



CONTRATAS, SUBCONTRATAS Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE*

José Luis Goñi Sein**

Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. Sucinta caracterización laboral de las contratatas. –II. Objetivos y novedades de la Reforma Laboral de 2021 en materia de contratación y subcontratación. –III. Reducción de la precariedad laboral a través de la figura del fijo-discontinuo. –IV. Equiparación de las condiciones salariales mediante la aplicación del convenio de sector: 1. El fin de la prevalencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial; 2. Aplicación del convenio de sector de la actividad desarrollada en la contrata: las excepciones a la regla general; 3. Entrada en vigor de la modificación del art. 84.2 ET y régimen transitorio.

RESUMEN

La reforma laboral de 2021 mantiene prácticamente inalterado el régimen jurídico laboral de las contratatas y subcontratatas. Tan solo contiene dos novedades de ruptura: una, orientada a evitar la temporalidad, lo que se intenta conseguir encauzando la contratación de personal a la figura del contrato fijo discontinuo; y otra, que mira a corregir la situación de desigualdad que sufren las personas trabajadoras de las empresas contratistas o multiservicios con relación al personal de la empresa principal, mediante la eliminación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial. En este artículo se presta especial atención a la eficacia de las nuevas medidas de contratación laboral de cara a evitar la situación de precariedad de estos trabajadores, y se aclara la polémica cuestión del convenio colectivo aplicable. En síntesis, se mantiene, por un lado, la tesis de que, aun mejorando la situación de estabilidad de los trabajadores, no desaparecen algunos vestigios de precariedad; y, por otro lado, que la función garantista de la norma (nuevo art. 42 .6 ET) no puede circunscribirse a la apli-

* Recibido el 28 de marzo de 2022. Aprobado el 19 de abril de 2022.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

cación del convenio colectivo de sector de la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista sino a la que resulte atendiendo a la actividad desarrollada por la empresa principal.

ABSTRACT

The labor reform of 2021 maintains practically unchanged the labor legal regime of contracts and subcontractors. It only contains two breaking novelties: one, aimed at avoiding temporality, which is intended to be achieved by directing the hiring of personnel to the figure of the permanent discontinuous contract; and another, which seeks to correct the situation of inequality suffered by workers in contractor or multi-service companies in relation to the staff of the main company, by eliminating the application priority of the company agreement in salary matters. In this article, special attention is paid to the effectiveness of the new labor contracting measures in order to avoid the precarious situation of these workers, and the controversial issue of the applicable collective agreement is clarified. In short, on the one hand, the thesis is maintained that, even if the stability situation of workers improves, some vestiges of precariousness do not disappear; and, on the other hand, that the guarantor function of the norm (new art. 42 .6 ET) cannot be limited to the application of the collective agreement of the sector of the activity carried out by the contractor or subcontractor company, but to the one that results according to the activity carried out by the main company.

Palabras clave: Reforma laboral 2021. Contratas y subcontratas. Contrato fijo discontinuo. Empresas multiservicios. Desigualdad salarial. Convenio colectivo de sector. Kellys.

Key words: Labor reform 2021. Contracts and subcontractors. Discontinuous fixed contract. Multi-service companies. Salary inequality. Sector collective agreement. Kellys.

I. SUCINTA CARACTERIZACIÓN LABORAL DE LAS CONTRATAS

La contratación y subcontratación es un fenómeno de descentralización productiva de la prestación de obras y servicios, sobradamente conocido, en el que el empresario principal encomienda a un tercero (llamado empresario contratista o subcontratista) la realización de una parte de su actividad productiva, mediante la incorporación de su propio personal al desarrollo de dicha actividad, presentándose “como una alternativa a la creación de empleo propio”¹.

¹ MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDAD, 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 piso”, *Revista de Derecho Social*, n.º 96, 2022, p. 21.

Es una forma lícita de organización productiva, regulada en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, que en la mayoría de los casos responde a la lógica del abaratamiento de los costes salariales, permitiendo que dos personas trabajadoras que realizan trabajo de igual valor tengan condiciones diferentes, lo que convierte a las personas trabajadoras de las contrata en un colectivo especialmente agraviado y vulnerable. El modelo regulatorio de las contrata se ha venido caracterizando tradicionalmente por los siguientes rasgos:

1) amplio margen de libertad para contratar con terceros el suministro de mano de obra, sin sujeción a un régimen específico y con alto riesgo de prestamismo laboral si no concurre en la empresa auxiliar una actividad productiva propia; 2) recurso habitual al contrato temporal de obra o servicio para la contratación de trabajadores, con independencia del carácter estructural la actividad desarrollada por la empresa auxiliar y del carácter esencial de la actividad contratada para la empresa principal; 3) puesta a disposición de la empresa principal de trabajadores contratados por la empresa contratista; 4) determinación por la empresa contratista de las condiciones de trabajo, estableciendo, por lo general, condiciones salariales inferiores a las de los trabajadores de la empresa principal; 5) extinción automática del contrato a la finalización de la contrata.

Esta situación se ha ido corrigiendo con el tiempo, merced a algunas decisiones importantes del Tribunal Supremo como la sentencia núm. 1137/2020, de 29 de diciembre, que dejó de justificar la temporalidad de los contratos de obra o servicio para atender necesidades de las empresas de servicios cuya actividad esencial y habitual es, precisamente, la de prestar servicios a través de contrata, y puso fin a la operatividad de la extinción de la contrata como causa automática de extinción del contrato de obra o servicio².

II. OBJETIVOS Y NOVEDADES DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN

Los artífices del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral, no han permanecido insensibles a la situación de precarización de las condiciones laborales del personal contractualmente vinculada a la contrata y subcontrata, y han tratado de revisar, siquiera sea de modo parco, el régimen jurídico de la contrata o subcontrata, deteniéndose en aquel aspecto susceptible de causar un mayor impacto en la protección a este colectivo de trabajadores.

² Vid. ESTEVE SEGARRA, A.: "Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral. ¿Por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?", *Revista de Derecho Social*, n.º 94, 2021, pp. 39 y ss.

En la Exposición de Motivos se explica que el propósito de la modificación del art. 42.6 ET *“es procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales”*. Añadiéndose que es *“difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de un marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratistas a las que se vincula”*.

Aun a riesgo de no interpretar en toda su amplitud de miras el nuevo rostro de la reforma laboral en este punto, es posible afirmar que la reforma laboral pretende superar en materia de contratación y subcontratación de las empresas, al menos, dos deficiencias estructurales: 1) la temporalidad; y 2) la desigualdad de condiciones laborales entre personas que realizan trabajos de igual valor³.

A los artífices del pacto les preocupa que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares de estabilidad de las personas que trabajan en las empresas. Son conscientes de que la mano de obra aún se resiente del estereotipo de la mayor temporalidad y precariedad de muchos trabajadores en contratas, y en línea con la nueva orientación emergente de la STS de 29 de diciembre de 2020, se decantan por una solución inspirada en el fijo discontinuo.

Además, de las indicaciones de la Exposición de Motivos, emerge como segunda finalidad la necesidad de evitar que una forma de organización descentralizada de producción, formalmente libre, constituya en realidad una fuente de devaluación de las condiciones de trabajo, generando situaciones de discriminación, en particular, retributivas, entre quienes realizan trabajos de igual valor en el ámbito de actividad de la empresa comitente. Indudablemente, aquí la negociación colectiva juega un papel relevante y se intenta paliar las diferencias imponiendo una generalización del tratamiento del convenio colectivo del sector de la actividad de la contrata a este colectivo.

Por lo que respecta a los cambios normativos, la reforma laboral de 2021 no ha alterado de forma sustancial el texto del art. 42 del ET, aunque sí el régimen jurídico de las contratas y subcontratas, que presenta ahora un rostro muy diferente. Y ello porque, el RDL 32/2021 lleva a cabo otras reformas en materia de contratación temporal con incidencia directa en la regulación de las contratas y subcontratas.

Los cambios introducidos en el art. 42 ET son de dos tipos: a) carácter formal y b) carácter sustantivo.

³ Como el propio TS reconoce en la sentencia de 12 de febrero de 2021, (Rec. N.º 2839/2019), *“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”*.

a) Abundan las de carácter formal, pues introduce muchas modificaciones relativas al uso del lenguaje inclusivo. Al respecto, va consolidándose el criterio general establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sobre implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito de las relaciones laborales. Se comprueba la existencia de múltiples cambios de denominación, en concreto, de las palabras “trabajadores” por “personas trabajadoras”, “representantes” por “representación”, “empresario” por “empresa”, y “cabeza de familia” por “persona”. Incurriendo, en algún caso, en un cierto error, porque la palabra “empresa” no equivale a “empresario”, pues, independientemente de que sea eficaz desde el punto de vista de la comunicación social, alude al sujeto de la relación laboral, mientras que el concepto de “empresa” designa una unidad de organización dedicada a una actividad productiva; y en puridad no es identificable con el “titular del vínculo contractual”.

b) Desde el punto de vista sustantivo o material, el art. 42 ET no se ve afectado en su configuración básica porque la descripción del supuesto de hecho sigue descansando sobre los dos elementos de siempre: uno, el negocio jurídico de la contrata y subcontrata entre la empresa principal y la contratista o entre esta y la subcontratista; y dos, el objeto del negocio la “realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad” de la empresa contratante. Tampoco se han visto alteradas las obligaciones de comprobación de la empresa principal y de información a los trabajadores a cargo de las empresas implicadas, así como tampoco el régimen de responsabilidades de la empresa principal en materia salarial y de Seguridad Social, que se extiende a toda la cadena de subcontratistas.

El marco normativo del art. 42 ET tan solo se ha visto modificado de forma sensible en un aspecto, relativo a la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores en los supuestos de contrata y subcontrata. Un solo cambio introducido en el apartado 6 del art. 42 ET, aunque de previsible gran importancia y calado. En lo restante, se mantiene prácticamente intacta su estructura, si bien se han adoptado algunas otras medidas que afectarán directamente a su dinámica, como ocurrirá con la eliminación del contrato de obra, o la regulación del contrato fijo discontinuo en las contratas.

Con todo, se esperaba algún cambio normativo más, porque el régimen jurídico de la contrata y subcontrata es “uno de los ámbitos de mayor inseguridad de nuestro ordenamiento jurídico”, necesitado de especial reforma. El art. 42 ET contiene un concepto jurídico indeterminado “con una pesada carga de incertidumbre”, como es “la propia actividad”⁴ para la determinación del régimen de responsabilidades de la empresa contratante o principal, que reclama una reconsideración, a la vista de tantos problemas de identificación de los empresarios implicados en el supuesto de hecho de la subcontratación.

⁴ Servicio de Estudios de UGT: Análisis del real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Una perspectiva en la negociación colectiva: la reforma laboral de diciembre de 2021, Apuntes, 2022, n.º 40, p. 14.

Añádase a ello que es un marco abierto a negocios jurídicos de distinta naturaleza y tipo, susceptible de utilización en cascada, produciendo una degradación progresiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas subcontratadas a medida que se desciende en la cadena de subcontratación, al aplicar condiciones salariales inferiores; y todo ello sin perjuicio de su posible uso fraudulento para enmascarar cesiones ilícitas. Una situación de precariedad que se ha visto, además, agravada como consecuencia de la aparición de las empresas multiservicios, al socaire de la prioridad aplicativa del convenio de empresa establecido por la reforma laboral de 2012, que han venido a establecer su propio régimen jurídico, desregulando las condiciones sectoriales y fijando condiciones aún más precarias.

III. REDUCCIÓN DE LA PRECARIEDAD LABORAL A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL FIJO-DISCONTINUO

La posibilidad del empleo de los trabajadores en el supuesto de las contratas o subcontratas, se ha visto modificada, como se ha señalado, a través de medidas situadas fuera del art. 42 ET. El RD-Ley 32/2021 ha impuesto unas severas limitaciones en materia de contratación laboral que constituyen requerimientos complementarios en materia de contratas y subcontratas; a saber: 1) la presunción de fijeza, admitiendo tan solo la posibilidad de contratación temporal por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora (art. 15.1 ET); 2) la imposibilidad de identificar como causa del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción *“la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”* (art. 15.2 ET); 3) la apuesta por el contrato fijo discontinuo para *“el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas, que siendo previsibles formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”*, según lo dispuesto en el nuevo artículo art. 16.1 y 4 ET.

De dicha regulación se desprenden las siguientes conclusiones en cuanto a la contratación de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas:

1) La imposibilidad de celebrar contrato de duración determinada de obra o servicio para dar cobertura a los servicios de las contratas, en línea con lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020. Esta figura contractual que, tanto ha contribuido a la precarización, ha desaparecido definitivamente del ordenamiento jurídico laboral sin que pueda ser utilizada ya más en las contratas de obras y servicios.

2) No sirve tampoco como modalidad alternativa el nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción porque se prohíbe su uso en los supuestos de contratas

y concesiones (ex art. 15.2 ET). Esta prohibición excluye el vincular la contratación de empleados a la duración de la contrata con la empresa principal, tal y como la STS de 29 de diciembre de 2020 dejó establecido, así como el hacer uso ordinario de esta modalidad temporal cuando la contratación se funde en una actividad principal y habitual de la empresa contratista.

3) Excepcionalmente, se permite acudir a la contratación por circunstancias de la producción, pero con los límites de temporalidad permitida por esta modalidad. No resulta fácil de interpretar esta excepción a la prohibición anterior. Parece que se hace emerger una causa de temporalidad allí donde la contratación temporal directa no es posible⁵. Se apuntan dos interpretaciones posibles: a) entender que el empresario puede utilizar siempre que no se trate de desarrollar una actividad habitual, porque, siendo la característica esencial de esta nueva figura temporal de contratación en cualquiera de sus dos variantes (imprevisibilidad durante 6 meses/1 año, o previsibilidad durante 90 días) la “ocasionalidad”, lo totalmente excluido es lo habitual; aunque, es difícil imaginar qué actividad de la empresa auxiliar puede realizarse en la empresa principal que, siendo ocasional (previsible o no), no sea al mismo tiempo habitual⁶; y si no es habitual ¿no estaría simplemente suministrando mano de obra con alto riesgo de prestamismo laboral ilícito? b) la interpretación más plausible es entender, como ha destacado la doctrina⁷, que el supuesto se refiere a una empresa auxiliar que presta servicios para la empresa principal con personal fijo y que excepcionalmente se ve en la necesidad de tener que incorporar más personal a la concreta actividad de la contrata para atender un hecho imprevisible; se trataría de cubrir la necesidad temporal ocasional e imprevista que produce un desajuste temporal de la mano de obra para responder a la actividad contratada y que no puede ser cubierta con la plantilla fija de la empresa.

4) Una interpretación sistemática del artículo 15.2 y del art. 16.1 ET nos lleva a entender que los trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas sean o no previsibles, cuando formen parte de la actividad ordinaria de la empresa contratista, han de estar regidas por la modalidad de contrato fijo discontinuo.

⁵ Tomo la frase, no fielmente reproducida, de BELTRAN DE HEREDIA, I.: Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RDLey 32/2021):

<https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#3211c>

⁶ GOERLICH PESET, J. M.ª: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, Vol. 3, Número Extraordinario “La reforma laboral de 2021”, p. 64. Lo ve factible en los supuestos de “microsubcontratación”; en concreto, en el marco del trabajo en plataformas como sucedáneo del todavía inexistente trabajo a llamada, a condición de que los encargos sean imputables a empresas y no a consumidores finales y, puedan, por tanto, ser reconducidos a la noción de contrata”. Pero, ¿esto no es caso una actividad habitual de las empresas de plataforma?

⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.ª: “Contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021”, Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social:

<https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>

5) Las personas contratadas incumpliendo lo establecido anteriormente adquirirán, según lo dispuesto en el art. 15.4 ET la condición de fijas. Y si, además, la actividad contratada en el marco de ejecución de contratas no forma parte de la actividad ordinaria de la empresa, y se trata, por tanto, de una contrata ficticia o subcontrata, donde la empresa se limita a suministrar mano de obra a la empresa principal, entrará de lleno en la figura de la cesión ilícita de trabajadores prohibida expresamente por el art. 43 ET, teniendo las personas contratadas derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria (art. 43.4 ET).

6) La nueva normativa no impide, sin embargo, que unos mismos puestos de trabajo de la empresa principal sean ocupados en ejecución de contratas, con o sin solución de continuidad, mediante diferentes trabajadores fijos discontinuos de la misma o distinta empresa auxiliar. Por tanto, sí es posible la rotación de trabajadores en un mismo puesto de trabajo en el marco de sucesivas contratas, pero no ya de trabajadores temporales sino de fijos discontinuos, aunque el cambio de contratista puede conllevar, según las circunstancias del caso, el efecto subrogatorio para el personal adscrito a la contrata.

Con todo, permanece abierta la cuestión de si son medidas eficaces para desincentivar la temporalidad e inclinar la decisión empresarial hacia la estabilidad en el empleo. ¿En qué medida se alcanza a cumplir el objetivo inicialmente planteado de atajar la precariedad de estos trabajadores?

Parece evidente que el resultado va a afectar al mercado de las empresas de servicios; su supervivencia se ha vuelto ahora más complicada porque si hasta ahora se han venido nutriendo de personal temporal, en el futuro tendrán que estar integradas por personal fijo discontinuo. Y todo ello va a tener también una repercusión directa en los tan extendidos procesos de descentralización productiva.

Por otra parte, es claro que va a incidir en un incremento de la estabilidad laboral de estos trabajadores, pues, al encauzar al contrato fijo discontinuo los anteriores supuestos de temporalidad en las contratas, producirá efectos importantes, aunque plantea la duda de si no supondrá una mera transformación aparente o artificiosa de los contratos temporales.

La respuesta dependerá de lo que se ofrezca al trabajador en los periodos de inactividad; esto es, en el tiempo que media entre el cese o reducción de una contrata o subcontrata y la adjudicación o suscripción de una nueva que permita al trabajador fijo discontinuo reiniciar su actividad laboral. Lo cual nos remite al régimen jurídico de los contratos fijos discontinuos en el marco de la ejecución de contratas.

El art. 16.4 ET ha previsto una mínima regulación de los periodos de inactividad para estos supuestos. En primer lugar, se describe como “periodo de inactividad”, los plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. Y a continuación se hace

un llamamiento a la negociación colectiva para que los convenios colectivos sectoriales determinen un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses.

Más allá de esto, solo prevé que, una vez cumplido el plazo máximo de inactividad sin llamamiento, *“la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”* (ET). No se establece, como en el “contrato indefinido adscrito a obra” la obligación del empresario de efectuar una propuesta de recolocación, previo desarrollo, de ser preciso, de un proceso de formación (Disposición adicional 3.ª Ley 32/2006, subcontratación en el sector de la construcción).

Al trabajador fijo discontinuo no se le garantiza una continuidad en ejecución de contratas, porque el encadenamiento o sucesión sin interrupción de las contratas es cosa difícil de prever y garantizar. Lo normal es que haya interrupción, periodo en el cual se produce la paralización de los efectos principales del contrato; de forma que, el trabajador fijo discontinuo deja de trabajar y de percibir el salario hasta la reanudación de un periodo de contrata, percibiendo las prestaciones de desempleo si reúne condiciones para ello.

Y superado el periodo máximo de inactividad sin haberse realizado el llamamiento (tres meses), se impone adoptar las medidas “coyunturales” como la de suspensión del contrato (art 47 ET) (si hay voluntad de seguir contando con el trabajador fijo discontinuo), o “definitivas” como el despido objetivo (art 52. c ET) o el colectivo (art. 51 ET)⁸. No parece fácil adoptar la medida de suspensión por las importantes desventajas económicas que comporta para la empresa en cuanto al abono de las cotizaciones, ni “si quiera con las bonificaciones establecidas para los ERTE”. Por tanto, “salvo en casos excepcionales, la salida natural a las dificultades de recolocación en una nueva contrata será el despido (...) por vía individual [art. 52.c) ET] o colectiva”⁹. Aunque si viene motivado por pérdida o reducción de la contrata, será la causa organizativa y productiva y no la económica o la técnica la que justificará el despido por causas objetivas.

La única diferencia importante, respecto del trabajador contratado con el viejo contrato de obra en las anteriores ejecuciones de contrata, es, por supuesto, que se garantiza la estabilidad en el empleo, es decir, el correspondiente derecho a la mantenerse vinculado durante al menos tres meses del plazo de espera de recolocación o plazo máximo de inactividad entre contratas, aunque con la desventaja nada despreciable de perder la indemnización por fin de contratación temporal.

⁸ STS de 10 de marzo de 2020 (Rec. N.º 2760/ 2017) afirma que “en los supuestos de concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legítimamente optar por otros cauces de extinción de contratos de trabajo que superen los umbrales previstos en el art. 51.1 ET distintos al procedimiento de despido colectivo”.

⁹ GOERLICH PESET, J. M.ª: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, cit., p. 65.

Ello aparte ofrece la ventaja de que, una vez transcurrido el periodo máximo de inactividad, la indemnización por extinción del contrato ya no será de 12 días de salario por año de servicio [ex art. 49.1. c) ET], sino de 20 días de salario por año trabajado (ex art. 53 ET), en caso de despido objetivo o colectivo. Y si el despido es calificado como despido improcedente, la indemnización será de 33 días por año trabajado.

Hay un apartado en el artículo 16 ET que ofrece algún flanco de duda; es el n.º 5, según el cual los convenios colectivos de ámbito sectorial *“podrán establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por la empresa a las personas trabajadoras, cuando ésta coincida con la terminación de la actividad y no produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento”*. Parece que se está habilitando a la negociación colectiva para establecer una indemnización específica similar a la existente en el sector de la construcción del 7 % del salario según convenio que se haya devengado durante la vigencia del contrato. Lo que no queda claro es si se trata de establecer una indemnización por fin de contrato fijo discontinuo, alternativo e, incluso inferior, en su caso, a los 20 días que establece el art. 53 ET por despido objetivo. Esto podría ser así, en efecto, si del convenio resulta una indemnización por fin de llamamiento inferior a los 20 días de salario por año de servicio.

Desde un primer momento, la doctrina ha subrayado la suficiencia de las soluciones adoptadas para mitigar el problema de la precariedad laboral y desplazar la inserción laboral hacia el contrato fijo. No obstante, su regulación, aun suponiendo un relanzamiento de la contratación indefinida, no consigue orillar los efectos perversos que derivan de la situación previa: a) el que el desarrollo de trabajos en el marco de las contrata siga formando parte de las actividades esenciales de las empresas principales, b) el trabajo esté unido inexorablemente a la duración de la contrata; y c) el carácter intermitente de las actividades desarrolladas a través de este contrato. El cambio se presta poco a ser una solución eficaz para corregir la precariedad, consistente en la eliminación de la incertidumbre de las llamadas intermitentes.

IV. EQUIPARACIÓN DE LAS CONDICIONES SALARIALES MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE SECTOR

Junto a la reducción de la temporalidad, el otro objetivo relevante de la regulación en materia de subcontratación es garantizar a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata un nivel adecuado de protección salarial en relación con los trabajos que desarrollan en la empresa principal. Los cambios en materia de subcontratación tratan de mitigar la desvalorización social y económica que comporta esta forma de empleo, particularmente *“en los puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (v. gr. colectivo de camareras de piso), donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes”* (Exposición de Motivos).

La reforma laboral de 2012, al otorgar prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa sobre otros convenios de ámbito superior en una serie de materias, permitió a las empresas crear una unidad de negociación empresarial propia para establecer condiciones laborales a la baja, contribuyendo a fijar salarios en niveles claramente inferiores a lo que venía aplicándose con anterioridad. Esto dio origen, como se ha señalado, a la irrupción de las empresas de multiservicios, que, ofreciendo una pluralidad de actividades y servicios en el mercado en condiciones económicas muy ventajosas, han provocado el efecto devaluador de los costes retributivos de las personas trabajadoras en contrata con un riesgo mayor de discriminación.

Para poner coto a esta situación de agravio comparativo, el legislador de la reforma laboral de 2021 ha adoptado dos medidas íntimamente relacionadas de negociación colectiva, que pueden resultar eficaces: una, consistente en el fin de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial; y otra, referida a la determinación del convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras de contrata.

1. El fin de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial

La reforma laboral de 2021 (art. 1.9 RDL 32/2021) ha tratado de contrarrestar esta situación de desigualdad en las actividades desarrolladas en la contrata o subcontrata con un importante cambio en el art. 84.2 ET, impidiendo que, mediante convenio de empresa, se derogue lo establecido en un convenio de sector en materia salarial, y que, en consecuencia, las empresas puedan establecer condiciones “*in peius*” o más desfavorables para los trabajadores de dicha empresa.

No ha derogado la prioridad aplicativa del convenio de empresa, ni se ha vuelto al marco jurídico anterior a la reforma de 2012. Tan solo restablece la prioridad aplicativa del convenio del sector sobre el convenio de la empresa en una de las varias materias contempladas en el art. 84.2 ET, la relativa a “*la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa*”, cuya disponibilidad ha desencadenado la espiral de devaluación del régimen de protección de las personas trabajadoras de contratas.

Respecto de las restantes materias, se mantiene la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior; Siguen, por tanto, conservando la prioridad aplicativa las siguientes materias: “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 de empresa*; e) *Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal*; f) *Aquellas otras que*

dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2". Solo incorpora como novedad el concepto de "corresponsabilidad". En estas materias subsiste el régimen establecido en el artículo 84.2 del ET sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa como excepción a la regla general de resolución de los conflictos derivados de la concurrencia de convenios (art 84 .1 ET).

La eliminación de la prioridad aplicativa en materia salarial "cierra la vía" a las empresas multiservicios, o llamadas también "oportunistas", la posibilidad de "crear estratégicamente unidades empresariales para establecer salarios a la baja", aunque siempre existirá la posibilidad de hacer ajustes salariales a nivel interno por la vía del art. 82.3 ET (descuelgue salarial)¹⁰. Ya no podrá identificarse como causa de agravio comparativo de las personas trabajadores de contrata y subcontrata la existencia de unas condiciones económicas menos favorables del convenio de empresa que las del convenio de sector, al haberse puesto fin a la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio de sector derivada del art. 84.2 ET.

2. Aplicación del convenio de sector de la actividad desarrollada en la contrata: las excepciones a la regla general

La segunda solución acogida por el legislador para equiparar las condiciones de trabajo y, al mismo tiempo, acabar con las desventajas injustificadas entre las empresas, ha sido la de incorporar al apartado 6 del artículo 42 ET una previsión específica sobre el convenio colectivo aplicable. Esto es lo único verdaderamente novedoso (al margen de los cambios de expresiones orientados a integrar el lenguaje inclusivo) del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Dispone la citada norma 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, 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 este en los términos que resulten del artículo 84".

La norma establece un cambio importante en cuanto a la determinación de las condiciones de trabajo, rompiendo con la regla de que sea el empresario contratista el que establezca las condiciones de trabajo. Establece, como regla general, que, en lugar del convenio de empresa, sea el convenio del sector de la actividad donde se desarrolla la contrata el que se utilice como referencia. Pero la regla general va acompañada de

¹⁰ MERCADER UGUINA, J.: "El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?", *Labos*, Vol. 3. Número Extraordinario, "La reforma laboral de 2021", p. 121.

dos excepciones –una, la existencia de otro convenio sectorial aplicable, y dos, la empresa contratista tenga su propio convenio–, que conviene tener presente para una correcta determinación del convenio aplicable.

En principio, se advierte una clara apuesta del legislador por la aplicación del convenio colectivo del sector, descartando completamente la posible aplicación del convenio de la empresa comitente¹¹, con lo cual se renuncia a establecer una real equiparación salarial con los trabajadores de la empresa principal, como la reconocida a los trabajadores de las ETT. No obstante, no está muy claro qué criterio intenta consagrar la norma; persiste alguna duda sobre el tipo de “convenio sectorial” aplicable.

La norma habla de “convenio sectorial correspondiente a la actividad contratada” En algún foro de debate se ha comentado que el convenio colectivo de aplicación es el que resulte, “conforme al principio de especialidad, atendiendo a la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista”. Es probable que a tal conclusión se haya llegado asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la sentencia de 12 de febrero de 2021 (Rec. N.º 2839/2021) que, en el caso de las camareras de piso (Kellys), ha considerado que el convenio colectivo aplicable no es el convenio colectivo de hostelería sino el convenio de limpieza de edificios y locales que es el que resulta de aplicación a la empresa contratista¹². También un sector de la doctrina se sumaría a esta interpretación al afirmar que esta nueva regulación “refrenda las decisiones adoptadas por el tribunal Supremo que habían atajado las loables maniobras efectuadas desde ciertos convenios de sector dirigidas a extender su radio de acción hacia todas las empresas que actuaran en el mismo con independencia de la actividad desarrollada”¹³.

No parecen compartir, sin embargo, este criterio, MERINO SEGOVIA y GRAU PINEDA al considerar que el art. 42.6 ET, aun sin mencionar de forma expresa el convenio colectivo sectorial que aplica la empresa de principal, se está refiriendo a dicho convenio al incluir la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. Aludiendo, en particular, a las camareras de piso, afirman que “son las tareas realizadas en cada contrata –limpieza y puesta a punto de habitaciones y zonas comunes en la empresa hotelera, (...)– las que determina el convenio sectorial de aplicación –hostelería–, y no la actividad o actividades que se incluyen en el objeto social de la empresa contratista

¹¹ U otras opciones barajadas anteriormente por la jurisprudencia como la actividad preponderante de la empresa multiservicios aplicándose el mismo convenio a todos los empleados cualquiera que fuesen las funciones desarrolladas por cada uno de ellos (TS 17 de marzo de 2015, R. n.º 1464/2014), o la correspondencia o no con la propia actividad de la empresa principal aplicando en el primer caso el convenio de la empresa principal y en el segundo el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata (STS de 11 de junio de 2020, R. n.º 9/2019).

¹² En idéntico sentido también la STS de 11 de noviembre de 2021 (R. n.º 3330/2019).

¹³ NORES TORRES, L. E.: “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos*, Vol. 3. Número Extraordinario, “La reforma laboral de 2021”, p. 79.

–limpieza–, que sí podrían conducir a la aplicación del convenio sectorial de limpieza de edificios y locales”¹⁴.

Se abre una zona franca de una gran incertidumbre, porque, en principio, la norma, al no concretar nada, permite identificar el convenio aplicable en la subcontratación tanto por referencia a la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista, como atendiendo a la actividad desarrollada por la empresa principal. Pero tal vez concurren más razones en favor de la prevalencia de lo primero (la actividad correspondiente al convenio colectivo aplicable a la empresa principal), que de lo segundo (la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista). El propio propósito de la norma de garantizar la igualdad en las relaciones de las personas trabajadoras de las contratas abonaría tal interpretación. La sentencia de 12 de febrero de 2021 del Tribunal Supremo ha consagrado la desigualdad de trato retributiva, al afirmar que el artículo 42.1 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 desarrollan trabajadores de otra empresa. Consciente de tal interpretación, todo apunta a que el objetivo del legislador de urgencia es corregir de alguna manera la situación de desigualdad de condiciones salariales que la misma propicia. El nuevo art. 42.6 ET no busca refrendar o legalizar la decisión del Tribunal Supremo, sino, al contrario, actuar como mecanismo de superación de la desigualdad. Esto se advierte claramente en la Exposición de Motivos cuando, a propósito de la modernización de la contratación y subcontratación de las empresas, subraya que es necesario abordar una reforma que impida que se utilice la externalización de servicios como *“mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas”* y añade que es preciso *“avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas”*. Haciendo, además, una referencia expresa al colectivo de trabajadoras protagonistas de la sentencia referida, se indica en la Exposición de Motivos que *“existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en (...) (v. gr. colectivo de camareras de piso), donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes”*. Y si esa es la razón de ser de la nueva norma, no tiene sentido deducir de la norma la misma interpretación que dejó sentada el Tribunal Supremo sobre el convenio colectivo aplicable porque no tendría consecuencia alguna el cambio realizado en orden a la igualdad.

Por tanto, analizada desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación que impulsa la norma, procede interpretar que el convenio colectivo aplicable es el que resulte atendiendo a la actividad desarrollada por la empresa principal. Lo cual, en el caso de las camareras de piso, supone la no aplicación del convenio de limpieza según

¹⁴ 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 piso”, cit., pp. 38-39.

la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista, sino el convenio de la actividad de hostelería por corresponderse con la actividad desarrollada por la empresa principal.

De todas formas, la norma introduce dos importantes excepciones, que conviene tener presente: en primer lugar, la posible existencia de un convenio sectorial aplicable conforme al Título III del ET; y, en segundo lugar, la posible aplicación del convenio propio de empresa en los términos que resulten del artículo 84 ET.

La primera excepción (“salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”) se debe poner en relación con los arts. 84 y 83.2 ET. La aplicación del art. 84.1 ET supone que, ante la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo, y que comprenden en su ámbito funcional la actividad de la contrata, será de aplicación el convenio vigente con anterioridad en el tiempo. Es decir que, si concurren dos convenios de sector, o dos convenios colectivos sectoriales aplicables a la actividad que es objeto de la subcontratación, la concurrencia se debe resolver con arreglo a criterios de prioridad temporal “prior in tempore potior in iure” como primera regla que consagra el artículo 84 1 del ET. Y ello porque según esta previsión “un convenio colectivo durante su vigencia no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto”, lo que constituye una garantía de no afectación del convenio que determina una preferencia del convenio anterior. En consecuencia, hay que estar al convenio de sector más antiguo en el tiempo.

Pero debe tenerse en cuenta, asimismo, el art. 83.2 al que reenvía el art. 84.1 ET, esto es, las reglas de resolución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito establecidos en los acuerdos interprofesionales o en los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico. Porque de existir tales reglas de articulación o armonización de convenios previstas en los acuerdos y convenios ex art. 83.2 ET, la regla de la prioridad temporal puede quedar también excepcionada por lo que se haya podido acordar en los referidos acuerdos interprofesionales o en los convenios sectoriales de ámbito estatal autonómico, pero sin que puedan disponer sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art 84 2 inciso final, ET). Siguiendo con el ejemplo de las camareras de pisos, para la determinación del convenio colectivo aplicable, se debe atender primero al criterio de articulación y negociación del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería y solo después, en su caso, a la prioridad temporal.

La segunda excepción (“*No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio se aplicará este en los términos que resulten del artículo 84*”) implica, a su vez, que la prioridad aplicativa del convenio de sector puede quedar también excepcionada, ante todo, por el convenio de empresa de aplicación preferente por prior tempore. Esto es, convenio de empresa que hubiera sido negociado antes que se hubiera constituido la unidad de negociación del convenio de sector, ganando espacio propio. La prioridad del convenio de empresa frente a la de sector

es porque ya la empresa contaba con su propio convenio y, por tanto, no puede quedar afectado por un convenio posterior por una prohibición de concurrencia del art. 84.1 ET. Además, la prioridad aplicativa del convenio de sector puede quedar también excepcionada por convenio de empresa de prioridad aplicativa que consagra el art. 84.2 ET, salvo en una materia, en concreto, la relativa a la cuantía del salario base y de los complementos retributivos, que es lo único que la Reforma laboral excluye de dicha prioridad aplicativa. En consecuencia, el convenio de la empresa subcontratista empleadora conserva prioridad aplicativa frente al convenio de sector, tanto en el supuesto de aplicación de la regla de *prior in tempore* (ex. art. 84.1 del ET), como en el supuesto de convenio del sector aplicable respecto de todas las materias del art. 84.2 excepto en lo relativo a los salarios, que será de aplicación lo establecido en el convenio de sector.

Por tanto, en cuanto al convenio aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas se debe estar, ante todo, al convenio de empresa, sea por aplicación de la regla *prior tempore* del art. 84.1 ET, o sea por prioridad aplicativa del art. 84.2 ET respecto de todas las materias en las que conserva prioridad aplicativa salvo en lo relativo a la cuantía del salario base y los complementos retributivos. En defecto de convenio de empresa, y en materia de cuantía salarial (base y complementos), será de aplicación el convenio de sector que corresponda a la actividad realizada (limpieza, seguridad, servicios auxiliares etc.) en la empresa principal. En caso de concurrencia con otro convenio sectorial en cuyo ámbito quede comprendida la actividad desarrollada se debe atender, ante todo, a las reglas especiales que hayan podido fijar los acuerdos interprofesionales o en los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico. Y a falta de reglas, la concurrencia con otro convenio deberá resolverse con arreglo al criterio de prioridad cronológica o temporal.

Concluyendo, la regulación jurídica de los trabajadores de las empresas contratistas no ha cambiado mucho. La Reforma laboral se separa de la regla tradicional únicamente en el régimen salarial: antes se daba prioridad al convenio de empresa y ahora se da prevalencia al convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, y ello siempre que no opere la prevalencia de algún otro convenio, bien por prioridad temporal del convenio o bien por acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. En las demás condiciones de trabajo siguen rigiendo las mismas reglas de determinación de convenio colectivo. No obstante, y pese al corto alcance de la reforma, se ha puesto el “dedo en la llaga” al poner fin a la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, pues ahí estaba la clave de la degradación de las condiciones laborales del personal de contratas y subcontratas, y es de esperar que esta solución contribuya a mejorar las condiciones salariales de este colectivo¹⁵.

¹⁵ Va a afectar principalmente los trabajadores de las empresas multiservicios, dado que son las se rigen principalmente por el convenio de empresa (73.000 trabajadores), y donde la diferencia salarial entre los convenios colectivos sectoriales y los de las empresas multinacionales puede oscilar entre 2.000 y 12.000 euros al año, según un estudio realizado por el Gabinete Técnico de Acción Social UGT FeSMC, Análisis de las empresas multiservicios. *Vid.* una sinopsis en Servicio de Estudios de UGT: “Análisis del real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre...”, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

3. Entrada en vigor de la modificación del art. 84.2 ET y régimen transitorio

El RD-Ley 32/2021 entró en vigor el 31 de diciembre de 2021, pero la acomodación al salario más favorable del sector no se produce de forma automática a partir de la indicada fecha, sino cuando proceda conforme al régimen transitorio establecido por la disposición transitoria sexta, que se encarga de regular la aplicación transitoria de la modificación del artículo 84.2 ET.

El apartado primero de la disposición transitoria sexta dispone que: *“Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley”*.

Del mismo, cabe extraer el siguiente régimen transitorio:

1) En el caso de los convenios empresariales (ex art. 84.2 ET) previos a la entrada en vigor del RDL 32/2021, que en esa fecha habían perdido su vigencia, la nueva norma entra en vigor de forma inmediata. En consecuencia, dejará de aplicarse su tabla salarial y se producirá la acomodación del salario al más favorable del sector de manera inmediata.

2) Los convenios empresariales (ex art. 84.2 ET) anteriores a la entrada en vigor del RDL 32/2021, aún vigentes, van a seguir manteniendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa con relación al convenio de sector en materia de “cuantía de salario base y de los complementos salariales, hasta que se produzca su pérdida de vigencia (se extinga su ámbito temporal) y como máximo hasta el 31 de diciembre de 2022:

a) Si esa pérdida de vigencia se produce antes del 31 de diciembre de 2022, la prioridad aplicativa del convenio de empresa decae en la fecha de expiración del ámbito temporal del convenio.

b) Si esa pérdida de vigencia se produce después del 31 de diciembre de 2022, la prioridad del convenio de empresa decae el 31 de diciembre de 2022.

En consecuencia, la acomodación del salario al más favorable del sector entrará en vigor de inmediato en aquellos casos de convenios que ya habían perdido su vigencia, y en los casos de convenios que aún estuviesen en vigor a 31 de diciembre de 2021 se producirá en la fecha en que pierdan su vigencia con el límite máximo temporal de 31 de diciembre de 2022.

A estos efectos, cobra una importancia decisiva la determinación de la pérdida de vigencia del convenio colectivo que no es cuestión sencilla. En principio, los convenios tienen la duración que fijan las partes (art. 86.1 ET), y para que pierdan vigencia se exige la denuncia del mismo (art. 86.2 ET). A partir de ahí diríase que el convenio, una vez denunciado, pierde su vigencia el último día de su periodo de vigencia pactada (sea esta la inicial o la posterior pactada antes del vencimiento del plazo inicial). Pero surgen importantes dudas respecto de las situaciones de prórroga automática (salvo pacto en contrario) cuando no media denuncia expresa de las partes (art. 86.2 ET) y de la ultraactividad del convenio colectivo (art. 86.4 ET)¹⁶.

Cabe entender que, a partir de la pérdida de vigencia en la fecha acordada, el convenio ya no está protegido por la prohibición de concurrencia del art. 84.1 ET y, por tanto, puede ser afectado por otro convenio. Esta es la posición de la jurisprudencia por lo que respecta, al menos, a la ultra actividad, ya que el TS ha declarado, en su sentencia de 5 de octubre de 2021, que la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos del artículo 84.1 ET hay que entenderla referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3.

En consecuencia, en las situaciones de prórroga automática por falta de denuncia o de ultraactividad, la acomodación salarial deberá producirse a partir del día siguiente al de la expiración de vigencia expresa del convenio colectivo de empresa (siempre que estuviera vigente a la fecha de entrada en vigor del RDL 32/2021) y no más tarde del 31 de diciembre de 2022.

La disposición transitoria sexta del RDL 32/2021 añade, en su párrafo 3.º, que *“Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”*.

La citada norma no supone, como bien se ha indicado en la doctrina académica, una ampliación o prórroga adicional de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, sino un mandato a los sujetos negociadores para que negocien en el indicado plazo de seis meses el ajuste de los convenios al nuevo marco normativo en el que no cabe la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial¹⁷. Debe entenderse

¹⁶ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral”, *Temas Laborales*, n.º 108, 2001, pp. 28 y ss.

¹⁷ VIVERO SERRANO, J. B.: “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social:

<https://www.aedts.com/la-supresion-de-la-prioridad-aplicativa-del-convenio-de-empresa-en-materia-salarial/>

que, una vez cumplido el periodo de vigencia del convenio colectivo o transcurrido el año (31/12/2022) (lo que acaezca antes), se establece un periodo de seis meses para negociar y adaptarse a la normativa. De manera que, los sujetos negociadores disponen de seis meses para hacer las adaptaciones, sin perjuicio de la obligación del empresario de aplicar el convenio de sector correspondiente.

Esa adaptación deberá producirse, de forma natural, en el ámbito de los convenios de empresa nacidos estando vigente el convenio del sector, porque es en ese ámbito donde se proyecta el fin de la preferencia aplicativa del convenio empresarial en materia salarial (art. 84.2 ET), pero también se podrá implementar en cualquier otro ámbito de negociación colectiva, como así viene sugiriendo la doctrina científica, en particular, a través de acuerdos y convenios pactados en virtud del art. 83.2 ET¹⁸. En tales casos, los convenios de empresa “podrán quedar sometidos o condicionados por las reglas de articulación de la estructura de la negociación colectiva establecidas en el Convenio colectivo de sector”¹⁹, pero en todo caso esas reglas no deberán permitir que la negociación colectiva en la empresa vuelva a jugar el papel desestabilizador que ha venido desempeñando devaluando las condiciones salariales de los trabajadores.

Por último, la disposición transitoria sexta incorpora un apartado segundo de no fácil intelecto. Prevé que: *“Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.”* Sin entrar en una exégesis profunda de la misma, pues no es el objeto de este comentario, diríase, a primera vista, que el legislador de urgencia lo que pretende establecer es algo parecido a la aplicación del principio de norma más favorable (art. 3.3ET). Es decir que la desaparición de la prioridad aplicativa *ex lege* del convenio empresarial en materia salarial, no sea óbice para la aplicación en su caso del convenio de empresa (*ex art. 84.2 ET*), si estableciera condiciones económicas más favorables que el convenio de sector aplicable. Intenta salvar, así, la posibilidad, más bien residual o anecdótica, de que pueda haber convenios de empresa *ex art. 84.2 ET*, que lejos de devaluar las condiciones económicas del vigente convenio de sector, establezcan condiciones salariales superiores a las del convenio de sector. Naturalmente, en tales casos no habría lugar al espiguelo normativo rechazado por la doctrina judicial (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, Málaga, de 20 de noviembre de 2019, Rec. n.º 938/2019), sino aplicación en toda su extensión del convenio de empresa, porque el trabajador dejaría de percibir los emolumentos correspondientes al convenio del sector.

¹⁸ CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET*, 2022, n.º 8, p. 4: <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2022/01/PRIORIDAD-APLICATIVA-DE-CONVENIOS-Y-REGLAS-TRANSITORIAS-1.pdf>; MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C.: “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021...”, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹ MERCADER UGUINA, J.: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 124.