



El convenio colectivo aplicable a la subcontratación de obras y servicios: “La gran oportunidad perdida”

por Manuel Luque Parra

1. Empezando por el final: “la gran oportunidad perdida”

La reforma llevada a cabo por el RDL 32/2021 en el concreto ámbito de la contratación y subcontratación es mucho más amplia, y profunda, que la específicamente referida al convenio colectivo aplicable en la subcontratación de obras y servicios (art. 42.6 ET). Y ello es así por cuanto (1) se ha suprimido el contrato de obra, protagonista cuasi absoluto del régimen de contratación en este contexto organizacional, (2) se efectúa una clara llamada a que el contrato fijo discontinuo se convierta, a partir de ahora, en “la” (y no en “una”) modalidad contractual prevalente en el régimen de contrataciones y subcontratas y, finalmente, (3) se ha abierto definitivamente la puerta a que dicho contrato fijo discontinuo tenga un espacio de actuación relevante con relación a lo que podríamos denominar “subcontratación impropia”, esto es, la intervención de las ETTs para dar cobertura a necesidades organizativas temporales pero recurrentes de EUs.

Si nos centramos, como es el caso, en el concreto aspecto del convenio colectivo (en adelante, Cco) aplicable en la subcontratación de obras y servicios, mi opinión no es otra que el RDL 32/2021 ha perdido la gran oportunidad para mejorar sustancialmente las condiciones laborales (singularmente, retributivas) de las personas trabajadoras afectas a dichos procesos de descentralización productiva. Y, ello, a pesar de la rotundidad con que la exposición de motivos (en adelante, EM) del citado RDL se pronuncia: en aras de “modernizar” la contratación y subcontratación de actividades empresariales (reforma 9, según la exposición de motivos), se trata de impedir “*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*”. Desde esta perspectiva, la EM nos indica que la reforma trata de satisfacer un triple objetivo: (1) desincentivar la subcontratación como instrumento de mero ahorro o reducción de costes (perspectiva cualitativa, de precarización), (2) asegurar su uso adecuado en supuestos en los que mejora la actividad productiva (perspectiva cualitativa, de incremento de valor) y, finalmente, (3) avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas. Además, se parte de querer intervenir en un escenario de descentralización creciente y respecto del que “*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”.

Con tal contundencia, lo esperado por todos era encontrar una regulación – como durante tantas versiones de la reforma se manejó – en el que el referente convencional para la empresa contratista durante el desarrollo de su relación de prestación de servicios con la principal fuese el Cco – sectorial o empresarial – aplicable a esta última. Una regulación, en fin, con una real y efectiva voluntad de mejorar sustancialmente la situación previa a la reforma, que la aproximase a la aplicable en la relación ETT y EU.

Sin embargo, la disfunción entre lo pretendido (EM) y lo finalmente regulado (art. 42.6 ET) no puede ser, como veremos enseguida, más evidente. Escoger el convenio colectivo sectorial aplicable a la actividad objeto de la contrata es, en mi opinión, dar un *paso demasiado pequeño* cuando la oportunidad era tan relevante.

Además, basta conocer mínimamente los sectores productivos en los que la reforma quiere incidir (aquellos en los que la subcontrata tiene como finalidad prevalente el ahorro de costes) para saber que una opción legal que hubiese optado por escoger el Cco aplicable a la empresa principal o, una regla análoga a la que se exige desde 1999 a las ETTs, *hubiese sido absorbida en poco espacio de tiempo por el mercado*, como ocurrió tras el convulso período 1994-99 con la cesión legal de trabajadores. Considero que, en poco tiempo, se hubiese trasladado dicho encarecimiento de la mano de obra al precio final del producto/servicio, por tanto, a los consumidores, ... a nosotros, que, claramente, estaríamos siendo partícipes directos en solucionar uno de los ámbitos de precarización más importantes de nuestro sistema productivo y de prestación de servicios. Más aún, si, como reconoce – y compartimos – en la EM, se está incidiendo en un sector ampliamente feminizado.

Difícilmente tendremos un escenario político en los próximos años proclive a modificar nuevamente el régimen jurídico ahora instaurado. De ahí que haya subtitulado este artículo *como “la gran oportunidad perdida”*.

2. La regulación del art. 42.6 ET: una reforma con riesgo a que sus tímidos efectos se vean atemperados a medio plazo

Sorprende que en los primeros momentos posteriores a la reforma se haya debatido sobre si la previsión contenida en el apartado 6º del artículo 42 ET era aplicable a cualquier situación de subcontratación o solo a aquellas referidas a la propia actividad de la principal.

Ni por ubicación en el cuerpo del precepto, ni por la literalidad de la redacción, ni – finalmente - por el propio sentido aplicativo de la regulación, entiendo, es posible concluir diferente a que sus previsiones se extienden a cualquier supuesto de subcontratación.

Siendo así, lo cierto es que las reglas para determinar el convenio colectivo aplicable en la subcontratación de obras y servicios están lejos de ser simples o de fácil aplicación. Y ello por cuanto el precepto huye de establecer una regla directa, única, como pudiera ser que, una vez escogido el convenio sectorial como el referencial, lo sea el aplicable a la actividad que se contrata o subcontrata, sin más. En cambio, siendo ésta la regla principal, enseguida se matiza. De hecho, se matiza tanto que, incluso, considero que en un breve espacio de tiempo el *“paso demasiado pequeño”* que se pretende avanzar por la reforma se puede ver totalmente difuminado o atemperado.

En efecto, las “*nuevas reglas del juego*” aplicables con relación a las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras afectas a un proceso de descentralización productiva cabe resumirlas como sigue. Una regla prevalente y dos matizaciones.

La regla prevalente es que el convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras de la empresa contratista y subcontratista será (1) el sectorial (2) de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. Una regla que positiviza la doctrina que el Tribunal Supremo había establecido, entre otras, en la sentencia de 11 de junio de 2020 (RJ2020/2446). Por tanto, no lo será el convenio colectivo – empresarial o sectorial – aplicable a la empresa principal, a salvo que – obviamente – se dedique al mismo sector de la actividad subcontratada, lo que, de suceder, acontecerá en supuestos en los que se subcontrate la “*propia actividad*”.

De conformidad con ello, puede suceder que en una empresa contratista, imagínese, de multiservicios, tenga a personas trabajadoras a las que se les aplique un convenio colectivo sectorial (limpieza) diferente al Cco referencial para otras personas trabajadoras de la misma plantilla, por estar en un sector diferente (seguridad). Incluso, en un contexto como el español, donde el Cco provincial tiene tanto recorrido, llegando a desarrollar en no pocas ocasiones – por la escasa dimensión de las empresas – un rol regulatorio más cercano al de Cco de empresa, se puede dar la circunstancia de que en una misma empresa haya personas trabajadoras que realizando la misma actividad tengan un Cco sectorial aplicable diferente si el nivel negocial sectorial es el provincial y prestan servicios en diferentes provincias. De la misma forma que, siguiendo con el referente provincial, podemos encontrar una misma persona trabajadora que vea como sus condiciones de trabajo varían cuando su prestación de servicios para el mismo cliente o uno diferente se desarrolla en distintas provincias. Finalmente, en el supuesto de que una misma persona trabajadora preste servicios diferentes para una misma empresa cliente, entiendo que deberá regir el convenio que corresponda a la actividad real principal o preponderante, conforme al principio clásico de unidad de empresa y unidad de convenio ([STS UD 17.03.2015, R.º1464/2014](#)).

Dicha regla prevalente se matiza, en primer lugar, cuando “*exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III*”. En mi opinión, nos encontramos ante un primer escenario de debilitamiento potencial de la finalidad que trata de cumplir la norma.

En efecto, si la reforma que estamos analizando tiene como voluntad incidir prevalentemente en las empresas multiservicios, positivizando la doctrina casacional citada anteriormente, cuál sería el Cco aplicable si en un momento determinado existe un consenso sindical y empresarial para constituir un nuevo sector productivo a los efectos regulatorios y se dotan de un Cco sectorial. Pues, obviamente, dicho Cco. Es claro que se me puede decir que dicha actuación sería contradictoria con un texto consensuado por los propios agentes sociales, pero se convendrá conmigo que técnicamente la norma abre una puerta que puede tener efectos perversos (desde la perspectiva de la finalidad pretendida). Algo que, nuevamente, se hubiese evitado si la regla positivizada se hubiese aproximado, cuando no copiado, a la prevista en el ámbito relacional ETT y EU.

La regla prevalente se matiza/inaplica, por segunda vez, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, por cuanto se aplicará este, “*en los términos que resulten del artículo 84*”.

Nuevamente nos encontramos ante una regla que puede llegar a debilitar la finalidad pretendida por la norma, sobre todo, en aquellos casos en los que estemos ante un convenio colectivo empresarial previo al sectorial aplicable, por cuanto según las reglas de concurrencia establecidas en el art. 84 ET se impondría incluso en materia retributiva. Menor incidencia tendría, aunque seguiría teniendo, el supuesto de Cco empresarial posterior a uno sectorial aplicable, ya que las nuevas reglas

dispuestas en el art. 84.2 ET (aunque con una eficacia normativa no inmediata a tenor de lo dispuesto en la DT 6ª del RDL) impedirían la aplicación de un convenio empresarial cuyo salario base y complementos salariales fuesen inferior a los dispuestos en el convenio colectivo sectorial aplicable. No obstante, nada evita que la regulación del convenio colectivo empresarial sea diferente, por tanto, inferior a la dispuesta en el nivel sectorial en: a) el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; b) el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; c) la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras; d) la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos; o e) las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Finalmente, no menor es la exclusión del régimen dispuesto en el art. 42.6 ET respecto a las contrataciones y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo. Aunque la DA 27ª del RDL positiviza la doctrina casacional vigente (como ejemplo, la STS UD de 6 de febrero de 2020, RJ 2020/830), considero que profundiza en una clara desprotección (precarización de condiciones de trabajo) del colectivo de personas trabajadoras afectas en aras de incentivar, con ello, su contratación, a la vez que – finalmente – se debilita la eficacia de la Reforma dada la nada desdeñable presencia de esta tipología de empresas en el sector de la descentralización productiva.

Manuel Luque Parra
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra