

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS EMPRESAS MULTISERVICIOS EL CONVENIO DE APLICACIÓN

Ignacio García-Perrote Escartín

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho del Trabajo de la UNED (s.e.)

Zaragoza, 2 de junio de 2022

1. UN PUNTO DE PARTIDA: TRES SENTENCIAS DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

-STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018)

-STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019)

-STS 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019), reiterada por la STS 1110/2021, 11 noviembre 2021, rcud 3330/201.

2. EL NUEVO APARTADO 4 DEL ARTÍCULO 42 ET

El RDL 32/2021 ha introducido un nuevo apartado -que pasa a ser el sexto- en el artículo 42 ET con la siguiente previsión:

“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 (ET).

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este en los términos que resulten del artículo 84 (ET).”

3. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

De conformidad con la disposición adicional vigesimoséptima ET, introducida asimismo por el RDL 32/2021, el artículo 42.6 ET no es de aplicación 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, 29 noviembre.

4. EL PREÁMBULO DEL RDL 32/2021

Las consideraciones del preámbulo del RDL 32/2021 para establecer la previsión ahora introducida en el artículo 42.6 ET son las siguientes:

“existen, en el mercado laboral español, distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización.”

“Es necesario abordar una reforma que impida que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas. “

“El incremento en el uso de la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la precariedad laboral. Por ello, 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.”

“El objetivo es 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 precedente legal de la Ley 9/2017, 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, 26 febrero 2014, o de la Ley 45/1999, 29 noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, recientemente modificada para incorporar las previsiones de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, 28 junio 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, el objetivo de la modificación es procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales.”

“Dicho de otro modo, la externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (v. gr. colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible 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.”

5. EL CRITERIO DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA O SUBCONTRATA

- En consecuencia, de conformidad con el artículo 42.6 ET, el convenio colectivo que las empresas contratistas o subcontratistas deberán aplicar a sus trabajadores empleados en la contrata o subcontrata es, en principio, el sectorial aplicable a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia del objeto social o forma jurídica de aquellas empresas contratistas o subcontratistas.

6. LA EXISTENCIA DE OTRO CONVENIO SECTORIAL APLICABLE Y EL CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA SUBCONTRATISTA

- Pero la anterior previsión o principio general tiene dos excepciones que, si se dan, excluirán la aplicación del convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata:

1ª) La primera excepción es que *“exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III (ET).”*

A resaltar, en primer lugar, que ha de tratarse de *“otro”* (no el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata) convenio *“sectorial”* (no de empresa). Y, en segundo lugar, que ese otro convenio sectorial ha de resultar aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III ET, lo que cabe entender que remite especialmente a los artículos 83.1 y 2, 84 y 85.3 b) ET.

2ª) La segunda excepción que excluirá la aplicación del convenio sectorial aplicable a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata es si la empresa contratista o subcontratista cuenta con un convenio propio. En tal caso, este convenio de empresa propio se aplicará en los términos que resulten del artículo 84 ET.

El artículo 84.2 ET establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial en determinadas materias. Pero, tras el RDL 32/2021, el convenio de empresa no tiene ya prioridad aplicativa respecto de *“la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”*. Quiere ello decir que, aunque la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, ello no podrá excluir la aplicación del convenio sectorial que resulte aplicable en materia salarial en los términos que se han entrecomillado en el inciso anterior. El convenio colectivo de la empresa contratista o subcontratista solo tendrá prioridad aplicativa en las materias previstas en la redacción vigente, tras el RDL 32/2021, del artículo 84.2 ET, que ya no incluyen la materia salarial. En materia salarial y en todas lo demás no mencionadas en el artículo 84.2 ET, tendrá que aplicarse el convenio sectorial.