



Roj: **SAN 2368/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2368**

Id Cendoj: **28079240012014100102**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2014**

Nº de Recurso: **90/2014**

Nº de Resolución: **104/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta de mayo de dos mil catorce.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y **EN NOMBRE DEL REY**

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 0000090/2014 seguido por demanda de ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (letrado D. Antonio de la Fuente García) contra EXPERTUS SERVICIOS HOTELEROS SL (letrado D. Santiago Ballesteros Alvarez), y la representación legal de los trabajadores en dicha empresa, en cuanto negociadores del convenio colectivo de empresa, siendo también parte el MINISTERIO FISCAL, sobre impugnación convenio colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. *D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA*

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 27 de marzo de 2014 se presentó demanda por FEDETT, ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL contra EXPERTUS SERVICIOS HOTELEROS SL sobre impugnación convenio colectivo. Con fecha 10 de abril de 2014 se presentó escrito subsanando la demanda e identificando a las partes demandadas, siendo éstas las que componían la comisión negociadora del convenio colectivo, la empresa Expertus Servicios Hoteleros S.L. y los delegados de personal de la misma, en cuanto negociadores del convenio colectivo de empresa.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 29 de mayo de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto .- La parte demandada se ratificó en su demanda, exponiendo el representante procesal de la misma los motivos que fundan su pretensión. Se opuso a la estimación de la pretensión la empresa demandada, alegando en primer lugar como excepciones procesales falta de claridad de la demanda y falta de acción y, sobre el fondo, por los motivos que igualmente argumentó. No También se opuso a la estimación de la demanda uno de los representantes legales de los trabajadores negociadores del convenio colectivo que compareció. Ha sido parte el Ministerio Fiscal. Todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

Quinto .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes: - Habitualmente las empresas ETT tienen empresas de Outsourcing. - Expertus se constituyó en Marzo de 2011 con propio capital social, propia estructura y



forma parte del grupo Expertus con su propia empresa de trabajo temporal. - Expertus tiene un protocolo de funcionamiento enriquecido con herramientas aportadas por el grupo, se destaca a un encargado en el cliente que coordina a los auxiliares. - Todos los materiales lo pone la empresa como conos de limpieza, ordenadores, walkies, ... - Los contratos de servicios de Expertus son por tiempo indefinido.

Hechos pacíficos: - La empresa tiene centros de trabajo propios en Madrid y Barcelona. - La empresa presta servicios en las empresas clientes a través de contrato de arrendamiento de servicios.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- En el Boletín Oficial del Estado se publica la resolución de 29 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Expertus Servicios Hoteleros, S.L.

De acuerdo con su artículo 1, son partes concertantes del convenio colectivo, de naturaleza estatutaria, por parte de la compañía «Expertus Servicios Hoteleros, Sociedad Limitada», la representación legal de la misma y por la otra parte, los delegados de personal en representación de los trabajadores.

El artículo 2 define así el ámbito de aplicación del convenio colectivo:

" Este Convenio Colectivo tiene por objeto regular las condiciones laborales y económicas de los trabajadores de la empresa, dedicada básicamente a la prestación de los siguientes servicios a terceros:

- Servicios para cubrir las necesidades del sector hotelero en general, así como en centros, equipamientos u otros espacios vinculados a este sector.

- Todo tipo de servicios relacionados con la gestión hotelera tales como departamento de pisos, lavandería, recepción y back office, comercial, mantenimiento y atención al cliente, así como todos los servicios relacionados con los procesos auxiliares.

- Servicios de hostelería en general, servicios de recepción y de habitaciones, incluyendo la gestión y ayuda en comedores de colectividades, servicio de animadores, azafatas y promotoras.

- Servicios de mantenimiento integral de todo tipo de edificios e instalaciones y, en especial, aquellos que estén vinculados al sector hotelero.

- Servicios, asesoramiento y consultoría relacionadas con la explotación y gestión de hoteles y otros establecimientos, empresas o sociedades vinculados al sector hotelero.

- Realización de estudios, proyectos de investigación y asesoramiento en materia hotelera, así como la gestión y organización de todo tipo de eventos e infraestructuras hoteleras.

- Servicios relacionados con el alojamiento de colectivos en apartamentos turísticos, pisos, residencias universitarias, residencias geriátricas, hospitales, buques y barcos de recreo, trenes y caravanas.

- Otros servicios que dentro de la actividad indispensable de la empresa-cliente, sea complementaria a la que es propiamente el servicio.

Queda expresamente excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio el personal de alta dirección, cuya relación laboral de carácter especial se regula en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, o normativa que lo sustituya, así como las restantes actividades y relaciones que se contemplen en el número 3 del artículo 1, y en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores ".

El artículo 3 del citado convenio define el ámbito territorial:

"El presente Convenio Colectivo es de aplicación en todos los centros de trabajo que tiene Expertus Servicios Hoteleros, Sociedad Limitada, repartidos por el territorio nacional".

El artículo 4 define el ámbito temporal:

"El presente Convenio colectivo entrará en vigor a partir del 1 de abril del 2013, con independencia de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». La vigencia del presente Convenio será de 5 años, con la excepción de aquellos artículos en que expresamente se establezcan diferentes periodos de vigencia".

El artículo 12 del citado convenio establece:

" 1. La organización del trabajo en cada uno de los centros, dependencias y unidades de la empresa es facultad exclusiva de la Dirección de la misma, de acuerdo con lo previsto legal y convencionalmente.



2. En desarrollo de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Dirección de la Empresa a título enunciativo, que no limitativo, tendrá las siguientes facultades:

- Crear, modificar, trasladar o suprimir centros de trabajo.
- Adscribir a los trabajadores a las tareas, rutas, turnos y centros de trabajo necesarios en cada momento, propias de su grupo profesional.
- Determinar la forma de prestación del trabajo en todos sus aspectos: relaciones con la clientela, uniformes, impresos a cumplimentar, etc.
- Definir los rendimientos mínimos correspondientes a cada puesto de trabajo.
- Cualesquiera otras necesarias para el buen funcionamiento del servicio.
- Como quiera que la actividad de la empresa consiste en prestar servicios, el lugar de prestación de servicios de los trabajadores afectados por este convenio podrá ser el lugar de la actividad comercial de éstas, sin que por ello puedan considerarse como centros de trabajo, sino como lugares de trabajo, debiendo obedecer los trabajadores única y exclusivamente las órdenes e instrucciones emanadas directamente de la Dirección de Expertus Servicios Hoteleros, S.L., o de las personas designadas por ésta.

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el/la trabajador/a de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a los derechos fundamentales.

En especial, siendo medios y programas informáticos un elemento de trabajo propiedad de la empresa, solo se utilizarán para desarrollar el trabajo propio del empleado firmante, estando prohibido su uso para asuntos ajenos al mismo o a la empresa. Por razones de seguridad, organización tecnológica, mantenimiento, gestión de programas, revisión de su buen uso, sí como de cualquier medio electrónico o telemático, tales como correo electrónico y acceso a Internet, la empresa revisará, intervendrá, gravará y copiará aquellos programas, ordenadores, archivos, etc. que estime precisos, siendo un lícito control que la empleadora puede ejercer sobre la forma de utilizar los medios informáticos, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad laboral del trabajador, no produciéndose vulneración de derechos fundamentales en tal caso por estar previsto en el presente Convenio Colectivo".

El artículo 21 dice:

" Grupos profesionales. Clasificación profesional.

Los trabajadores serán clasificados teniendo en cuenta sus conocimientos, experiencia, grado de autonomía, responsabilidad e iniciativa, de acuerdo con las actividades profesionales que desarrollen y con las definiciones que se especifican en este sistema de clasificación y calificación profesional.

La clasificación se realizará en grupos funcionales y niveles profesionales, por interpretación y aplicación de criterios generales objetivos y por las tareas y funciones básicas más representativas que desarrollen los trabajadores.

En el caso de concurrencia habitual en el puesto de trabajo de tareas correspondientes a diferentes niveles profesionales, la clasificación se realizará en función de las actividades propias del nivel profesional superior. Este criterio de clasificación no supondrá que se excluya en los puestos de trabajo de cada nivel profesional la realización de tareas complementarias que sean básicas para puestos cualificados en niveles profesionales inferiores.

- Grupo profesional 1. Criterios generales:

Operaciones que se ejecutan según instrucciones concretas, claramente establecidas, con un alto grado de dependencia y supervisión, que requieren preferentemente esfuerzo físico y/o atención y que no necesitan formación específica.

Formación: Conocimientos a nivel de formación elemental, «Graduado Escolar, ESO».

Se adscriben a este grupo las siguientes categorías profesionales:

Nivel A: Encargado/a de centro, Jefe/a de equipo, cocinero/a, jefe/a de sala, conductor/a, chofer, azafato/a de eventos, operador/a básico/a, oficial 3.ª de mantenimiento, monitor/a, socorrista, mensajero/a, comercial, auxiliar administrativo/a, recepcionista, taquillero/a.

Nivel B: Personal de mantenimiento, azafato/a, promotor/a, personal de apoyo de eventos y/o actos publicitarios, aparca coches, dependiente/a de mostrador, ayudantes de oficios, camarero/a, animador/a,

controlador/a de accesos, entrevistador/a- encuestador/a, conserje, ordenanza, animador/a, ayudante de mantenimiento e instalador/a y peón especialista, repartidor/a- conductor/a con furgoneta, vigilante/a.

Nivel C: Auxiliar de mantenimiento, auxiliar de servicios, ayudante/a de animador, personal de limpieza, botones, personal de guardarropía, jardinero/a, encargado/a de office, auxiliar de tienda, ayudante/a de camarero/a, auxiliar de recepción, auxiliar de sala, auxiliar de comedor, ayudante/a cafetería, auxiliar de piso, auxiliar de habitaciones, dinamizador/a de grupos, ascensorista, peón, auxiliar de almacén, auxiliar de lavandería y lencería, auxiliar de parking.

Todas aquellas que por asimilación o analogía puedan ser equiparadas a las enunciadas.

- Grupo profesional 2. Criterios generales:

Funciones que suponen la integración, coordinación y supervisión de tareas homogéneas o funciones especializadas, realizadas por un conjunto de colaboradores, que sin implicar ordenación de trabajo, tienen un contenido medio de actividad intelectual y de relaciones humanas. Normalmente actuará bajo instrucciones y supervisión general de otra u otras personas.

Formación: Conocimientos equivalentes a los que se adquieren en BUP, o Formación Profesional de Técnico Superior o Técnico Especialista o equivalente, complementada con una experiencia dilatada en el puesto de trabajo.

Se adscriben a este grupo las siguientes categorías profesionales:

Nivel A: Gestor/a de cuentas, agente de calidad, oficial administrativo/a, auxiliar contable, ayudante/a técnico informática, teleoperador/a con idiomas, supervisor/a de área, oficial de 2.ª, guía turístico, traductor/a.

Nivel B: Responsable de tráfico, responsable de mantenimiento, jefe/a de almacén, coordinador/a.

Nivel C: Jefe/a de cocina, jefe/a de planta, encargado/a aprovisionamiento, encargado/a de almacén, recepcionista, operador/a telemarketing-teleoperador/a, oficial de máquinas, preventista, Gestor Punto de Venta.

Todas aquellas que por asimilación o analogía puedan ser equiparadas a las enunciadas.

- Grupo profesional 3. Criterios generales:

Funciones que suponen la integración, coordinación y supervisión de tareas diversas, realizadas por un conjunto de colaboradores. Tareas complejas, pero homogéneas que, aún sin implicar responsabilidad de mando, precisan de un alto contenido intelectual o de interrelación humana, en un marco de instrucciones generales de alta complejidad técnica.

Formación: Formación a nivel de de titulación superior, completada con una formación específica en el puesto de trabajo.

Se adscriben a este grupo las siguientes categorías profesionales:

Nivel A: Ejecutivo/a de cuentas, técnico de sonido, técnico de iluminación, oficial de 1.ª

Nivel B: Auxiliar de medios, gestor/a de cobros, inspector/a de calidad e inspector/a de servicios.

Nivel C: Formador/a, operador/a de soporte técnico, capataz y encargado/a de sección técnica, programador/a informático.

Todas aquellas que por asimilación o analogía puedan ser equiparadas a las enunciadas.

- Grupo Profesional 4. Criterios generales:

Incluyen las funciones que consisten en la realización de actividades complejas con objetivos definidos y con alto grado de exigencia en los factores de autonomía y responsabilidad. Dirigen normalmente un conjunto de funciones que comportan una actividad técnica o profesional especializada.

Funciones que suponen la integración, coordinación y supervisión de funciones, realizadas por un conjunto de colaboradores en una misma unidad.

Funciones que suponen responsabilidades completas por la gestión de una o varias áreas de la empresa, a partir de directrices generales muy amplias directamente emanadas del personal perteneciente al grupo profesional 5 o de propia dirección, a los que debe dar cuenta de su gestión.

Funciones que suponen la realización de tareas técnicas de más alta complejidad e incluso de participación en la definición de los objetivos concretos a alcanzar en su campo, con muy alto grado de autonomía, iniciativa y responsabilidad en dicho cargo de especialidad técnica.



Formación: Titulación o conocimientos adquiridos en el desempeño de su profesión equivalentes a estudios universitarios de grado medio, completada con una experiencia dilatada en su sector profesional, o a estudios universitarios de grado superior, completada con una formación específica en el puesto de trabajo.

Se adscriben a este grupo las siguientes categorías profesionales:

Nivel A: Técnico de proyectos, jefe/a de zona, jefe/a de ventas, supervisor/a de sector y titulado de grado medio.

Nivel B: jefe/a de zona comercial, técnico de administración de personal, técnico de selección, técnicos de calidad, técnicos de organización y jefe/a de sección administrativo.

Nivel C: Responsable de contratación y concursos.

Todas aquellas que por asimilación o analogía puedan ser equiparadas a las enunciadas.

- Grupo profesional 5. Criterios generales:

Los trabajadores pertenecientes a este grupo planean, organizan, dirigen y coordinan las diversas actividades propias del desenvolvimiento de la empresa. Sus funciones comprenden la elaboración de la política de organización, los planteamientos generales de la utilización eficaz de los recursos humanos y de los aspectos materiales, la orientación y el control de las actividades de la organización, conforme al programa establecido, a la política adoptada, el establecimiento y mantenimiento de estructuras productivas de apoyo y el desarrollo de la política industrial, financiera o comercial.

Toman decisiones o participan en su elaboración, desempeñan altos puestos de dirección o ejecución de los mismos niveles en los departamentos, divisiones, etc., que se estructura la empresa y que responden siempre a la particular ordenación de cada una.

Se adscriben a este grupo las siguientes categorías profesionales:

Nivel A: Director/a, director/a financiero, director/a recursos humanos, director/a comercial, director/a técnico, director/a de marketing, director/a de informática y sistemas y director/a de calidad.

Nivel B: Director/a regional, jefe/a de personal, jefe/a administrativo, jefe/a de contabilidad, jefe/a de tráfico, jefe/a de planificación, jefe/a de compras y aprovisionamientos, jefe/a informática,

Nivel C: Delegado/a comercial, coordinador/a administrativo/a, coordinador/a de proyectos, responsable de proyectos, responsable explotación, responsable producción, responsable de selección,

Todas aquellas que por asimilación o analogía puedan ser equiparadas a las enunciadas"

El artículo 22 determina que los salarios de los trabajadores serán los allí establecidos y cuantificados en la tabla anexa al convenio colectivo.

SEGUNDO .- Expertus Servicios Hoteleros S.L. fue constituida por escritura pública otorgada en Barcelona el 14 de marzo de 2012. Su capital social era de 100.000 euros divididos en participaciones de un euro, siendo suscritas por Expertus Worldwide S.L. 62.300 participaciones, por Expertus Services Group S.L. 7.693 participaciones, por Sinéresis S.L.U. 7 participaciones y por Nexo Servicios Empresariales S.L. 30.000 participaciones. El domicilio social de Expertus Servicios Hoteleros S.L. se sitúa en San Cugat del Vallés, parque empresarial A7, calle Henri Dunant 9-11, 3ª planta. En el mismo lugar tiene su domicilio Expertus Worldwide S.L. y Expertus Services Group S.L., Expertus Servicios de Atención al Público S.A.U. (administradora única de Sinéresis S.L.).

Conforme a sus estatutos sociales, el objeto social de Expertus Servicios Hoteleros S.L. es el siguiente:

1º.- La prestación de toda clase de servicios para cubrir las necesidades del sector hotelero en general, así como en centros, equipamientos u otros espacios vinculados a este sector. 2º.- La prestación de servicios, asesoramiento y consultoría relacionadas con la explotación y gestión de hoteles y otros establecimientos, empresas o sociedades vinculados al sector hotelero. 3º.- La realización de estudios, proyectos de investigación y asesoramiento en materia hotelera, así como la gestión y organización de todo tipo de eventos e infraestructuras hoteleras.

Las actividades enumeradas podrán también ser desarrolladas por la Sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras Sociedades, entidades o empresas con objeto análogo.

Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en el objeto social, algún título profesional o autorización administrativa, o inscripción en registros públicos, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente la requerida titulación y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos.



TERCERO.- La empresa Expertus Servicios Hoteleros S.L. está integrada en un grupo de empresas constituido por sociedades con diferentes objetos, todos ellos ligados a la externalización de servicios, incluyendo una empresa de trabajo temporal, Expertus ETT Spain S.A., constituida en 2012 y autorizada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para actuar como empresa de trabajo temporal en las provincias de Madrid y Barcelona.

CUARTO.- El organigrama de la empresa Expertus Servicios Hoteleros S.L. está compuesto por un director, del que depende un comercial y una directora de explotación. De la directora de explotación depende una coordinadora y una auxiliar administrativa. Bajo la coordinadora se encuentra una persona responsable de los servicios contratados en cada uno de los hoteles y que presta servicios en los mismos. Existe un servicio de prevención mancomunado para todo el grupo de empresas Expertus, al cual está adherido Expertus Servicios Hoteleros S.L.

En concreto lo que se denomina "personal de estructura", con centro de trabajo en las oficinas de la empresa en Sant Cugat del Vallés, es el siguiente:

Un director, D. Millán .

Una directora de explotación, D^a Margarita .

Una coordinadora, D^a Salvadora .

Un comercial, D. Serafin .

Una auxiliar administrativa, D^a Aida .

QUINTO.- La empresa Expertus contrata diversos tipos de servicios con empresas de hostelería (hoteles y apartamentos) formalizando contratos llamados por las partes de "arrendamiento de servicios". Estos son de varios tipos, si bien en todo caso los servicios se prestan en las instalaciones del hotel o edificio de apartamentos turísticos.

La actividad con más peso en la empresa es la prestación de servicios denominados de gestión de pisos, de habitaciones o de apartamentos, consistentes en la limpieza de las habitaciones o apartamentos. La empresa Expertus contrata trabajadores destinados en el correspondiente hotel dedicados a realizar las tareas de limpieza de habitaciones y en su caso las zonas comunes, incluyendo dentro de las tareas la reposición sábanas, toallas y demás elementos de lencería y de otros elementos materiales para el servicio de los clientes en la habitación, el asesoramiento al cliente del hotel en relación con los servicios, el control de los consumos por los clientes de minibar u otros, la reposición de productos y dar parte de cualquier avería que observen. Expertus facilita a los trabajadores la ropa de trabajo, útiles y productos de limpieza. En cuanto a otro material en unos casos ha adquirido los carros de limpieza y/o de ropa sucia, mientras que en otros casos utiliza el material del hotel, habiéndose establecido en algunos casos una compensación económica a cargo de Expertus por dicho uso. Expertus contrata a un jefe de equipo que es la que se encarga de la relación con los responsables del hotel, recoge y entrega las llaves de las habitaciones y asigna la limpieza de las habitaciones entre sus trabajadores. La empresa titular del hotel supervisa el servicio prestado y si considera que la limpieza es inadecuada puede adoptar medidas como ordenar que se repita la tarea, descuentos en el precio pagado, etc.. Las quejas de clientes por el estado de limpieza se dirigen a la titular de la empresa hotelera, que puede adoptar medidas contra Expertus si hubiera deficiencias en el servicio prestado. El precio del contrato se fija en función de las habitaciones y otras zonas que se han limpiado cada día y ese precio por habitación se calcula en función del número de horas de trabajo que exigen como estándar (según el tipo de habitaciones o zonas) y el salario de cada trabajador, diferenciando entre el de jefe de equipo y el de los auxiliares, haciéndose expresa referencia en algunos contratos a la cuantía del salario fijado en el convenio propio de la empresa Expertus. El precio incluye la coordinación del servicio por el jefe de equipo los 365 días al año, los productos y útiles de limpieza, la ropa de trabajo y equipos de protección individual, los costes salariales y de Seguridad Social del personal y los costes indirectos de administración y gestión de la empresa Expertus. No incluye la maquinaria o equipos adicionales.

Existen también contratos de "customer manager", por el cual Expertus asume el servicio de recepción en apartamentos turísticos, gestionando las reservas en recepción mediante el ordenador y software de la empresa cliente, recibiendo a los clientes para instalarlos en su apartamento, control y gestión de salidas y entregas de llaves, entregando encuestas de satisfacción, etc.. El servicio se factura en función del número de horas diarias de prestación.

Existen contratos de mantenimiento de habitaciones y/o apartamentos, que incluyen en todo caso una revisión y mantenimiento preventivo, fijando el número de horas semanales de revisión, lo que implica la presencia durante ese tiempo de trabajadores de Expertus en la empresa cliente. En algunos casos también incluye



servicios de urgencia. Se fijan los precios de todos estos servicios en función del número de horas de trabajo y, en su caso, del tipo de hora (nocturna, fin de semana...).

Finalmente existen contratos para prestar el llamado servicio "de desayunos", consistente en destinar personal al hotel antes de la hora de inicio de los desayunos, recoger por el jefe de equipo en recepción el listado de clientes y el volumen de ocupación, poner en marcha las instalaciones, disponer todo el material, preparar máquinas de café, zumos y otras, colocar la comida, preparar mesas y vajillas, atender a los clientes, controlar las habitaciones de dichos clientes y si disponen o no de bono o desayuno incluido para informar al hotel y, al terminar, recoger y guardar alimentos sobrantes, recoger el comedor y la zona de desayunos, limpiar y cerrar. Para ello se destina, junto con los auxiliares necesarios según la ocupación, un jefe de equipo que es el que se relaciona con la dirección, recoge la información sobre clientes y entrega la información de clientes. El precio es anual (365 días) y se calcula sobre el número de horas de trabajo necesarias según el volumen de ocupación medio calculado por el hotel, aplicando el salario del convenio de la empresa Expertus.

Los distintos contratos pueden simultanearse o no en un mismo establecimiento.

El número de trabajadores adscritos a dichos servicios en las empresas clientes es de varias decenas, estando situados en Madrid y en Barcelona.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.5 y 67 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se expresa que los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

El primero resulta del texto del Boletín Oficial del Estado citado.

El segundo resulta del documento obrante en el descriptor 28 de los autos, aportado por la demandada.

El tercero resulta de los documentos obrantes en los descriptores 31, 46, 47 y 48 de los autos, aportados por la demandada.

El cuarto resulta de los documentos obrantes en los descriptores 30 y 32 de los autos, aportados por la demandada.

El quinto resulta de los documentos obrantes en los descriptores 37 y 34 y 35 de los autos, aportados por la demandada.

TERCERO .- Por la empresa demandada se alega en primer lugar falta de concreción de la demanda. En el suplico de la misma se pide la nulidad en concreto del artículo 21 del convenio colectivo de empresa, lo que en definitiva es un petitum totalmente concreto y definido, si bien en el texto de la misma y en el acto del juicio se razona también en relación con el artículo 2 del mismo convenio colectivo, donde define el ámbito de aplicación del citado convenio. Lo que se sostiene por la parte actora, según resulta del texto de la demanda y de lo expresado en el acto del juicio, es que la actividad de la empresa Expertus Servicios Hoteleros S.L. consiste en la puesta a disposición de trabajadores y que, siendo dicha actividad reservada legalmente a las empresas de trabajo temporal autorizadas por las Autoridades Laborales, sería ilícito pactar un convenio fijando las condiciones de trabajo para las categorías de trabajadores que son objeto de cesión. Lo que se pretende por ello es la exclusión de tales categorías del ámbito de aplicación del convenio colectivo de empresa impugnado. Se trata de una petición concreta, lo que lleva a desestimar la excepción alegada, independientemente de si la citada pretensión ha de ser acogida o no por razones de fondo.

CUARTO .- Se alega en segundo lugar por la empresa demandada falta de acción de la asociación patronal demandante para impugnar el convenio de empresa, por cuanto, tratándose de terceros ajenos al mismo, no se acredita perjuicio en concreto para sus derechos e intereses. Se trataría por ello no tanto de una falta de acción como de una falta de legitimación activa que en todo caso afectaría al locus standi de la asociación patronal demandante.

Dicha excepción ha de ser desestimada. La regulación legal de las empresas de trabajo temporal en los artículos 43 del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley 14/1994 implica una regulación particular del mercado de puesta a disposición de trabajadores, de manera que el mismo queda reservado a un tipo especial de empresas, que son las empresas de trabajo temporal. Así el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores nos



dice que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan" y a su vez las empresas de trabajo temporal, conforme al artículo 1 de la Ley 14/1994, solamente pueden tener como actividades la de contratar trabajadores para cederlos a otras empresas, que ha de ser la fundamental, y la de actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

De ahí que bajo este régimen legal la diferencia entre la subcontratación de servicios y la cesión o puesta a disposición de trabajadores se convierta en la frontera entre un mercado regulado, que es el de las empresas de trabajo temporal, y otro u otros ajenos a tal regulación, que incluye la externalización o subcontratación de servicios.

Hay que tener en cuenta que las empresas de trabajo temporal están sujetas a estrictos requisitos de autorización, avales y garantías, controles administrativos, etc, así como a una regulación que impone derechos de los trabajadores, entre cuyas normas ha de destacarse el artículo 11.1 de la Ley 14/1994 :

"Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos. La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador. Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual".

Esa regulación no es aplicable a las empresas de externalización de servicios, por lo cual si se permite que una de estas empresas actúe dentro del mercado reservado a las empresas de trabajo temporal aparecerá un daño cierto en la competencia en dicho mercado, dado que podrá aplicar salarios y condiciones de trabajo inferiores a las vigentes en la empresa cliente, algo que no puede hacer una empresa de trabajo temporal.

Por consiguiente existe un interés actual y cierto para cualquier empresa de trabajo temporal o cualquier asociación de las mismas en la defensa de las reglas de competencia en su mercado, en cuanto mercado estrictamente regulado, lo que desde luego le legitima para el ejercicio de acciones judiciales destinadas a tal fin, cuando aparezca directamente afectado su interés. Y esto ocurriría si, como se pretende por la parte actora, un convenio colectivo, de empresa o de sector, amparase la realización de la actividad de puesta a disposición de trabajadores por empresas no autorizadas como empresas de trabajo temporal, más aún si permitiese a las empresas sujetas al convenio colectivo pagar a los trabajadores salarios o fijar condiciones de trabajo inferiores a las que las empresas de trabajo temporal deben respetar por imperativo del artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores .

Se desestima por ello también esta excepción para pasar a analizar el fondo del asunto y comprobar si se produce la situación denunciada por la asociación demandante.

QUINTO . - Para diferenciar si existe o no cesión (llamada, cuando es ejercida legalmente por una empresa de trabajo temporal, "puesta a disposición") de trabajadores, el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores , recogiendo una larga evolución jurisprudencial, establece una serie de pautas:

"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".



El texto vigente del artículo viene dado por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, resultante de la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio. Con posterioridad se ha producido un cambio normativo importante, dado que se ha dictado la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Dicha Directiva entró en vigor el 5 de diciembre de 2008 (fecha de su publicación en el DOUE) y su artículo 11 obliga a los Estados miembros a adoptar y publicar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma a más tardar el 5 de diciembre de 2011, plazo que ya se ha superado.

Debemos analizar por tanto la cuestión de la legalidad del convenio colectivo impugnado primeramente desde el punto de vista de la citada Directiva y, a continuación, de la normativa interna constituida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 14/1994, reguladora de las empresas de trabajo temporal.

Comenzando con la Directiva 2008/104/CE, el artículo 1 de la misma nos dice que se aplicará a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección, bajo la condición de que la empresa de trabajo temporal y/o la empresa usuaria ejerzan una actividad económica, independientemente de si tienen o no fines lucrativos. El artículo 3 de la Directiva define como empresa de trabajo temporal a toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas. Define como «trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal» a todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección esta. Define como «empresa usuaria» a toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal. Y define como «misión» el período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria.

Ha de destacarse que dicha Directiva, por un lado, es una Directiva destinada a garantizar los derechos de los trabajadores en misión, estableciendo en su artículo 5 y en las condiciones que allí se regulan el "principio de igualdad de trato", esto es, el derecho a que "las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto".

Una vez garantizado este derecho, se hace posible que la Directiva entre a imponer a los Estados una norma de mercado y de libre competencia, impidiendo el establecimiento por las legislaciones internas y los convenios colectivos de restricciones injustificadas a la actuación de las empresas de trabajo temporal. Así dice el artículo 4. 1 que "las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos".

Todo este esquema es aplicable a las empresas de trabajo temporal en los términos definidos por la Directiva, debiendo destacarse lo siguiente:

a) El concepto de puesta a disposición, cesión o misión utilizado por la Directiva tiene alcance comunitario y es independiente de la denominación que se le confiera en el Derecho nacional y, por supuesto, de la que le den las partes. Está sujeto a la competencia de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su caso a través de cuestión prejudicial. En este sentido es dudoso si puede entenderse como un supuesto de puesta a disposición de trabajadores algunos de los supuestos de contrataciones realizadas por la empresa demandada en este litigio. Así no cabe duda de que si la empresa cedente pusiera a disposición de su empresa cliente un trabajador con funciones de limpieza de habitaciones o de camarero para el servicio de desayunos que se integrara dentro del equipo de trabajadores propio del hotel estaríamos ante una puesta a disposición, al quedar integrado en la organización dirigida y controlada por la dirección del hotel. Es más dudoso si esto mismo ocurre cuando la empresa cedente pone a disposición de su cliente un equipo completo de trabajadores, que incluye entre ellos a un encargado o responsable, el cual a su vez sí queda subordinado a las instrucciones y órdenes de los responsables de la empresa cliente. Es posible que la solución correcta dependa del grado de autonomía de dicho responsable del equipo respecto del control y dirección de la empresa cliente, pero en todo caso ello pudiera ser objeto de una cuestión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si fuese relevante para resolver este supuesto, lo que, como veremos, no ocurre.



b) Dicho concepto no es coincidente, al menos en su literalidad, con el contenido en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que se basa exclusivamente en la noción de "control y dirección" de la actividad del trabajador, de manera que cuando la empresa que ha contratado a los trabajadores mantenga el "control y dirección" de los trabajadores no estará actuando como empresa de trabajo temporal y, por el contrario, estará actuando como tal cuando el "control y dirección" de los trabajadores haya pasado a la empresa cliente. No es necesario ahora determinar si la normativa legal española es conforme o no con la Directiva y los problemas que pueda suscitar una eventual discrepancia entre las dos regulaciones, nacional y europea. Estamos juzgando la legalidad del convenio colectivo impugnado y desde ese punto de vista lo que hemos de hacer es comprobar, en primer lugar, su compatibilidad con la Directiva y, en segundo lugar y si supera dicha barrera, evaluar su compatibilidad con la regulación española de la puesta a disposición de trabajadores. A ello debemos contraer nuestro análisis en esta sentencia.

c) La Directiva es aplicable a cualquier empresa, independientemente de que tenga o no autorización administrativa o esté formalmente reconocida como empresa de trabajo temporal, en la medida en que realice un acto de puesta a disposición de uno o varios trabajadores. Por tanto sería aplicable a Expertus Servicios Hoteleros S.L. si realizase actos de puesta a disposición de trabajadores.

d) Los artículos 1 y 3 de la Directiva se refieren siempre a puestas a disposición de carácter temporal, lo que deja espacio a dos interpretaciones divergentes cuando la contratación es por tiempo indefinido (cuestión que suscitó en el acto del juicio la parte demandada): que las puestas a disposición no temporales o indefinidas no quedan reguladas por la misma (quedando sujetas únicamente al Derecho nacional), o bien que las puestas a disposición no temporales o indefinidas han de entenderse como contrarias a la Directiva. Aunque parece que la interpretación lógica sería la segunda, se trataría en su caso de una cuestión dudosa, que en su caso justificaría, si fuese relevante para la resolución del litigio (y veremos a continuación que no lo es), la elevación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo caso, por imposición de la Directiva es claro que cuando una empresa pone a un trabajador suyo temporalmente bajo la "dirección y control" de otra empresa, esté reconocida formalmente la primera como empresa de trabajo temporal o no, resulta de aplicación el artículo 5 de la Directiva (principio de igualdad de trato). Dicho principio opera como un mínimo, puesto que no impide que el trabajador cedido tenga mejores condiciones que las aplicables en la empresa usuaria, ya que el artículo 5.1 utiliza la expresión "por lo menos".

Por consiguiente y desde el punto de vista de la Directiva, una norma legal o reglamentaria o un convenio colectivo son ilegales y han de ser inaplicados, en virtud del principio de primacía propio del Derecho Europeo, si imponen que al trabajador cedido temporalmente (contratado por una empresa reconocida formalmente como empresa de trabajo temporal o por cualquier otra empresa, aunque no esté reconocida como tal) se le apliquen condiciones de trabajo peores que a los trabajadores de la empresa usuaria. Pero el convenio colectivo será compatible con la Directiva si opera únicamente como un mínimo garantizado, que solamente será de aplicación si supera las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de la empresa usuaria. En cuanto el convenio colectivo pueda ser así interpretado (y el convenio impugnado en este litigio puede serlo), el mismo será compatible con la Directiva.

SEXTO .- Descartada por lo anteriormente dicho la ilicitud del convenio por contradicción con la Directiva 2008/104/CE, ha de añadirse que tampoco apreciamos ilicitud por vulneración del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 14/1994. La definición del ámbito de aplicación del convenio en el artículo 2 no implica necesariamente que los servicios allí contemplados y que constituyen la actividad de la empresa sean constitutivos de cesión o puesta a disposición de trabajadores. Es cierto que, dependiendo de cómo se lleven a cabo, podrán ser constitutivos de dicha situación si el trabajador pasa a quedar bajo el control y dirección de la empresa cliente, en cuyo caso la situación será ilícita, con todas las consecuencias de ello derivadas. Pero esto habrá de valorarse en cada caso concreto y no deriva automáticamente del convenio colectivo impugnado, por lo cual la mera posibilidad, más o menos probable, de que la empresa demandada realice actos de puesta a disposición de trabajadores no puede elevarse en causa de ilicitud de su convenio de empresa. Ello ocurriría si el objeto y actividad de la empresa estuviera definido por sus estatutos de manera que consistiera en poner a disposición trabajadores, en cuyo caso sería ilícito que tal objeto social obtuviese la cobertura de un convenio colectivo que amparase condiciones distintas a las previstas en la Ley; o si el propio convenio colectivo contuviese una regulación de condiciones aplicables a supuestos definidos en el mismo y que claramente constituyesen puestas a disposición de trabajadores. Pero ninguna de las dos condiciones concurren, independientemente de que, como decimos, en las concretas contrataciones la empresa pueda realizar actos de puesta a disposición, lo que tendría las consecuencias legalmente previstas, todo lo cual no puede predeterminarse en este litigio por la vía procesal elegida.

La demanda por tanto es desestimada.



SÉPTIMO .- No se hace imposición de costas por no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos las excepciones de falta de acción y de falta de concreción de la demanda y, entrando sobre el fondo, desestimamos demanda presentada por FEDETT, Asociación de Empresas de Trabajo Temporal, contra Expertus Servicios Hoteleros S.L. y la representación legal de los trabajadores en dicha empresa, en cuanto negociadores del convenio colectivo de empresa, sobre impugnación de convenio colectivo.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000090 14.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.