



Roj: **STSJ GAL 2423/2020 - ECLI: ES:TSJGAL:2020:2423**

Id Cendoj: **15030340012020101696**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2020**

Nº de Recurso: **4124/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA SECRETARIA SRA. FREIRE CORZO-M

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 27028 44 4 2019 0000452

Equipo/usuario: MJ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004124 /2019

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000144 /2019

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Marcelina

ABOGADO/A: MARIA TERESA SOUTO NEIRA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: GAL CLEAN FACILITY SERVICE, Marisa , Carlos Ramón

ABOGADO/A: SANTIAGO LONGARELA ACUÑA, , SANTIAGO LONGARELA ACUÑA

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

En A CORUÑA, a cuatro de junio de dos mil veinte.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004124 /2019, formalizado por D^a Marcelina , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de LUGO en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000144 /2019, seguidos a instancia de D^a Marcelina frente a GAL CLEAN FACILITY SERVICE, D^a Marisa , D. Carlos Ramón , siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Marcelina presentó demanda contra GAL CLEAN FACILITY SERVICE, Marisa , Carlos Ramón , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia , de fecha veintidós de abril de dos mil diecinueve

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:" 1º.-D^a. Marcelina vino prestando servicios para la empresa "Francisca López López" desde el 3 de abril de 2016, con categoría de limpiadora.

Las funciones que desarrollaba eran las propias de su categoría profesional: limpieza de portales, escaleras, ventanas, rochos y patios - hechos no controvertidos.-

2º.- Con centro de trabajo en C/ Nicomedes Pastor Díaz nº 40, 27002 de Lugo y una jornada de trabajo en este centro de 4 horas y media a la semana.- documento nº 6 rama de prueba del codemandado Sr. Carlos Ramón -folio 100- interrogatorio de D^a Marisa , interrogatorio de D^a Marcelina y testifical Don Balbino .

Con un salario bruto de 7,21 euros/hora - hecho acreditado con la nóminas de septiembre a diciembre de 2018) - documento nº 1 rama de prueba de la actora- e inter rogatorio de D^a Marisa . -

3º. - El 26-12-2018 la empresa Francisca López López le redujo la jornada laboral por rescisión del contrato de limpieza en la comunidad de propietarios en C/ DIRECCION000 nº NUM000 . Comunicándole que la nueva adjudicataria del servicio es GAL CLEAN FACILITY SERVICE.

4º. - GAL CLEAN FACILITY SERVICE es el nombre comercial de codemandado Don Carlos Ramón -. Es un trabajador autónomo, no tiene trabajadores a su cargo, no es empresa - documentos nº 1, 2 y 3 de la rama de prueba del codemandado Sr. Carlos Ramón .-

Su contrato con la comunidad de propietarios en C/ DIRECCION000 nº NUM000 es de fecha 2 de enero de 2019 por un importe de 165 € /mes (documento nº 4 rama de prueba del codemandado Sr. Carlos Ramón . -

5º. - Resulta de aplicación el Convenio colectivo para el sector de limpieza de edificios y locales de Lugo, BOP 24-11-2017.

6º. -La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical.

7º.- El 11 de febrero de 2019 se celebró acto de conciliación con el resultado sin avenencia."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:" FALLO: Que desestimo la demanda formulada por D^a Marcelina frente a Don Carlos Ramón (GAL CLEAN FACILITY SERVICE) y la empresa "Francisca López López" y, en con secuencia, les absuelvo de todos los pedimentos contra ellos formulados."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D^a Marcelina formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 10/07/2019.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. La trabajadora demandante, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Opuesta a los expuestos motivos de suplicación sobre revisión fáctica y denuncia jurídica, el autónomo demandado, ahora recurrida, solicita, en su impugnación del recurso de suplicación, su desestimación total y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

SEGUNDO. Respecto a la revisión de los hechos probados, la parte recurrente pretende las siguientes revisiones fácticas de los hechos probados:

1ª. La modificación del hecho probado cuarto, donde se dice que "Gal Clean Facility Service es el nombre comercial del codemandado Don Carlos Ramón // es un trabajador autónomo, no tiene trabajadores a su cargo, no es empresa // su contrato con la comunidad de propietarios en C/ DIRECCION000 n° NUM000 es de fecha 2 de enero de 2019 por un importe de 165 euros mes", para pasar a decir que "Gal Clean Facility Service es el nombre comercial del codemandado Don Carlos Ramón // el Sr. Carlos Ramón es un trabajador autónomo cuya actividad económica es la limpieza general de edificios y no tiene trabajadores en alta en Seguridad Social desde el 11 de diciembre de 2018 // su contrato con la comunidad de propietarios en C/ DIRECCION000 n° NUM000 es de fecha 2 de enero de 2019 en virtud de acuerdo alcanzado en junta ordinaria de fecha 03/12/2018 en el que se aceptó la oferta de la empresa Gal Clean", sustentando la modificación en informe de vida laboral del autónomo demandado y en el acta de la junta ordinaria de la comunidad de propietarios, alegando la trascendencia decisoria de la modificación dado que a la fecha de la junta ordinaria el autónomo demandado tenía trabajadores a su servicio contratados prescindiendo de ellos después para evitar la subrogación de la demandante.

2ª. La adición de un párrafo final en el hecho probado quinto donde se diga que "con relación á consulta formulada por Doña Mariola os membros da comisión de vixiancia establecen por unanimidade que o feito de ser autónoma a empresaria consultante e o feito de non contar con traballadores por conta allea non lle exime do cumprimento das normas de subrogación contidas no Convenio colectivo de limpeza de edificios e locais da Provincia de Lugo, procedendo en consecuencia a subrogación sempre que se cumpran os requisitos convencionalmente establecidos // se acorda remitir a presente acta a Doña Mariola por correo certificado ao fin de notificarlle o acordado pola comisión de vixiancia", sustentando la adición en el contenido del acta de la comisión de vigilancia aludida en el relato fáctico alternativo.

No procede ninguna de estas dos revisiones fácticas pues, aunque ambas se sustentan en documental auténtica y literosuficiente a los efectos revisores pretendidos, ninguno de los hechos reflejados en cada una de las revisiones fácticas resulta relevante a los efectos de la decisión del recurso de suplicación como tendremos ocasión de razonar en detalle al examinar la denuncia jurídica, ya que aún dando por ciertos los hechos pretendidos adicionar con las revisiones ni se afectaría la argumentación jurídica ni se cambiaría el resultado del litigio.

TERCERO. Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la infracción del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 56 y en relación con los artículos 1 y 13 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Provincia de Lugo, así como de la jurisprudencia que se cita como de aplicación al litigio, pretendiendo el reconocimiento de una subrogación convencional de la trabajadora recurrente en la empresa del autónomo demandado / recurrido, y argumentando, en aras a esa pretensión y al amparo de la expuesta denuncia jurídica, que, dicho en apretada esencia, la subrogación convencional establecida en el convenio colectivo citado como infringido opera incluso si la empresa entrante es un autónomo sin trabajadores a su servicio, pues así se deriva de la propia literalidad de la norma al establecer su ámbito de aplicación y del acuerdo interpretativo sobre dicha cuestión de la comisión de vigilancia.

Tal denuncia jurídica debe ser desestimada. Como hemos razonado en anteriores ocasiones -sin que haya motivo fundado para cambiar la doctrina- en varias sentencias (por todas, STSJ/Galicia de 7 de noviembre de 2016, Rec. 2613/2016), y como también ha sostenido algún otro Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ/ Asturias de 23 de noviembre de 2007, Rec. 2342/2007, y de 25 de julio de 2018, Rec. 1550/2018), la obligación de subrogación prevista en el convenio colectivo aplicable a la actividad de limpieza de edificios y locales no puede afectar a aquellas personas que no se encuentran comprendidas en su ámbito de aplicación definido por las empresas y los trabajadores y trabajadoras dedicadas a dicha actividad, de ahí que, más concretamente, no pueda afectar a quienes, como trabajadores o trabajadoras autónomas sin personal laboral a su servicio, asumen una contrata de limpieza pues en ese caso no son empleadores a quienes les afecte la legislación sobre trabajo por cuenta ajena, es decir no están incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y, por extensión, de los convenios colectivos dirigidos a regular el trabajo por cuenta ajena en lo que interesa en la actividad de limpieza de edificios y locales.



Además, y de alcanzarse otra solución, quedaría comprometida la libertad de emprendimiento de una actividad con el sustento exclusivo en el trabajo habitual, personal y directo y, por ende, la libertad de empresa contemplada en el artículo 38 de la Constitución Española. Visto desde esta perspectiva, la cuestión de fondo del presente litigio tanto se relaciona con la conservación del empleo de la trabajadora demandante, como con la preservación de la libre competencia en el ámbito de la actividad de limpieza de edificios y locales.

Que la comisión paritaria del convenio colectivo aplicable alcance otra solución diferente resulta intrascendente -como ya se avanzó al tratar sobre las revisiones fácticas- porque si el trabajador autónomo demandado no está incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, menos le pueden afectar las decisiones de la comisión paritaria que en el mismo se ha instaurado, cuyos miembros han decidido conforme a unos propios intereses que no son representativos de quienes no están incluidos en ese ámbito (la parte obrera potenciando los derechos de trabajadores y trabajadoras integrados en el ámbito de aplicación del convenio colectivo; la parte empresarial buscando socavar la competencia que le podrían realizar trabajadores y trabajadoras autónomos).

Ciertamente, en el caso de autos, el trabajador autónomo entrante tenía contratado personal hasta el momento en que la junta ordinaria de la comunidad de propietarios ha decidido contratar sus servicios, prescindiendo luego de dicho personal, de manera que ya no tenía personal en el momento posterior de asumir la contrata. La trabajadora recurrente pretende proyectar sobre esta situación fáctica la sombra del fraude de ley al considerar que el autónomo demandado prescindió de su personal precisamente para evitar la subrogación. Es verdad que esa sucesión de fechas opera como un indicio de fraude. Pero no es menos verdad que el autónomo demandado no consta que en algún momento hubiera tenido una estructura estable de empleo que permita considerarlo un empresario laboral, y, en todo caso, es poco verosímil que la haya ocultado, o se haya desprendido de personal que efectivamente necesitaba, para conseguir libre de personal una contratación que económicamente supone solo 165 euros mes. Más bien los indicios más seguros apuntan a que el autónomo demandado ocasionalmente contrataba personal y -y esto es lo verdaderamente relevante para resolver- no lo tenía en el momento de asunción de la contrata, con lo cual -y considerando también que el fraude no se presume- el autónomo demandado no se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo en que se obliga a la subrogación del personal de la empresa saliente.

CUARTO. Por todo lo antes expuesto, el recurso de suplicación será totalmente desestimado y la sentencia de instancia íntegramente confirmada, tanto por su fallo como por sus propios y atinados fundamentos, que se asumen.

FALLAMOS.

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Doña Marcelina contra la Sentencia de 22 de abril de 2019 del Juzgado de lo Social número 2 de Lugo, dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra Doña Marisa y Don Carlos Ramón (Gal Clean Facility Service), la Sala la confirma íntegramente.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos