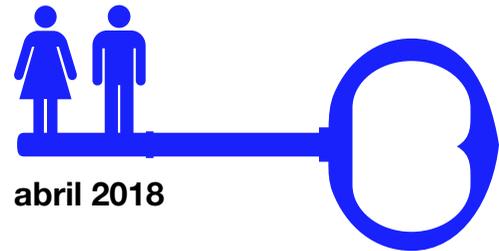




**Cuadernos de acción sindical**



# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS

Un balance crítico



**ÍNDICE**

**PRESENTACIÓN**

**CONCLUSIONES**

Edita:  
Confederación Sindical de CCOO

Difunde:  
Secretaría Confederal de Acción Sindical de CCOO

© CS de CCOO [abril 2018]

# Presentación

Las Empresas Multiservicios (EMS) son compañías cuya actividad consiste de forma genérica en prestar una pluralidad de servicios normalmente con carácter permanente a terceros, aportando el personal necesario para ello y que por lo general desarrolla sus cometidos en las instalaciones de la empresa cliente. Es decir, las empresas multiservicios no constituyen un sector de actividad, sino que son una forma de organización empresarial para la prestación de servicios a terceros.

La emergencia de este fenómeno en España se remonta a los años 90 y se explica, en buena medida, como una reacción empresarial ante la mejora legal del estatuto jurídico de las/os trabajadoras/es cedidas/os por las Empresas de Trabajo Temporal (ETT). Ello contribuyó a potenciar la configuración de estas prestaciones de servicios a través de fórmulas de externalización, más que a través del recurso a las ETT.

Desde entonces se ha registrado un creciente aumento de las EMS así como de una mayor complejidad de su realidad, coexistiendo en la actualidad un reducido número de empresas de gran tamaño y ámbito estatal con un amplio y heterogéneo conjunto de pequeñas empresas, con un ámbito geográfico de actuación más reducido y en proceso de expansión. A ello se suma además un progresivo aumento del ámbito funcional de estas empresas, de modo que la externalización de servicios se extiende a cada vez más tipos de actividades y sectores.

Un factor que ha contribuido al auge de las EMS lo constituye la falta de adecuación de la normativa a este fenómeno. Este limbo legal ha favorecido la proliferación de empresas cuya competitividad se sustenta en el abaratamiento de los precios de los servicios contratados, vía reducción de los costes laborales. Esta estrategia se ha desarrollado básicamente mediante la inaplicación del salario y otras condiciones de trabajo reguladas en los convenios colectivos sectoriales aplicables a la EMS. Unos convenios cuya delimitación -atendiendo a los principios jurídicos de especialidad funcional o unidad de empresa, según los casos- presenta, por lo demás, una cierta dificultad.

La reforma laboral de 2012 ha contribuido a agravar esta situación, al establecer la prioridad aplicativa de los convenios de empresas respecto a los convenios de ámbito superior en relación a determinadas materias.

Las EMS han aprovechado rápidamente las posibilidades brindadas por la reforma. El resultado ha sido una notable proliferación de convenios colectivos de empresas multiservicios en los últimos años, que además se caracterizan por tener un contenido muy amplio, de forma que la prioridad aplicativa se extiende -en la práctica- al conjunto de materias, en una estrategia que, en última instancia, persigue el objetivo de sustraer a estas empresas de la aplicación de los convenios colectivos sectoriales aplicables en su ámbito funcional.

No resulta extraño por tanto que el desarrollo de las empresas multiservicios y sus implicaciones en el mundo del trabajo constituyan una fuente de especial preocupación para las organizaciones sindicales, como pone de manifiesto la Declaración conjunta firmada en marzo de 2015 por las Confederaciones de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores. En la misma, se señalaba expresamente que “la proliferación en el mercado de las empresas de externalización puede suponer el debilitamiento de las condiciones de trabajo en las empresas principales, la reducción de los derechos laborales y de los salarios, a través simplemente de la creación de mercantiles a las que se les dota de un convenio colectivo propio, inferior siempre a los salarios de los convenios del sector. De esta manera, se degradan las condiciones de trabajo, y se producen situaciones de desigualdad entre los trabajadores”.

De hecho, es relevante destacar que buena parte de estos nuevos convenios -en concreto los de ámbito estatal- han sido impugnados por los sindicatos, y posteriormente declarados nulos por los tribunales, entre otras causas por factores relacionados con el incumplimiento de las reglas de legitimación establecidas por el Estatuto de los Trabajadores.

Por este motivo también se consideró de sumo interés que el Observatorio de la Negociación Colectiva de CCOO, integrado desde 2016 en la Fundación 1º de Mayo, abordara una investigación sobre las características y contenidos de los convenios de empresas multiservicios y sus efectos sobre la negociación colectiva sectorial de referencia.

La investigación titulada “*La Negociación Colectiva en las Empresas Multiservicios. Un balance crítico*”, se realizó entre 2016 y 2017 por un equipo de docentes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Cádiz, Carlos III (Madrid), Castilla La Mancha, Granada, Jaime I (Castellón), Islas Baleares, Málaga, Pablo de Olavide (Sevilla), Salamanca, Sevilla, y Valencia, incluye asimismo un capítulo sobre la problemática jurídica de las empresas multiservicios realizado por un especialista del ámbito de la judicatura, que permite contextualizar de forma general el análisis más específico de las diferentes materias reguladas por los convenios colectivos. El resultado de la investigación fue publicado en enero de 2018 por la Fundación 1º de Mayo.

El estudio tiene como base una muestra de 100 convenios colectivos de empresas multiservicios, firmados con posterioridad a la reforma laboral de 2012 y distribuidos por tamaño de empresa. La muestra se ha completado además con otra más reducida de 16 convenios sectoriales estatales cuyo ámbito funcional es el más extendido entre las empresas multiservicios.

Los resultados obtenidos en el análisis específico de las distintas materias abordadas son suficientemente esclarecedores y permiten validar la hipótesis de que la regulación a la baja o *in peius* de

las condiciones de trabajo constituyen el principal factor explicativo del crecimiento exponencial de los convenios colectivos de las empresas multiservicios tras la reforma laboral de 2012.

En el presente documento, editado por la Confederación Sindical de CCOO, se incluyen las principales conclusiones del estudio<sup>1</sup>, conclusiones que nos pueden servir, a las organizaciones de CCOO, para avanzar en el objetivo de evitar las prácticas fraudulentas en la negociación colectiva y las relaciones laborales en este tipo de empresas, garantizar salarios y condiciones de trabajo dignas y recuperar el papel de los convenios sectoriales como marco mínimo garantizado para el conjunto de las empresas que operan en su ámbito.

**Secretaría de Acción Sindical de la CS de CCOO**

---

<sup>1</sup> Las conclusiones han sido elaboradas por las coordinadoras y coordinadores de cada grupo temático.

# ÍNDICE

<b>PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS</b>		<b>7</b>
<i>Emilio Palomo Balda</i>		
<b>CONCLUSIONES GENERALES DEL EQUIPO ACADÉMICO DE INVESTIGACIÓN</b>	ÁMBITO FUNCIONAL, ESTRUCTURA Y VINCULACIÓN A LOS CONVENIOS SECTORIALES DE APLICACIÓN A CADA ACTIVIDAD; LEGITIMIDAD DE LAS PARTES NEGOCIADORAS	<b>24</b>
	<i>Amparo Esteve Segarra (coordinadora); Vanessa Cordero Gordillo; Francisca Fuentes Rodríguez; Pablo Gimeno Díaz de Atauri; Patricia Nieto Rojas</i>	
	VIGENCIA Y DURACIÓN DE LOS CONVENIOS DE EMPRESAS MULTISERVICIOS	<b>28</b>
	<i>Carlos L. Alfonso Mellado (coordinador); María Belén Cardona Rubert; Gemma Fabregat Monfort</i>	
	RETRIBUCIONES: SALARIOS; COMPLEMENTOS; CLÁUSULA DE GARANTÍA; REGULACIÓN DE LA INAPLICACIÓN; PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA; MEJORAS SOCIALES	<b>30</b>
	<i>Juan Bautista Vivero Serrano (coordinador); David Lantarón Barquín; Joaquín Pérez Rey; Rosa Morato García; Adrián Todoli Signes</i>	
	EL TRATAMIENTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EMPRESAS MULTISERVICIOS: UN ENFOQUE CUANTITATIVO Y CUALITATIVO EN SU ORDENACIÓN	<b>33</b>
	<i>Amparo Merino Segovia (coordinadora); Óscar Contreras Hernández; M<sup>a</sup> Luisa de la Flor Fernández; Patricia Espejo Megias; Francisco José Trillo Parrága</i>	
	CLASIFICACIÓN Y CUALIFICACIÓN PROFESIONAL; MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA	<b>35</b>
	<i>Miguel Ángel Almendros González (coordinador); José L. Monereo Pérez (coordinador); Belén López Insúa; Natalia Tomás Jiménez; Arantzazu Vicente Palacio</i>	
EMPLEO, CONTRATACIÓN, REGULACIÓN DE LA SUBROGACIÓN Y CESIÓN DE TRABAJADORES; PERÍODO DE PRUEBA; EXTINCIÓN DE CONTRATOS	<b>39</b>	
<i>Ana Belén Muñoz Ruiz (coordinadora); Antonio Álvarez del Cubillo; Cristina Aragón Gómez; Amanda Moreno Solana; Daniel Pérez del Prado; Wilfredo Sanguinetti Raymond</i>		
REGULACIÓN DE DERECHOS SINDICALES, COMISIÓN PARITARIA Y SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS; PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES; RÉGIMEN DISCIPLINARIO	<b>43</b>	
<i>Jesús Cruz Villalón (coordinador); Juan Carlos Álvarez Cortes; Rafael Gómez Gordillo; María Luisa Martín Hernández; María Sepúlveda Gómez</i>		

# EL ESTATUS LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS Y LA PROBLEMÁTICA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL DE REFERENCIA

## Introducción

A pesar de los más de veinte años transcurridos desde su afloramiento, la cuestión enunciada sigue sin tener una respuesta legislativa, convencional colectiva o jurisprudencial clara y definitiva, generando un estado de incertidumbre que tiene un profundo impacto negativo sobre la estabilidad en el empleo y las condiciones de trabajo del personal contratado por las empresas de servicios múltiples. Por ello, y aunque el objeto específico del trabajo de investigación del Observatorio es la negociación colectiva a escala empresa, su consideración y análisis resultan obligados, al constituir un elemento clave para comprender y tratar de dar respuesta a la singular problemática que en el momento actual sigue afectando a este tipo de empresas y a sus trabajadores.

Además, no hay que olvidar que es en el ámbito de la negociación colectiva donde se ubican las particularidades más destacadas y relevantes de las EMS, que las singularizan frente a las empresas especializadas en el desarrollo de una única actividad en favor de terceros, con la que comparten otros problemas básicos inherentes al trabajo en régimen de subcontratación, aun cuando se presenten de forma más acusada, como p.ej., los surgidos en materia de contratación temporal y a tiempo parcial abusiva o fraudulenta y en relación al fenómeno de la cesión de mano de obra; los problema específicos que se plantean desde la perspectiva de género; la insuficiente prevención de los riesgos laborales; la falta de promoción profesional; las responsabilidades de la empresa cliente; el mantenimiento del empleo y el respeto de las condiciones laborales tras la finalización de la contrata; la fijación de la unidad electoral para la elección de los órganos de representación unitaria, y las dificultades en el ejercicio efectivo de la acción sindical en la empresa.

Es también en el terreno de la negociación colectiva donde se encuentra la principal funcionalidad distintiva, aunque no sea la única, que ha permitido a las EMS conseguir una posición de ventaja respecto de las empresas de servicios tradicionales y experimentar un crecimiento muy notable, tanto en número como en cifra de negocio, en el período transcurrido desde la última reforma legal de la negociación colectiva llevada a cabo en el año 2012.

Por otra parte, la cuestión que se va a abordar es una de las de mayor calado y relevancia para empresarios y trabajadores, generando un alto nivel de litigiosidad. Es en ella donde se halla uno de los nudos gordianos que debe ser desatados para garantizar la estabilidad en el empleo, un salario suficiente y unas condiciones laborales dignas al personal de las EMS, y dejar atrás una grave y prolongada situación de precariedad y desigualdad de amplio espectro subjetivo, inédita en el panorama laboral español, haciendo frente a sus causas.

En un intento de expresar gráficamente la marcada trascendencia del asunto, cabe afirmar que determinadas EMS no aplican a la totalidad o a parte de los trabajadores que integran su plantilla ningún convenio colectivo y los sujetan a la legislación laboral básica, mientras que otras los someten a un convenio sectorial distinto del que procedería en Derecho, y, finalmente, algunas, les imponen un convenio colectivo propio, de “mínimos”, con una retribución y unas condiciones similares a las del ET, con indebida postergación, en la totalidad de las materias, de lo dispuesto en el convenio sectorial correspondiente a la actividad que realizan o a la preponderante de la empresa. Sin desconocer que esta descripción no se compadece con la realidad de otras EMS, que no responde a ese patrón, es la que mejor refleja el panorama existente y la que justifica la elección del tema descrito.

Ciertamente, el grado de incidencia de la cuestión no es el mismo en todos los casos, pues depende de que la EMS cuente o no con un “auténtico” convenio colectivo propio a nivel de empresa y, de ser así, de las circunstancias en las que se haya concertado, relacionadas con la vigencia de los convenios colectivos sectoriales que regulen la actividad principal o las diferentes actividades que lleva a cabo, así como de las vicisitudes posteriores.

Atendiendo a ese diferente alcance, la expresión utilizada en la rúbrica de este trabajo pretende poner de manifiesto que un convenio colectivo sectorial, más allá de su aplicación directa y completa a las EMS que carecen del mencionado producto de la autonomía colectiva, puede y debe servir de referencia, a determinados efectos, a las EMS regidas por un convenio que pueda calificarse en puridad como “de empresa”, más allá de la denominación dada por las partes firmantes, y que, por ende, el interrogante planteado no adquiere sentido únicamente respecto de las EMS sin convenio propio, sino que afecta también a aquellas en las que se ha conformado una verdadera unidad de negociación a nivel de empresa. Y ello con la voluntad que adelantamos, de salir al paso de concepciones que atribuyen al convenio de empresa una eficacia reguladora plena y absoluta, excluyente de cualquier influencia de la regulación sectorial.

A modo de apunte adicional es de advertir que la cuestión ha adquirido especial importancia tras la publicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/23/UE, cuya entrada en vigor, en la materia que aquí interesa, se producirá el 9 de marzo de 2018. Y ello, debido fundamentalmente a la nueva exigencia a la que quedan sometidas las empresas que concurren a las licitaciones públicas. Aunque su análisis detallado excede de los márgenes de este estudio, cabe hacer especial hincapié en el contenido de los arts. 122.2, 149.4 y 202.2. El primero de estos pre-

ceptos establece que *“en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán (...) la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”*, mientras que el segundo previene que *“en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque (...) no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes (...)”*, y el tercero incluye, entre las condiciones especiales de tipo social que pueden fijar los órganos de contratación en relación con la ejecución del contrato, las que tengan por finalidad *“garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”*.

De los preceptos reseñados se desprende lo siguiente: 1º) las empresas concursantes deben comprometerse expresamente a respetar al personal destinado a la realización de la contrata las “condiciones salariales” - todas sin excepción - reconocidas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, aunque cuenten con un convenio colectivo propio en el que se hayan fijado salarios inferiores a los del convenio sectorial. Se pretende evitar así que la externalización sea un medio de reducir costes a costa de la degradación de las condiciones retributivas de los trabajadores, como viene sucediendo en la práctica tras la reforma introducida en el art. 84.2 ET primero por el RDL 7/2011, de 11 de junio, y después por el RDL 3/12, de 10 de febrero de donde pasó a la Ley 3/2012, de 6 de julio. 2º) Los órganos de contratación deben rechazar las ofertas anormalmente bajas por incumplir lo estipulado en los convenios colectivos sectoriales vigentes, previsión que, a la vista del mandato anterior, debe entenderse referida a otras materias distintas de la salarial. 3º) Se habilita a los órganos de contratación para establecer como condición en la ejecución del contrato la garantía de cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables.

A la vista de este nuevo contexto normativo, cuyo potencial “efecto arrastre” sobre el sector privado no cabe descartar, no son precisos grandes ni complejos esfuerzos argumentales para comprender que la situación de indeterminación sobre el convenio colectivo sectorial aplicable a las EMS puede constituir una vía para que esta clase de empresas eluda la nueva regulación, o minore sus consecuencias favorables para los trabajadores, máxime si se tiene en cuenta que tal ordenación abre varios interrogantes de gran calado, comenzando por el de saber si en el caso de que quien presente la oferta sea una EMS el convenio o convenios colectivos sectoriales que deben servir de referencia para cumplir el deber impuesto por el art. 122.2 Ley de Contratos del Sector Público, son los correspondientes a la actividad o a las diferentes actividades desarrolladas en el marco de la licitación sacada a concurso público, o a la actividad preponderante que la EMS en su globalidad desempeña.

Sirvan las anteriores consideraciones para intentar evidenciar que el problema sumamente complejo al que introducen no es en modo alguno ajeno al tema en el que se centra la investigación del Observatorio, sino que ambos están mutua y estrechamente interrelacionados tanto si se parte de una perspectiva general como si se introduce la variable de la negociación colectiva sectorial en los términos a los que posteriormente se alude.

## Reflexiones finales

**La difícil solución del trascendental problema de la determinación del convenio colectivo de referencia en las EMS y la urgente necesidad de darle una respuesta clara mediante nuevas fórmulas**

Nuestro ordenamiento jurídico carece de una regla legal, sea expresa o implícita, para dar solución al problema que se plantea cuando una empresa desarrolla dos o más actividades económicas que, en su consideración aislada, pueden incardinarse en el ámbito funcional y territorial de diferentes convenios colectivos sectoriales. Esta laguna ha sido colmada por una jurisprudencia consolidada que ha optado por el criterio de la actividad principal que realiza la empresa de las varias que efectivamente desempeña como determinante de la norma sectorial aplicable, de forma que será la norma convencional por la que se rija la actividad preponderante la que habrá de presidir las relaciones con todos sus trabajadores, con independencia de la concreta actividad a la que estén destinados y de que la misma encuentre encaje en el campo de aplicación de otro convenio colectivo sectorial.

Cierto es que el propio Tribunal Supremo ha matizado su doctrina para permitir que en supuestos en los que concurren determinadas circunstancias - que no identifica - en una empresa coexistan dos o más regulaciones pactadas atendida la inclusión de las diversas actividades realizadas en distintos ámbitos funcionales (STS 9.12.15, Rec. 135/14), y que en algunos pronunciamientos dejó la puerta abierta a la aplicación del convenio sectorial llamado a regular la actividad concreta desempeñada por cada uno de los trabajadores si bien con la específica finalidad de evitar vacíos de regulación (STS 7-10-04, Rec. 2182/02 y 1-6-05, Rec. 2474/04).

Sin embargo, ese mismo órgano jurisdiccional no ha apreciado circunstancias dotadas de esa virtualidad, que ni siquiera ha investigado ni ponderado, en el único caso en que se ha enfrentado directamente al dilema esbozado en el marco de un proceso seguido contra una EMS. En efecto, la STS 17-3-15 (Rec. 1464/14), ha procedido a una mera transposición mecánica del criterio de la actividad preponderante de la empresa al campo de juego de las EMS en términos de generalidad absoluta, excluyente de cualquier matiz, sin tener en cuenta no sólo los rasgos distintivos que concurren en este tipo de negocio, sino las diferentes situaciones que pueden presentarse en la práctica en función de que la actividad desarrollada por los trabajadores de la EMS en el marco de una concreta contrata tenga o no cobertura convencional sectorial.

El carácter único de la sentencia, no obstante haber sido dictada en casación unificadora, y la falta de referencia expresa en su texto a otros supuestos distintos del analizado, en el que se trataba de dar solución a una singular situación de vacío de regulación convencional, impide tener por zanjada definitivamente la controversia, máxime si se tiene en cuenta el

dato notorio de que muchas EMS siguen sin sujetarse a esa doctrina y el hecho constatado de que varios convenios sectoriales tampoco se tienen a sus dictados. Lo anterior, junto a la necesidad de contextualizar la actual orientación jurisprudencial, explica la atención que ha merecido el criterio de especialidad. Y ello, a pesar del alcance general que las Salas de suplicación han atribuido a la pauta establecida por su superior jerárquico.

Partiendo de la premisa fundamental de que el interrogante planteado está lejos de haber obtenido una respuesta global y satisfactoria, no sólo en sede jurisdiccional sino también por el cauce de la negociación colectiva sectorial que, como hemos tenido ocasión de ver, no arbitra una solución unívoca, clara y desprovista de dudas de validez, y a la espera de un eventual Acuerdo Interprofesional o de otro tipo en la materia que, según se ha argumentado, sería la fórmula más idónea y eficaz para despejar la incógnita, diferenciando las diversas situaciones y criterios a aplicar, llega ahora el momento de preguntarse si es posible conjugar de alguna forma los dos criterios realmente en liza - el de especialidad y el de la actividad principal - en términos que procuren seguridad jurídica y no comprometan la necesaria coherencia.

En esta tesitura es necesario señalar que las reflexiones que siguen giran exclusivamente en torno al problema de la determinación del convenio colectivo aplicable, quedando fuera la cuestión relativa a la extensión, vía negociación colectiva, de las condiciones establecidas en un convenio colectivo sectorial a los trabajadores que prestan servicios en régimen de subcontratación, que se aborda más adelante. Procede también aclarar que la aproximación al tema acotado se hace desde una perspectiva genérica sin tener en cuenta las aportaciones de la negociación colectiva que, de existir, son de preceptiva y preferente consideración, aun cuando los tribunales de suplicación no siempre lo entiendan así y las combinen indiferenciadamente y sin sujeción a jerarquía con la pauta jurisprudencial establecida por la tantas veces citada STS 17-3-15.

El hecho de que nos planteemos la referida cuestión, a la que asignamos una gran relevancia, descansa en la conclusión de que ninguno de los dos criterios confrontados ofrece una solución integral y adaptada a las diversas situaciones que se producen en las EMS. Hemos comprobado que el principio de especialidad no resuelve la situación de los trabajadores que llevan a cabo una labor carente de cobertura convencional sectorial en el ámbito geográfico correspondiente, lo que conlleva un tratamiento diferencial adverso en materia de subrogación. Además ese criterio adolece de una quiebra lógica cuando se aplica a contratos en las que las diferentes actividades se desenvuelven sin autonomía organizativa y funcional o los trabajadores las realizan de manera indistinta. Por lo demás, esa regla provoca diferencias de tratamiento entre los trabajadores de las EMS, que quedan sometidos a distintas condiciones laborales según el tipo de servicio prestado y el ámbito territorial donde su empleadora desarrolla su negocio.

Por su parte, el criterio de la actividad principal presenta aún mayores inconvenientes y dificultades de aplicación, entre los que de forma sintética cabe destacar los siguientes:

1º) no se adecua al supuesto en que en el ámbito de una contrata la EMS desarrolla una única actividad con organización propia, y tampoco a aquél en que llevando a cabo diferentes actividades cada una cuenta con una estructura operativa diferenciada; 2º) el dilema de tomar una decisión acerca de la unidad de referencia apropiada para fijar la actividad prevalente (la empresa o la contrata) y, en la primera hipótesis, del ámbito geográfico a considerar a tal fin (la provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado); 3º) la dificultad de verificar en ciertos casos cuál es la actividad preponderante y los efectos nocivos que derivan de la imposibilidad de hacerlo; 4º) la conflictividad que pueden originar los cambios en la actividad principal desarrollada por la empresa; 5º) la incidencia negativa en la libre competencia en el mercado, en la medida en que las EMS cuya actividad principal esté comprendida en el ámbito de un convenio colectivo sectorial que contenga condiciones menos favorables para los trabajadores pueden presentar ofertas más ventajosas para cubrir las necesidades de la empresa cliente respecto de otro tipo de servicios; 6º) la dificultad de aplicar la regulación sectorial de las condiciones laborales pensada para una determinada actividad, como p ej. la de limpieza, a otra muy diferente, como p ej. la de telemarketing.

A la vista del complejo panorama que acabamos de resumir, y partiendo, sin descartar la posible revisión o matización de su alcance, de la opción jurisprudencial por la aplicación, con carácter general, del criterio de la actividad principal, pero admitiendo, como hace el propio Tribunal Supremo, la posibilidad de recurrir el criterio de especialidad en el caso de que concurren circunstancias singulares que lo justifiquen, podrían merecer en todo caso tal consideración las circunstancias que pasamos a exponer, sin que ello suponga excluir otras posibles, y sin perjuicio de lo que se acuerde por la vía de la negociación colectiva.

- 1ª) Gestión de un único servicio en el ámbito de una contrata cuando dicha actividad encuentre acomodo en el ámbito de un convenio colectivo sectorial.
- 2ª) Gestión de varios servicios dotados de organización propia en el ámbito de una contrata cuando todos ellos tienen encaje en el ámbito de los convenios colectivos sectoriales por los que se rigen esas actividades.

Forzoso es reconocer que esta solución, u otras similares, tropiezan con una seria objeción consistente en que su adopción podría dar lugar a que en la misma EMS se aplicasen dos criterios diferentes para la determinación del convenio colectivo sectorial rector de las relaciones laborales, en función de las características de las contratas, lo que en principio no parece aceptable, salvo que se entienda que la excepcionalidad de la situación de las EMS aconseja adoptar decisiones que integren ambos criterios como única forma de dar una respuesta adecuada al problema.

Otra posible opción interpretativa sería la de entender, en los supuestos reseñados, o en otros que se puedan presentar en la práctica, que todas las actividades realizadas por la EMS tienen carácter principal, pero esta idea es reconducible a la que inspira el criterio de especialidad y su aplicación encuentra similares dificultades.

Valgan las anteriores disquisiciones, aunque puedan parecer superfluas por especulativas, u otras proposiciones que puedan formularse con mayor o menor fundamento, para sustentar la afirmación de que la solución a la cuestión que nos ocupa, a pesar de su vital importancia, difícilmente la van a dar los tribunales laborales y menos aún desde un enfoque de conjunto y con vocación de generalidad, y con la rapidez exigible, como lo confirma que desde la decisiva STS 17-3-15 hayan pasado casi tres años, sin que el órgano que ocupa la cúspide de la jurisdicción social se haya vuelto a pronunciar al respecto. Tampoco es previsible que la salida la facilite el legislador.

Se trata, por consiguiente, de una tarea que corresponde abordar a los agentes sociales mediante iniciativas susceptibles de ser desarrolladas en los diferentes niveles negociales previa elaboración de las correspondientes propuestas atendidas las diferentes realidades a regular, no condicionadas ya por la elección de uno u otro criterio. A la expectativa de los resultados que se puedan lograr por ese cauce, no resulta fácil articular respuestas universales, claras y coherentes, sin perjuicio de seguir avanzando en el conocimiento de la compleja realidad laboral de los trabajadores de las EMS y en la búsqueda de soluciones, aunque sean parciales, a los problemas a los que se enfrentan.

## **1. Sobre las cláusulas en materia de subcontratación en la negociación colectiva sectorial**

### ***Función, fundamento y límites***

La introducción de este tipo de cláusulas en los convenios colectivos sectoriales puede cumplir diferentes funciones; en primer lugar, puede ser un instrumento adecuado para resolver el problema de la determinación del convenio colectivo aplicable al personal de las EMS; en segundo término, y con independencia de lo anterior, puede procurarles unas condiciones de trabajo dignas, equiparables a las fijadas para el resto de los trabajadores del sector de actividad en el que se insertan los servicios que prestan; por último, y en esa misma perspectiva, puede ser la llave que haga saltar la barrera que supone el art. 84.2 ET. Por otra parte, y en conexión con lo anterior constituye un dispositivo que desincentiva la externalización, y en particular el recurso a EMS, ya que puede cerrar la puerta a la posible aplicación, en ese ámbito, de convenios colectivos de empresa con condiciones más gravosas para los trabajadores.

Su establecimiento encuentra fundamento general de un lado en el amplio margen de negociación de que gozan las partes negociadoras a la hora de conformar el ámbito de aplicación del convenio en sus diferentes vertientes (funcional, geográfica, personal y temporal), como dispone el art. 83.1 ET en términos que encuentran respaldo en los derechos constitucionales de libertad sindical y a la negociación colectiva (TS 11-11-10, Rec. 235/09), y se revelan incompatibles con injerencias extrañas en la delimitación de la unidad de negociación (STC 17/86), y de otro, en la libertad de estipulación recogida en el art. 85.1 ET, que forma parte del derecho a la negociación colectiva, entendida esa libertad “como facultad de las partes

de seleccionar las materias y contenidos a negociar” (STC 119/14). El fundamento específico reside en el párrafo 2º del art. 83.2 ET que admite la posibilidad de que en los convenios colectivos sectoriales se incluyan cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva y se fijen, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

No obstante, la libertad de configuración del ámbito del convenio y de ordenación de sus contenidos atribuida a los sujetos colectivos no puede ser entendida en forma absoluta e incondicionada<sup>1</sup> estando sujeta a ciertos límites que es necesario conocer para no incurrir en extralimitaciones que vicien de nulidad lo acordado. Entre ellos interesa destacar aquí los impuestos por las normas legales que disciplinan la negociación colectiva estatutaria, dada la regla general de subordinación del convenio colectivo a la ley (arts. 3.3 y 85.1 ET), y, en particular, los que dimanar de las previsiones sobre legitimación de las partes negociadoras (art. 87 ET), en tanto que la capacidad de regulación está en función de la representatividad de los sujetos colectivos. Si bajando un escalón más hasta el nivel de detalle que interesa a nuestro estudio fijamos la atención en la unidad de negociación colectiva sectorial en su dimensión funcional, nos encontramos con una jurisprudencia reiterada indicativa de que la fijación del campo de aplicación funcional del convenio debe responder a criterios objetivos y razonables y guardar la obligada correspondencia con los niveles de representatividad exigidos<sup>2</sup>.

Es precisamente el desbordamiento de esos límites por la autonomía colectiva, el que ha llevado en ocasiones a los tribunales a declarar la ilicitud de determinadas cláusulas convencionales en materia de subcontratación y el que genera resistencia y oposición de ciertas EMS a su aplicación, lo que obliga a profundizar en la configuración y contenido de las referidas estipulaciones en aras a identificar el modelo que por una parte permite salvaguardar mejor tales límites, eliminando cualquier duda acerca de su validez, y por otra, garantiza de la manera más adecuada y eficaz los derechos de los trabajadores subcontratados.

Junto a los límites señalados existen otros que tienen que ver con la consagración, en el art. 84.2 ET, en términos imperativos, de la regla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa sobre los de ámbito superior en determinados aspectos básicos de su habitual contenido. Aunque el análisis de esta cuestión, que en el ámbito de las EMS adquiere decisiva relevancia, es una tarea que queda fuera de este trabajo, es un factor de obligada consideración en la búsqueda del referido modelo.

---

**1** (TC 52/87 y 136/87; STS 20-9-93, Rec. 2724/91; 17-7-02, Rec. 171/01; 9-10-03, Rec. 103/02; 28-10-03, Rec. 113/02; 20-6-06, Rec. 189/04; STS 14-3-07, Rec 158/05); 6-10-08, Rec. 10/07; 21-5-09, Rec. 2914/08; 24-2-11, Rec. 1764/10; 26-1-12, Rec. 185/10; 13-6-12 (Rec. 1337/11; y 9-12-15, Rec. 135/14).

**2** (STS 19-12-95, Rec. 34/95; 2-12-96, Rec. 1149/96; 18-12-02, Rec. 154/01; 8-6-05, Rec. 100/04; 3-5-06, Rec. 104/04; 11-11-10, Rec. 235/09; 21-12-10, Rec. 208/09).

## **2. Configuración y contenido de las cláusulas en materia de subcontratación en la negociación colectiva**

En este apartado se exponen las razones que justifican de un lado el posicionamiento a favor de la alternativa extensiva en detrimento de la inclusiva, salvo en determinados sectores de actividad, y de otro, la opción por determinados contenidos.

### **(A) Problemas de validez de las cláusulas inclusivas**

En el Capítulo anterior hemos tenido la oportunidad de comprobar que los convenios del sector de limpieza se inclinan por formulaciones inclusivas mientras que los del sector de hostelería lo hacen mayoritariamente por otras de carácter extensivo. Ello responde a la distinta situación de base, pues en el primero la función de los convenios colectivos de rama es regular las relaciones laborales en las empresas que se dedican total o parcialmente a prestar ese servicio a terceros, lo que permite incluir en su ámbito funcional a cuantas empresas realizan esa actividad sin violentar las reglas de legitimación. Frente a ello el papel que cumple la negociación colectiva sectorial en la rama de la hostelería es el de ordenar las relaciones laborales en las empresas consagradas a la explotación de los establecimientos de esa clase, y no a las ocupadas en la prestación de servicios de esa índole a terceras empresas, a excepción básicamente de las dedicadas a la restauración de colectividades.

Dejando al margen los problemas que suscita la opción plasmada en los convenios colectivos de limpieza, a los que ya se ha hecho referencia, interesa centrarnos ahora en las dudas de validez que genera la técnica inclusiva utilizando como botón de muestra la regulación contenida en los convenios del sector de hostelería. Al respecto a la hora de valorar la licitud y eficacia de la cláusula del art. 1 del convenio de Las Palmas de Gran Canaria, por el que se declara afectante a *“todas aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este Convenio Colectivo”*, son tres las objeciones principales que se suscitan: 1ª su ineficacia frente a las empresas contratistas, al tratarse de terceros que pertenecen a otro sector económico y no están representados por las organizaciones patronales que, junto a los Sindicatos, pactaron su inclusión; 2ª) de no entenderse así, la existencia de una concurrencia conflictiva entre normas convencionales sectoriales; 3ª) en todo caso la que dimana de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de la empresa contratista.

I.- La primera objeción fue refutada por la STSJ Las Palmas 6-11-13 (Rec. 780/13) en el marco de un proceso de despido promovido por una trabajadora contratada por una empresa de limpieza para desempeñar funciones de esa naturaleza en las zonas comunes de un Hotel, en el que la trabajadora sostuvo que el salario al que tenía derecho era el previsto en el Convenio de Hostelería para la categoría de limpiadora, con las consecuencias

inherentes. Es importante señalar para tomar conciencia de la trascendencia del asunto que la retribución total de la actora conforme al convenio aplicado por su empleadora era de 1.069,02 euros mensuales, mientras que la resultante del convenio reclamado ascendía a 1.476,92 euros, un 27,62 % más.<sup>3</sup>

Para justificar el rechazo de la alegación efectuada por la empresa contratista en contra de la validez de la prescripción que le perjudicaba, el Tribunal explica que el convenio no incluye *“sin más en el ámbito funcional del mismo a determinadas empresas, que a partir de ese momento forman parte de ese ámbito funcional, sin que puedan pertenecer a otro (...), sino que establece que aquellas empresas ajenas al sector, que realicen uno o varios servicios (...) en los establecimientos o empresas del sector de la hostelería del propio Convenio Colectivo, aplicarán, sólo durante el período de prestación de los servicios, las condiciones generales del mismo, y, en particular, las tablas salariales”*. La Sala argumenta que de esa forma el legislador convencional viene a *“regular la prestación dentro de su propio ámbito, estableciendo una regla, análoga a la que contempla la Ley reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, para las empresas de servicios (...) para evitar que trabajando en la misma actividad y haciendo lo mismo, haya en la empresa trabajadores con retribuciones diferentes (...) ello implica no que las empresas de servicios entren en el ámbito funcional de la actividad de hostelería, sino que perteneciendo ellas a un ámbito funcional distinto, si prestan servicios en régimen de contrata deberán retribuir a sus trabajadores que temporalmente presten servicios en aquellas empresas de hostelería, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de dicho sector de actividad”*.

II.- El segundo reparo que se puede oponer a la licitud de la cláusula analizada lo reporta la prohibición de concurrencia de convenios colectivos establecida en el art. 84.1 ET. Esta situación se presenta con claridad en el caso enjuiciado por la sentencia mencionada en el que la empresa demandada, especializada en trabajos de limpieza, mantuvo que la estipulación controvertida colisionaba con la delimitación que de su ámbito funcional efectúa el art. 1 convenio provincial de limpieza de edificios y locales de Las Palmas (BO-PLP 15-11-13) al incluir a las empresas dedicadas a esa actividad. Saliendo al paso de ese alegato la Sala de las Palmas, en la referida resolución, citando otra anterior, señala que el precepto en cuestión trata de buscar *“una solución al conflicto de la determinación de la*

---

**3** La doctrina sentada por dicha sentencia fue aplicada por la propia Sala en las sentencias de 27-10-14 (Rec. 1117/13) y 29-1-15 (Rec. 621/14) en procedimientos promovidos por personal de limpieza y personal de jardinería empleado en una Hotel frente a empresas especializadas en la prestación de esa clase servicios, así como en las de 29 de septiembre de 2015 (Rec. 638/15) en litigio instado por un operario de limpieza con discapacidad que prestaba servicios en un Hotel contra un Centro Especial de Empleo que operaba como una EMS y le aplicaba el convenio colectivo de Centros y servicios de asistencia a personas con discapacidad, y 18-10-16 (Rec. 757/16). En este último supuesto la demanda la interpuso un Sindicato en nombre del personal dedicado a la limpieza de las zonas comunes y las habitaciones de un Hotel, la empleadora era una EMS con convenio colectivo propio anulado judicialmente, pero la sentencia se limita a reiterar el criterio previo sin hacer mención a las características de la demandada - a las que ni al convenio de empresa.

*regulación convencional aplicable a los supuestos de externalización, que no parece pueda ser adecuadamente resuelta desde la perspectiva del art. 81.4 ET (sic) que parece regular los problemas derivados de la existencia de dos o más convenios colectivos que, desde un distinto ámbito de aplicación territorial, regulan una misma actividad, pero no aquellas otras en que pueden concurrir no ya una sino distintos Convenios Colectivos: uno para la empresa propietaria del centro, otro para la concreta actividad global que se desarrolla en el mismo, otros posibles del sector, para cada una de las diversas actividades externalizadas por la empresa principal y aún es posible otro propio de cada una de las empresas de servicio que han conseguido una contrata en la empresa principal”.*

III.- El tercer reproche apunta a la prioridad aplicativa parcial de los convenios colectivos de las empresas contratistas impuesta por el art. 84.2 ET. En este punto la Sala canaria entiende que entre las virtualidades que posee el precepto convencional objeto de análisis figura la de que frente a las condiciones retributivas fijadas en el convenio colectivo sectorial no pueden prevalecer las pactadas “in peius” en un convenio colectivo de empresa<sup>4</sup>. No obstante el Tribunal no desarrollo un razonamiento específico al respecto, limitándose a reiterar las consideraciones generales realizadas en resoluciones precedentes en torno a la validez de la cláusula.

A priori, los argumentos esgrimidos por la Sala de Las Palmas para solventar los puntos débiles que ofrece la fórmula convencional analizada no resultan muy convincentes.

I.- En lo que concierne al primer aspecto, porque frente a lo que afirma en la sentencia inicial, el art. 1 del Convenio de Las Palmas no se limita a extender las condiciones pactadas al personal que trabaja en los negocios de hostelería en régimen de subcontratación, sino que en párrafo 2 utiliza la expresión “igualmente afecta”, que interpretada en relación con el párrafo precedente evidencia que las empresas a las que se refiere quedan incluidas en el ámbito funcional de aplicación del convenio en tanto desarrollen su actividad en un establecimiento de hostelería. Además, y en conexión con lo anterior, el precepto no se limita a establecer la paridad retributiva, sino que obliga a las contratistas a aplicar a su personal todas las condiciones generales contenidas en el convenio

A la luz de lo dicho el problema que se plantea consiste en determinar si la previsión convencional en cuestión excede de la capacidad regulatoria de los sujetos colectivos que la introdujeron, procediendo a una anexión forzada a su ámbito de empresas pertenecientes a ramas de actividad ajena a la hostelería, respecto de las cuales las partes negociadoras carecen de representatividad. Pues bien, en lo que se refiere a las EMS, la tesis favorable a la validez de la cláusula podría encontrar respaldo en dos razones. Una tiene que ver con la idea de que en el ámbito de las relaciones laborales individuales y colectivas, la gestión

---

<sup>4</sup> (STSJ Las Palmas 10-3-17, Rec. 1138/16; 20-3-17, Rec. 1136/16 y 21-3-17, Rec- 3/17 y 13-6-17, Rec. 558/17, referidas todas a ellas a convenios colectivos suscritos por EMS).

de servicios integrales no constituye una rama de actividad económica independiente, diferenciada de los diversos sectores en los que encuentran encaje los distintos servicios que dispensan a sus clientes. La otra radica en la consideración de que en la medida en que una empresa de hostelería decide no realizar por sí misma una determinada actividad que forma parte de su núcleo de negocio, sino a través de una empresa dedicada a facilitar, entre otros, el servicio o servicios tercerizados, la misma, en ese marco y en cuanto prestadora de esos servicios, puede encontrar acomodo en el campo de aplicación del convenio.

No obstante, el anterior planteamiento choca con el obstáculo que representa el hecho de que la realización de esos servicios no transforma la EMS en una empresa dedicada a la explotación de industrias de hostelería, actividad a la que no se dedica ni forma parte de su objeto, por más que preste servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa comitente, al igual que la prestación de servicios de limpieza en una sucursal bancaria no convierte a una EMS en una entidad financiera, aunque en ese caso la limpieza no sea una actividad inherente al negocio bancario. Siguiendo con el símil, cabe resaltar que la actividad de limpieza de edificios y locales conforma una verdadera rama de negocio dotada de regulación convencional sectorial propia, de la que carecen los servicios de outsourcing en el sector de la hostelería, lo que no constituye motivo suficiente para incluir a las EMS en el ámbito funcional del convenio de ese sector.

Frente a lo hasta aquí expuesto puede argumentarse con fundamento que la Sala canaria, en su labor hermenéutica, no se limitó a la simple literalidad del texto del precepto, sino que yendo más allá de las expresiones utilizadas en el mismo de manera un tanto discordante, profundizó en la interpretación sistemática e intencional, llegando a la conclusión de que lo que el art. 1 viene a establecer es que en el caso de que empresas pertenecientes a otro sector presten servicios característicos del negocio de hostelería en establecimientos del ramo en régimen de contrata, los trabajadores destinados a su ejecución deberán gozar de las condiciones laborales contempladas en la norma convencional que regula ese tipo de actividad, sin perjuicio de cual fuere el convenio colectivo que les fuese aplicable en su conjunto. En definitiva, que la verdadera voluntad de las partes fue evitar que la realización de una misma clase de trabajo en el mismo centro quede sujeta a condiciones diferentes en función de que se haya externalizado o no el correspondiente servicio. Esta exégesis encontraría además apoyo en los actos posteriores de los sujetos colectivos que, siendo conocedores de la llevada a cabo en sede judicial, decidieron mantener la redacción del precepto en el posterior convenio.

Ahora bien, esta solución, que se revela plausible, y llevaría a entender que en realidad la naturaleza de la disposición controvertida es la propia de una estipulación inclusiva no elimina el problema de validez, sino que lo reconduce al que originan las cláusulas extensivas que se limitan a imponer obligaciones a las empresas contratistas, en el que más adelante nos detendremos.

**II.-** En lo que atañe al segundo punto de fricción, las consideraciones vertidas por la Sala de las Palmas no desvirtúan el hecho de que la estipulación a estudio genera una situación en la que convenios colectivos provenientes de diferentes unidades de negocia-

ción pueden coincidir en su ámbito de aplicación respecto de la actividad desarrollada por un mismo colectivo de trabajadores- en el supuesto al que se enfrenta la primera sentencia citada, el personal de limpieza que desarrolla su actividad en los hoteles situados en el mismo espacio geográfico -, dando lugar a una posible concurrencia funcional. En el caso de las EMS esta situación podría darse si se optase por el convenio colectivo de la actividad principal, y la misma no fuese la hostelería.

III.- Sobre el tercer aspecto polémico, referido a la prioridad aplicativa parcial de la regulación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo de empresa respecto del convenio colectivo sectorial, la Sala canaria no aporta ningún argumento específico. Se trata de una cuestión que no es posible obviar máxime si se tiene en cuenta la proliferación de convenios colectivos de ese nivel en el ámbito de las EMS, si bien aplazamos su análisis con la intención de ofrecer una visión más general. Advertiremos aquí solamente sobre la tacha de ineficacia, siquiera parcial respecto de determinadas materias que el convenio de empresa regule en forma más gravosa para los trabajadores de la EMS que el sectorial, arroja la contravención de lo dispuesto en el último párrafo del art. 84.2 ET que, al regular la preferencia del convenio de empresa, siempre lógicamente que el invocado tenga esa naturaleza y no sea un mero convenio de centro de trabajo (STS 22-9-16, Rec. 248/15; y 9-5-17, Rec. 115/16), establece taxativamente que “*Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado*”.

#### **(B) Problemas de validez de las cláusulas extensivas que se limitan a imponer obligaciones a las empresas contratistas**

Los problemas son los mismos que se plantean en relación a las cláusulas inclusivas. Ejemplo del primero de ellos lo constituyen los pronunciamientos judiciales referidos a la estipulación contenida en el art. 1 del convenio de hostelería de Granada, según la cual “*a las actividades desarrolladas por Camareras de pisos, cualquiera que sea la empresa para la que presten servicios, les será de aplicación las condiciones económicas del vigente convenio de Hostelería*”. La STSJ Granada 21-2-13 (Rec. 2643/12) se enfrenta a un supuesto en el que la empresa demandada estaba especializada en la actividad de limpieza y había sido contratada por un establecimiento de hospedaje para el arreglo de las habitaciones y la actora realizaba la limpieza de las habitaciones del hotel, desestimando la pretensión de la trabajadora de que se le reconociese el superior salario previsto en el convenio de hostelería con el argumento fundamental de que su empleadora no estaba incluida en el ámbito de aplicación del convenio propugnado. En el mismo sentido se pronuncia la propia Sala en un asunto similar en sentencia de 15-10-15, Rec. 1059/15). El mismo razonamiento utiliza en una posterior sentencia sin tener en cuenta que en ese caso la empleadora era una EMS especializada en la externalización de servicios de limpieza y mantenimiento en hoteles (STSJ Granada 22-4-15, Rec. 291/15). Finalmente, en otro asunto seguido contra la misma empresa de limpieza demandada en la primera, al argumento reseñado se añade

el de que de conformidad con la doctrina sentada por la STS 17-3-15 (Rec. 1464/14), la actividad principal desarrollada por la empresa es la que determina el convenio colectivo aplicable (STSJ Granada 28-1-16, Rec. 2788/15).

A la misma solución llegó la Sala de Málaga en la sentencia de 10-3-14 (Rec. 1136/14) al enjuiciar la previsión incorporada al art. 3 del convenio colectivo de Hostelería de esa provincia en el sentido de que *“a las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el presente Convenio Colectivo”*. En esa resolución, conociendo de la demanda formulada contra una empresa dedicada a la limpieza de edificios y locales que tenía contratado con un hotel la limpieza de las habitaciones a cuya realización estaba adscrita la actora en calidad de jefa de equipo, sostuvo que tal cláusula no puede obligar a la empresa demandada que está incluida en el ámbito de aplicación del convenio sectorial de limpiezas y no ha sido parte en la negociación del convenio de hostelería (STSJ 23-10-14, Rec. 1336/14).

Empero lo anterior en un posterior litigio en el que la demandante trabajaba como camarera de pisos en un Hotel por cuenta de una EMS, la Sala de Málaga no sólo no cuestionó la validez de la cláusula, sino que declaró que el salario fijado en el convenio provincial debía prevalecer sobre el inferior reconocido en el convenio colectivo de la EMS con el argumento de que la aplicación de este último a la actora constituía un fraude de ley (STSJ Málaga 19-4-17, Rec. 387/17).

Al margen de esta última consideración de gran interés, de la comparación de las dos sentencias de la Sala malagueña se podría extraer la conclusión de que la circunstancia que aprecia la primera consistente en que la empresa demandada estaba encuadrada en otro sector de actividad con convenio propio, no concurre en la segunda al tratarse de una EMS que cuenta con un convenio propio de empresa (BOE 31-8-09) pero no con un convenio colectivo sectorial de referencia. No obstante, esta diferencia no permite salvar el escollo que representa la falta de legitimación de los sujetos firmantes del convenio de hostería para imponer obligaciones a terceros.

### **(C) Carácter, validez, eficacia y contenido de las cláusulas extensivas que imponen deberes a las empresas contratantes**

La función de este tipo de cláusulas no es regir la conducta de las partes firmantes del convenio por un período predeterminado, sino que se proyectan sobre los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación y los trabajadores que prestan servicios, en régimen de subcontratación en los establecimientos a los que afecta, manteniendo su vigencia tras la denuncia o vencimiento de plazo de duración del convenio, lo que permite atribuirles carácter normativo.

Desde otro enfoque, no parece discutible su validez como producto del ejercicio de la autonomía colectiva por parte de las organizaciones empresariales y sindicales que suscriben el convenio, en tanto que los empresarios sobre los que recaen las obligaciones que establecen están representados legalmente por las asociaciones patronales y las estipulaciones que afectan a terceros no sólo les otorgan determinadas ventajas, sino que encuentran justificación objetiva en el hecho de que su actividad laboral la desarrollan en sus instalaciones y en su provecho y de que los empresarios concernidos están facultados para introducir “cláusulas sociales” en los correspondientes contratos de arrendamiento de servicios.

En lo que respecta a su eficacia el único requisito exigible de acuerdo con el art. 1257.2º Código Civil para que los trabajadores subcontratados puedan ejercitar los beneficios derivados de lo pactado en el convenio colectivo es su aceptación.

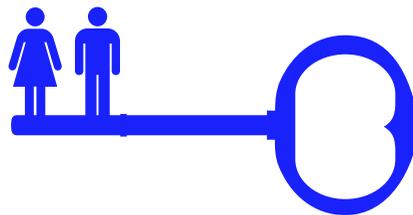
Lo hasta aquí expuesto es independiente de cuál sea la formulación concreta de este tipo de estipulaciones y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En el primer aspecto, la comparación de las cláusulas recogidas en el Capítulo anterior muestra que probablemente la más idónea es la del art. 20 del Convenio de Hostelería de Alicante. Y ello, atendiendo por un lado a su construcción y estructura interna, dadas las menores dificultades que conlleva, y su mayor respaldo y eficacia práctica, al armonizar las condiciones económicas de la contrata con las condiciones laborales del personal llamado a ejecutarla, y de otro a su compatibilidad con lo dispuesto en el art. 84.2 ET.

Siguiendo la línea estratégica trazada por ese precepto, y haciendo abstracción de su concreto alcance, tal vez la redacción más adecuada a los fines perseguidos por este tipo de estipulaciones, sería la siguiente: “en los contratos de externalización de servicios que formalicen las empresas afectadas por el presente convenio se incluirá la obligación del contratista de cumplir las condiciones salariales y laborales - todas o las que se estipulen en cada caso- establecidas en el convenio, sin perjuicio de respetar las más favorables que pudieran contenerse en los de ámbito inferior que les sean de aplicación”. Como es de ver el contenido reseñado es similar al del art. 122.2 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

El precepto convencional alicantino sirve también de modelo para superar los problemas que pueden surgir en la segunda vertiente al disponer que la empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente, de la obligación que establece, lo que significa que los trabajadores de la empresa contratista pueden accionar frente a la empresa comitente si su empleadora les sujeta a unas condiciones inferiores a las establecidas en el convenio sectorial.

A modo de consideración final, se hace preciso poner de manifiesto que la disposición comentada deja un vacío importante al guardar silencio sobre el régimen aplicable a los contratos mercantiles celebrados con anterioridad a su entrada en vigor. Esta laguna deberá ser cubierta en su caso por la Comisión Paritaria regulada en el art. 6 del convenio, entre cuyas funciones está la de interpretar el articulado del convenio conforme al espíritu de

lo pactado. A la espera de que ello suceda y de que en su defecto la omisión sea salvada por los tribunales laborales cabe reflexionar sobre las graves consecuencias que acarrea dispensar distinto tratamiento a las contratadas en función de la fecha de su celebración, no sólo desde la perspectiva de los trabajadores concernidos sino también desde el prisma de la competencia entre empresas, puesto que las eventualmente eximidas de la obligación impuesta por el convenio podrían concurrir al mercado en condiciones más ventajosas.



# CONCLUSIONES GENERALES DEL EQUIPO ACADÉMICO DE INVESTIGACIÓN

- ÁMBITO FUNCIONAL, ESTRUCTURA Y VINCULACIÓN A LOS CONVENIOS SECTORIALES DE APLICACIÓN A CADA ACTIVIDAD; LEGITIMIDAD DE LAS PARTES NEGOCIADORAS
- VIGENCIA Y DURACIÓN DE LOS CONVENIOS DE EMPRESAS MULTISERVICIOS
- RETRIBUCIONES: SALARIOS; COMPLEMENTOS; CLÁUSULA DE GARANTÍA; REGULACIÓN DE LA INAPLICACIÓN; PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA; MEJORAS SOCIALES
- EL TRATAMIENTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EMPRESAS MULTISERVICIOS: UN ENFOQUE CUANTITATIVO Y CUALITATIVO EN SU ORDENACIÓN
- CLASIFICACIÓN Y CUALIFICACIÓN PROFESIONAL; MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA
- EMPLEO, CONTRATACIÓN, REGULACIÓN DE LA SUBROGACIÓN Y CESIÓN DE TRABAJADORES; PERÍODO DE PRUEBA; EXTINCIÓN DE CONTRATOS
- REGULACIÓN DE DERECHOS SINDICALES, COMISIÓN PARITARIA Y SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS; PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES; RÉGIMEN DISCIPLINARIO

## **Ámbito funcional, estructura y vinculación a los convenios sectoriales de aplicación a cada actividad; legitimidad de las partes negociadoras**

### **Indicios de fraude en los convenios de empresas multiservicios**

La falta de legitimación de los sujetos firmantes en representación de los trabajadores ha determinado la declaración de nulidad de un buen número de convenios de este tipo de empresas por vulneración del principio de correspondencia representativa. Las reglas de legitimación constituyen derecho necesario absoluto y su incumplimiento provoca la imposibilidad de atribuir naturaleza estatutaria al acuerdo suscrito por las partes. Este vicio no resulta subsanable por la vía de convertir el convenio colectivo de empresa en un convenio colectivo de centro de trabajo, circunscrito al centro o centros cuyos representantes lo hubieran negociado; dado que la finalidad de las partes fue que su ámbito de aplicación abarcara todos los centros de trabajo de la misma. En todo caso, existen otros indicios de fraude que pueden determinar que el convenio colectivo sea fraudulento, a saber:

- 1º La escasa duración del proceso negociador cuando los representantes, generalmente unitarios y de candidaturas independientes, han sido elegidos poco tiempo antes de la negociación del convenio, a instancias de la propia empresa. De ello puede deducirse que, muy probablemente, en muchos casos, no haya existido una verdadera negociación entre las partes.
- 2º Otro indicio de fraude es el de empresas de muy pequeño tamaño en cuanto a número de trabajadores, pero donde el convenio colectivo de la empresa multiservicios hace referencia a un número elevado de actividades, pero que dado el tamaño de su plantilla resulta difícil de aceptar que se correspondan con una actividad realmente desempeñada en la empresa, tratándose de actividad potencial.
- 3º La pretensión de extender el ámbito territorial del convenio de empresa a todos los centros de trabajo, lugares y servicios atendidos por las EMS es una cláusula legal respecto al momento en que se negocia el convenio colectivo de la EMS siempre que se haya respetado el principio de correspondencia representativa, pero no lo sería respecto a centros de trabajo, lugares o servicios de nueva creación. Las cláusulas de extensión territorial que señalan que el convenio se aplicará a todos los centros o lugares de trabajo de una empresa son ilegales.

- 4º También es fraudulento y responde a la misma voluntad de que el convenio colectivo negociado por una EMS se extienda a toda la empresa y rija para todas las relaciones laborales de ésta se lleva a cabo, no por el cauce de proyectar el convenio a todos los centros de trabajo presentes y futuros, sino por la vía de considerar que todo el personal operativo está integrado en un único centro de trabajo o en centros de trabajo muy extensos, para toda la provincia, toda la comunidad autónoma o todo el territorio nacional. Esta artificiosa articulación de un único centro de trabajo trata de sortear una posible anulación del convenio de empresa multiservicios por defectos en la legitimación negociadora.
- 5º Una cláusula particular es la de los convenios que establecen su aplicación al personal de nuevo ingreso. Esta cláusula parece reiterar lo obvio, pero debe tenerse en cuenta que esta previsión sólo es válida, cuando se trate de personal de nuevo ingreso en un centro de trabajo donde rigiera un convenio, no para un centro que no tenía convenio.
- 6º La declaración del convenio como la fuente reguladora de las relaciones laborales en la empresa, de forma exclusiva o preferente, mediante cláusulas de blindaje, que extienden la prioridad aplicativa del convenio de empresa más allá de lo previsto en el art. 84 ET.

### **Estrategias en la negociación colectiva de nivel empresarial y sectorial**

En el ámbito de la negociación colectiva sería interesante seguir dos vías. En los convenios de empresas, la estrategia sindical debería abogar por cláusula de ámbito funcional que establezcan que el convenio de empresa sólo se aplicará en defecto de convenio sectorial, de manera que el convenio de empresa colmaría una laguna existente de cobertura negocial de determinadas actividades desarrolladas por EMS. Ahora bien, como quiera que la determinación del convenio sectorial de referencia no es siempre una tarea sencilla se recomienda seguir la vía abierta por el convenio de empresas vinculadas que se ha negociado en Adecco Outsourcing S.A.U. y Atlas Servicios Empresariales, S.A.U. Se trata de una experiencia negocial de gran interés por buscar proteger la negociación sectorial, salvando algunos problemas como la alegación de las empresas multiservicios de la existencia de un vacío sectorial a la hora de determinar el convenio colectivo de referencia. Para ello, se atribuye a la comisión paritaria la resolución de conflictos en esta materia y se fijan criterios de determinación del convenio sectorial.

Al hilo de lo anterior, debe clarificarse legalmente cuál es el convenio sectorial de referencia en empresas multiservicios dadas las diferentes posiciones interpretativas, y de la confusión abierta por la posición del Tribunal Supremo al aplicar el criterio clásico de actividad principal a un supuesto muy concreto de una contrata de gestión integral en una empresa multiservicios. Partiendo del principio de especificidad y de que este no resuelve todos los problemas, reviste gran interés los criterios fijados en el convenio negociado en Adecco Outsourcing S.A.U. y Atlas Servicios Empresariales, S.A.U., donde se establecen los siguientes elementos para fijar los convenios sectoriales de aplicación a las EMS:

- A) En las actividades transversales, como limpieza, *contac center*, servicios administrativos, logística integral, servicios informáticos, se aplicará éste.
- B) Si no existe convenio colectivo sectorial específico, pero las actividades forman parte de un proceso productivo o una actividad principal, que sí cuenta con dicha regulación sectorial, se aplicará ésta. Se toma como ejemplo, el caso del convenio de siderometalúrgica, logística, hostelería, cárnica. En estos casos se aplicará el correspondiente convenio, donde se integre la actividad externalizada.

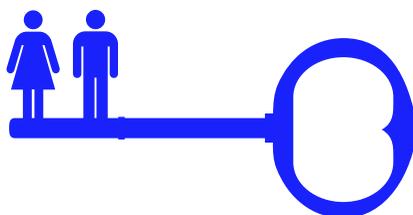
La segunda estrategia incidiría en la negociación de convenios sectoriales, donde las cláusulas de ámbito funcional deberían no ser cerradas, de manera que se pudiera incluir a empresas que desarrollan la actividad, con independencia de que, como las empresas multiservicios, tengan una estructura plurifuncional y desarrollen otras actividades. Se han planteado dudas sobre la legalidad de esta integración a la luz de la legitimidad de los firmantes desde el banco patronal y su capacidad para vincular a las empresas multiservicios. Cabría defender la validez de estas cláusulas y la representatividad de las asociaciones empresariales de los convenios sectoriales respecto de las EMS. La inclusión de las empresas multiservicios en el ámbito funcional de los convenios sectoriales analizados podría admitirse, permitiendo una regulación uniforme a todas las empresas que actúan en el sector, con independencia de la forma jurídica utilizada por las empresas que las desarrollen. Esta inclusión de las EMS en el ámbito de los convenios sectoriales evitaría una competencia desleal de éstas y permitiría regular a todas las empresas que desarrollan una actividad en el mismo convenio. Otro argumento que respaldaría que una asociación empresarial posea la legitimación para negociar, es que no es necesario que todas y cada una de las empresas afectadas por el convenio colectivo estén adheridas a la misma. Y el tercero es que incluir a todas las empresas que desarrollan una actividad en un convenio no sería una unidad artificial. Cabe tener en cuenta que las empresas multiservicios no constituyen propiamente un sector de actividad, pues por sí mismas estas empresas no generan una nueva actividad sino una nueva forma de prestar la actividad.

### Propuestas de *lege ferenda*

Las EMS no sólo crean una precariedad absoluta de condiciones de trabajo, sino un *dumping* social con empresas sometidas a los convenios sectoriales, muchas no pueden competir, desaparecen y alimentan la expansión de las EMS. Es necesario una reforma del art. 42 del ET en la línea de un principio de equiparación de condiciones de los trabajadores de la empresa contratista con los de la empresa principal o al menos, a lo previsto en los convenios sectoriales (vid. enmienda transaccional de mayo de 2017 a la proposición de reforma del artículo 42 ET). Se trataría de atacar la gran baza en que se basa la competitividad de las EMS que es el abaratamiento de las condiciones laborales de los trabajadores contratados. Primero porque resulta más ventajoso ser empresario cliente con una contrata de servicios que tener personal propio e incluso recurrir a una empresa de servicios especí-

fica sometida al convenio sectorial correspondiente. Segundo, porque en este momento el régimen legal de las empresas multiservicios es más ventajoso que el de las empresas de trabajo temporal y debe revertirse esta situación.

Es necesaria una reconducción del contrato por obra o servicio a las actividades intrínsecamente temporales para abortar la línea jurisprudencial que ha permitido estos contratos vinculados a la existencia de una contrata. No parece admisible que las empresas multiservicios tengan sus plantillas de personal operativo prácticamente formadas por personal temporal. Debería establecerse que el contrato por obra o servicio sólo puede ser objeto de contratación directa, no en las ETT ni en las EMS. También podría valorarse el porcentaje de trabajadores temporales utilizados por una empresa (no sólo las multiservicios, sino las clientes, que se benefician de esta mano de obra) y el índice de rotación de trabajadores temporales de algunas empresas, en particular de gran tamaño, de manera que paguen una mayor cotización por la precariedad de su mano de obra.



## Vigencia y duración

- 1ª) Debería estudiarse la posibilidad de dar un paso más en la impugnación de este tipo de convenio; en efecto en muchos casos la firma se hace por representantes de un centro pero se pretende vincular a toda la empresa o a futuros centros, etc.

Es claro que ello no es posible pero esa impugnación debe llevar un segundo componente y es la consideración de que el convenio, en su caso, es de centro o de centros, esto es de ámbito inferior a la empresa y por tanto hay que pedir que se declare que no tiene prioridad aplicativa sobre el convenio o convenios sectoriales de referencia, pues la prioridad aplicativa, conforme al ET, se reconoce solo a los convenios de empresa, grupo de empresas o pluralidad de empresas, negociados por las representaciones legitimadas al efecto.

En este caso, como puede ser complejo que los trabajadores reclamen sus derechos, habrá que actuar ante la Inspección de Trabajo denunciando el incumplimiento de los convenios sectoriales y la aplicación ilícita de condiciones inferiores a las recogidas en ellos.

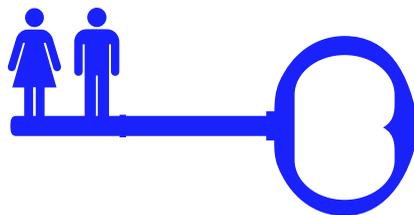
- 2ª) Debería analizarse más detalladamente y en relación con lo anterior, los ámbitos aplicativos del convenio porque en ocasiones aunque inicialmente se habla en el ámbito de su aplicación en un centro, después se acaba indicando su extensión a ámbitos superiores y ello puede pasar desapercibido e incluso registrarse el convenio como de centro y correcto, cuando en realidad el ámbito aplicativo se pretende que sea superior.
- 3ª) Debería empezar a impugnarse por cuestiones más de fondo la negociación que se ha analizado, sobre todo barajando la combinación de tres elementos y cuando no quepa la impugnación por otros motivos formales:
- Vigencias muy prolongadas y anormales y, por ejemplo, sin actualización salarial o con actualizaciones salariales muy inferiores a los IPC previsibles.
  - Contenido claramente regresivo.
  - Ruptura de una correlación lógica entre representantes y representados, sobre todo cuando se detecte que se han hecho elecciones en un momento muy inicial cuando la empresa cuenta con pocos trabajadores –lo que podríamos casi denominar como personal de estructura– y cuando aún no están incorporados a la misma los trabajadores (todos o la mayor parte) que luego se contratarán en la plantilla y que por lo tanto no pudieron elegir representantes ni influir en la negociación que se desarrolló.

Cuando confluyan estos tres elementos creemos que estamos ante una situación de abuso de derecho que justificaría la impugnación del convenio por ilegalidad al estarse ante una negociación no sujeta a las reglas de la buena fe.

4ª) En la medida en que exista capacidad de influir en la negociación de estos convenios, teniendo en cuenta que se trata de un escape del convenio sectorial que generalmente será más favorable, debería huirse de duraciones largas e incluso de prorrogar la vigencia una vez finalizado el plazo pactado.

La cláusula lógica es regular que a la finalización de la vigencia pactada vuelve a aplicarse plenamente el convenio sectorial de referencia (o los convenios).

Lo anterior no impide que pueda firmarse un nuevo convenio de empresa concurrente con el sectorial pero siempre como negociación nueva y sujeta, en consecuencia, al acuerdo entre las partes y no al automatismo de una prórroga previamente pactada.



## **Retribuciones: salarios; complementos; cláusula de garantía; regulación de la inaplicación; protección social complementaria; mejoras sociales**

Tras la constatación de que los convenios colectivos de las empresas multiservicios constituyen el vehículo jurídico que está permitiendo, gracias sobre todo a la reforma laboral de 2012, a las empresas clientes (administraciones públicas incluidas) y a las empresas multiservicios implantar una política retributiva *low cost*, cuyo máximo exponente es la fijación como salario base de todos los trabajadores objeto de “cesión” a las empresas clientes del SMI o una ligera mejora, cabe plantear las siguientes líneas de actuación en los terrenos político, sindical y judicial, sin perjuicio de otros que también pudieran explorarse como el de la puesta en común de las presentes reflexiones con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En el terreno político, ya sea de la mano del diálogo social ya de la influencia en la actuación de los partidos políticos, y una vez concluida con éxito la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que privilegia la negociación colectiva sectorial sobre la negociación empresarial a la baja o *in peius*, la “batalla” frente a la política retributiva *low cost* de las empresas multiservicios tiene al menos los siguientes frentes: el de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET) como principal manifestación de la reforma laboral de 2012 a revertir; el de la reforma legal en curso de la política salarial de las empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios (art. 42 ET), que debería contar con un fuerte respaldo sindical que facilitase la continuidad de la muy difícil tramitación parlamentaria; y, por último, el frente del próximo RD de fijación del SMI para el año 2018, que no debería volver a incluir una norma como la disposición transitoria primera del RD 742/2016 (SMI para 2017), que está impidiendo en muchos casos la aplicación a lo largo del año 2017 del SMI incrementado en un 8%. De no prosperar este último frente habría que valorar seriamente impugnar el nuevo RD ante el Tribunal Supremo (Sala 3ª) por posible lesión no tanto del derecho a la negociación colectiva cuanto del principio constitucional de igualdad en la ley.

En el terreno sindical conviene sobremanera concienciar a los negociadores de los convenios sectoriales para que incorporen cláusulas (declarativas, sin duda) de inclusión expresa de las empresas multiservicios dentro de su ámbito funcional. Como conviene que en la regulación sectorial de la estructura de la negociación colectiva por parte de los convenios estatales (y autonómicos, en su caso) se reserve para la negociación sectorial todo lo relativo a la remuneración *lato sensu*, incluidas las cuestiones salariales no comprendidas en el artículo 84.2 ET; lógicamente, sin perjuicio de la mejora por parte de la negociación

empresarial. Habría, pues, que excluir por la vía del artículo 83.2 ET el complejo y quizá contraproducente juego cronológico del artículo 84.1 ET. Estas estrategias sindicales podrían formar parte del próximo Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

Finalmente, en el terreno judicial son varios los frentes en los que debería librarse la “batalla” frente a la política retributiva *low cost* de las empresas multiservicios vía convenios colectivos propios. Algunos frentes ya conocidos y otros todavía por explorar. Frentes muy conocidos como el de la impugnación de los convenios empresariales que no respeten el principio de correspondencia entre los sujetos negociadores del lado social y el ámbito de aplicación del convenio.

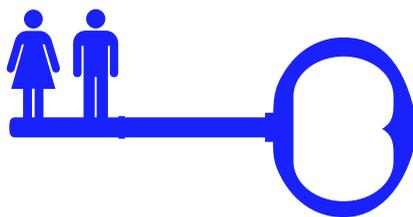
Frentes también conocidos pero menos explorados que el anterior, a saber, la impugnación judicial de las correspondientes cláusulas salariales y extrasalariales (la política *low cost* se extiende, por supuesto, a los complementos salariales, la liquidación y el pago del salario, las dietas, las mejoras voluntarias de seguridad social, la acción social en la empresa, etc.) de los convenios de las empresas multiservicios que no puedan ampararse en la prioridad aplicativa del convenio de empresa del 84.2 ET bien por tratarse de convenios de centro de trabajo bien por llevar a cabo una regulación a la baja o *in peius* de la estructura salarial, las dietas, las mejoras voluntarias de seguridad social, la acción social en la empresa, etc.; materias ajenas a la fijación de la cuantía salarial a que se refiere exclusivamente el artículo 84.2.a) ET.

Y el frente más complicado de todos, el del fraude de ley, con la pretensión de nulidad *in toto* de la negociación colectiva empresarial y la consiguiente aplicación de la normativa eludida, la diversificada negociación colectiva sectorial. En efecto, la frecuente fijación indiferenciada del mismo salario base (el SMI o una ligera y testimonial mejora) para la totalidad de las ocupaciones o puestos de trabajo de los grupos profesionales de más baja remuneración, los de los trabajadores objeto de “cesión” a las empresas clientes, constituye una práctica de cuando menos dudosa licitud. Más allá de la incomprensible racionalidad económica de una práctica que no valora en absoluto la división del trabajo, la cualificación, etc., desde el punto de vista jurídico hay mimbres para defender la existencia de un fraude de ley clásico, el contemplado precisamente por el artículo 6.4 Código Civil. Fraude de ley por utilizar la cobertura formal de la negociación colectiva empresarial para eludir la aplicación de los salarios base (claramente superiores al SMI y diversificados por puestos de trabajo, categorías y ocupaciones) de la negociación colectiva sectorial de referencia.

Al fin y al cabo, lo que se acaba de decir no es sino la manifestación más visible del entero fraude de ley que supone la negociación colectiva empresarial protagonizada por las empresas multiservicios. Una negociación colectiva *contra natura*, pensada no para mejorar lo ya garantizado por la ley *lato sensu*, sino precisamente para forzar la aplicación pura y dura de lo garantizado por la ley, y ello en detrimento de las mejoras naturales alcanzadas por la negociación colectiva sectorial. Algo especialmente visible en materia salarial y retributiva, aunque predicable también del tiempo de trabajo y de otras muchas condiciones de trabajo y empleo. Fraude de ley apreciable, asimismo, mediante el juego combinado de una serie de elementos impropios de la genuina negociación colectiva. El caso de la habitual

negociación por parte de representantes unitarios de los trabajadores no sindicalizados, la utilización de procedimientos de negociación *exprés*, la fijación de una larguísima vigencia inicial (más la vigencia ultraactiva *sine die*) que casa mal con la vertiginosa y cambiante economía de nuestros días, etc.

Aunque sea una batalla judicial tan compleja como incierta habría que plantearla más pronto que tarde, confiando en que la sensibilidad social de algunos jueces y tribunales permitiera abrir una brecha en dicho frente y a partir de ahí todo podría llegar a suceder en las instancias judiciales superiores, aprovechando por cierto la mala prensa creciente de la política retributiva *low cost* de las empresas multiservicios vía convenios colectivos propios. Además del recurso al fraude de ley, también cabría apelar a otra técnica jurídica general frente a determinados comportamientos de dudosa licitud, el abuso de derecho del artículo 7.2 Código Civil. Y es que resulta muy difícil de aceptar que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de las empresas multiservicios pueda conducir al vaciamiento de las mejoras salariales, extrasalariales y de otra naturaleza conseguidas a través de la negociación colectiva sectorial, para acabar aplicando *grosso modo* en dichas empresas la regulación legal pura y dura, la mínima cobertura legal de alcance general que la Constitución parece no considerar suficiente cuando reconoce y fomenta la negociación colectiva en el artículo 37.1. ¿Puede aceptarse que el fin social de la negociación colectiva, tal y como sucede con la protagoniza por las empresas multiservicios, sea la garantía redundante del mínimo legal en detrimento de la regulación convencional sectorial de mejora o más favorable?



## **El tratamiento del tiempo de trabajo en empresas multiservicios: un enfoque cuantitativo y cualitativo en su ordenación**

1. La negociación colectiva sectorial debería determinar la jornada máxima de trabajo, ofrecer orientaciones para organizar en las empresas incluidas en su ámbito de aplicación los tiempos de trabajo, e incorporar previsiones relativas a conciliación, igualdad y no discriminación desde una perspectiva de género y planes de igualdad. Es conveniente que se realicen reenvíos a las unidades inferiores de contratación, incorporando cláusulas sobre estructura de la negociación colectiva y reglas de concurrencia conflictiva, para garantizar en el sector, en la medida de lo posible, una coordinación entre niveles de negociación. Debe, asimismo, intentar evitarse que en materia de tiempo de trabajo los convenios colectivos de las empresas multiservicios hagan un uso abusivo de las posibilidades que les ofrece el art. 84.2 ET, yendo más allá en su regulación de lo previsto en el precepto legal.
2. Considerando que la cuantificación de la jornada de trabajo no se beneficia de la técnica prevista en el art. 84.2 ET, sería recomendable que la negociación colectiva sectorial interviniera mejorando lo dispuesto en la norma estatal a través de la reducción del número de horas de la jornada máxima legal. Ya se ha visto que esta dinámica no es la seguida en determinados convenios colectivos de empresas multiservicios firmados a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 y que han estado vigentes en los últimos años, que por regla general aplican jornadas superiores a las establecidas en los convenios de ámbito superior y cuyo promedio de horas es superior al de total de convenios colectivos de empresa firmados en España. De ahí que el convenio sectorial deba rescatar su capacidad para establecer los elementos cuantitativos de la jornada de trabajo, habida cuenta de que estamos ante un contenido negocial que no está sometido a la técnica descentralizadora del art. 84.2 ET. De esta forma, se intentará evitar el deterioro para los/as trabajadores/as afectados/as de esta condición laboral esencial que llevan a cabo las empresas multiservicios mediante un incremento de horas de jornada máxima anual que tiende a aproximarse, de media, al máximo legal establecido, alejándose de lo dispuesto en las normas convencionales de sector tomadas como referencia.
3. La preferencia por el convenio colectivo empresarial en determinadas materias como la distribución de la jornada ex art. 84.2 ET, introducida por la reforma laboral de 2012, ha supuesto un verdadero instrumento en manos empresariales para acercar la regulación

convencional únicamente hacia la satisfacción de los intereses empresariales. Desde el punto de vista de la intensidad de la distribución irregular de la jornada de trabajo existen diferencias notables entre el nivel sectorial y el empresarial, concretadas en que estos últimos establecen altísimos porcentajes de la jornada de trabajo pactada para que sea sometida a la distribución irregular decidida la mayor parte de las ocasiones de forma unilateral por el empresario. En el ámbito de las empresas multiservicios se detecta que, de forma habitual, se supera sensiblemente el límite legal del 10%, previsto en ausencia de regulación convencional al respecto -art. 34.2 ET-. Es común encontrar niveles de distribución irregular de la jornada de trabajo que alcanzan el 30%, 50% o, incluso el 80% y 90% de la jornada de trabajo computada anualmente.

4. Es evidente el impacto de este tipo de regulación convencional en el derecho de los/as trabajadores/as a gozar de una limitación de su jornada de trabajo, en un ámbito donde la contratación temporal es la modalidad contractual utilizada como regla general. Se asiste, así, a situaciones en las que los/as trabajadores/as realizan jornadas por encima de las pactadas, sin posibilidad de ver compensados dichos excesos de jornada. En este sentido, los convenios colectivos ofrecen soluciones desde el punto de vista retributivo para no consentir situaciones de enriquecimiento empresarial injusto y la correlativa situación de empobrecimiento de los/as trabajadores/as, pero debería incidirse en las consecuencias que esta sobrecarga de trabajo plantea a los/as trabajadores/as en el ámbito de la protección de su seguridad y salud en el trabajo.
5. El ordenamiento jurídico español ofrece al empresario un amplio abanico de instrumentos que permite distribuir irregularmente la jornada de trabajo que, en ocasiones, resultan disfuncionales. A este respecto, se debe evitar el solapamiento entre el uso de las horas extraordinarias como mecanismo de flexibilización de la jornada de trabajo, cuando estas son compensadas con tiempos de descanso equivalentes, y el propio instituto de la distribución de la jornada. También convendría distinguir aquellas situaciones de la producción imprevistas e imprevisibles, que se encauzarían a través de estos instrumentos de flexibilización de la jornada de trabajo, de la mala planificación y organización empresarial en la materia, o, peor aún, de la ausencia de esta.
6. Las necesidades personales y familiares de los/as trabajadores/as pasan completamente desapercibidas en la negociación colectiva desarrollada por las empresas multiservicios, salvo en supuestos excepcionales. No debe olvidarse que nos encontramos ante un instituto jurídico cuyo uso racional permite dar satisfacción a la doble dirección de la flexibilidad del tiempo de trabajo, abriendo espacios a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

## Clasificación profesional y movilidad funcional y geográfica

Por su propia configuración, las empresas multiservicios requieren de trabajadores que puedan realizar servicios muy diferentes a las empresas clientes. Para ello, o bien cuenta con una plantilla diversificada de trabajadores o bien recurre a la trabajadores polivalentes. Los sistemas de clasificación profesional negociados en el ámbito de estas empresas multiservicios distinguen siempre, ya sea forma expresa o implícitamente, entre Personal de Estructura (directivos, administrativos, gestión, mandos intermedios, etc.) y Personal de Operaciones. Especialmente, la configuración de este grupo profesional de Operaciones origina importantes disfuncionalidades (agravadas por la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de adaptación del sistema de clasificación profesional sectorial que reconoce el art. 84.2.d del ET), disfuncionalidades que en muchos casos presentan indicios de fraude de ley:

- 1. Definición funcional del grupo profesional de Operaciones contraria a los criterios legales.** Como se desprende del análisis efectuado de la negociación colectiva empresarial el Grupo de Operaciones se configura expresamente o de facto como “grupo polivalente”. Un trabajador clasificado profesionalmente en este grupo puede realizar funciones y tareas de cualquier categoría profesional incluida en el mismo. De este modo no se define un tipo de trabajo homogéneo y de igual valor. El trabajador puede desempeñar trabajos muy heterogéneos, que requieren distinta cualificación profesional, conocimientos y formación, e incluso que estén sometidos a muy diferentes riesgos laborales. Esto contraviene la propia definición de grupo profesional como agrupación unitaria de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación (tal y como se desprende del art. 22.2 del ET).
- 2. Indeterminación funcional del objeto del contrato de trabajo.** Por otro lado, no olvidemos que la clasificación profesional del trabajador tiene como finalidad establecer el contenido de la prestación laboral del objeto del contrato de trabajo (art. 22.4 del ET). Conforme a la teoría general de los contratos, el objeto (como el consentimiento y la causa) constituye un elemento esencial de todo contrato (art. 1261 del Código Civil: no hay contrato sino cuando concurre, entre otros requisitos “objeto cierto que sea materia del contrato”). Y en concreto el artículo 1273 del Código Civil exige que el objeto sea “una cosa determinada en cuanto a su especie” (o, precisa a continuación el precepto, “que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”).

Esta exigencia legal de determinabilidad del objeto del contrato es cumplida en el caso del contrato de trabajo mediante el acto de clasificación profesional del trabajador (o encuadramiento profesional) por el que se dota de contenido a la prestación de servicios que constituye el objeto contractual. Sin embargo, los sistemas clasificatorios definidos por los convenios colectivos de empresas multiservicios no cumplen con esta exigencia, al menos en el caso del Personal de Operaciones, pues las muy diversas actividades que están llamados a desempeñar en virtud de su clasificación profesional conduce a cierta “indeterminación funcional” de la prestación de servicios. Esta “indeterminación funcional”, que no existe en cambio entre el Personal de Estructura, deriva de la propia configuración y definición del grupo profesional (en el sentido que antes hemos apuntado) pero también de una utilización abusiva del principio de enunciatividad de funciones, de la polivalencia funcional y de la movilidad funcional.

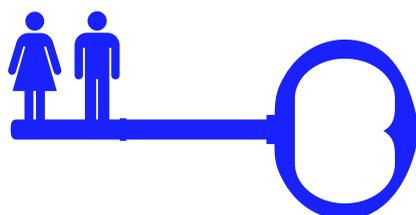
**3. Ausencia de equivalencia retributiva entre trabajo y salario.** Que las muy diferentes categorías profesionales y funciones que puede desempeñar un trabajador del Grupo de Operaciones tengan reconocido un idéntico salario base (bien por igualación retributiva de las diversas categorías, bien por asignación de un única cuantía salarial para el grupo profesional, común a todas las categorías que lo integran) y que éste sea precisamente el que correspondería al nivel más bajo (igualación a la baja), contraviene el principio de igualdad en materia de remuneración, en la medida que se incumple que “a igual trabajo, igual salario”. En concreto, y sin perjuicio de otras referencias normativas, tanto internacionales como nacionales, el art. 28 del ET obliga al empresario “a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución”. En sentido contrario, respecto de trabajos de distinto valor no les puede pagar la misma retribución cuando ésta ha tomado como referente común la más baja.

**4. Disfuncionalidades del criterio temporal de encuadramiento del trabajador polivalente.** Desde la praxis negocial, hay problemas prácticos para cuantificar el tiempo que dedica a cada una de las funciones que desempeña, que habría que preverlo en el momento inicial de la contratación de este trabajador polivalente y, por tanto, de su encuadramiento profesional. Además, esta proporción puede variar según necesidades de la empresa. Y por otro lado, desde un punto de vista jurídico, este criterio conduciría a la subremuneración del trabajador por el desempeño de las funciones superiores a las que dedicara una menor parte de su jornada, y, por tanto, a un enriquecimiento injusto de la parte empresarial, que las retribuye por debajo de su valoración profesional (ya que en las tablas salariales tales funciones tendría atribuida una cuantía superior, propia de un nivel superior, pero el trabajador está clasificado en el nivel inferior por el desempeño mayoritario de sus funciones).

Por todo ello, y conforme a los resultados obtenidos por el análisis de la negociación colectiva en las empresas multiservicios, proponemos las siguientes medidas de reforma legal y de intervención en la negociación colectiva:

- 5. Remisión al sistema de clasificación profesional del convenio colectivo sectorial.** Que al menos el Personal de Operaciones se clasifique conforme al convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación según las funciones que desempeñe (aunque sean para distintas empresas). Esto supone decantarse por el criterio jurisprudencial de la especialidad. El sistema clasificatorio específico del convenio colectivo de empresa se limitaría al Personal de Estructura, cosa que, dicho sea de paso, ya sucede en algunos convenios colectivos tanto sectoriales (por ejemplo, el de ETTs) como de empresa (Koptimo). De este modo, respecto del Personal de Operaciones, se evita la precarización de las condiciones de trabajo y se limita el amplio margen con el que cuenta el ejercicio de las facultades directivas empresariales en los convenios colectivos de empresas multiservicios, que, recurriendo a una especie de determinismo técnico-comercial, pretenden justificar esa mayor indeterminación funcional de la clasificación profesional, polivalencia funcional y movilidad funcional como una necesidad derivada de las diversas actividades de “multiservicios” que se ofrecen a empresas clientes. No, no es así. La legítima adaptación de las estructuras empresariales a las nuevas exigencias del mercado y la irrupción de las empresas multiservicios, en ningún caso pueden ser a costa de una precarización de las condiciones de trabajo. Para evitarlo, el convenio colectivo sectorial es más eficaz que el convenio colectivo de empresa.
- 6. Introducir en la negociación colectiva el criterio jerárquico de encuadramiento profesional del trabajador polivalente.** En materia de polivalencia funcional, y con el objeto de evitar los problemas técnicos y jurídicos derivados de la clasificación conforme al criterio temporal, antes señalados, se debería incluir en la negociación colectiva un criterio alternativo al legal (cosa que ya hacen algunos convenios colectivos de la muestra), el criterio jerárquico, en virtud del cual al trabajador polivalente se le clasificará en el grupo, categoría o nivel profesional superior. Así, sin perjuicio de la conveniencia de otras garantías, condiciones y cláusulas limitativas de la polivalencia funcional, la opción por el criterio jerárquico garantiza en todo caso que no haya perjuicio económico para el trabajador prevalente ni que sus funciones en niveles profesionales a las que eventualmente dedicara menor tiempo fueran subremuneradas por su encuadramiento profesional en un nivel inferior a cuyas funciones dedicara la mayor parte de su jornada. Clasificando al trabajador polivalente siempre en el nivel superior, con independencia del tiempo que dedique a cada función, además de ser más sencillo desde un punto de vista práctico, introduce un mayor equilibrio y reciprocidad entre las respectivas contraprestaciones, trabajo y salario, pues la polivalencia funcional, en un contexto de flexibilidad interna, constituye un importante valor para la empresa, y esta disponibilidad del trabajador y esa más amplia cualificación y competencia profesional para desempeñar funciones de más de un grupo profesional tiene que ser compensada económicamente.
- 7. Promover la reforma legal del art. 22.4, sustituyendo el criterio temporal de clasificación profesional del trabajador polivalente por el criterio jerárquico.** Con independencia de la opción negociada por el criterio jerárquico, sería conveniente que, para introducir una mayor seguridad jurídica, la propia norma estatutaria se decantara claramente por dicho criterio.

- 8. Garantizar que el trabajador cuente previamente con la formación necesaria para el desempeño de otras funciones encomendadas en virtud de la polivalencia y movilidad funcional.** En concreto se aconseja introducir cláusulas convencionales que exijan el cumplimiento del deber empresarial de formación y establecer procedimientos de control.
- 9. Incorporar en los convenios colectivos cláusulas específicas reguladoras de los desplazamientos del Personal de Operaciones.** El recurso a la movilidad geográfica es justificada mayoritariamente por las empresas multiservicios por razón de la contratación empresarial, resultándoles de aplicación el régimen común del art. 40 del ET (al que la mayoría de convenios colectivos de empresa se remiten) y, eventualmente, las reglas generales que sobre traslados y desplazamientos prevea su convenio colectivo, pero son muy pocos los que establecen reglas particulares para el Personal de Operaciones, que por razón de la actividad empresarial, está sistemáticamente sometido a movilidad (tanto funcional como geográfica).



## **Empleo, contratación, regulación de la subrogación y cesión de trabajadores; período de prueba; extinción de contratos**

El espacio a disposición de la negociación colectiva de empresa, y por tanto de la que se lleva a cabo en el seno de las empresas multiservicios, para construir tratamientos menos favorables respecto de los previstos en los convenios de sector, aunque no deja de estar presente, es bastante más restringido tratándose de la contratación y el empleo que el existente para las restantes materias respecto de las cuales concede prioridad aplicativa al convenio de empresa el artículo 84.2 ET.

El análisis de los convenios colectivos de las empresas multiservicios permite concluir que existe un interés patente en potenciar el contrato de obra o servicio en el convenio legitimando su empleo para la generalidad de los servicios que presten las empresas auxiliares a las empresas clientes. De esta manera, son muy frecuentes las formulaciones amplias del objeto de este contrato en la muestra de convenios. Desde nuestro punto de vista, el convenio colectivo de empresa se convierte en una suerte de carta comercial que facilita que la empresa multiservicios incremente el número de clientes al ofrecer un número amplio de servicios a unos costes relativamente bajos incluidos los costes laborales. Esta situación no es positiva porque esta modalidad contractual contribuye a acentuar la precariedad de los trabajadores de las empresas multiservicios. El marco normativo actual no permite dar una respuesta adecuada a este problema ya que, por un lado, el límite de la desnaturalización del contrato de obra o servicio no parece suficiente para frenar la vis expansiva del contrato de obra en los convenios colectivos de empresa y, de otra parte, la formulación legal de dicho contrato y sobre todo los criterios judiciales que han validado su uso en el caso de las contrataciones no facilitan un control más estricto del carácter temporal de las actividades que desarrollan dichos empleados. Ello es así sobre todo porque se utiliza el contrato de obra o servicio incluso para cubrir necesidades permanentes de las empresas clientes, situación permitida bajo el actual marco legal y jurisprudencial. Desde esta perspectiva, sería deseable un replanteamiento de la cuestión en el sentido de articular una modalidad contractual más focalizada a la realidad de las empresas multiservicios y que ofreciera una mayor protección a los trabajadores de operaciones.

En materia de periodo de prueba, la primera conclusión que habría que destacar es el problema de las reglas de prioridad aplicativa de los convenios en relación con las cláusulas de los convenios sectoriales que establecen la estructura de la negociación colectiva reservando al ámbito estatal la regulación del periodo de prueba.

En cuanto a la duración de los periodos de prueba, hay que destacar que hay una buena parte de los convenios analizados que reproducen la duración establecida en el ET, por lo que, en este sentido, esta cuestión se resuelve con una regulación de mínimos. Sin embargo, se puede observar claramente que hay convenios de empresa que establecen otro tipo de regulaciones, imponiendo duraciones superiores o ligeramente superiores a las establecidas, no sólo en el ET, sino en la regulación convencional sectorial. Por su parte, los convenios sectoriales, regulan por lo general, periodos de prueba más cortos que los establecidos en los convenios de empresa. Todo ello juega en detrimento de los trabajadores a los que les aplica el convenio de empresa, aunque se trate del mismo tipo de trabajador, que realiza las mismas funciones, y que muy probablemente tenga el mismo tipo de contrato de trabajo. Lo mismo ocurre con los periodos de prueba de los contratos en prácticas. Estos suelen ser periodos coincidentes, en general, con lo establecido en la normativa laboral, pero se encuentran convenios de empresa también, que regulan periodos de duración superior. Por todo ello, podemos decir que la duración de los periodos de prueba puede considerarse como la cuestión que más claramente diferencia a los convenios de empresa de los convenios sectoriales, y que marca una de las principales diferencias entre los trabajadores a lo que se les aplica uno u otro tipo de regulación convencional.

Hay que tener en cuenta cuando analizamos los convenios de empresa, que se trata de negociaciones que vienen a regular una realidad laboral caracterizada por una fuerza de trabajo de escasa o nula cualificación (limpieza, mantenimiento de instalaciones, consejería, vigilancia, seguridad, etc.), que choca frontalmente con el aumento (aunque sea ligero en la mayor parte de los casos: de 1 a 3 meses respecto de los convenios sectoriales de referencia) de esos periodos de prueba. Parece razonable entender que a menor cualificación, más fácil y rápida será la identificación de la idoneidad y adaptación del trabajador al puesto de trabajo.

En relación con la regulación del ET que debe ser respetada por convenio colectivo en todo caso, tenemos que decir que, aunque no tenemos los datos adecuados para hacer una afirmación rotunda, sí que debemos concluir que hay convenios de empresa en empresas pequeñas (de 10 a 49 trabajadores según la muestra utilizada) que establecen duraciones del periodo de prueba superiores a las que determina el ET para empresas de menos de 25 trabajadores. Habría que tener claro si alguno de estos convenios de empresa tiene una plantilla inferior a 25 trabajadores, entendiendo en tales casos, que esas cláusulas son nulas.

Por lo que se refiere a las cláusulas sobre el desempeño de las mismas funciones en las empresas, sólo destacar que hay bastantes convenios de empresa que establecen limitaciones temporales ciertamente dudosas, por cuanto imponen periodos de prueba cuando se vuelva a contratar al trabajador en la empresa pasado un tiempo. Creemos que la necesidad de un nuevo periodo de prueba se podría justificar, no tanto por el paso del tiempo, sino por el cambio en las condiciones en las que se desarrolla un trabajo, por ejemplo por la introducción de nuevos medios técnicos, o por los cambios en las formas de producción.

Introducir el criterio del periodo de tiempo, sin ninguna otra justificación o razonamiento, claramente coloca al convenio colectivo en una posición frontal con la finalidad y el espíritu del art. 14.1 ET en su parte final.

En lo que hace a las cláusulas de interrupción del cómputo, la mayoría de los convenios, ya sean de empresa, ya sean de sector, establecen esta condición. Además, hay muchos convenios que cuando hacen alusión a la interrupción solo hacen referencia a la IT, con lo que entendemos que en el resto de situaciones suspensivas no se interrumpe el cómputo del periodo de prueba. A este respecto, los convenios podrían ser más claros y no crear situaciones de inseguridad jurídica. Por último, crea muchas dudas, algún convenio de empresa encontrado que establece como causa de interrupción del cómputo del periodo de prueba los periodos dedicados a la formación y capacitación del trabajador para su puesto de trabajo. En este sentido, esta interrupción también podría colisionar con la finalidad del art. 14 del ET, quizá habría que saber a qué tipo de formación se están refiriendo.

Sobre la extinción del contrato de obra o servicio determinado por reducción o finalización parcial de la contrata, el análisis de la muestra de convenios pone de manifiesto que las cláusulas que prevén la extinción de los contratos de obra o servicio determinado por reducción parcial de la contrata en la que se fundamenta el carácter temporal de la relación contractual son mucho más comunes en los convenios de empresa que en los sectoriales. Por otra parte, la mayoría de los convenios de empresa no recogen las garantías que establecen los convenios sectoriales, si bien algunos lo hacen en relación con la selección de los trabajadores. Así pues, se observa que la aplicación de la negociación de ámbito empresarial implica en este caso una reducción muy significativa de la estabilidad laboral de los trabajadores.

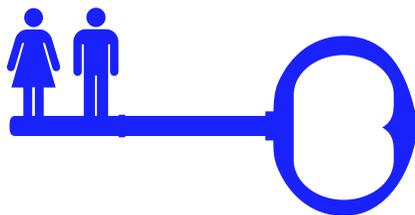
A nuestro juicio, ninguna de estas cláusulas es lícita, puesto que todas ellas operan en fraude de la regulación del despido por causas económicas y empresariales que se prevé en el Estatuto de los Trabajadores. Ciertamente, algunas sentencias del TS han afirmado la validez de estas cláusulas en el sector de las empresas de seguridad, pero su razonamiento no necesariamente se extiende a los convenios de empresa multiservicio, puesto que en ellos no puede atenderse a las particulares necesidades de ningún sector concreto de actividad y porque en muchos de ellos no se establecen las garantías referidas en estas resoluciones judiciales. De cualquier modo, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga seguramente a revisar la admisibilidad de estas cláusulas incluso en los convenios sectoriales, dado que implican una desigualdad entre trabajadores indefinidos y temporales en lo que refiere a la indemnización de la extinción del contrato de trabajo fundada en causas empresariales no asociadas a la duración pactada.

Del análisis realizado en materia de empleo se deduce una línea de tendencia general caracterizada por una muy escasa incorporación de las cláusulas de empleo en los convenios colectivos de empresas multiservicios. De acuerdo con la muestra, tan sólo el 23% de los convenios incluye algún tipo de cláusulas de empleo, es decir, menos de uno de cada cuatro. Esta situación empeora cuanto menor es el tamaño de la empresa en función del número de trabajadores.

No obstante, esta conclusión principal requiere algunas presiones adicionales para entender completamente su alcance. En primer lugar, la negociación colectiva en el sector multiservicios no sería una excepción comparativamente, sino que seguiría la regla general observada en otros sectores. En efecto, el tratamiento de las cláusulas de empleo por la negociación colectiva ha venido caracterizándose por ser poco innovadora y de escasa calidad técnica, por lo que aquí no se observaría nada distinto al panorama general.

En segundo lugar, en el marco descrito, la inclusión de cláusulas laborales es más frecuente y precisa cuantos mayores son las empresas. Por lo que hace a lo primero, el porcentaje de cláusulas presentes en los convenios se sitúa en el 9,1% en las microempresas, 11,4% en las pequeñas empresas y 38,6% en las medianas y grandes. Por lo que respecta a lo segundo, mientras que en las de menos de 10 trabajadores las menciones prácticamente se circunscriben a enunciados genéricos al hilo de la regulación en materia de igualdad de género; en las de mayor tamaño sí que aparecen verdaderas cláusulas, que se insertan en la regulación de las modalidades contractuales o, incluso, en la de las horas extraordinarias, aunque generalmente a través de enunciados genéricos, siendo anecdóticos los ejemplos en los que se concretan las compromisos adquiridos por las partes en la materia.

Por último, la intervención de la negociación colectiva sectorial no cambia en exceso el panorama descrito, a pesar de que conforme a lo previsto en el art. 84 ET tendría bastante margen de maniobra. Aunque se observa una regulación mucho más detallada en las áreas anteriormente mencionadas y el grado de concreción es mayor, lo cierto es que no puede decirse que esto sea una práctica generalizada. En suma, la negociación colectiva del sector multiservicios ni presenta caracteres distintos a los ya observados en esta concreta materia para el resto de la negociación colectiva sectorial con carácter general, ni se detectan aquí las mejores prácticas observadas en otros sectores.



## **Regulación de derechos sindicales, comisión paritaria y solución autónoma de conflictos; prevención de riesgos laborales; régimen disciplinario**

### **Propuestas de mejora de la regulación convencional**

Se debe considerar de particular importancia que los convenios de las empresas multiservicios atiendan a sus singularidades, evitando regulaciones genéricas que sean aplicables a cualquier tipo de empresas. Se debe prestar especial atención a las circunstancias especiales en las que se desarrolla la prestación de trabajo en estas empresas, así como a las particularidades de la acción sindical en las mismas.

Se considera preciso que la negociación colectiva asuma el papel regulador otorgado por la Ley, mediante la intervención en aquellas materias expresamente remitidas por la normativa estatal. Por el contrario, se recomienda la eliminación de cláusulas de reiteración de los mandatos legales o vacíos de contenido regulatorio.

Debe intentarse sacar el máximo partido a las posibilidades de intervención de la negociación colectiva en el diseño de los órganos de representación de los trabajadores en las empresas, donde el tratamiento específico de las empresas multiservicio requiere de adaptaciones a sus especialidades. Especial atención se le debe prestar al desarrollo más ambicioso de la representación sindical en la empresa y en los distintos ámbitos territoriales.

Sería conveniente que los convenios sectoriales estableciesen la preferencia aplicativa a lo pactado en dicho ámbito en materia de comisión paritaria y solución extrajudicial de conflictos y, cuando se considere oportuno, estableciesen reglas específicas para las empresas multiservicios. Mención especial merecerían la resolución de situaciones de bloqueo negocial o huelga.

Con relación al régimen disciplinario sería importante clarificar el ejercicio de las facultades por parte del empleador en las empresas multiservicios y el papel que le corresponden a efectos de control y de propuesta de sanción a las empresas clientes de las mismas cuando los trabajadores ejecuten su prestación en los locales de estas últimas.

Convendría realizar una labor aclaratoria de las reglas tipificadoras de faltas, especialmente las calificadas de muy graves, con el objetivo de generar seguridad jurídica y evitar la reiteración de hechos que pueden ser considerados similares o la fijación de normas en blanco que permiten al empresario completar los catálogos de faltas.

En caso de que se opte por tipificar como infracción laboral el uso inapropiado de los correos y comunicaciones electrónicas debe hacerse con la correlativa precisión de cuáles son las conductas prohibidas a los trabajadores, con indicación del deber por parte de la empresa de comunicar previamente a los trabajadores la extensión, alcance y naturaleza de la vigilancia que se va a efectuar, conforme a la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se recomienda adaptar las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales a la especificidad de los riesgos en las empresas multiservicios. En particular, convendría profundizar y concretar las fórmulas, instrumentos o medios de coordinación de la actividad preventiva entre las distintas empresas involucradas. Convendría evitar que la regulación convencional, con el objetivo de concienciar al trabajador de su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, produzca una traslación de las responsabilidades del empleador.

### **Propuesta dirigidas a evitar incurrir en regulaciones ilegales**

Las cláusulas de convenios de empresa que excluyen la aplicación de cualquier otro convenio colectivo de ámbito superior resultan nulas de pleno derecho, con independencia de que algunas condiciones puedan tener prioridad aplicativa por parte del convenio empresarial (art. 84.2 ET), afirmación que cobra relevancia especial en materia de prevención de riesgos laborales.

Con relación a la fijación del ámbito provincial como circunscripción en las elecciones a comité de empresa, conviene señalar que si bien la referencia al comité de empresa provincial puede encuadrarse dentro el comité conjunto (art. 63.2 ET), la regla relativa a los delegados de personal de ámbito provincial debe considerarse ilegal, salvo en los supuestos en los que la empresa posea en la provincia varios lugares de trabajo vinculados a un único centro de trabajo.

Han de considerarse nulas las cláusulas que establecen antigüedades superiores a un mes para acceder al derecho de sufragio activo en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal, aquellas que establecen limitaciones a la participación en la elección de delegados sindicales, materia esta última reservada a los estatutos de los sindicatos, así como aquellas otras que limitan la utilización del crédito de horas representativas a tareas de negociación colectiva.

Han de considerarse igualmente al margen de la legalidad aquellas cláusulas de convenios que disponen la extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador contrajera una enfermedad incompatible con el desarrollo de la prestación debida, o aquellas otras que reconocen efectos enervantes de la responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos a la negativa del trabajador a someterse a reconocimientos médicos.



confederación sindical  
de comisiones obreras