

Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas



Javier Thibault Aranda

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Consultor *of council* en Abdón Pedrajas/Littler

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REFORMA LABORAL DE 2021: MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES. 3. DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. 3.1. El convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. 3.2. El convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. 3.3. El convenio colectivo de empresa. 4. LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES EMPLEADOS EN LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO. 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El creciente fenómeno de la contrata cuestiona la estructura tradicional de la negociación colectiva. A menudo, al externalizar una actividad los trabajadores de la contrata tienen unas condiciones distintas de las que tendrían si los hubiera contratado directamente la empresa principal o incluso se quedan sin convenio colectivo. Por esta razón se abrió hace tiempo un debate doctrinal y judicial sobre el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas de servicios o multiservicios. Y más recientemente, el RD-Ley 32/2021 ha venido a regular de manera específica este asunto, modificando al efecto el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores. Por todo ello, en este artículo se trata de abordar tanto el tratamiento judicial de la cuestión, como los cambios que introduce al respecto la reforma de 2021, que vienen a confirmar la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: externalización, condiciones de trabajo, empresas de servicios o multiservicios.

ABSTRACT: The growing phenomenon of outsourcing challenges the traditional structure of collective bargaining. Often, when an activity is outsourced, employees have different conditions if they had been hired directly by the main company, or even remain without a collective agreement. For this reason, a doctrinal and judicial debate was opened some time ago on the collective agreement applicable to employees in

service or multiservice companies. And more recently, RD-Law 32/2021 has come to specifically regulate this matter, amending art. 42 of the Employees' Statute. For all these reasons, this article deals the judicial treatment of the issue and the changes introduced in this respect by the 2021 reform, which confirm the latest case law of the Supreme Court.

KEY WORDS: outsourcing, working conditions, service or multiservice companies.

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho en los últimos tiempos sobre las condiciones laborales de los trabajadores empleados en las contrata. La cuestión, sin embargo, no es nueva. El interés judicial y doctrinal por esta cuestión surge a finales del siglo pasado como consecuencia de la confluencia de dos factores. De una parte, la importancia y extensión adquirida por la externalización de actividades, que desborda su tradicional ámbito de actuación, entorno a la limpieza o la vigilancia, e inunda la "propia actividad" de la empresa principal, cubriendo actividades que históricamente se consideraron nucleares; nuevas contrata que a menudo no tienen un encaje claro en los convenios colectivos de sector preexistentes. De otra, la irrupción de las denominadas empresas de multiservicios, que no están especializadas en ningún segmento de actividad, sino que ofrecen simultáneamente una amplia gama de servicios y actividades. Estos hechos hacen que desde un principio se planteen dudas sobre el convenio colectivo aplicable, de suerte que ya entonces algunos fallos se decantan por aplicar el mismo convenio colectivo que rige en la empresa principal, en la consideración de que se está utilizando la contrata y subcontrata para burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una empresa de trabajo temporal¹. Y otros, por el contrario, optan por aplicar el convenio colectivo que se corresponde con la actividad que ejecuta la contratista, con independencia de que sea coincidente o no con el convenio que rige en la empresa principal². Esto es, la misma disyuntiva que se da en la actualidad.

Cosa distinta es que a partir de 2012 esta cuestión salte a los medios y al debate público al hilo de la situación de las camareras de pisos que, por el hecho de estar externalizadas, tienen unas condiciones laborales distintas del personal laboral contratado directamente por el establecimiento hotelero. Un estado de cosas del que algunos sectores políticos y sindicales responsabilizan a la reforma laboral de 2012, cuando en realidad nada tuvo que ver. Porque la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para

- 1 STSJ Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 2002 (rec. 1068/2001). Llegando a afirmarse que "en realidad, se está utilizando la técnica de la contrata y subcontrata para burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una ETT" STSJ Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2006 (rec. 478/2006).
- 2 STSJ Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2005 (rec. 1137/2005) y STSJ Castilla y León Valladolid de 2 de octubre de 2006 (rec. 1563/2006).

la reforma del mercado laboral, no pone ni quita nada³. El personal de limpieza de habitaciones de las empresas de servicios o multiservicios queda fuera de los convenios colectivos de hostelería y hospedaje como consecuencia de dos decisiones completamente ajenas a la reforma laboral de 2012. Por una parte, la voluntad de la empresa principal, al externalizar esa actividad, y por otra, la decisión de los negociadores de los convenios, que construyen desde antiguo el sistema de negociación colectiva en torno al ciclo o rama en que se trabaja y no a la profesión y oficio desarrollada por el trabajador. A las camareras de piso de una contrata se le aplican las condiciones laborales del convenio colectivo de empresas de limpieza de edificios y locales porque así lo han decidido sus negociadores al trazar el ámbito de aplicación⁴. Un estado de cosas que, por otra parte, no es exclusivo de la limpieza de habitaciones, sino que se extiende por doquier, desde la atención informativa hasta la reposición de productos en los lineales de las superficies comerciales, por citar algunos ejemplos. Asistimos a un progresivo vaciamiento de unidades de negociación tradicionales y al relleno o surgimiento de otras distintas. Un movimiento que supondrá normalmente un cambio de condiciones laborales, pero que, se insiste, nada tiene que ver con la reforma laboral de 2012.

Lo que sí sucede a partir de 2012 es que en algunas empresas de *outsourcing* se negocian convenios de empresa que fijan salarios más bajos que los preexistentes del sector, amparándose en la prioridad aplicativa *ex lege*. Empresas que la doctrina califica de “oportunistas”⁵, porque buscarían competir por medio de unos salarios más bajos, “con la connivencia —o la resignación— de unos representantes unitarios más formales que materiales”⁶. Ahora bien, ni tal fue la motivación en todos los casos, ni mucho menos cabe responsabilizar a esos convenios de la evolución de los salarios durante la crisis. Primero, porque en verdad el ajuste salarial en España empezó en 2010. Segundo, por el reducido peso que tienen los convenios colectivos de empresa en la conformación de la masa salarial total. Y tercero, porque, como ha señalado alguna doctrina, la inmensa mayoría de las empresas con convenio propio no hicieron uso de esta posibilidad legal y continuaron remitiéndose o fijando salarios mejores que en el nivel sectorial⁷, por no hablar de aquellos otros convenios de empresa que colmaron la laguna de cobertura sectorial en algunas de las actividades externalizadas.

3 Como señalaría la STS de 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019), históricamente el art. 42 ET no establece criterio alguno sobre el convenio colectivo aplicable a la contratista, de suerte que la determinación de la unidad de negociación y la búsqueda del convenio colectivo aplicable tiene que hacerse conforme a las reglas generales del título III ET.

4 STS 11 de noviembre de 2021, rec. 3330/2019.

5 Gimeno Díaz de Atauri, P., “Cuantía salarial y niveles de contratación”, en Goerlich Peset, J.M. (Dir.), *Evolución de contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018, pág. 164.

6 Vivero Serrano, J.B., “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia laboral”, *Briefs* de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicado el 27/01/2022, pág. 1.

7 Mercader Uguina, J.R., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, núm. 3, pág. 113. Con base en el análisis de Gimeno Díaz de Atauri, P., “Cuantía salarial y...”, op. cit., págs. 41 a 170.

En todo caso, sea cual sea el alcance y la causa de los cambios habidos en las condiciones laborales de los trabajadores empleados en las contrata, a partir de 2012 se suceden las declaraciones y propuestas de reforma del art. 42 ET por parte de los partidos que en la actualidad integran el Gobierno de coalición. Lo que se ha dado en llamar los “momentos históricos de la (no) reforma del art. 42 ET”⁸. Por eso no sorprendió que tal propósito reformista se incorporara finalmente en el acuerdo fundacional del actual Gobierno. Una voluntad de reforma que el Gobierno incluirá después dentro del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, bajo la eufemística fórmula de “modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales”, configurándose además como una de las reformas que se tratarían dentro del diálogo social, como así fue. De ahí que posteriormente esta cuestión formase parte del Acuerdo de 22 de diciembre para la reforma laboral suscrito entre Gobierno, UGT, CC.OO. y CEOE-CEPYME y que, finalmente, se materializara, junto a otras modificaciones legales, en el Real Decreto-ley 31/2022, 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.

2. LA REFORMA LABORAL DE 2021: MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES.

A la vista del Preámbulo, parecería que el RD-ley 32/2021 introduce numerosos y profundos cambios en materia de contrata y subcontrata. Porque, en palabras del propio legislador, “procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas”. Se persigue “una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan”, con el objetivo de evitar que “dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva”.

Ahora bien, lo adelanto ya, ni las modificaciones son tantas, ni tienen tamaña relevancia. En ningún aspecto resulta tan patente la discordancia entre la parte expositi-

8 Rojo Torrecilla, E., “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 467, 2022, págs. 92 y 93.

va y la parte dispositiva de la norma como en lo relativo a la contrata y subcontrata. Más parece el Preámbulo de la reforma laboral “frustrada” del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que la “mens legislatoris” del texto finalmente aprobado. Básicamente, porque, como se expondrá, casi nada ha cambiado⁹. No se ha limitado la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa, tampoco se ha impuesto un principio de equiparación salarial, ni se ha extendido la responsabilidad de la empresa principal, como en algún momento se llegó a plantear. En definitiva, dejando a un lado la adaptación al lenguaje inclusivo, la única “novedad” consiste en la determinación del convenio colectivo aplicable en la contrata y subcontrata. Aspecto donde, también se verá, la norma viene básicamente a refrendar la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Visto lo anterior, podría decirse que el preámbulo busca generar una interesada ambigüedad que fuerce una exegesis de la norma que no se corresponde con lo que en verdad se acordó en el marco del dialogo social. Porque, el texto del preámbulo, conviene reseñarlo, no fue propiamente negociado, sino sólo “revisado” por los agentes sociales pocas horas antes de la aprobación del real decreto-ley. Estamos, a mi modo de ver, ante un intento de reescribir la norma más que ante un criterio interpretativo que sirva para dar unidad y coherencia al articulado. A través del preámbulo se trata de decir lo que la norma no dice y los artífices de la reforma no acordaron.

3. DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Como se ha anticipado, por lo que sí ha optado el legislador es por intervenir sobre el convenio aplicable en las contratas y subcontratas. En concreto, el art. 1.5 del RD-ley 32/2021 modifica el art. 42 ET, para introducir un nuevo apartado 6, a cuyo tenor “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 éste, en los términos que resulten del artículo 84”.

Una previsión legal, que, parece, se aplica a todos los casos de contrata y subcontrata y no sólo a las correspondientes a la propia actividad¹⁰. Básicamente, por

9 En palabras de Basterra Hernández, la reforma laboral de 2021 “no asume las radicales propuestas con las que se ha finto a lo largo de este tiempo”, en “Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021”, *Briefs* de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicado el 31/12/2021.

10 En igual sentido, Nores Torres, L.E., “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Monográfico sobre la reforma laboral, núm. 3, 2022, págs. 77 y 78; De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas”, *Trabajo y Derecho* 88/2022 (abril), núm. 88, pág. 5.

dos razones. Primero, porque el art. 42 ET lleva por título “Subcontratación de obras y servicios”, sin más calificativos, y sólo los apartados 1 y 2 reconducen sus previsiones a “las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas”. De suerte que los apartados 3 y siguientes entiendo que se extienden a todos los supuestos de contratación y subcontratación¹¹. Segundo, porque la Disposición adicional vigesimoséptima dispone que “en los casos de contrata y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Apostilla legal que, creo, carecería de sentido si el apartado 6 sólo resultara aplicable a los supuestos de propia actividad, dado que si algo caracteriza a los servicios que prestan tales empresas es que son normalmente auxiliares.

Dicho esto, es de notar que las pautas para determinar el convenio colectivo aplicable en la empresa contratista y subcontratista, y, por ende, las condiciones laborales aplicables a la plantilla que presta servicios en la contrata, se estructuran en base a tres reglas. El art. 42.6 ET se remite en primer lugar al convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. A continuación se dice que ese convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata quedará desplazado si existe otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. Finalmente, el precepto concluye que, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará éste, en los términos que resulten del artículo 84.

Ligado con lo anterior, alguna doctrina propone una lectura del apartado 6 en sentido inverso, de abajo a arriba, en la consideración de que serían criterios escalonados y subsidiarios¹². Conforme a esta exégesis, sólo a falta de convenio propio de empresa entraría en juego la aplicación del convenio sectorial “de la actividad desarrollada en la contrata y subcontrata” a que se refiere el primer párrafo del art. 42.6 ET. Y sólo si además no hubiera “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Una interpretación del precepto que no comparto plenamente. Porque, a mi modo de ver, el párrafo primero y el párrafo segundo operan en planos distintos. Con el primero se fija el criterio que permite seleccionar el convenio colectivo de sector aplicable a los trabajadores que prestan servicios en las contrata. En cambio, con el segundo se articula la relación entre el convenio de empresa y los convenios colectivos de sector. Es decir, cumplen una función distinta y complementaria. Aunque la

11 Ya lo interpretaba así la doctrina en relación a los derechos de información y demás que se recogen en los apartados 3 y siguientes, véase Camps Ruiz, L.M., “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 69 a 72.

12 De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de...”, op. cit., pág. 6.

empresa disponga de convenio propio, tendremos necesariamente que desentrañar cuál es el convenio colectivo de sector aplicable, pues sólo así podemos saber cuál es el convenio de aplicación preferente. Necesitamos saber cuál es el convenio colectivo de sector aplicable para determinar si el convenio de empresa es anterior o no en el tiempo. Al igual que tenemos que acudir al convenio colectivo de sector para ver si fija una regla distinta del “prior in tempore”. En conclusión, los dos párrafos del art. 42.6 ET se complementan. Razón por la cual seguiré en mi exposición el mismo orden que la ley.

3.1. El convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata

Sobre estas bases, lo primero que dispone el art. 42.6 ET es que “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”.

Pues bien, sin entrar en debates sobre la idoneidad del criterio finalmente adoptado, a mi juicio, la opción del legislador es clara: se tiene que aplicar el convenio sectorial propio del objeto de la actividad externalizada, esto es, la que se ejecuta en la contrata, no el de la actividad que desarrolla la empresa principal¹³. Lo que significa que el “nuevo” art. 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni mucho menos obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal —sea de empresa o de sector—. Ni siquiera cuando la contrata o subcontrata se incardina dentro de la “propia actividad” de la empresa principal. Una opción legislativa que, si se piensa, vino a dar carta de naturaleza legal a la última jurisprudencia sobre el particular: “las relaciones laborales en la contrata o subcontrata 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” (STS 11 de junio de 2020, rec. 9/2019)¹⁴. Tal y como, de hecho, ha venido a confirmar

13 En este sentido, Durán López, F., “Contratas y negociación colectiva tras la reforma laboral”, Newsletter laboral, mayo 2022; Cavas Martínez, F., “Determinación del convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2022, págs. 7 y 8; Nores Torres, L.E., “La reforma...”, op. cit., págs. 79 y 80; De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de...”, op. cit., págs. 8 y 9; Pérez Guerrero, M. L., “La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Monográfico 2022, pág. 172; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contratas y subcontratas y el ‘trabajo externalizado’ (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)”, en Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

14 En igual sentido, antes, la STS de 22 de febrero de 2019, rec. 237/2017, que declaró aplicable el Convenio colectivo de Trabajo del Sector de Colectividades de Cataluña —y no el VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de

el Alto Tribunal en su reciente sentencia de 6 de octubre de 2022 (rec. 35/2021). Si la actividad subcontratada es la limpieza, el convenio aplicable será el de limpieza de edificios y locales, y si es la vigilancia, el de empresas de vigilancia, con independencia de cuál sea la empresa principal.

Una interpretación que ha acogido mayoritariamente la doctrina, aunque no es unánime. En concreto, Merino Senovilla y Grau Pineda afirman, con base en la Exposición de Motivos, que, con la nueva previsión legal, es “el convenio sectorial que aplique a la empresa matriz el que habrá de prevalecer cuando las actividades externalizadas no tengan carácter accesorio o auxiliar por corresponderse con el núcleo de actividad de la comitente”¹⁵. De modo que, a su juicio, a las camareras de piso de la empresa de servicios o multiservicios les será de aplicación el convenio colectivo de hostelería. Un planteamiento al que se suma Goñi Sein, para quien el nuevo art. 42.6 ET no busca refrendar o legalizar el último criterio jurisprudencial, sino corregir la desigualdad de condiciones salariales que tal interpretación propicia, con igual apelación a la Exposición de Motivos y a la perspectiva de la igualdad y no discriminación que, afirma, impulsa la norma¹⁶.

Una exégesis que, en mi opinión, obedece más al deseo que a la realidad. No creo que con el “nuevo” art. 42.6 ET se haya abierto “una zona franca de una gran incertidumbre”, como afirma Goñi Sein. Los términos en que se expresa la norma son rotundos y no dejan lugar a dudas. Se refiere a “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”, no a la actividad desarrollada por la empresa principal. Por supuesto, estoy de acuerdo con Merino Segovia y Grau Pineda en que las tareas realizadas en cada concreta contrata son las que determinan el convenio sectorial de aplicación y no la actividad o actividades que se incluyan en el objeto social de la empresa contratista, que puede ser mucho más amplio o incluso no corresponderse con la realidad. Ahora bien, llevado al caso de las camareras de piso de una contrata, el convenio colectivo aplicable será el de limpieza de edificios y locales y no el de hostelería, por mucho que éste se aplique a la empresa principal, porque la empresa de servicios no realiza una actividad de alojamiento.

Insisto, “*in claris non fit interpretatio*”. El criterio podía perfectamente haber sido otro. Los artífices de la reforma y por tales me refiero a sindicatos y patronal, además del Gobierno, podían haberse inclinado en favor de la actividad desarrollada por la empresa principal, pero no lo hicieron. El texto acordado dice lo que dice y ese debe

la autonomía personal— a una empresa que operaba como subcontratista, en residencias geriátricas, en la actividad de restauración colectiva a los residentes. Y más recientemente la STS de 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019) que recuerda que el art. 42 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollen trabajadoras de otra empresa.

15 Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C., “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2022, pág. 39.

16 Goñi Sein, J.L., “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *Estudios Latinoa*, núm. 13, 2022, págs. 93 y 94.

ser el verdadero y único canon de interpretación y no el Preámbulo, que, como ya he señalado, en puridad no fue negociado.

En este orden de cosas, esta opción legislativa plantea una serie de cuestiones sobre las que conviene reflexionar.

Primero, en ningún caso establece unas condiciones mínimas sectoriales o un salario mínimo de sector. El párrafo primero no otorga una preferencia legal de los convenios sectoriales en relación con lo establecido en el convenio de empresa, porque en verdad la articulación entre los convenios de empresa y los convenios de ámbito superior se regula en el párrafo segundo. Es allí donde se establece si el convenio colectivo aplicable tiene que ser el de sector o de empresa. Lo que hace el legislador en este párrafo es otra cosa. Por una parte, identifica el convenio colectivo sectorial por el que podrían regirse, en su caso, las relaciones laborales de las personas empleadas en las contratas y subcontratas; y, por otra, da respuesta a otro problema que se había planteado de manera recurrente en los últimos años, como es la selección del convenio colectivo aplicable en las empresas de multiservicios¹⁷. En definitiva, se fija el criterio para seleccionar el convenio colectivo sectorial aplicable, en su caso, a las personas que trabajan en las contratas y subcontratas.

Segundo, el criterio de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata se aplica también en el caso de las empresas de multiservicios¹⁸. Lo cual tiene todo el sentido, pues al fin y al cabo es una empresa de servicios más. La única diferencia es que, como tiene un objeto social plural, en la empresa de multiservicios no se aplicará un único convenio colectivo, sino tantos como actividades distintas ejecute¹⁹. Por poner un ejemplo, si la empresa de multiservicios ejecuta una contrata de limpieza para un cliente, los trabajadores ocupados en la misma quedarán sujetos al convenio colectivo de limpieza de edificios y locales, y si presta el servicio de conservación y mantenimiento de jardinería para otro cliente, a los empleados encargados de tales trabajos les aplicará el convenio colectivo del sector de jardinería.

17 El propio Tribunal Supremo se muestra titubeante, porque primero concluye que el convenio colectivo sectorial aplicable a los trabajadores de las empresas de multiservicios es el de la actividad preponderante (STS de 17 de marzo de 2015, rcud. 1464/2014) y más recientemente que es el de la real y verdadera actividad ejecutada por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa de multiservicios a la empresa cliente (STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019).

18 Una extensión que, de hecho, ya se contemplaba expresamente en algunos convenios colectivos de sector, como, por ejemplo, el Convenio colectivo de empresas de Limpieza de la provincia de Castellón (2015-2019), que dispone que quedan "incluidas expresamente en el ámbito de este convenio, los centros especiales de empleo, empresas de multiservicios y servicios auxiliares que se dediquen a la actividad de limpieza de edificios y locales" (BOP Castellón de la Plana 14/02/2017).

19 Una opción legal que, además, como ya apuntara el Tribunal Supremo, tiene la virtualidad de salvaguardar 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" (STS 11 de junio de 2020, rec. 9/2019).

Al hilo de lo anterior, puede resultar que en el marco de la contrata se ejecuten al mismo tiempo trabajos encuadrables en distintas actividades. Algo cada vez más frecuente. Por ejemplo, que la contratista se encargue de la limpieza de las instalaciones y la conservación de los jardines en el mismo espacio. Lo que se ha dado en llamar contratas integrales. En este caso, a mi modo de ver, se impone distinguir en función de si hay o no plantillas diferenciadas, es decir, si los trabajadores están adscritos de manera permanente a unos u otros trabajos en función de su especialidad o si, por el contrario, todos hacen de todo. Si es lo primero, habrá que estar a la actividad que realiza cada empleado para identificar el convenio de sector que se le aplica. En el ejemplo, unos trabajadores quedarán sujetos al convenio colectivo de limpieza de edificios y locales y otros sometidos al convenio colectivo del sector de la jardinería. Esto implica aplicar a la plantilla distintos convenios colectivos sectoriales, pero esta solución es la que, pienso, mejor se adapta al criterio legal, porque en puridad, aunque sea dentro de la misma contrata, son actividades diversas e independientes. ¿Y si los trabajadores realizan de manera indiferenciada tareas de limpieza y mantenimiento o conservación de jardines? Pues bien, en tal caso no queda otra, creo, que atender a la actividad prevalente en la contrata. Es decir, aplicar el convenio colectivo que se corresponde con las tareas a las que los trabajadores dedican más tiempo.

No podemos terminar este apartado sin advertir que “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” no siempre tendrá encaje en el ámbito funcional de un convenio colectivo sectorial. Es más, puede ser que la empresa no tenga convenio propio y que tampoco haya un convenio de empresas de multiservicios. Ciertamente no será lo habitual, pero esa posibilidad existe. Puede haber trabajadores de la contrata sin convenio colectivo, como también los hay fuera del ámbito de las externalizaciones.

Para superar esa situación de vacío, en el pasado el Tribunal Supremo recurrió al más tradicional principio de unidad de empresa, en concreto en la sentencia de 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014). En el caso, recuérdese, la empresa de multiservicios había celebrado un contrato de gestión integral de servicios complementarios que incluía los servicios de limpieza de edificios, reparación y mantenimiento de equipos, mantenimiento de ascensores, mantenimiento de equipos de seguridad, y servicios de conserjería; y los trabajadores, con la categoría profesional de auxiliar de información, reclamaban la aplicación del convenio colectivo de empresas de limpieza de edificios y locales. Pretensión que el Tribunal Supremo estimó, en la consideración de que, entre todas las actividades que se ejecutaban en la contrata, la limpieza de edificios y locales era la principal, a pesar de que no fueran las tareas que ejecutaban los demandantes.

Un fallo que probablemente se “explica” por el hecho de que la actividad de auxiliar de información no contaba entonces con un convenio colectivo sectorial de referencia, lo que situaba a estos trabajadores en una situación de menor protección, pero que resulta absolutamente cuestionable porque en verdad todas las actividades

de este tipo de empresas son igual de principales²⁰. En cualquier caso, es claro que esta solución no tendría hoy encaje legal, toda vez que la norma impone atender a la concreta actividad ejecutada en la contrata y si son varias, porque es un contrato de gestión integral, aplicar tantos convenios de sector como actividades distintas se realizan por la empresa de multiservicios, aunque sea en el marco de la misma contrata. Y así las cosas, puede suceder que todos o algunos de los trabajadores de la contrata no tengan convenio sectorial de referencia, porque la actividad que ejecutan no se contempla en ninguno.

3.2. El convenio colectivo de sector aplicable conforme a lo dispuesto en el título III

La actividad ejecutada en la contrata o subcontrata constituye el fundamental criterio identificador del convenio colectivo aplicable en la empresa contratista o subcontratista, pero, como se ha adelantado, no es el único. Porque el legislador incorpora una excepción cuando añade “salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Una previsión ciertamente enigmática, que ya ha dado pie a diversas interpretaciones doctrinales. En concreto, la duda que surge es ¿cuál pueda ser ese “otro convenio colectivo sectorial”?

Un sector de la doctrina apunta que el legislador habría venido a reconocer así la posibilidad de negociar un convenio colectivo para empresas de multiservicios²¹. Una opción que ya se exploró en el pasado, llegando a constituirse una “Asociación de Empresas de Externalización de Servicios Auxiliares de la Producción”, que agrupaba a una parte importante de las principales empresas del sector. El objetivo, entre otros, era negociar un convenio colectivo que diera al menos cobertura a aquellos trabajadores que prestaban servicios en actividades que no contaban con regulación sectorial específica, pues los restantes seguirían rigiéndose por las tablas de sus respectivas regulaciones convencionales. Una solución que, sin embargo, no llegó a materializarse por el recelo de la parte sindical.

Una habilitación legal que puede tener su sentido, pero que, según cómo se implemente, podría llegar a afectar a la competencia en el mercado, porque prestaciones de servicios que tienen estructuras semejantes quedarían sometidas a distinta regulación. Para la misma actividad, por ejemplo, la limpieza, los salarios y, por ende, los costes laborales serían diferentes en función de que el empleador fuera una empresa de multiservicios o una empresa de servicios a secas. Lo cual, a mi modo de

20 Véase comentario crítico de esta sentencia de Esteve-Segarra, M.A., en “La selección del convenio colectivo aplicable en empresas de multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015, rcd. 1646/2014”, *Revista de Información Laboral* núm. 9, 2015, págs. 17 a 30.

21 Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 55; Sala Franco, T., *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 86 y 87.

ver, no tiene ningún sentido. Es verdad que esa circunstancia ya se da en el caso de los centros especiales de empleo, pero también convendremos que se trata de un empleador "sui generis", que se rige por principios de funcionamiento específicos diferentes de los de otros agentes económicos, caracterizados por la primacía de la persona. Son empresas de economía social, que compatibilizan la viabilidad económica y su participación en el mercado con su compromiso social hacia colectivos con menores oportunidades en el mercado de trabajo, lo que justifica un régimen diferenciado. Pero en el caso de las empresas de multiservicios no parece razonable que sea así. De ahí que si finalmente se materializara esta opción probablemente habría que adoptar determinadas cautelas, como dejar fuera aquellas actividades que ya tienen su propia regulación sectorial o incorporar en ese convenio colectivo las tablas salariales de los convenios colectivos de sector existentes, ya sea por remisión o reproducción, estableciendo unas tablas propias y diferenciadas para aquellas actividades que no están cubiertas por esos otros convenios colectivos de sector. En cualquier caso, el tiempo dirá si esta alternativa que se ha abierto tiene o no recorrido.

Una segunda opción, barajada por otros comentaristas, es que con ese "otro convenio colectivo sectorial" se esté dando entrada a la posibilidad de aplicar en la contratista el convenio colectivo del sector de la empresa principal cuando "la actividad desarrollada por las personas trabajadoras en la contrata tenga las especialidades y las condiciones o contenidos específicos definidos en el convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal"²². Una lectura del precepto que no comparto. Antes de la reforma de 2021 el Tribunal Supremo declaró ya que la coincidencia de tareas o funciones no era condición suficiente para aplicar al personal externalizado el convenio colectivo de la empresa principal²³. Y la mención del vigente art. 42 ET a ese "otro convenio colectivo sectorial" no cambia en nada las cosas. Porque para que desplace al convenio "del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata", es requisito imprescindible que "sea aplicable conforme a lo dispuesto en el título III", es decir, que exista un nexo de representación. No basta con que las funciones desempeñadas por los trabajadores estén identificadas en la clasificación profesional del convenio colectivo aplicable a la empresa principal, sino que la empresa contratista ha de estar incluida en el ámbito de aplicación de ese "otro convenio colectivo sectorial", lo que inmediatamente plantea el problema de la falta de capacidad desde el lado patronal para vincular a este tipo de empresas. Si las empresas contratistas —sean o no de multiservicios— no están representadas por los negociadores de ese "otro convenio colectivo sectorial", no se les puede aplicar el convenio sin quebrar precisamente las reglas del Título III. Yendo al caso concreto de las "kellys", a la empresa de servicios no le resulta aplicable el convenio colectivo de hostelería, aun cuando exista identidad de funciones o tareas, porque en ningún caso está representada por la organización empresarial firmante.

22 De la Puebla Pinilla, A., "El impacto de...", op. cit., págs. 10 y 11.

23 STS de 11 de noviembre de 2021 (rec. 3330/2019).

Al hilo de lo anterior, seguirán sin ser válidas las denominadas cláusulas “inclusivas”²⁴, esto es, aquellas que se dirigen directamente a las empresas contratistas o subcontratistas para que apliquen las condiciones del convenio colectivo a pesar de que se encuentran extra muros del convenio²⁵. El Tribunal Supremo ya se manifestó en contra de tales cláusulas²⁶ y a mi modo de ver nada cambia con el “nuevo” art. 42 ET. Porque del Título III se colige que sólo pueden estar comprendidos en el ámbito funcional del convenio colectivo quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio²⁷. Luego, si la empresa contratista o subcontratista no estuvo representada en la mesa de negociación, no puede quedar directamente obligada por el mismo. El hecho de que haya sido contratada para prestar servicio a una empresa incluida dentro del ámbito funcional del convenio colectivo es irrelevante a estos efectos. No altera su condición de tercero y podrá impugnar la pretendida extensión por lesividad.

Cosa distinta es que los negociadores de un convenio colectivo de sector comprometan que las empresas —principales— que sí están incluidas en su ámbito de aplicación tendrán que introducir en los contratos mercantiles una cláusula en virtud de la cual las empresas contratistas y subcontratistas quedarán obligadas a aplicar a sus trabajadores determinadas condiciones o garantías del convenio, cuando éste no les sea directamente aplicable. Clausulas convencionales que la doctrina ha adjetivado como “extensivas”²⁸. Constituyendo un ejemplo claro el XV Convenio colectivo sectorial de hostelería de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que dispone que los empresarios afectados por este Convenio que contraten o subcontraten con otros la realización de servicios correspondientes a

24 Término acuñado por Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas de multiservicios y la problemática determinación del Convenio colectivo sectorial de referencia”, en AA. VV. La negociación colectiva de las empresas de multiservicios, Francis Lefebvre, 2018, págs. 245 a 254.

25 Un ejemplo de este tipo de cláusula en el Convenio Colectivo de Hostelería de Las Palmas 2016-2019 (BOP 13/03/2017) que incluye en su ámbito funcional “a todas aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este Convenio Colectivo, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento conforme al Anexo I”. De igual modo, el anterior Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Málaga (2014-2017), que al delimitar su ámbito personal —no el funcional— dispone que “a las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el presente convenio colectivo” (BOP Málaga 31/10/2014).

26 Básicamente, porque, como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2021 (rec. 3330/2019), “la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, esto es, a las empresas ‘principales’ y no, naturalmente a empresas ‘terceras’ no incluidas en este ámbito de aplicación”. Con mención a la STS 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018).

27 Entre otras muchas, STS 10 de diciembre de 2008 (rcud. 2731/2007).

28 Palomo Balda, E., “El estatus laboral...”, op. cit. págs. 245 a 254.

la actividad principal de aquellos “deberán comprobar a efectos de garantía de su percepción, que los trabajadores prestatarios de tales servicios vienen siendo retribuidos, al menos, en las condiciones que vienen recogidas en el presente Convenio colectivo. A tales efectos, las empresas subcontratistas facilitarán a la principal las jornadas de trabajo y descansos realizados por el trabajador en el centro de trabajo, a fin de comprobar que tales condiciones se ajustan al presente Convenio colectivo” (art. 14)²⁹. En este caso, los firmantes del convenio se dirigen única y exclusivamente a los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, es decir, a los establecimientos hoteleros y de restauración, quienes quedan, eso sí, obligados a garantizar que los trabajadores que prestan servicios en las áreas de bar, restaurante, comedor, cocina, recepción, pisos y limpieza a través de las empresas contratistas y subcontratistas cobran, al menos, las retribuciones del citado convenio. La licitud de estas cláusulas está fuera de toda duda y, como no obligan directamente a un tercero, no plantean problemas desde el punto de vista de la fuerza vinculante del convenio colectivo (STS 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018).

3.3. El convenio colectivo de empresa

Finalmente, el párrafo segundo del art. 42.6 ET establece que, “cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”. Es decir, la relación entre el convenio colectivo de empresa y los convenios colectivos de sector se rige por las mismas reglas que en cualquier otra empresa. La contrata y subcontrata no pone ni quita³⁰. El criterio general de solución de concurrencias conflictivas será la regla del “prior in tempore” 84.1 ET, igual que se aplicarán las excepciones que se contemplan en el referido precepto, tanto las previstas en el art. 84.2, 3 y 4 ET, como las que pueden establecer los

29 En igual sentido, el vigente Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Málaga (2018-2012), que dispone que “las empresas hosteleras que contraten o subcontraten con otras los servicios de camarera de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, incluirán en el contrato que lo sustente la obligación del contratista de respetar las condiciones del presente convenio. En caso de no hacerlo, si no se aplicara el convenio, recaerá sobre la empresa principal la responsabilidad solidaria de las diferencias salariales” (BOP Málaga 23/08/2018). Igualmente, el Convenio colectivo del sector de la Hostelería de la provincia de Teruel (2019-2021), que prevé que “las empresas afectadas por el presente convenio en el caso de proceder a subcontratar parte de su actividad de los servicios de hostelería y siempre que la prestación del trabajo se realice en sus instalaciones, deberán exigir a la empresa subcontratada su autorización y alta en la actividad empresarial para prestar servicios en la actividad de hostelería y, por lo tanto, aplicar a sus trabajadores/as las categorías y todas las condiciones del convenio de hostelería de la provincia de Teruel” (BOP Teruel 15/03/2021).

30 El hecho de que el art. 42.6 ET se refiera a un convenio colectivo “propio”, sin especificar si debe ser necesariamente de empresa, no permite a mi juicio concluir que el convenio colectivo de centro de trabajo pudiera tener un mayor protagonismo en el marco de la contrata, dado que la norma se remite al art. 84 ET y la jurisprudencia ya se ha encargado de acotar allí el espacio de actuación del convenio colectivo de centro de trabajo. Con mayores dudas, véase Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Nueva reforma laboral...”, op. cit., pág. 6.

convenios y acuerdos colectivos de ámbito estatal o de comunidad autónoma ex art. 83.2 ET³¹.

Lo anterior significa que el “nuevo” art. 42 ET no antepone al convenio colectivo de empresa, pero también que no lo posterga en todos los casos. Aun después de la reforma laboral de 2021, el convenio colectivo de la empresa contratista o subcontratista puede, en determinadas circunstancias, imponerse al convenio colectivo sectorial, incluso si fija condiciones salariales menos favorables. La razón, como ha señalado la doctrina, es que el párrafo segundo “in fine” del art. 42.6 ET se remite al art. 84 ET en su totalidad³². Y conforme a este precepto el convenio colectivo de empresa no sólo tiene prioridad aplicativa en las materias que detalla el apartado segundo, sino también, como regla general, cuando sea anterior en el tiempo frente al convenio colectivo de sector posterior. De suerte que, como se ha adelantado antes, con la reforma de 2021 tampoco se garantizan unas condiciones mínimas sectoriales o un salario mínimo de sector.

Con todo, resulta evidente que, al haber desaparecido la materia salarial del art. 84.2 ET, se han reducido sensiblemente las posibilidades de que en la empresa se aplique un salario inferior al previsto en el convenio colectivo de sector. Con la nueva regulación probablemente se negocien menos convenios de empresa, y puede que incluso desaparezcan algunos que ya estaban consolidados, esto es, anteriores a 2012. Porque la nueva regulación impacta en los convenios colectivos de empresa “a la baja”, pero también podría hacerlo en aquellos otros que incorporan mejores salarios que los del sector, visto el tenor del apartado 2 de la Disposición Transitoria 6. Dicho precepto prohíbe el recurso a la compensación y absorción, por lo que no queda claro si la empresa con convenio propio que establece retribuciones superiores, pero por conceptos distintos, podrá neutralizar las diferencias existentes recurriendo a esa técnica o, por el contrario, los trabajadores podrán reclamar lo mejor de cada convenio. Sin duda esto último choca con la función de adaptación que se supone al convenio de empresa y la posibilidad de establecer una política retributiva propia — que no menores salarios—, no siendo probablemente éste el propósito del legislador, si bien, en todo caso, habrá que estar atento a la interpretación que de este precepto hagan los tribunales³³.

Sentado lo anterior, por hipótesis pueden darse los siguientes escenarios:

Primero, el convenio colectivo de empresa contratista o subcontratista es anterior en el tiempo frente al convenio colectivo sectorial concurrente. En este supuesto, por aplicación de la regla del “prior in tempore”, se aplicará el convenio de empresa, aunque establezca condiciones por debajo del sector. Es decir, el hecho

31 Sobre la reciente reforma del art. 84 ET, véase Mercader Uguina, J.R., “El fin de...”, op. cit., págs. 111 a 128.

32 De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de...”, op. cit., pág. 7.

33 Ampliamente, sobre el particular, que excede del objeto de este trabajo, Mercader Uguina, J.R., “El fin de...”, op. cit., págs. 127 y 128. También, Cabeza Pereiro, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, NET21, 2022.

de negociar el convenio colectivo de la empresa contratista sin que esté vigente el convenio colectivo sectorial, ya sea porque no exista o porque esté en ultractividad³⁴, conlleva la prioridad aplicativa frente al convenio de ámbito superior posterior. Gana la posición y se aplica en su integridad, incluidas las tablas salariales. Lo anterior, es verdad, salvo que otra cosa se disponga a través de los instrumentos del art. 83.2 ET. Porque tras la reforma de 2021 se mantiene el papel ordenador de la negociación colectiva a través de los convenios y acuerdos colectivos de ámbito estatal o autonómico, que pueden establecer un criterio distinto a la prioridad temporal —posterior en el tiempo, más beneficioso, nivel más reducido, etc.—.

Segundo, el convenio colectivo de empresa contratista o subcontratista es posterior en el tiempo. En tal caso, por aplicación de la regla general ex art. 84.1 ET, se aplicará el convenio colectivo de sector. No obstante, la citada regla cuenta también con dos excepciones. De una parte, porque, como en el caso anterior, el principio de prioridad temporal es dispositivo para los convenios o acuerdos colectivos sectoriales regulados en el art. 83.2 ET. De suerte que a través de estos instrumentos se podría atribuir preferencia al convenio colectivo posterior o al más favorable o directamente al convenio de empresa. Ahora bien, si nos atenemos al pasado, no parece que la negociación colectiva sectorial vaya a ceder particular protagonismo a la negociación de empresa y menos aún en materia salarial. De otra, porque la reforma laboral de 2021 ha puesto fin a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial, pero la mantiene en al menos otros cinco aspectos, entre los que destaca por su naturaleza adaptativa, “el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”; “el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones”; y “la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”. Una regla que sigue siendo indisponible para los acuerdos o convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o de comunidad autónoma. Los cuales, eso sí, podrán, en su caso, ampliar dicho listado de materias.

Huelga decir que puede aplicarse el convenio colectivo de empresa sencillamente porque no existe un convenio colectivo sectorial de referencia. Una situación de vacío sectorial que ya se da y que podría crecer exponencialmente si se externalizan nuevas subactividades. La razón de ello es que cada vez que se “trocea” una actividad los fragmentos resultantes no necesariamente encajan dentro de un convenio colectivo de sector preexistente. De suerte que, si tampoco existe un convenio colectivo empresa de multiservicios que haga las funciones de convenio colectivo “escoba”, el convenio colectivo de empresa asume enteramente la regulación de las condiciones laborales en la contrata. Un vacío que, eso sí, con el tiempo podría corregirse, ya sea porque se amplía el ámbito de aplicación de un convenio colectivo de sector, ya sea porque se crea una nueva unidad de negociación sectorial, momento a partir del cual

34 STS de 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018.

la relación entre el convenio colectivo de empresa y el de sector se rige por lo dispuesto en el art. 84 ET.

4. LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES EMPLEADOS EN LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO

Finalmente, se impone exponer de forma separada el régimen de condiciones laborales aplicables en las contrataciones del sector público. No porque no estén incluidas dentro del negocio jurídico de la contrata o subcontrata ex art. 42 ET, sino por la acción combinada de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que opera como norma especial. En particular porque varios preceptos de esta norma aluden al convenio colectivo que debe utilizarse como referencia o ser aplicado en las licitaciones y contrataciones públicas. Para empezar el art. 122.2 de la LCP, que establece que, en los pliegos de las cláusulas administrativas particulares, se incluirá “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”; también el art. 149 LCP, que prevé que “los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes”; y ligado a lo anterior el art. 201 LCP, que dispone que “la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el art. 192”. Lo que se complementa con la previsión de que los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la fijación del valor estimado y el precio se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación (arts. 101 y 102 LCP).

Es decir, la Ley 9/2017, alterando el “sistema de fuentes” aprobado por la reforma laboral de 2012, restaura la primacía del convenio colectivo sectorial en materia salarial para el ámbito de la contratación pública. El adjudicatario de una contrata del sector público queda obligado a aplicar al menos las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo sectorial, aun cuando tenga un convenio propio anterior en el tiempo. Una matización de la regla de prioridad aplicativa del art. 84.2 ET que, aún después de la reforma de 2021, tiene plena virtualidad, porque, como se ha indicado, ésta no impone un salario mínimo sectorial, a diferencia de la fórmula empleada por la Ley 9/2017.

Respecto de las demás condiciones de trabajo habrá que estar a lo dispuesto con carácter general para las empresas contratistas y subcontratistas en el art. 42.6 ET y, por remisión en el art. 84 ET. Es decir, para el resto de materias, el convenio colectivo sectorial sólo se aplicará cuando sea primero en el tiempo, salvo que se establezca otra cosa mediante acuerdo art. 83.2 ET. E incluso en ese supuesto tendrá prioridad aplicativa el convenio de empresa respecto de las materias tasadas del art.

84.2 ET. Lo anterior salvo que, como apunta Cavas Martínez, se haya incluido en el pliego de condiciones la aplicación del convenio sectorial, como condición especial de ejecución del contrato de carácter social, conforme a lo previsto en el art. 202 de la Ley 9/2017³⁵.

5. CONCLUSIONES

Como se ha anticipado, a pesar de los anuncios, declaraciones programáticas, proposiciones de ley y compromisos de Gobierno, la reforma del art. 42 ET no ha cumplido las expectativas que se habían dado determinados sectores políticos, sindicales y doctrinales, incluidos algunos de los artífices del RD-Ley 32/21. En el tiempo de descuento, el Gobierno renunció a introducir en la norma cambios que algunos de sus integrantes habían calificado como líneas rojas y, por tanto, irrenunciables. Como señala la doctrina esta renuncia obedece, sin duda, al hecho de ser una reforma pactada, lo que siempre obliga a dejarse pelos en la gatera, pero en este caso el margen de actuación del Gobierno probablemente fue aún menor, debido al hecho de que la Comisión Europea condicionara los 10.000 millones de Bruselas a que el BOE publicara una reforma pactada³⁶. Es decir, se ha hecho de la necesidad virtud.

En todo caso, sea cual sea la razón, no se han restringido los supuestos en que se puede subcontratar, como en algún momento se llegó a plantear. El vigente art. 42 ET permite a la empresa contratar o subcontratar cualquier parte de su negocio. Cualquier actividad, aunque no revista la cualidad de complementaria o contingente, se puede lícitamente subcontratar³⁷. Y, añadido, con independencia de que el recurso a la contrata se base en la calidad del valor de negocio que aporta o en su capacidad para generar ahorros o, como es lo habitual, en ambos factores a la vez. Las razones de la externalización permanecen dentro del ámbito de la más estricta discrecionalidad empresarial.

Un margen de decisión empresarial que, dicho sea de paso, debería servir de acicate para cuestionar la legalidad de aquellas cláusulas convencionales que vienen limitando el recurso a la contratación o subcontratación sin ninguna justificación. Un ejemplo significativo lo encontramos en el Convenio Colectivo del sector de la Hostelería de la provincia de Santa Cruz de Tenerife 2018-2022, que establece que las empresas incluidas en el convenio "no contratarán o subcontratarán con otras empresas personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y

35 Cavas Martínez, F., "Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas de multiservicios", *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de las empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, págs. 124 y 125.

36 En palabras de Castro Marín, una espada de Damocles, "La reforma del art. 42 ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?", *Diario LA LEY*, nº 9986, de 11 de enero de 2022, Wolters Kluwer, ISSN Electrónico: 1989-6913.

37 STS 4 de marzo 2008, rec. 1310/2007.

pisos” (art. 18). Si, como ha declarado el Tribunal Supremo, “la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 ET) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que se pueda considerar válida”³⁸, no parece que con el nuevo art. 42 ET los convenios colectivos queden autorizados para establecer ese tipo de prohibiciones.

En segundo lugar, no se ha impuesto la obligación de garantizar las condiciones de trabajo de la empresa cliente. El vigente art. 42 ET no exige una paridad de tratamientos análoga a la establecida en el art. 11 de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal. Lo que tiene todo el sentido, vista la distinta morfología de funcionamiento de las empresas de servicios y las ETTs y que, desde luego, no cumplen la misma función socioeconómica. Una cosa es el mero prestamismo laboral, donde la empleadora realiza una labor de mera intermediación por la que cobra un precio que básicamente comprende el salario del trabajador puesto a disposición y el correspondiente margen empresarial, donde tiene todo el sentido la paridad salarial. Y otra distinta la contrata lícita de servicios, donde la empresa contratista realiza una verdadera y propia actividad productiva, con recursos humanos y materiales propios y diferenciados de los de la empresa principal. Empresas con estructuras organizativas y costes y márgenes de explotación distintos que casan mal con la paridad salarial y de condiciones de trabajo.

En definitiva, revisado el “nuevo” art. 42 ET, hemos de concluir que los rasgos esenciales del precepto permanecen. Nada ha cambiado en lo relativo a su presupuesto de hecho, ni a las consecuencias jurídicas, y la mayoría de las cuestiones controvertidas que suscitaba la anterior regulación de la contratación y subcontratación permanecen tras la reforma laboral de 2021. Como antes, puede suceder que los trabajadores de la empresa contratista tengan un convenio colectivo diferente y, por ende, unas condiciones laborales distintas de las que tienen los trabajadores contratados directamente por la empresa principal. Prueba de lo cual es el colectivo de “kellys”, que seguirán comprendidas dentro del convenio colectivo de hostelería cuando prestan servicios directamente para el establecimiento hotelero y, en cambio, están sometidas al convenio colectivo de limpieza de edificios y locales cuando son trabajadoras de una empresa de servicios o multiservicios. De otra parte, no es descartable que, como consecuencia de la externalización de nuevas actividades, algunos trabajadores queden temporalmente sin un marco convencional de referencia. Ha sucedido en el pasado y probablemente vuelva a suceder en el futuro. Es un proceso natural. No hay un convenio colectivo sectorial aplicable hasta que la nueva rama de actividad está lo suficientemente madura como para alumbrar una unidad de negociación que le dé cobijo.

38 STS 21 de enero de 2020, rec. 159/2018.

Pues bien, partiendo de que básicamente nada ha cambiado en la norma, salvo la ventana de oportunidad que se abre a los convenios colectivos de empresas de multiservicios, las alternativas que se abren para abordar estas situaciones de menor protección para los trabajadores son tres: 1º) Incluir cláusulas extensivas en los convenios colectivos de sector que obliguen a la empresa principal a exigir a la empresa contratista unos determinados estándares laborales. 2º) Negociar un convenio colectivo de empresas de multiservicio. 3º) Inaugurar nuevas unidades de negociación que den cabida a las actividades externalizadas que han quedado en tierra de nadie.

La primera opción, la de extender la aplicación del convenio colectivo de sector de la empresa principal a las relaciones laborales de las empresas de servicios, se halla refrendada ya por el Tribunal Supremo, siempre y cuando sean los empresarios —principales— incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo los que quedan obligados a garantizar que los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas tengan las condiciones que fije la cláusula extensiva. Ahora bien, a mi juicio, resulta una solución imperfecta. Básicamente, porque supone residenciar la regulación del salario, el tiempo de trabajo y el resto de las condiciones laborales en un tercero, lo que, aunque no sea una práctica contraria a derecho, choca con la lógica de que sean los propios afectados quienes directamente establezcan su marco de relaciones laborales.

La segunda solución consiste en la posibilidad, al menos teórica, de negociar un convenio colectivo para empresas de multiservicios. Una novedosa unidad de negociación que tendría una doble virtualidad. Primero, daría una cobertura convencional a actividades externalizadas, pero que, por razón de su especialidad o falta de maduración, no están reguladas por un convenio colectivo sectorial. Segundo, cubriría a los trabajadores de estructura de las empresas de multiservicios, que mientras tanto tienen que conformarse con el convenio colectivo de oficinas y despacho, por su condición de “convenio escoba”. Ahora bien, como ya se ha dicho, tampoco es una opción exenta de problema, porque podría afectar a la competencia entre empresas, al establecer un régimen diferenciado de obligaciones y costes laborales entre empresas de servicios y multiservicios, sin aparente justificación. De ahí que hubiera que prever en el propio convenio colectivo para empresas de multiservicios que sólo se aplicará en defecto de convenio colectivo de sector que regule la actividad que se ejecuta en la contrata o subcontrata. De modo que no estaríamos ante convenios colectivos concurrentes, sino ante un convenio colectivo que colma lagunas de cobertura negocial.

Por último, está la opción de toda la vida, la de negociar un convenio colectivo que dé cabida a la “nueva” actividad, ya sea inaugurando una unidad de negociación, es decir, el primer convenio colectivo de sector, ya sea ampliando las lindes de un convenio colectivo preexistente. Un ejemplo significativo de lo primero es el primer Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, que se firmó el pasado año y que viene a cubrir un espacio, el “outsourcing” de fuerzas de ventas, que

surge a principios de este milenio y que no tenía encaje en los anteriores convenios colectivos. O el más reciente aún primer Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, que se suscribió a finales del año pasado. Desde luego esta solución no es inmediata, pues requiere de una masa crítica que permita alumbrar la nueva unidad de negociación, pero a mi modo de ver es la óptima, pues asegura una regulación integral de las condiciones laborales en el sector, adaptada a sus necesidades y negociada por quienes están directamente afectados. La otra opción, a medio camino, es ampliar el radio de acción de los convenios colectivos preexistentes, dando entrada a esa nueva actividad o subactividad que antes no se contemplaba o que no tenía un encaje claro. Tal y como ha sucedido, por ejemplo, con la lectura de contadores eléctricos. En el momento en que se empieza a externalizar esta actividad queda en tierra de nadie; posteriormente, se le aplicará el convenio colectivo de oficinas y despachos, como una solución de mínimos³⁹; y finalmente es acogida por los convenios colectivos del metal. Eso sí, siempre bajo la condición de que los sujetos presentes en la mesa de negociación ostenten la representatividad necesaria para fijar el correspondiente ámbito de aplicación.

Tres soluciones para un mismo problema que en todos los casos se sitúan en el ámbito de la negociación colectiva. El “outsourcing” cuestiona el mapa tradicional de la negociación colectiva, al menos en su sentido horizontal, pero los propios negociadores tienen las herramientas necesarias para adaptarlo a los cambios que se observan. Diversos casos prácticos ilustran que nos encontramos con sectores de actividad clásicos que se están descomponiendo, al tiempo que se vacían de trabajadores, mientras emergen nuevos nichos de actividad, que se nutren con los efectivos desplazados y que no siempre encajan en los convenios colectivos preexistentes, pero a los que se puede buscar acomodo. Puede que baste con reconfigurar el ámbito de aplicación de algunos convenios colectivos “históricos” o tal vez haya llegado el momento de apostar por nuevas unidades de negociación colectiva sectorial, más pequeñas, pero ajustadas a las necesidades y peculiaridades de las nuevas actividades. Las opciones, en todo caso, son variadas, más aún después de la reforma laboral de 2021. Ahora bien, su articulación y la responsabilidad última de lo que se haga o deje de hacer es de los representantes de los trabajadores y las empresas. Es decir, la pelota sigue estando en el tejado de sindicatos y patronal.

39 Expediente 1274/2004 Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.