el [artículo 84.2 del ET](#). No obstante, el ordenamiento no prevé solución para el caso de que carezcan de convenio propio, por lo que jurisprudencia y doctrina judicial han ido resolviendo los casos controvertidos que se han ido planteando de forma no siempre clara, coherente ni unívoca, lo que suscita un evidente problema de seguridad jurídica. En cualquier caso, es cierto que la falta de identidad absoluta entre los supuestos también es óbice para el establecimiento de criterios firmes.

Por lo que respecta a las respuestas dada por el TS, mención especial merece la [STS de 17 de marzo de 2015 \(rec. 1464/2014\)](#), en la que, en un supuesto de reclamación de diferencias retributivas, el tribunal confirmaba la sentencia de suplicación que establecía como criterio resolutorio la aplicación del convenio colectivo de la actividad preponderante de la empresa, lo que determinaba que se aplicara el convenio de limpieza de edificios y locales a quienes realizaban funciones de auxiliar de información en centros del Ayuntamiento de Madrid.

Asimismo, resulta importante la [STS 136/2019, de 22 de febrero](#), dada la semejanza del supuesto que en ella subyace con el resuelto en [la que se comenta](#) en las siguientes páginas y la identidad de resultado final, aunque no así del criterio resolutorio. En esta, en relación con una empresa multiservicios que presta mediante su personal los servicios de cocina y comedor en residencias de la tercera edad, en atención al principio de especialidad, el tribunal dispone que ha de aplicarse el convenio colectivo autonómico de colectividades (restauración colectiva), y no el estatal de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, a tenor de que los servicios de restauración en residencias de la tercera edad constituyen el 90 % de la actividad de la empresa.

Por lo demás, también ha de atenderse al ámbito aplicativo previsto en los convenios colectivos concurrentes, si bien, generalmente, la delimitación que estos efectúan es tan amplia que su virtualidad a efectos de determinación del convenio aplicable es en la práctica muy limitada. En el caso resuelto por la [STS de 11 de junio de 2020](#), examinada, estos son los de los artículos 1 del Convenio colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, y 2 del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Los hechos que anteceden a esta [sentencia](#) son los que siguen:

La empresa Seruni3n, SA, es la adjudicataria de los servicios de alimentaci3n, comedor y cafetería de las residencias de mayores de Pola de Siero (CPR Vald3s Palacio) y Sotrondio (CPR Santa B3rbara). Ambas pertenecen a «Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias» (ERA), que es un organismo aut3nomo vinculado a la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias. La anterior adjudicataria del servicio fue Aramark, en cuyas relaciones laborales se subrog3 Seruni3n el 17 de mayo de 2017.

Seg3n el pliego de condiciones de ERA, el servicio de alimentaci3n incluye la gesti3n de las compras de las materias primas alimentarias y de los elementos necesarios para su realizaci3n, el control del almac3n, la preparaci3n de los men3s en las instalaciones de los centros y la limpieza de las instalaciones en las que se desarrolla la actividad, as3 como del material de la cocina y del comedor. El servicio de comedor abarca la distribuci3n de los men3s a los comensales y la limpieza de las instalaciones en las que se realiza la actividad. Por lo que respecta a las funciones desarrolladas por las personas trabajadoras de ambos centros, estas consisten en la elaboraci3n diaria de los men3s de los desayunos, comidas, meriendas y cenas, tanto para los usuarios de la residencia como del personal del ERA cuya jornada de trabajo coincide con el horario de alguna de las comidas. Asimismo, realizan el reparto de men3s entre los comensales en el comedor y despu3s recogen, friegan y limpian. El diseño de los men3s corresponde a Seruni3n, que tambi3n proporciona los alimentos que suministran los proveedores.

Los estatutos sociales de Seruni3n la definen como «empresa multiservicios» y su art3culo 2 incluye entre sus actividades la prestaci3n de servicios de hostelería y alimentaci3n a entidades p3blicas y privadas y los servicios vinculados a personas de la tercera edad mediante la gesti3n de residencias.

Tanto esta empresa como la anterior adjudicataria del servicio han aplicado el Convenio colectivo de servicios de atenci3n a las personas dependientes y desarrollo de la promoci3n de la autonomía personal a quienes prestan servicios en ambas residencias de mayores con la categoría de cocinero/cocinera, ayudante de cocina, camarero/camarera y ayudante de camarero/camarera.

CC.OO. de Asturias interpuso demanda de conflicto colectivo en la que solicitaba al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) que declarase que el marco convencional aplicable a las relaciones de trabajo de las personas trabajadoras de Seruni3n que prestan servicios en los centros de trabajo de Pola de Siero y Sotrondio es el [Convenio estatal del sector laboral de la restauraci3n colectiva \(BOE de 22 de marzo de 2016\)](#) o el que lo sustituya, retro trayendo los efectos de esta declaraci3n a 1 año antes de la fecha de la presentaci3n de la papeleta de conciliaci3n, que se produjo el 25 de julio de 2018.

El TSJ de Asturias estim3 la demanda en su Sentencia 12/2018, de 23 de octubre, que fue recurrida en casaci3n por la empresa, dando lugar a la [sentencia examinada](#).

3. Aspectos clave de la decisión del tribunal

Contra la Sentencia del TSJ de Asturias de 23 de octubre de 2018, dictada en la instancia, interpone recurso de casación la empresa Serunión con base en dos motivos. En el primero de ellos, aduce error en la apreciación de la prueba con base en el [artículo 207 d\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), que es desestimado debido a su generalidad, contraria a la precisión que el [artículo 210.2 b\) de la LRJS](#) exige en relación con este motivo.

En el segundo motivo, fundamentado en la infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia al amparo del [artículo 207 e\) de la LRJS](#), la recurrente achaca a la sentencia de instancia la vulneración de diversos preceptos convencionales –art. 1 [Convenio colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal](#), y aplicación indebida del art. 2 [Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva](#)– y legales –arts. [82.3 ET](#) y [1.281](#) y [1.282](#) Código Civil–, así como de la jurisprudencia –[STS de 17 de marzo de 2015 \(rec. 1464/2014\)](#)–.

Todas estas denuncias se sintetizan en un argumento básico esgrimido por la empresa, que es que por su condición de multiservicios desempeña varias actividades, lo que supone que:

[...] para la determinación del convenio aplicable hay que estar a la actividad real preponderante en la empresa, tal y como precisa la referida sentencia [en alusión a la [STS de 17 de marzo de 2015](#), citada] y siendo dicha actividad la atención a las personas de la tercera edad, ese debe resultar el convenio de aplicación.

La sala da respuesta a esta cuestión a través de una argumentación especialmente completa y detallada. En este sentido, con base en los hechos declarados probados, parte de que la empresa Serunión «tiene como objeto social diversas actividades [...] sin que en ningún momento conste cuál sea la actividad preponderante en la empresa».

Entrando en la tacha de desviación del criterio jurisprudencial por parte de la sentencia de instancia denunciada por la recurrente, el tribunal rechaza la pretendida identidad sustancial del caso con el contemplado en la [STS de 17 de marzo de 2015](#), incidiendo en una diferencia fundamental entre sendos supuestos. En este sentido, indica que:

[...] en dicho supuesto la empresa multiservicios demandada tenía adjudicados en la empresa cliente la realización de diversos servicios que, materialmente, podrían incluirse en convenios distintos y de lo que se trataba era de delimitar el convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa multiservicios que prestaban servicios en la empresa cliente, motivo por el cual en aquella ocasión se desechó el criterio de la actividad realizada a favor del de la actividad real preponderante en la empresa. En cambio, en el supuesto presente, la empresa multiservicios solo tiene

contratada una actividad en la empresa cliente que, materialmente, solo está regida por un mismo convenio colectivo y, a diferencia del caso anterior, aquí la disyuntiva no es decidir entre convenio de la actividad desarrollada por el trabajador o convenio de la actividad preponderante que desempeña la empresa multiservicios. En este caso, la disyuntiva es entre el convenio sectorial que rige la actividad que realizan los trabajadores o convenio sectorial de aplicación en la empresa cliente.

Esta importante diferencia determina que no pueda ser aplicable idéntico criterio, pues:

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 tal y como ha quedado configurada en los hechos probados. En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto que, por un lado, no se conoce, y por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores.

En este sentido, incide en que:

[...] el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación [con] la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola.

A mayor abundamiento, pero introduciendo un elemento de importancia capital en la formación del criterio, el tribunal añade que:

Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia, que está pensado precisamente para situaciones como la que contemplamos y además no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

En consecuencia, la sala mantiene la aplicación de un criterio subjetivo realista, que atiende a la actividad efectivamente realizada por los trabajadores, para la determinación del convenio colectivo que les es de aplicación.

Con base en estos argumentos, la [STS de 11 de junio de 2020](#), examinada, desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia.

4. Trascendencia y valoración crítica

La [Sentencia de 11 de junio de 2020](#) está llamada a ser un referente clave en la ahora oscura cuestión de la determinación del convenio aplicable a las personas trabajadoras de las empresas multiservicios en los casos en que estas carecen de convenio propio. El criterio realista que mantiene y aplica se considera el más adecuado –con las precisiones que se harán más adelante–, al centrarse en el trabajo realmente realizado por la persona trabajadora, que es el factor que debe ser clave para la determinación de las condiciones que le son aplicables. En este sentido, como el propio tribunal destaca, esta solución evita prácticas de competencia desleal a través de la precarización de condiciones de trabajo, puesto que:

[...] se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una multiservicios.

Por todo ello, se confía en que este se consolide como criterio aplicativo en vía judicial en la resolución de estas controversias.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que esta solución no resolverá en términos generales, ni siquiera amplios, el problema del bajo estándar de derechos laborales de las personas trabajadoras en empresas multiservicios. Por una parte, porque el criterio de la actividad efectivamente realizada entra en juego únicamente en ausencia de convenio propio de las empresas multiservicios, puesto que, si este existe, se aplicarán las condiciones que establezca, que siempre son inferiores a las previstas en los convenios sectoriales, porque precisamente esa es su razón de ser. Por otra, porque, aun en ausencia de convenio propio de la empresa multiservicios, la [sentencia](#) parece apuntar a que solo es de aplicación el criterio realista cuando la empresa multiservicios no haya establecido ninguna actividad como preponderante y todas las personas trabajadoras realicen una actividad encuadrable en el mismo convenio colectivo. En este sentido, bien se cuida de poner de manifiesto que las circunstancias del supuesto que da lugar a la [STS de 17 de marzo de 2015](#) y del que subyace en el pronunciamiento examinado son diferentes, y que por ello la respuesta ha de ser distinta.

Asimismo, no puede obviarse que este criterio realista, centrado exclusivamente en el trabajo realizado, aplicado con carácter general y sin más matices, puede presentar problemas –incluso alguno que el tribunal expresamente manifiesta que quiere evitar–. Así, si bien es absolutamente razonable si se toma como única alternativa el convenio aplicable a

la actividad preponderante de la empresa multiservicios, puede no ser tan ajustado si entran en juego otras opciones convencionales. De este modo, el criterio realista puede no solo no beneficiar a quienes prestan servicios en sectores con convenios más potentes, sino generar desigualdad entre las personas trabajadoras que son contratadas directamente por la empresa principal y las que pertenecen a empresas multiservicios, diferencia de trato esta que el TS expresamente indica en la [sentencia comentada](#) que pretende evitar. En este sentido, la ausencia de una previsión en este ámbito que establezca la equiparación de condiciones con las personas trabajadoras de la empresa principal semejante a la dispuesta en el [artículo 11.1 de la Ley de empresas de trabajo temporal](#) para quienes prestan servicios mediante ETT así lo propicia. Es por ello que, paradójicamente, en estos casos, la aplicación del criterio realista no evita el efecto de competencia desleal.

Ilustrativa resulta a estos efectos la situación de las camareras de pisos *-kellys-* de empresas multiservicios que desarrollan sus funciones en establecimientos hoteleros. Respecto de este colectivo, la aplicación del criterio realista conduce a que le sea aplicado el convenio de limpieza *-que establece un estándar de derechos laborales muy modesto-*, mientras que al personal que con tales funciones contrata directamente la empresa principal se le aplica el convenio de empresa, en su caso, o el sectorial de hostelería, produciéndose con ello una diferencia de trato que carece de justificación dada la identidad de tareas realizadas. Es por ello que, en tales casos, se considera que debe abogarse por la aplicación del criterio de especificidad, que determina la aplicación del convenio que rige la actividad de la empresa principal, puesto que en estos casos es el que presenta mayor utilidad jurídico-social y también el más respetuoso con el valor de la igualdad *-vid. «Selección del convenio aplicable en empresas multiservicios: otra asignatura legal y jurisprudencial pendiente»*, en el núm. 439/octubre 2019 de esta revista-. Estas son las razones por las que, en referencia a los trabajos integrados en la actividad hostelera, ha proliferado la incorporación en los convenios sectoriales de «cláusulas de inclusión» de las empresas multiservicios *-Convenios colectivos provinciales del sector de la hostelería de Málaga o de Las Palmas-* y de «extensión» de condiciones al personal de las empresas multiservicios *-Convenio colectivo de hostelería de Alicante-*. Si bien la [modificación del Acuerdo estatal laboral de hostelería](#) neutraliza estas cláusulas por el interés económico de las empresas, se considera que portan el aval de la razón jurídica.

En consecuencia, aunque la [sentencia comentada](#) establece un criterio muy razonable, que resuelve adecuadamente el caso planteado, no puede decirse que este solvente por sí solo con carácter general el problema de la determinación del convenio colectivo aplicable a quienes prestan servicios en empresas multiservicios que carecen de convenio propio. Con todo, este criterio podría ampliar su virtualidad hasta configurar una respuesta general, a través de la composición de criterios jurídicos formales y materiales. En este sentido, la actividad efectivamente realizada debería ser el criterio prioritario para determinar el convenio aplicable, pues lo más razonable es que las condiciones laborales aplicadas a la persona trabajadora sean las establecidas específicamente para el trabajo que efectivamente desarrolla, y no otras. Sin embargo, como en algunas ocasiones la aplicación de

este criterio puede provocar situaciones de desprotección y desigualdad, debe conjugarse con el principio de norma más favorable previsto en el [artículo 3.3 del ET](#), concebido para resolver conflictos de normas. En relación con la negociación colectiva, este supone que, existiendo varios convenios igualmente válidos y aplicables, debe aplicarse el que resulte más favorable. De este modo, a través de la combinación del criterio realista con los de norma más favorable y equidad, podría alcanzarse una respuesta global y justa a la determinación del convenio aplicable a las personas trabajadoras de empresas multiservicios.

En conclusión, la [STS de 11 de junio de 2020](#), examinada, contribuye a esclarecer, a través de una solución muy razonable, la controvertida cuestión de cuál sea el convenio aplicable a las empresas multiservicios que carecen de convenio propio, siendo merecedora, en consecuencia, de una valoración positiva. Sin embargo, no establece una solución general, sino solo para casos en los que concurren determinadas circunstancias, por lo que debe ponderarse el alcance de su impacto.

Con todo, el criterio que incorpora, aunque no por sí solo sino debidamente integrado con otros, sí podría cimentar una respuesta de alcance global. En este sentido, en una comprensión que trasciende de las circunstancias particulares del propio pronunciamiento, este incide en la base de la que se considera que constituye la solución más adecuada a los problemas de determinación del convenio aplicable, que es la aplicación del convenio correspondiente a la actividad realmente realizada por la persona trabajadora, que, integrada con los principios de equidad y norma más favorable, puede ofrecer una respuesta general. Se considera que con esta composición de criterios se construye una respuesta general a la controvertida cuestión de la determinación del convenio aplicable a las relaciones laborales de empresa multiservicios que es coherente, técnicamente correcta y ajustada al principio de justicia material.