

**“EL IMPACTO DE GENERO EN LAS REFORMAS LABORALES: NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y SUBCONTRACIÓN: Especial referencia a las camareras de pisos
Kellys y a las trabajadoras de la limpieza”**

María Luisa Molero Marañón
Catedrática Derecho del Trabajo y Seguridad Social,
Universidad Rey Juan Carlos

La reforma del artículo 42 ET resulta en cierto modo decepcionante, puesto que, tras las expectativas generadas, finalmente, se ha decantado única y exclusivamente por la intervención en la aplicación del convenio colectivo aplicable en el marco de las contrataciones, con una solución excesivamente conservadora desde muy distintas perspectivas, pero de modo particular si se quiere avanzar en la perspectiva de género. Como se ilustra en la propia EM del RDL 32/2021, el uso de la externalización se ha desvirtuado gravemente respecto a su finalidad original pensada para incrementar la eficiencia empresarial derivada de una mayor especialización productiva, utilizándose como técnica de reducción de costes fijos y de incremento de precariedad de los trabajadores de las empresas contratistas, operando prioritariamente a través de la fijación de salarios inferiores.

En la última década, y a través de una descentralización sin límites que llega a alcanzar al núcleo del negocio de la principal, se han visto deterioradas las condiciones de trabajo a través de las empresas multiservicios, servicios integrales o auxiliares, que han negociado su propio convenio de empresa (más de 300 convenios de este tipo, UGT, 2018), imponiéndose por obra de la reforma 2012 al convenio sectorial aplicable (art. 84.2 ET), actuando en muchos casos como una mera intermediaria en la circulación de mano de obra a la empresa principal, al modo de una ETT, incurriendo en prácticas de cesión ilegal (art. 43 ET). Como es sabido, dichos convenios de empresa han servido para reducir los salarios que se percibían con respecto al sectorial, llegando incluso a sufrir reducciones hasta la mitad de lo que se cobraba con anterioridad en la ocupación de las camareras de pisos, no aportando mejoras cualitativas, configurando una competencia desleal entre empresas que actúan en el mismo sector. Todo ello ha conducido a una importante conflictividad judicial sobre la determinación del convenio aplicable, cuya doctrina ha servido de referencia ineludible para modificar el precepto estatutario, y que provocó la insistente reivindicación del artículo 42 ET que dio lugar a una Proposición de Ley presentada por el Grupo socialista (BOCG 1 abril 2016), y una iniciativa del PSOE y Podemos que quedó plasmada en sus Acuerdos de coalición progresista (9 septiembre 2019). Sus objetivos eran mucho más ambiciosos que los finalmente impuestos, destinados a garantizar un principio de igualdad de trato de los trabajadores que prestan sus servicios en estas empresas subcontratadas respecto a los de la

empresa principal, llegando, incluso, a proponer la limitación de la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa.

Limitándonos por razones de espacio a la determinación del convenio colectivo aplicable, es importante destacar que la reforma de 2021 contaba con un precedente fundamental para acometerla que surgió hace más de 20 años ante la grave diferenciación salarial que sufrieron los trabajadores de las ETTs en su fase inicial. En el año 1999, se reformó la Ley 14/1994 para poner freno a la precariedad, otorgando una equiparación retributiva entre los trabajadores directos de la empresa usuaria y los de la ETT, y que se extendió a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo, garantizando como suelo mínimo la retribución total establecida por el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria (que solamente podrá ser mejorado por el convenio de la ETT). Al albor de esta reforma, se instaló en nuestro tejido productivo una clara desigualdad de posición para la gestión de personal por parte de las ETTs, y las empresas subcontratadas donde no rige dicha regla de garantía salarial.

Llamativamente, la reforma de 2021 ha descartado dicha regla de equiparación, pese a ser plenamente conscientes, de que ello ocurre en “puestos y profesiones con alta ocupación femenina”, como es el de camareras de pisos o limpieza (EM RDL 32/2021), decantándose la regla estatutaria por el convenio colectivo “del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” (art. 42.6 ET), en línea con lo ya adoptado en el sector público con la aprobación de la Ley 9/2017, que impuso de una forma más directa e incondicionada la aplicación del convenio del sector sobre las condiciones salariales (art. 122.2 LCP). Por primera vez, el legislador interviene en la decisión del convenio aplicable, pero la regla otorga seguridad jurídica *relativa*, si se contempla el precepto en su conjunto, tratando de aclarar algunos aspectos que resultaban controvertidos. Así, se impone el convenio del sector de la actividad desarrollada por la contrata, en lugar del convenio colectivo de la actividad preponderante o mayoritaria, cuando se trate de una empresa multiservicios o de una contrata “multiservicios” o con varias actividades. Solución que ya había sido esgrimida por el Tribunal Supremo, que había defendido que “el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores con relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente” (STS 11 junio 2020, Rec 9/2019). Asimismo, el convenio sectorial se impondrá frente al convenio de la empresa subcontratada *sobre el régimen salarial*, por aplicación directa del artículo 84.2 ET, tal y como viene a establecer el propio artículo 42.6 ET. Indudablemente, dicha última previsión sí supone un sustancial avance porque garantiza que el convenio de empresa “posterior” no se podrá utilizar, -como se ha hecho-, para rebajar las condiciones retributivas del sector.

Ahora bien, es importante destacar que ello no neutraliza la aplicación del convenio de empresa también respecto al régimen salarial, puesto que resultará preferente siempre que haya sido negociado en primer lugar frente al sectorial, puesto que la regla no desvirtúa las reglas de concurrencia entre convenios, que se decantan por el *prior in tempore prior in iuris* (art. 84.1 ET). Y, por tanto, el convenio de empresa podrá ser aplicado en su integridad, tanto si ha sido negociado en primer lugar, como si se negocia posteriormente al convenio sectorial, pero en este caso con la excepción del régimen de retribuciones (arts. 42.6 ET y 84.2 ET), o en última instancia cuando no exista convenio sectorial de referencia. Consecuentemente, la negociación colectiva de empresa, y en particular, los convenios de las empresas multiservicios, continúan teniendo un importante margen de actuación, pudiendo perseverar en prácticas de devaluación salarial.

Por tanto, la previsión del artículo 42.6 ET sobre el convenio del sector no cambia realmente las reglas de aplicación anteriores a la reforma de 2021 admitidas por la jurisprudencia, siendo más relevante la reforma del artículo 84.2 ET a estos efectos. Ahora bien, el problema mayor que se produce para esta profesión deriva a la hora de seleccionar el convenio sectorial aplicable a la “actividad desarrollada en la contrata”, puesto que en sede judicial se ha planteado con relativa frecuencia, si a estas empleadas les corresponde la aplicación del convenio de la actividad de limpieza, como invocan las empresas subcontratadas o, el de hostelería que defiende el colectivo de las Kellys. Y hay que indicar que la Sala Cuarta se ha decantado, a salvo de una previsión convencional distinta, para la regulación de las condiciones salariales de estas trabajadoras por la aplicación del convenio sectorial de limpieza (STS 12 febrero 2021, Rec 2839/2019 y 11 noviembre 2021, Rec 3330/2019), puesto que, según ha razonado, las contratas o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación del convenio aplicable a la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal (STS 12 marzo 2020, Rec 209/2018), como sucede en la ocupación del departamento de pisos, salvo que incurra en cesión ilegal (art. 43.4 ET). De esta forma, el Alto Tribunal ha concluido que “el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista será el que resulte de aplicación a esta última empresa”, y “no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por una empresa hotelera” (STS 11 noviembre 2021, Rec 3330/2019), al entender que el servicio contratado es el “servicio de limpieza de las habitaciones”.

Bajo nuestro punto de vista, se obvia la esencialidad que tiene en la valoración de esta actividad, el elemento locativo de realización en un establecimiento hotelero que implica una valoración distinta del trabajo *per se* frente al que se realiza en un lugar diferente, como una escuela, residencia de ancianos o un hospital. El lugar de prestación de servicios se convierte en un factor crucial para la determinación del convenio aplicable, que no debía ser minusvalorado en el juicio, seleccionando el convenio de limpieza, frente al de hostelería, puesto que la valoración de una actividad laboral esta en estrecha conexión con su significado (o utilidad patrimonial) para la empresa que recibe dicha prestación de servicios. Y por ello, es importante también destacar que las tareas que realiza una camarera de pisos va más allá de las que desempeña una trabajadora de limpieza, que implica una mayor responsabilidad y polivalencia en la tarea (Vid. art. 17 AEH y la STSJ Andalucía 6 marzo 2019). A este respecto, tenemos serias dudas que la reforma del artículo 42.6 ET imponga un cambio de interpretación, cuya redacción debería haber sido más taxativa en aras de la modificación del criterio jurisprudencial, que en todo caso se debería adoptar, al ser el más ajustado a derecho respecto a la actividad realizada por estas trabajadoras, si se juzga con perspectiva de género (Vid. Voto Particular STS 12 febrero 2021, Rec 2839/2019).

En este sentido, no se debería soslayar en la valoración de determinación del convenio aplicable, (arts. 4 y 15 LOI), cuando se trata de una profesión eminentemente feminizada, como sucede con las camareras de pisos, y en menor medida con la actividad de limpieza, que la elección de un convenio distinto al sectorial aplicable a la empresa principal, que establezca condiciones diferenciales y degradadas frente al mismo trabajo o de igual valor que los empleados directos del hotel, podría constituir una discriminación indirecta (Vid. Voto Particular STS 20 noviembre 2015, Rec 104/2015), proscrita de forma especialmente grave, cuando dicha minoración afecta a su retribución, puesto que es claro que el resultado de la aplicación de este convenio perjudica notoriamente al empleo feminizado (Vid. art. 28 ET y RD 902/2020, y Propuesta de Directiva de transparencia retributiva para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de 4 marzo 2021). Y es que a través de esta estrategia empresarial de articulación jurídica, las empresas principales hoteleras descentralizan dicha actividad y aumentan su beneficio empresarial a costa de la grave

rebaja salarial de estas empleadas. Se consigue así ahondar en la brecha salarial que se está tratando de combatir vigorosamente en nuestras fronteras y en el marco de la Unión, y que puede quedar vacía de contenido a través de la elección del convenio colectivo aplicable, en el que pueden estar implicados sesgos de género, al tratarse de una operación jurídica que rebasa un mero juicio fáctico en el que está implicado el principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres que debería haberse considerado, y que en su defecto aboca a los colectivos externalizados a una grave precariedad de sus condiciones de trabajo.

Finalmente, la norma estatutaria abre una nueva alternativa frente a la regla general que alude a la “previsión de que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Dicha expresión que ha suscitado serias dudas sobre su significado consideramos que hace referencia precisamente a lo que ha sucedido con las camareras de pisos en la negociación colectiva pactada en el sector de hostelería para poner coto a las prácticas abusivas que se estaban dando con este colectivo. Ello ha supuesto que se introdujera con elevada frecuencia en los convenios provinciales de hostelería, la obligación de que la empresa principal que pretenda subcontratar el departamento de pisos incorpore en el contrato mercantil celebrado con la subcontratada, la cláusula de que a los trabajadores de la subcontratista se le aplique el convenio del sector de hostelería aplicable a la empresa principal, en lugar del aplicable a la empresa subcontratada (son reiteradas las cláusulas de este tenor: artículo 3 Convenio Colectivo para el sector de hostelería de Córdoba 2021-2013: “Las empresas hosteleras que contraten o subcontraten con otros los servicios de los departamentos de pisos, restaurante bar, cocina y recepción, incluirán en el contrato que lo sustente la obligación del contratista de respetar las condiciones del presente convenio. En caso de no hacerlo, si no se aplicara el convenio, recaerá sobre la empresa principal la responsabilidad solidaria de las diferencias salariales (BOP Córdoba nº 181, 22 septiembre 2021)). Es decir, por previsión expresa del convenio aplicable a la empresa principal, se desplaza tanto al convenio colectivo de la empresa subcontratada, como al sectorial de la actividad desarrollada por esta última, siendo dichas cláusulas legitimadas por el Tribunal Supremo, al vincular a las empresas principales que están representadas por la asociación patronal negociadora de su convenio colectivo (STS 11 junio 2020, Rec 9/201), pese a que tienen efecto directo sobre terceras empresas subcontratadas que deberán asumir condiciones de trabajo de un convenio en el que no estuvieron representadas, pero que claro esta conservan su libertad de empresa para contratar o no con las principales, respetándose la libre competencia.

Hasta ahora han sido 30 provincias, entre ellas algunas nucleares para el sector turístico -Málaga, Valencia y Baleares, entre otras- que suman el 67 por 100 de las plantillas del sector, las que han previsto dicha solución jurídica. A nuestro juicio, dicha respuesta se debería haber adoptado por la norma estatutaria (art. 42.6 ET), garantizando un principio de equiparación de condiciones, entre las empleadas directas de la principal y las suministradas por las contratistas cuando realizan el mismo trabajo definido en nuestro caso por el V Acuerdo Estatal del sector de hostelería (art. 17 D.c Camareros/as de piso), evitándose así el tratamiento discriminatorio que se estaba produciendo desde hace años por vía de esta estrategia empresarial. La ley de esta forma recurre a la negociación colectiva para neutralizar la aplicación del convenio aplicable a la empresa subcontratada, en lugar de intervenir directamente con un mandato parificador de condiciones, que evite dichas graves consecuencias que tienen un incuestionable impacto de género. Se está dejando en manos de la autonomía colectiva el freno a la precariedad salarial en este ámbito, que está provocando un deterioro grave de las condiciones de trabajo de estas empleadas respecto a las contrataciones directas, que no se ve solucionado de forma clara y segura por la reforma laboral de 2021. El artículo 42 ET debería haber apostado por una intervención legal mucho más garantista en favor

del principio de equiparación de condiciones con los trabajadores de la principal, que se entiende no ha sido posible en aras de que la reforma laboral se fraguase en el seno del dialogo social. Asimismo, se echa en falta aquellos planteamientos que abogaban por una limitación en las actividades objeto de subcontratación, cuando forman parte del corazón del negocio o núcleo central de la actividad; en nuestro caso en un establecimiento hotelero, que no se puede olvidar soporta uno de los sectores más productivos de nuestro país como es el turismo, en el que llama la atención que se descuide de esta forma tan grave a una de las columnas vertebrales de dicha actividad que es el servicio de alojamiento que descansa de forma esencial en el trabajo de dichas empleadas.

Indudablemente, y lo dejaremos para mejor ocasión, no podemos dejar de valorar muy positivamente la reforma 2021 con respecto a la estabilidad en el empleo que sin duda impactara en el generado en las contratas y subcontratas bajo la generalización del contrato fijo discontinuo (art.16.1 ET), así como la subida del salario mínimo interprofesional en sus condiciones retributivas; no obstante, la asignatura pendiente en estos sectores vendra de la necesaria reforma de la parcialidad en la contratación que es generalizada en estas ocupaciones feminizadas. Ahora bien, la determinación del convenio aplicable continuara siendo una cuestión controvertida, puesto que, lejos de un criterio único, convergen tres reglas distintas potencialmente posibles, que estamos convencidos continuará produciendo una importante conflictividad judicial. Al fin y a la postre, no se ha aprovechado por el legislador una oportunidad de oro para evitar de forma clara y segura la degradación de condiciones que actúa por la aplicación de un convenio colectivo distinto de la principal. Esperemos que la negociación colectiva de estos sectores, la jurisprudencia aplicable, o una futura reforma del Estatuto de los Trabajadores se atreva a dar el paso necesario que definitivamente cambie la posición de miles de trabajadoras que prestan servicios en estas ocupaciones y sectores intensivos en mano de obra, claramente feminizados.