

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.

El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo

OUTSOURCING AND APPLICABLE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT.

The new article 42.6 of the Statute of Workers from the scope of three prior rulings of the labour chamber of the Supreme Court

Ignacio García-Perrote Escartín

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho del Trabajo (s.e.)

Universidad Nacional de Educación a Distancia

igarciaperrote@outlook.es

Recibido: 10-05-2022 - Aceptado: 23-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 50-64

- 1. UN PUNTO DE PARTIDA: TRES SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. 1.1. La STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018). 1.2. La STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018). 1.3. 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019).
- 2. EL NUEVO APARTADO 6 DEL ARTÍCULO 42 ET. ■ 3. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO. ■ 4. EL PREÁMBULO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021. ■ 5. EL CRITERIO DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA O SUBCONTRATA. ■ 6. LA EXISTENCIA DE OTRO CONVENIO SECTORIAL APLICABLE Y EL CONVENIO COLECTIVO PROPIO DE LA EMPRESA SUBCONTRATISTA. ■ 7. SÍNTESIS CONCLUSIVA

RESUMEN

El presente artículo realiza una primera aproximación al nuevo apartado 6 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, introducido en el precepto legal por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Para ello, el trabajo parte de tres señaladas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo, sentencias que se tuvieron en cuenta en las negociaciones que condujeron al texto del RDL 32/2021. Realizado lo anterior, el artículo analiza el nuevo apartado 6 del artículo 42 ET llegando a las siguientes conclusiones: 1ª) Si la empresa contratista o subcontratista tiene convenio colectivo propio, este será el convenio colectivo aplicable, que se aplicará íntegramente si es anterior en el tiempo al convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata; 2ª) Sin embargo, ese convenio colectivo propio no tendrá prioridad aplicativa en materia salarial si es posterior en el tiempo al citado convenio sectorial; 3ª) En defecto de lo anterior, se aplicará el convenio sectorial que sea aplicable conforme a lo dispuesto en el título III ET; 4ª) En defecto de los tres criterios anteriores, se aplicará el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.

PALABRAS CLAVE: contratas, subcontratas, convenio colectivo, actividad desarrollada.

ABSTRACT

This paper provides a first approximation to the new section 6 of article 42 of the Statute of Workers, introduced by Royal Decree-law 32/2021, of 28 December. The analysis is based on three rulings of the labour chamber of the Supreme Court, since these were the judgements considered during the negotiations that resulted in the wording of RDL 32/2021. The paper reaches the following conclusions on article 42.6 SW: 1st) If the contractor or subcontractor have their own company-level collective bargaining agreement, it will apply in its own terms, provided that it is prior in time to the sector-wide collective bargaining agreement that applies to the outsourced activity. 2nd) In the opposite case (i.e., the company-level collective bargaining agreement is not prior in time), then the company agreement will apply but without priority on salary related matters. 3rd) If the contractor or subcontractor lack a company-level agreement, the sector-wide collective bargaining agreement applicable to them will apply pursuant to Title III SW. 4th) If the precedent criteria do not apply, then the sector-wide collective bargaining agreement of the outsourced activity will apply.

KEYWORDS: outsourcing, subcontracting, collective bargaining agreement, outsourced activity.

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

Para examinar el nuevo apartado 6 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET), introducido por el Real Decreto-ley 32/2021, 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, es importante partir de tres sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo (TS). Creo que algunas de estas sentencias estuvieron muy presentes y se tuvieron muy en cuenta en las negociaciones que condujeron al texto del RDL 32/2021.

Se trata de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018); la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018); y, finalmente, la STS 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019), reiterada por la STS 1110/2021, 11 noviembre 2021 (rcud 3330/2019).

Me parece de utilidad detenerme mínimamente en estas tres sentencias.

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

En lo que aquí importa, la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), examina la legalidad del artículo 20 del Convenio colectivo para el sector de Hostelería de la provincia de Alicante para los años 2017, 2018, 2019 y 2020.

Un determinado sindicato impugnó la legalidad de, entre otros, ese precepto convencional, pero la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, al contrario de lo que sucedió con otros preceptos, desestimó la pretensión respecto del citado artículo 20.

La sentencia del TSJ fue recurrida en casación por ese mismo sindicato, siendo desestimado el recurso por la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018).

El artículo 20 del Convenio colectivo establece lo siguiente:

“Artículo 20. CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN A fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET. La empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente, de las obligaciones previstas en el presente artículo.”

Por lo que se refiere a la impugnación de la legalidad del artículo 20 del convenio colectivo, el examen de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), es el siguiente:

“La lectura del art. 20 del convenio revela que sus firmantes, con la finalidad de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal, pactaron una obligación para las empresas afectadas por el convenio, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, que se corresponden efectivamente con la propia actividad del sector, según la cual dichas empresas se comprometen a incluir en el contrato mercantil que suscriban con dichos contratistas, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadores prestadores de dichos servicios, al menos con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el convenio.

Es claro, por tanto, que la obligación mencionada se dirige única y exclusivamente a los empresarios incluidos en el ámbito funcional del convenio, quienes se obligan a garantizar que los trabajadores y trabajadoras, que presten servicios en empresas contratistas o subcontratistas en las áreas mencionadas, cobrarán, al menos, las mismas retribuciones del convenio, estableciéndose como principal garantía para alcanzar ese objetivo, que los empresarios principales responderán subsidiaria y, en su caso, solidariamente de las obligaciones mencionadas.

Por consiguiente, el artículo no predetermina, de ningún modo, cuál es el convenio colectivo aplicable a los terceros contratistas o subcontratistas y sus trabajadores, como no podría ser de otro modo, puesto que dependerá de las circunstancias concurrentes en dichas empresas, quienes no están incluidas a priori en el ámbito funcional del convenio, limitándose a asegurar la garantía antes dicha, cuando el convenio colectivo de hostelería no sea aplicable directamente, lo cual nos permite concluir que el artículo impugnado no expulsa ni excluye del ámbito funcional del convenio a las empresas que contraten o subcontraten las actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, a quienes se aplicará o no se aplicará el convenio impugnado, dependiendo de las circunstancias concurrentes, que el artículo no predetermina. Es así, porque los negociadores del convenio no pueden regular de antemano el marco convencional aplicable a las empresas dedicadas a contratar o subcontratar dichos servicios, ya sea como empresas especializadas en los mismos, ya se trate de empresas multiservicios.

Por el contrario, los negociadores del convenio, conscientes de las eventuales consecuencias discriminatorias en materia salarial, así como de la competencia desleal que pueden provocar en el sector estos procesos de externalización, convinieron evitar dichos efectos negativos, para lo cual, sin predefinir qué convenio es aplicable en los supuestos de contratas o subcontratas en las actividades o servicios ya mencionados, comprometieron que las empresas, incluidas en el ámbito de aplicación del convenio, deberán introducir en los contratos mercantiles, que los contratistas de tales actividades abonaran a sus trabajadores/as las mismas retribuciones salariales del convenio, cuando no les sea aplicable directamente el convenio, lo que aseguraron absolutamente, puesto que las empresas principales responderán subsidiariamente y, en su caso, solidariamente con los contratistas de dichas obligaciones. Dicho

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

compromiso comporta, al menos, que los trabajadores de las contrata o subcontratas de las actividades y servicios reiterados percibirán el mismo salario base, los mismos pluses salariales y pagas extraordinarias, así como las revisiones salariales pactadas durante la vigencia del convenio, al igual que los trabajadores y trabajadoras, a quienes se aplique directamente el convenio colectivo impugnado, según sus arts. 32 a 39 inclusive del convenio.

Por las razones expuestas, vamos a descartar que el art. 20 del convenio colectivo impugnado vulnere lo dispuesto en su artículo 2.2 y 3 en relación con los Anexos I y II del propio convenio, ni tampoco el art. 4 del V Acuerdo de ámbito estatal para el sector de hostelería, porque el citado precepto no predetermina el convenio colectivo aplicable a contrata y subcontratas de las actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, por lo que no excluye ni expulsa de su ámbito a ningún trabajador de contrata o subcontratas, cuando les sea aplicable.”

Adicionalmente, la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), contiene consideraciones de interés sobre el convenio colectivo aplicable a la subcontratación. Son las siguientes:

“... el legislador ha optado, hasta ahora, por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal, mientras que ha intervenido activamente en otros supuestos, como en las empresas de trabajo temporal, estableciendo en el art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuaria tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria, considerándose 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.

Consiguientemente, el silencio del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contrata o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal. – Por el contrario, dicha aplicación dependerá de las circunstancias que concurren en la empresa contratista o subcontratista.

En efecto, la Sala en STS 17 de marzo de 2015, rcud. 1464/2014 ha estudiado qué convenio es aplicable a una empresa multiservicios, cuya actividad dominante era la limpieza, concluyendo, con apoyo en múltiples sentencias de la Sala (STS 10-07-2000, rcud. 4315/99; 29-01-2002, rcud. 1068/01; 31-10-2003, rec. 17/2002 y 31-01-2008, rcud. 2604/2007), que el convenio aplicable a las empresas multiservicios, que no tengan convenio propio, es el que corresponda a la actividad preponderante de la misma. Cuando la empresa contratista o subcontratista no sea una empresa multiservicios y carezca de convenio propio, la Sala en STS 22 de febrero 2019,

rec. 237/2017, en el que se debatía si debía aplicarse al personal de la contrata el Convenio Colectivo del sector de colectividades de Cataluña, en vez del Convenio Colectivo estatal de servicios de atención a personas dependientes, que la empresa venía aplicando desde el año 2012, concluye que deberá aplicarse el convenio del sector de colectividades, puesto que esa era la actividad desplegada efectivamente en la contrata.

De este modo, aun cuando la actividad de la contrata de obras o servicios corresponda a la propia actividad de la empresa principal, deberá atenderse a las circunstancias concurrentes a la hora de aplicar el convenio adecuado, debiendo distinguirse si la adjudicataria es una empresa multiservicios, a quien se aplicará el convenio de empresa cuando lo tenga, o el que corresponda a su actividad dominante, cuando no tenga convenio propio. Cuando la contratista o subcontratista no sea una empresa multiservicios, se le se aplicará el convenio colectivo de la actividad desempeñada efectivamente, salvo que tenga convenio colectivo propio, en cuyo caso ese será el convenio aplicable.”

Debe señalarse que, frente a la afirmación de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), en el sentido de que “el legislador ha optado, hasta ahora, por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal”, lo que hace precisamente el RDL 32/2021 es declarar cual es “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas”.

Por lo demás, el precepto convencional sobre cuya legalidad se pronuncia —teniendo presente siempre desde la perspectiva del motivo de casación desde la que lo hace— es una vía de interés para que los trabajadores de la subcontratista perciban los salarios de los trabajadores de la empresa principal, vía que es, en todo caso, de mayor consistencia jurídica que la de tratar de incluir directamente a las empresas subcontratistas en el convenio colectivo aplicable a la empresa principal.

1.2. La STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018)

La segunda sentencia que se quiere mencionar es la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018)

Lo que interesa recoger aquí de esta sentencia es lo siguiente:

“Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata yal como ha quedado configurada en los hechos probados. En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores.

En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola. Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia que, está pensado, precisamente, para situaciones como la que contemplamos y, además, no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

La aplicación de la doctrina anterior según la que los trabajadores afectados se regirán por el convenio sectorial que corresponda a la actividad subcontratada, lleva a la misma conclusión que la Sala adoptó en un supuesto idéntico al presente, aunque por motivos diversos en atención a peculiares circunstancias, en la STS de 22 de febrero de 2019, Rec. 237/2017, en la que, en atención a la actividad principal de la empresa se aplicó el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Colectividades de Catalunya y no el VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, a una empresa que opera como subcontratista, en las residencias geriátricas, en la actividad de restauración colectiva a los residentes.”

A destacar las afirmaciones sobre la mayor adecuación y objetividad del convenio aplicable al trabajo realizado por los trabajadores en el marco de la contrata frente al criterio de la actividad preponderante, de manera que “los trabajadores afectados se regirán por el convenio sectorial que corresponda a la actividad subcontratada”.

Lo importante es, en todo caso, que este es el criterio expresamente recogido por el apartado 6 del artículo 42 ET: “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”. Compárese este texto con el entrecomillado de la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018) que se ha recogido al final del párrafo anterior.

1.3. La STS 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019)

La tercera y última sentencia que se quiere mencionar es la STS 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019), cuya doctrina ha sido reiterada por la STS 1110/2021, 11 noviembre 2021 (rcud 3330/2019).

La STS 197/2021 establece que, a los efectos en el caso controvertidos (la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido), el convenio colectivo aplicable debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, por ser el primero el aplicable a la empresa con la que un hotel subcontrató el servicio de limpieza.

La empresa recurrente en casación para la unificación de la doctrina tenía contratado con una cadena hotelera “la gestión, supervisión y control del servicio de limpieza de las habitaciones”. La trabaja-

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

dora de aquella empresa, parte recurrida en el recurso y que desempeñaba sus servicios en uno de los hoteles desde el 21 de marzo de 2013, fue despedida por la empresa el 30 de julio de 2016. Su despido fue declarado nulo por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, de 13 de marzo de 2017 (autos 807/2016), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de garantía de indemnidad. La sentencia del juzgado de lo social entendió que el convenio colectivo aplicable era el del sector de la hostelería de la provincia de Sevilla, por lo que fijó como salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido el establecido para la categoría profesional de camarera de pisos en aquel convenio. La empresa recurrió en suplicación la sentencia del juzgado de lo social, pero el recurso fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018).

La empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018), solicitando que se declarara que el convenio colectivo aplicable era el de limpieza de Sevilla y que la categoría profesional de la trabajadora era la de limpiadora conforme a este convenio colectivo.

La STS 197/2021 recuerda que la “subcontratación de obras y servicios”, como la denomina el artículo 42 ET, es una actividad lícita que cuenta con respaldo constitucional y legal, citando al efecto la STS 45/2020, 21 de enero de 2020 (rec. 159/2018): “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 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida”.

Seguidamente la STS 197/2021, recogiendo la afirmación de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), señala, de un lado, que, en la regulación (entonces vigente) del artículo 42 ET, “el legislador no ha incluido, entre las obligaciones informativas de la empresa principal y de la contratista o subcontratista, la identificación del convenio aplicable”.

Y, de otro lado y especialmente, la citada STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 afirma que “el legislador ha optado, hasta ahora (solo lo ha hecho precisamente con el RDL 32/2021), por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal, mientras que ha intervenido activamente en otros supuestos, como en las empresas de trabajo temporal, estableciendo en el art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuaria tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria, considerándose 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”.

Añade la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 que “consiguientemente, el silencio (hasta el RDL 32/2021) del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contratas

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal". Finalmente, la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020, rechaza que en el supuesto se hubiera incurrido en discriminación directa o indirecta por razón de género -alegación no formulada tampoco en momento alguno en el caso que examina la STS 197/2021-, "aun cuando es notorio —afirma la STC 250/2020, 12 de marzo de 2020— que el personal de pisos y limpieza es mayoritariamente femenino".

La STS 197/2021 recuerda, así, que el artículo 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal.

Es solo en caso de "cesión de trabajadores" (artículo 43 ET) en el que, de conformidad con el artículo 43.4 ET, "los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo".

Como el artículo 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, la STS 197/2021 recuerda que ha sido la negociación colectiva la que ha establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad, obligando a las empresas "principales" incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a ellas aplicables la obligación de incorporar esa obligación de equiparación en los contratos mercantiles celebrados con las empresas contratistas o subcontratistas.

De lo anterior es buena muestra —señala la STS 197/2021— el supuesto examinado por la citada STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), que aclara que la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a las empresas "principales" y no, naturalmente, a empresas "terceras" no incluidas en ese ámbito de aplicación.

En el supuesto examinado por la STS 197/2021, la obligación de equiparación de las condiciones salariales no existía en el momento de los hechos enjuiciados, pero la equiparación sí se estableció a partir del 1 de enero de 2019, por el artículo 3 del convenio colectivo de hostelería de Sevilla de 2017 a 2019 (BOP 8 de febrero de 2018).

Pero la STS 197/2021 hace notar al respecto que, con independencia de otras consideraciones que no considera no procede realizar sobre la fuerza vinculante del convenio respecto de empresas no incluidas en su ámbito de aplicación, el hecho de que la negociación colectiva establezca esta equiparación de condiciones esenciales a partir de una determinada fecha (1 de enero de 2019), revela que antes de esa fecha no existía tal equiparación.

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

La STS 197/2021 señala el interés para el supuesto de las SSTS 136/2019, 22 de febrero de 2019 (rec. 237/2017) y 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019), la primera en un supuesto de empresa no multiservicio, como la sentencia recurrida entiende que era el caso que ahora resolvemos, y la segunda en un caso de empresa multiservicio. La STS 438/2020, 11 de junio de 2020, diferencia el supuesto que examina respecto del enjuiciado por la STS 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014).

No obstante, la STS 197/2021 considera que mayor relevancia tiene para el supuesto que enjuicia la afirmación ya mencionada de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), en el sentido de que la legislación vigente no obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar a sus trabajadores el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de esa empresa principal. En efecto —afirma la STS 197/2021—, el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista será el que resulte de aplicación a esta última empresa.

Sentadas las anteriores premisas, la STS 197/2021 declara que el convenio colectivo aplicable en el supuesto es el de limpieza y no el de hostelería.

Los pasos que da la STS 197/2021 para llegar a esa conclusión son los siguientes:

1. Según se hace constar en el apartado III del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, el contrato celebrado por la empresa recurrente en casación unificadora y la cadena hotelera era la gestión, supervisión y control del servicio de “limpieza de las habitaciones” del hotel que la primera realizaba en favor de la segunda.

Para rechazar que a la trabajadora parte recurrida en el presente recurso le sea aplicable el convenio de limpieza, la sentencia recurrida subraya la importancia (lo califica de “núcleo central”) que tiene en un hotel la limpieza de las habitaciones, que va más allá —se argumenta— de su estricta limpieza, tratándose de lo que los establecimientos hoteleros que lo hacen con personal propio denominan —afirma la sentencia— “departamento de pisos”, siendo significativo de todo lo anterior —razona el TSJ— que se llame a las trabajadoras “camareras de pisos”.

2. Pero —afirma la STS 197/2021— de la razonada argumentación sobre la centralidad de lo que supone la limpieza de las habitaciones en la actividad hotelera, sin duda de mayor complejidad y esfuerzo de lo que muchas veces se ha tendido a pensar, la sentencia recurrida extrae una conclusión que no podemos compartir.

Para la sentencia recurrida, esa condición de la limpieza de las habitaciones de “núcleo central” de la actividad hotelera, excluye que a esa limpieza se le pueda aplicar el convenio de limpieza al encajar en el ámbito funcional del convenio de hostelería, toda vez que las tareas de limpieza que se realizan en los habitaciones de los hoteles —razona la sentencia— son las “mismas”, bien se hagan por personal propio, bien se hagan, en caso de externalización, por los trabajadores de la empresa con la que el hotel ha contratado el servicio de limpieza de aquellas habitaciones.

Sin duda ello es así —afirma la STS 197/2021—. Es lógico que, en los supuestos de subcontratación, las funciones que realicen los trabajadores de las empresas contratistas también encajen en

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

la clasificación profesional del convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal, toda vez que son tareas que esta empresa puede desarrollar con trabajadores directos suyos. Así puede comprobarse en los convenios colectivos aplicables a la empresa principal en el actual supuesto y en los supuestos resueltos por las SSTs 136/2019, 22 de febrero de 2019 (rec. 237/2017) y 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019).

Ocurre que, como la STS 197/2021 ha recordado en anteriores fundamentos de derecho, la legislación vigente permite a una empresa principal contratar a subcontratar con otras empresas parte de su actividad, incluso aunque esta se corresponda con su “propia actividad” (artículo 42.1 ET), esto es con actividades inherentes a su ciclo productivo que forman parte, en los términos de la sentencia recurrida, de su “núcleo central”. Y el artículo 42.1 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, y menos la aplicación del mismo convenio colectivo, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollan trabajadores de otra empresa.

En el presente supuesto —hace notar la STS 197/2021—, la actividad contratada entre la cadena hotelera era el “servicio de limpieza de las habitaciones”.

Esta actividad, aun correspondiéndose con el “núcleo central” de una empresa hotelera, se puede lícitamente subcontratar, siempre, naturalmente, que no se incurra en una ilícita cesión de trabajadores (artículo 43 ET). Y, si se subcontrata, la regulación legal vigente no garantiza que los trabajadores de la empresa contratista tengan que tener las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones.

La conclusión de lo anterior es, para la STS 197/2021, que, de conformidad con la legislación vigente hasta el RDL 32/2021, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista. Convenio que, en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por —el caso— una empresa hotelera. Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores, de aquella otra empresa que no explota directamente el hotel, sino a la que este último subcontrata parte de su actividad (en el caso, la limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores. En este último supuesto, el convenio colectivo aplicable será, no el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista.

De acuerdo con lo razonado, la STS 197/2021 declara que el convenio colectivo aplicable en el supuesto es el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla 2016-2020 (BOP Sevilla, 23 de diciembre de 2016).

La STS 197/2021 examina los artículos 1 (sobre ámbito funcional) y 3 (sobre ámbito personal) de este convenio colectivo, así como los artículos 2 (sobre ámbito funcional) y 3 (sobre ámbito personal) del Convenio para el sector de la hostelería de Sevilla 2015-2016, cuya infracción denuncia el recurso y que remite a la relación de empresas del artículo 4º del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, cuya infracción denuncia asimismo el recurso.

La STS 197/2021 hace notar que el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería incluye en su ámbito de aplicación a las empresas que realizan actividades de “alojamiento de clientes” o de “hospedaje de clientes”. Y no es esta actividad —concluye la STS 197/2021— la que realiza la empresa recurrente en casación para la unificación de doctrina, sino que se dedica, según afirma la sentencia recurrida, a “la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina “departamento de pisos”.

2. EL NUEVO APARTADO 6 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 contratas 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 REAL DECRETO-LEY 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 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.”. 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

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 PROPIO 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:

1. 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.

2. 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 cuente 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, incluido 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.

7. SÍNTESIS CONCLUSIVA

Lo expuesto permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. Si la empresa contratista o subcontratista tiene convenio colectivo propio, este será el convenio colectivo aplicable, que se aplicará íntegramente si es anterior en el tiempo al convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.
2. Sin embargo, ese convenio colectivo propio no tendrá prioridad aplicativa en materia salarial si es posterior en el tiempo al citado convenio sectorial.
3. En defecto de lo anterior, se aplicará el convenio sectorial que sea aplicable conforme a lo dispuesto en el título III ET.
4. En defecto de los tres criterios anteriores, se aplicará el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.