

El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022](#),
de 6 de octubre

Margarita Miñarro Yanini

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat Jaume I (Castelló, España)

myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

Extracto

El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al convenio aplicable de las personas trabajadoras de empresas contratistas y subcontratistas, establece una regla general y varias excepciones. Con ello, la reforma laboral ha introducido en la norma las pautas jurisprudenciales, a fin de evitar las prácticas abusivas y desleales.

Palabras clave: convenio colectivo aplicable; empresas multiservicio; reforma laboral.

Recibido: 24-10-2022 / Aceptado: 25-10-2022

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2022). El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022, de 6 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7255>

The collective agreement in outsourced work: the Supreme Court applies the new article 42.6 of the Workers' Statute

Commentary on Supreme Court Ruling 815/2022, October 6

Margarita Miñarro Yanini

Abstract

The new article 42.6 of the Workers' Statute, relative to the applicable agreement for workers of contractor and subcontractor companies, establishes a general rule and several exceptions. In this way, the labor reform has introduced the jurisprudential guidelines in the norm, in order to avoid abusive and unfair practices.

Keywords: applicable collective agreement; multiservice companies; labor reform.

Citation: Miñarro Yanini, M. (2022). The collective agreement in outsourced work: the Supreme Court applies the new article 42.6 of the Workers' Statute. Commentary on Supreme Court Ruling 815/2022, October 6. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7255>

1. Marco normativo aplicable: una reforma laboral que proyecta en la ley el derecho de precedentes jurisprudenciales

Aunque el sistema y práctica de negociación colectiva españoles llevan necesitando largo tiempo de una reforma modernizadora profunda que les dé mayor coherencia y solidez, la de 2021 no afronta tal desafío. Se ha limitado a realizar en este ámbito una reforma parcial, puntual, «quirúrgica», reduciéndose a seleccionar y corregir sus principales patologías. Entre ellas, como es sabido, destaca el mal uso de las unidades convencionales de empresas contratistas y subcontratistas, utilizadas para fomentar la competencia desleal en numerosos sectores de servicios, mediante la negociación salarial a la baja. A ello responde la reforma del [artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), que es más limitada de lo esperado y que presenta ciertos «puntos antinómicos».

Así, podemos comprobar cómo, en esencia, las tres reformas legales que afectan a la negociación colectiva (arts. [84.2](#), [42.6](#) y [86 ET](#)) comparten un mismo fin: recuperar para el convenio colectivo de sector la función de garantía y promoción de la competencia leal, como mejor forma de evitar la devaluación salarial, y también de incentivar la innovación empresarial, buscando una ventaja competitiva en la calidad del producto y organización del proceso, y no solo en el menor coste de la mano de obra. De este modo, no solo cumplen una función laboral, sino también una importante función económica, al servicio de los intereses generales. Siendo esta la idea básica común, como es lógico, el estudio de cada precepto plantea problemas singulares.

La nueva norma legal ex [artículo 42.6 del ET](#) presenta una estructura compleja y enrevesada. Por una parte, establece una regla general (de aplicación no condicionada a la concurrencia del requisito de la «propia actividad» ex [art. 42.1 ET](#)), respecto de la que el propio texto establece dos excepciones, a las que se suma una tercera, prevista en la [disposición adicional vigesimoséptima del ET](#) (no contemplada en el acuerdo a tres bandas, pero introducida por decisión del Gobierno en el momento de la publicación del [RDL 32/2021](#)).

Dispone el artículo 42.6 del ET 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, [1] salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, [2] cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84.

Para entender parte de la apuntada complejidad del texto, es oportuno conectarlo con el derecho de precedentes jurisprudenciales. La regla general opta por uno de los tres criterios utilizados hasta el momento por el Tribunal Supremo (TS) para la selección del convenio colectivo en el trabajo externalizado, que es una operación muy compleja y conflictiva cuando se trata de empresas multiservicios. No obstante, evidenciando el carácter transaccional de la reforma, esta no ha querido cerrar completamente el tratamiento de esta cuestión.

Por ello, se deja abierta la posibilidad de aplicar otros posibles criterios, como es el convenio colectivo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios –criterio tradicional– (actividad ejecutada por la persona trabajadora de la contrata en la empresa cliente –Sentencia del TS [STS] de 11 de noviembre de 2021, rec. 3330/2019–). Queda descartada así una aplicación automática del convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando se trate de servicios propios de la actividad principal, pudiéndose acudir a él, sin embargo, en virtud de la primera y enigmática excepción contemplada por el nuevo texto legal. Por otra parte, la nueva [disposición adicional vigesimoséptima del ET](#) (introducida por el art. 1.15 [RDL 31/2021](#)) excluye del [artículo 42.6 del ET](#) los casos de contratas y subcontratas con centros especiales de empleo, que, aunque haya subrogación de empresa, habrán de continuar aplicando el convenio de discapacidad hasta tanto se negocie y se apruebe un nuevo convenio.

En cuanto a la segunda excepción, que supone la exclusión del convenio sectorial en caso de que exista convenio propio (no se especifica si ha de ser de empresa o bastaría de centro de trabajo, si se supera el obstáculo del principio de correspondencia), supone una importante concesión a la precedente política favorecedora del convenio de empresa. En realidad, salvo la cuestión retributiva, por la razón indicada, la reforma de 2021 sigue apostando por el significativo papel de esta unidad, aunque aspectos tales como la contratación, en especial la fijeza discontinua, se remita al convenio sectorial, en concreto, el estatal. Con todo, importantes materias siguen encomendadas a la autonomía colectiva empresarial, incluso yendo en aumento, como es el caso de la corresponsabilidad, de trascendencia en las actuales políticas y prácticas de gestión de los tiempos de trabajo. En todo caso, a las empresas multiservicios, un convenio propio les garantiza, por ejemplo, que no se les apliquen las reglas subrogatorias previstas en el convenio superior al de la empresa. Asimismo, y en función de la inmodificada regla del [artículo 84.1 del ET](#), en virtud del *prior tempore* convencional, un convenio propio garantiza la preferencia aplicativa del salario, al igual que el resto de las condiciones. Precisamente, en ausencia de estos convenios propios, la práctica evidencia subterfugios o prácticas elusivas para procurarse esta preferencia (por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– de 22 de febrero de 2022, rec. 319/2021, sobre la que se volverá).

Ha de destacarse que la existencia de un convenio colectivo propio de empresa neutralizará el [artículo 42.6 del ET](#), pues la reforma no ha querido, o no ha podido, alterar las reglas de preferencia/prioridad aplicativa respecto de los convenios conforme al [artículo 84.1 del ET](#) (cuya vigencia debe atemperarse al debilitamiento de la misma por la jurisprudencia que asume el tiempo de ultraactividad como de libertad concurrencial convencional –[STS de 13 de enero de 2021, rec. 191/2019](#)–). Así, el convenio de empresa previo al sectorial siempre será

de aplicación preferente *in toto*, mientras que el sobrevenido lo será únicamente en los términos del [artículo 84.2 del ET](#), que incluye todas las materias previstas con anterioridad, a excepción de la retributiva, a las que hay que sumar la corresponsabilidad de la vida laboral y familiar.

En definitiva, la naturaleza cambiante de las empresas multiservicios y las excepciones legalmente previstas a la regla general ex [artículo 42.6 del ET](#) pueden erosionar, incluso neutralizar, una novedad importante de la reforma, al abrir vías de vaciamiento. Es por ello necesario que tanto la negociación colectiva como, por lo que aquí ahora más interesa, la doctrina jurisprudencial identifiquen prácticas convencionales y criterios interpretativos que proyecten los objetivos de la reforma, que debe ser la pauta orientadora.

En todo caso, debe ponerse de manifiesto que el valor de la reforma es más limitado en la práctica de lo esperable, pues, aunque supone trasladar a la ley una doctrina jurisprudencial precedente, esta no era suficientemente unívoca. De este modo, criterios típicos como la «actividad preponderante», usual en la doctrina del TS hasta el año 2020, aunque cada vez más anticuado ([STS de 29 de enero de 2002, rec. 1068/2001](#)), no se han abandonado para dilucidar la cuestión de elegir el convenio de aplicación cuando una empresa realice varias actividades económicas, pero tenga una especialmente destacada, no por su objeto social (forma), sino por la práctica real (principio de realismo). Aunque, es evidente, la complejidad de estas cuestiones, cada vez más, exige atender a criterios más seguros y precisos, como ahora pretende ser el de «actividad [real] desarrollada en la contrata».

2. Breve referencia al supuesto de hecho

Sacyr Facilities, SA (antes Valoriza Facilities, SA), es la actual adjudicataria del servicio de limpieza y lavandería en las residencias para personas mayores que el organismo autónomo adscrito a la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias «Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias» (ERA) tiene en Oviedo (CPR El Cristo y CPR La Tenderina), Avilés (CPR El Nudo) y Lastres, habiendo asumido el personal de la anterior concesionaria. En la contrata se emplean unas 80 personas, que realizan en todos los centros tareas similares, pero a las que se aplican convenios colectivos diferentes. La mayor parte de los contratos están regidos por el convenio sectorial de limpieza, pero a 14 de las personas trabajadoras les es de aplicación el convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. UGT de Asturias (con representación en el comité provincial de la empresa), tras fracasar la correspondiente mediación solicitada al SASEC (Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos), presentó una demanda de conflicto colectivo a fin de que se declarara el derecho de las personas trabajadoras incluidas en el ámbito de dicho conflicto a que se les aplicara el Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, así como a que se les abonaran las diferencias salariales generadas por la no aplicación de dicha norma convencional desde septiembre de 2019.

La demanda fue parcialmente estimada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Asturias 20/2020, de 18 de noviembre, que concluye que las relaciones de trabajo con la empresa en los centros de Oviedo debían regirse por el Convenio del sector de limpieza de locales y edificios del Principado de Asturias, retrotrayendo los efectos que derivan del reconocimiento a septiembre de 2019 (año anterior a la presentación de la paqueta de conciliación).

Planteado recurso de casación ordinaria por la empresa, con fundamento en diversos motivos ex [artículo 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), tanto procesales como de fondo, el TS rechaza algunos de los primeros para centrarse en el tercero y de fondo ex [artículo 207 e\) de la LRJS](#) (pretendida infracción de los arts. 1, 3 y 5 Convenio estatal de dependencia, así como de lo establecido por el [art. 84.1 ET](#) y arts. [1.281](#) a [1.289](#) Código Civil), desestimando el recurso.

3. Doctrina jurisprudencial establecida: síntesis argumental de la decisión

Frente a la posición de la defensa empresarial, según la que las personas trabajadoras afectadas por el conflicto lo estarían tanto por el convenio colectivo de dependencia como por el convenio de limpieza, conforme a una situación de concurrencia a resolver ex [artículo 84.1 del ET](#), dando prioridad al primero por aplicación de la regla *prior tempore*, el TS considera que no se plantea un problema de concurrencia, puesto que solo hay un convenio colectivo aplicable en atención a los ámbitos funcionales. Así, en aplicación de su derecho de precedentes, en particular del criterio establecido por la [STS 438/2020, de 11 de junio](#), señala que ha de estarse al convenio cuyo ámbito funcional comprenda «la actividad realmente desempeñada» por las personas trabajadoras en el marco de la prestación de servicios desarrollada en la contrata por la empresa multiservicios en interés de la empresa cliente.

En el caso, estas son las actividades de limpieza, pues las personas trabajadoras afectadas no realizan tarea alguna de atención a las personas dependientes. Además, la empresa aplica el convenio colectivo de limpieza a la mayoría del personal que emplea, sin que consten razones objetivadas y suficientes para dar al restante un tratamiento distinto.

4. Trascendencia de la sentencia más allá del caso: la reforma laboral consolida y clarifica la doctrina jurisprudencial precedente

A la vista de este razonamiento que se limita a remitirse al derecho de precedentes y al fallo desestimatorio del TS, pudiera pensarse que la sentencia comentada carece de especial trascendencia teórica, incluso práctica, por su previsibilidad y reducido ámbito personal

aplicativo. Con todo, profundizando más en sus razonamientos, puede comprobarse que hay una decisión mucho más relevante y que implica dotar a la reforma del [artículo 42.6 del ET](#) de una doble importante virtualidad, pues, por una parte, consolida el criterio jurisprudencial del que la regla legal trae causa y, por otra, clarifica el derecho de precedentes, que hasta ahora no era unívoco. Es por ello por lo que, pese a no ser aplicable por razones temporales, el TS ya aplica la reforma laboral de 2021.

Recuerda así que el vigente [artículo 42.6 del ET](#) convierte en ley –aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata– la previa pauta jurisprudencial ([STS 438/2020, de 11 de junio](#)). Dado que no concurre en el caso ninguna de las tres excepciones previstas tras la reforma –que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el [título III ET](#), o convenio colectivo propio, o que se trate de centros especiales de empleo–, debe ser de aplicación la regla general.

Es cierto que no es ninguna novedad que una reforma legal se limite básicamente a normativizar un criterio jurisprudencial, incluso varios criterios cuando la doctrina que recibe presenta una notable complejidad, como es este caso. Así sucedió también, entre otros, en el [artículo 43.2 del ET](#), en relación con los criterios calificativos de una cesión como ilegal, diferenciándola de la relación triangular legal consistente en la subcontratación ex [artículo 42 del ET](#) (reforma [RDL 5/2006, de 9 de junio](#)).

Sin embargo, no debe infravalorarse la utilidad práctica del criterio legislativo en términos de eficacia del fin de garantía de la competencia leal, al menos retributiva y también de seguridad jurídica. Así, por una parte, deja claro que la pauta interpretativa predominante debe ser la de evitar todo tipo de estrategia o práctica elusiva de la regla general. Como ilustra la ya mencionada [SAN de 22 de febrero de 2022 \(rec. 319/2021\)](#), las empresas multiservicios siguen siendo un caladero de fórmulas elusivas del convenio colectivo efectivamente aplicable. En ese caso, como en el examinado por la sentencia analizada, la empresa multiservicios acordó con el único representante de las personas trabajadoras abonar el salario mínimo interprofesional (SMI), constatada la ausencia de convenio colectivo aplicable. Dado que existían reclamaciones individuales salariales, el órgano de representación de las personas trabajadoras formuló una demanda de conflicto colectivo para exigir el respeto de lo acordado, allanándose –sorprendentemente– la empresa. La AN entendió que, en estas circunstancias, el allanamiento constituye un fraude a los intereses laborales, y tras un detenido recorrido por la doctrina jurisprudencial sobre el convenio aplicable, así como por el contenido del [artículo 42.6 del ET](#) (y la obligación de aplicar el convenio colectivo de la actividad desarrollada en la principal), el principio de correspondencia y la ausencia de prioridad aplicativa ex [artículo 84.2 del ET](#) de un acuerdo de empresa, sostiene:

[...] lo que se pretende es obtener una sentencia que produzca cosa juzgada en los distintos conflictos individuales que puedan suscitarse o estén en trámite en los que se reclame por los trabajadores de la empresa un salario superior al SMI por resultar un determinado convenio sectorial de aplicación y en perjuicio del interés general de los trabajadores de la empresa.

Por otra parte, ha de destacarse que esta reforma normativa tiene la virtud de apuntalar prácticas convencionales que han venido desarrollando estrategias a favor de la competencia leal y en aras de evitar la precarización laboral. Esta línea de política convencional cuenta con el favor jurisprudencial, como ilustra, entre otras, la [STS 718/2022, de 13 de septiembre](#), que rechaza la legitimación de varias empresas multiservicios para impugnar por ilegalidad y/o por lesividad el Convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas. Sobre el relato de hechos, muy brevemente, puede señalarse que, respecto del artículo 1.2 del Convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas, las cuatro empresas demandantes (tres de ellas multiservicio) entienden que su inclusión, que conlleva la aplicación de las tablas salariales que contiene, les provoca graves perjuicios económicos y organizativos. De las cuatro empresas demandantes, una carece de convenio colectivo propio y se encuadra en el ámbito funcional del convenio sectorial de limpieza, mientras que las tres restantes, multiservicios, tienen convenio de empresa, de vigencia anterior al convenio controvertido. El TS desestima este recurso por entender que no concurre ni ilegalidad ni lesividad, pues el hecho de que tres de las cuatro demandantes ostenten convenio propio anterior al convenio controvertido y que tengan preferencia aplicativa *ex artículo 84.1 del ET* impide que les pueda provocar perjuicio alguno y, por este motivo, «carecen de legitimación activa para impugnar el convenio por lesividad, toda vez que no han acreditado perjuicio alguno por su formalización». En cuanto a la empresa que no dispone de convenio colectivo propio, a partir de la interpretación literal del artículo 1.2 controvertido y, en especial, de su finalidad, permite concluir que «los únicos destinatarios de la obligación controvertida son los empresarios principales». En definitiva, dado que la obligación convencional se dirige directamente a las empresas principales, pues, así lo acordaron sus representantes en la negociación:

[...] no cabe alegar quebranto o perjuicio real y efectivo, que justifique la declaración de lesividad del convenio, cuando ambas mercantiles, eludiendo dicha obligación convencional, suscriban contratos mercantiles en los que se eluda el cumplimiento del compromiso pactado convencionalmente [...]. De este modo, una vez pactado legitimante en el convenio la equiparación mencionada, las empresas principales, cuando pretendan externalizar servicios, actividades o tareas propios del servicio de hostelería, incluidos los servicios generales de limpieza, conscientes de que las empresas contratistas deben aplicar el convenio, no pueden, sin contravenir lo pactado, convenir condiciones inferiores a dicho compromiso, asumiendo los correspondientes costes, en cuyo caso no se producirán quebrantos o perjuicios para las empresas contratistas o subcontratistas.

En definitiva, el [artículo 42.6 del ET](#) y la doctrina jurisprudencial comentada en estas páginas parecen decididos a poner coto a estos usos desleales de los convenios en el seno del trabajo externalizado, a fin de garantizar tanto una retribución decente como una recta competencia. Ello se trata de llevar a efecto tanto consolidando el recurso a unos criterios realistas y de efectividad del convenio aplicable, por encima de las formas y las voluntades elusivas, cuanto apostando por una ampliación, aun indirecta, de ámbitos funcionales

de los convenios colectivos de empresas clientes hacia los multiservicios en ausencia del propio, y mediante la imposición de condiciones de contratación. Así pues, ley, convenio y jurisprudencia actúan en la misma dirección para maximizar la reforma y, en consecuencia, ahuyentar, o reducir a su mínima expresión, las vías de neutralización de este fin que el propio [artículo 42.6 del ET](#) establece a través de las excepciones. No obstante, se considera que queda pendiente un nuevo avance, como es la garantía del efecto útil de la [Directiva 2008/104/CE](#) en el marco de las empresas multiservicios –que a menudo actúan del mismo modo que una empresa de trabajo temporal (ETT)–, que exige apostar por la aplicación del convenio propio de la principal, como apunta la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de diciembre de 2019 \(rec. 48/2018\)](#), que destaca que «el esquema es el mismo, a saber, el trabajador presta servicios en una empresa que externaliza su actividad, vía ETT vía empresa multiservicios».