

## DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, ¿DE PROPIA ACTIVIDAD?\*

*STSJ Castilla y León, Burgos, de 5 de octubre de 2023  
ECLI:TSJCL:2023:3734*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Desde el 1 de marzo de 2022, un trabajador presta servicios para Nortex Outsourcing Global, SL en virtud de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo. Dicha relación laboral se enmarca en un contrato mercantil de prestación de servicios suscrito, también el 1 de marzo de 2022, entre la sociedad anteriormente mencionada y Strunor Construcciones Metálicas, SL; estableciéndose así un supuesto clásico de relación triangular a propósito de una decisión de subcontratación. Tras escasos meses de ejecución de la contrata, la empresa comitente comunica a la contratista su decisión de rescindir el contrato mercantil. En consecuencia, la contratista comunica al trabajador la extinción del contrato de trabajo, abonando la indemnización por despido objetivo más el preaviso conforme a su convenio colectivo.

**RESUMEN:** La sentencia que protagoniza el presente trabajo propone una interesante -y controvertida- interpretación del art. 42.6 ET. Bastaría una breve lectura de tal precepto para advertir la complejidad que plantea su interpretación; como compleja ya era la situación previa a la reforma, configurada por una serie de pronunciamientos de la Sala cuarta dictados entre 2019 y 2021. Ante este paradigma, resulta imprescindible realizar un seguimiento de los pronunciamientos judiciales que interpretan art. 42.6 ET; entre los que destaca la sentencia objeto de comentario.

Entre las numerosas incógnitas interpretativas derivadas del art. 42.6 ET, la resolución examinada aborda una cuestión que apenas ha sido debatida en sede judicial: el concepto de propia actividad como elemento configurador del

\*Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación PID2022-1394880B-100 DER “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, financiado por MCIN 10.13039/501100011033.

nuevo art. 42.6 ET; en otras palabras, si las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo se aplican a cualquier contrata o únicamente a las de propia actividad. Si bien desde la doctrina parecía existir un consenso casi unánime en torno a esta cuestión, la sentencia objeto de estudio propone una solución contraria, concluyendo que el art. 42.6 ET se aplica exclusivamente “cuando las empresas contratan o subcontratan su propia actividad”. En este escenario, resulta pertinente analizar la STSJ Castilla y León, Burgos, 5-10-2023, no sin antes plantear un breve acercamiento tanto al marco teórico como a las principales resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ACERCAMIENTO AL MARCO TEÓRICO
  - 2.1. El concepto de propia actividad
  - 2.2. Convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas
  - 2.3. Conexión entre propia actividad y convenio colectivo aplicable en la subcontratación
3. PRIMERAS INTERPRETACIONES JUDICIALES
4. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ANÁLISIS
  - 4.1. Relato fáctico
  - 4.2. Íter procesal
  - 4.3. Fundamentación jurídica
  - 4.4. Fallo de la sentencia
5. VALORACIÓN CRÍTICA

## 1. INTRODUCCIÓN

Parece innecesario incidir en el papel central que ostenta la negociación colectiva en la protección del trabajo en contratas. La selección de convenio colectivo aplicable permite determinar las concretas condiciones laborales de cualquier trabajador, incluyendo aquellos inmersos en procesos de descentralización productiva<sup>1</sup>. En contraposición, desde hace ya algunos años, la doctrina iuslaboralista, tanto española como extranjera, han alertado acerca de la evidente tensión entre norma y realidad normada provocada por la descentralización productiva<sup>2</sup>. Aunando ambas ideas, los procesos de externalización condicionan

<sup>1</sup> Esteve Segarra, A. *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 31; Thibault Aranda, J. “Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas” en Pérez de los Cobos Orihuel, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 115 y ss.

<sup>2</sup> En España, a modo de muestra, Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, pp. 24. Respecto

la efectividad del Derecho del Trabajo en su vasta extensión, incluyendo la esfera colectiva<sup>3</sup>. En concreto, las nuevas formas de organización empresarial ponen en cuestión, entre otras instituciones del Derecho colectivo, las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable<sup>4</sup>. El paradigma recién descrito podría explicar la conflictividad judicial, seguida de la doctrinal, en torno a la determinación del convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas. Con el propósito de zanjar esta cuestión, entre muchos otros ambiciosos objetivos según su exposición de motivos, el RD-ley 32/2021 introduce en el art. 42 ET un nuevo apartado, el sexto en la actualidad.

Atendiendo a ciertos elementos, no sería descabellado pensar que el art. 42.6 ET parece haber resuelto el problema. A modo de ejemplo, mientras que el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva hace énfasis en la necesidad de reformar el régimen jurídico de la subcontratación, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación, firmado después de la reforma, apenas hace alusión a tal institución, al margen de una referencia indirecta vinculada al contrato fijo-discontinuo<sup>5</sup>. En esta misma dirección, a pesar de que la reducción de la precarización vinculada a la subcontratación ha formado parte de las prioridades en materia laboral del Ministerio de Trabajo en la legislatura anterior, el acuerdo de Gobierno de los partidos que ostentan el Gobierno en España en la actualidad apenas hace referencia a tal cuestión, al margen de una mención tangencial en línea con la reducción de la morosidad en la contratación pública<sup>6</sup>.

a países de nuestro, en concreto Francia, véase Lyon Caen, A. “À propos de l’entreprise éclatée”, *Droit ouvrier*, 1981, pp. 128 y ss.

<sup>3</sup> Vid. Sáez Lara, C. “Externalización productiva y tutela de los trabajadores”, *Documentación laboral*, 2016, pp. 14-15.

<sup>4</sup> Sobre subcontratación y representación y acción colectiva, entre otros, respectivamente, Gala Durán, C. “Los derechos de los representantes de los trabajadores en el marco de la subcontratación de obras y servicios” en Solà Monells, X. Esteban Legarreta, R. (coord.). *La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, Comares, Granada, 2021, pp. 83-118; Escribano Gutiérrez, J. “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, *Tema laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 110, 2011, pp. 195-206.

<sup>5</sup> Respectivamente, Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE-A-2018-10096) y Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE-A-2023-12870).

<sup>6</sup> “España Avanza. Una nueva coalición de gobierno progresista. PSOE-SUMAR”. (Consulta digital).

A nuestro parecer, al menos en materia de convenio colectivo aplicable, el problema persiste. La cuestión ahora no es la falta de acomodación entre norma y realidad normada, sino la compleja interpretación del nuevo marco jurídico, influenciado -para bien y para mal- por su origen negociado<sup>7</sup>. En definitiva, surgen nuevas incógnitas teóricas, con un evidente reflejo en la práctica, que a su vez se interrelacionan con cuestiones previas a la reforma. Desde una visión panorámica, es posible ordenar dichas dudas hermenéuticas en torno a tres ejes, de menor a mayor generalidad. En primer lugar, se requiere la exégesis de ciertos términos y expresiones introducidos por la norma, tales como “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III” o “convenio propio”. En segundo lugar, resulta imprescindible aclarar la propia articulación del precepto, es decir, cómo se relacionan entre sí los diferentes convenios colectivos apuntados por el art. 42.6 ET; lo que entre la doctrina se ha denominado “el orden de lectura” del artículo, ya sea descendente o ascendente. En tercer lugar, cabe cuestionar el propio ámbito de aplicación del art. 42.6 ET. En esta dirección, conviene cuestionar si dicho precepto está condicionado a la concurrencia del “delicuescente y circunstancial” concepto de propia actividad o si, por el contrario, se aplica a cualquier contrata y subcontrata.

El presente trabajo surge con el propósito de reflexionar acerca de este último interrogante. Para ello, tras revisar someramente el marco teórico en cuestión, se acudirá a las primeras resoluciones judiciales que aplican y/o interpretan el art. 42.6 ET, centrando especial atención en la STSJ de Castilla y León, Burgos 5-10-2023 (ECLI:TSJCL:2023:3734), resolución que protagoniza el presente comentario.

## 2. ACERCAMIENTO AL MARCO TEÓRICO

Lejos de parecer trivial, la intersección entre propia actividad y convenio colectivo aplicable es un aspecto de suma relevancia. En efecto, calificar el concepto de propia actividad como elemento configurador del nuevo art 42.6 ET reduciría notablemente su campo de aplicación, condicionando a su vez su efectividad y eficacia. Además de relevante, el objeto del presente estudio presenta notable dificultad al poner en conexión dos elementos intrínsecamente complejos. Por esta razón, antes de abordar la intersección propiamente dicha, resulta recomendable esbozar unas ideas básicas sobre ambas figuras, prestando especial atención a su evolución jurisprudencial.

<sup>7</sup> La doctrina española ya ha reflexionado acerca de los aspectos positivos y negativos de la naturaleza paccionada de la reforma. Casas Baamonde, M.E. “La AEDTSS destaca el diálogo social, la flexibilidad interna y la lucha contra la temporalidad como puntos clave de la reforma”, *Colección briefs AEDTSS*, 2022; Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. “El trasfondo eurounitario del Real Decreto-ley 32/2021”, *Colección briefs AEDTSS*, 2022.

## 2.1. El concepto de propia actividad

La expresión propia actividad se introduce en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del Decreto 3677/1970. Dicha normativa, antecedente próximo del actual art. 42 ET, regula por primera vez en España desde un prisma jurídico-laboral tanto la cesión ilegal de trabajadores como la contratación y subcontratación de obra y servicio<sup>8</sup>. Desde este momento hasta la actualidad, el concepto de propia actividad representa uno de los elementos que configuran el supuesto de hecho del art. 42 ET, precepto vertebrador de la normativa sobre subcontratación. Cabría subrayar, en este punto, la prácticamente exacta coincidencia entre el supuesto de hecho de 1970 y el de la actualidad<sup>9</sup>.

Ante el silencio del legislador<sup>10</sup>, el TS ha sido el responsable de esbozar los contornos del concepto en cuestión. A partir de tres importantes resoluciones dictadas en la década de los noventa, la Sala cuarta ha vinculado la noción de propia actividad a la teoría de la inherencia, en detrimento de la teoría de la indispensabilidad<sup>11</sup>. Aunque esta posición se ha mantenido hasta día de hoy, la evolución jurisprudencial no está exenta de confusión. Sumado al carácter eminentemente casuístico reconocido por el propio TS, en la actualidad la delimitación de la noción de propia actividad sigue siendo objeto de una intensa controversia judicial y, por extensión, doctrinal<sup>12</sup>.

## 2.2. Convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas

Con carácter general, al margen de subcontratación, la determinación del convenio colectivo aplicable no es una cuestión baladí<sup>13</sup>. Esta decisión requiere conjugar el principio de libertad de las partes en la fijación de la unidad de negociación con el resto de las previsiones del título III del ET sobre estructura y

<sup>8</sup> Vid. Martín Valverde, A. “Interposición y mediación en el contrato de trabajo. Análisis del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre”, *Revista de política social*, núm. 91, 1971; Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *Revista de política social*, núm. 93, 1972.

<sup>9</sup> “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad...” (1970); “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas” (2024).

<sup>10</sup> Es posible encontrar alguna Proposición de Ley que sugiere una definición de propia actividad. Vid. Proposición de Ley de modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, 9 de septiembre de 2016.

<sup>11</sup> Entre todos, véase con exhaustividad Nores Torres, L.E. *El trabajo en contratas: la noción de “contrata de propia actividad”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>12</sup> Entre las más recientes véase SSTS 26-4-2023 (ECLI:ES:TS:2023:1948); 26-9-2023 (ECLI:ES:TS:2023:3922). En ese doctrinal, Vila Tierno, F. “La propia actividad como ejemplo de concepto jurídico indeterminado”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 4, 2023.

<sup>13</sup> Recientemente, Thibault Aranda, J. *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

articulación de la negociación colectiva<sup>14</sup>. Esta labor no siempre es sencilla, lo que provoca a su vez una intensa conflictividad tanto teórica como práctica<sup>15</sup>.

Para más inri, la generalización de la subcontratación, estrechamente vinculada al origen de las empresas multiservicios, tensiona las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable<sup>16</sup>. En los últimos años, nuestro Alto Tribunal ha dictado relevantes pronunciamientos sobre el convenio colectivo aplicable a los escenarios empresariales afectados por la subcontratación. Sin pretensión de plantear un análisis que excede la naturaleza del presente trabajo, conviene identificar los rasgos generales de la jurisprudencia previa a la reforma de 2021. Atendiendo a los pronunciamientos casacionales sobre la materia dictados entre 2019 y 2021, es posible destacar tres aspectos principales. Primero, la concurrencia de propia actividad no supone la aplicación automática del convenio colectivo de la empresa principal<sup>17</sup>. Dichas sentencias recuerdan que el silencio del legislador, en contraposición con el art. 11 LETT, no implica la equiparación de condiciones entre trabajadores de la parte contratante y contratista<sup>18</sup>. Segundo, la determinación del convenio colectivo de la contratista depende de la actividad efectivamente desarrollada por la contrata, no por la actividad preponderante en la empresa; apreciación especialmente relevante en los supuestos de empresas multiservicios<sup>19</sup>. Tercero, la norma anterior cede ante la existencia de “convenio colectivo propio” de la contratista, sea considerada o no empresa multiservicios<sup>20</sup>. Además de las controversias relativas a la selección del convenio colectivo aplicable en sentido estricto, habría que tener en cuenta los litigios relativos a convenios colectivos de empresas multiservicios impugnados por falta de legitimación de las partes negociadoras, así como a convenios sectoriales impugnados por afectar a sujetos no partícipes en la negociación<sup>21</sup>.

En este complejo contexto judicial se inserta el nuevo art. 42.6 ET. Aunque la exposición de motivos del RD-ley 32/2021 no hace referencia expresa a la

<sup>14</sup> Una revisión panorámica al respecto en Navarro Nieto, F. *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Bomarzo, Albacete, 2009.

<sup>15</sup> Como muestra de ello, la propia normativa procesal-laboral reconoce un procedimiento específico de impugnación de convenios colectivos (arts. 163-166 LRJS).

<sup>16</sup> A modo de muestra, véase Cabeza Pereiro, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva: balance en tiempos de cambio”, *Revista de Derecho social*, núm. 90, 2020, pp. 201-232; Rojas Rivero, G. “Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicios” en A.A.V.V. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 2018, pp. 275-315.

<sup>17</sup> STS 12-2-2021 (ECLI:ES:TS:2021:486); 11-11-2021 (ECLI:ES:TS:2021:4199).

<sup>18</sup> STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718).

<sup>19</sup> STS 22-2-2019 (ECLI:ES:TS:2019:713); 11-6-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1957).

<sup>20</sup> STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718).

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, STS 17-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1175).

situación judicial recién descrita<sup>22</sup>, la doctrina iuslaboralista se ha encargado de subrayar la estrecha vinculación entre la jurisprudencia y el nuevo marco legal. La propia terminología empleada por el legislador invita a sostener dicha posición. Destaca, entre otras cuestiones, el empleo de los términos “convenio propio” o “actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”<sup>23</sup>. Sobre la base de la mencionada interrelación, entre las aportaciones doctrinales parece advertirse dos opciones predominantes. Por un lado, el RD-ley 32/2021 positiviza la solución previamente planteada por la Sala cuarta<sup>24</sup>. Por otro lado, el actual art. 42.6 ET, si bien inspirado e influenciado por la jurisprudencia previa, aporta una solución singular al problema en cuestión<sup>25</sup>.

### 2.3. Conexión entre propia actividad y convenio colectivo aplicable en la subcontratación

Al margen de la dicotomía anterior, el tenor legal del art. 42.6 ET supone un verdadero desafío hermenéutico para los juristas del trabajo. Siguiendo la sistemática anteriormente planteada, las numerosas y complejas incógnitas podrían articularse en torno a tres ejes: primero, exégesis de los conceptos; segundo, articulación de las soluciones, esto es, el denominado “orden de lectura”; y tercero, ámbito de aplicación del precepto y la capacidad delimitadora del término propia

<sup>22</sup> Por su parte, la exposición de motivos sí menciona expresamente la como sí hace respecto a la STS 29-12-2020 (ECLI:ES:TS:2020:4383) sobre el empleo del extinto contrato de obra y servicio en el marco de la subcontratación. Al respecto, véase Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 75, 2021.

<sup>23</sup> Por ejemplo, el concepto “convenio propio” o “convenio colectivo propio” no había sido empleado en el ET hasta su introducción en el art. 42.6. ET. Sin embargo, la STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718) utiliza dichos términos reiteradamente. Por otro lado, existe un notable paralelismo entre la expresión “actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” y la solución de la STS 11-6-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1957). Esta similitud ha sido subrayada por uno de los Magistrados que fue ponente de dos de las cuatro sentencias anteriormente examinadas. Véase, García-Perrote Escartín, I. “Subcontratación y convenio colectivo aplicable: El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo”, *Revista de estudios jurídico-laborales y de Seguridad Social*, núm. 5, 2022, p. 56.

<sup>24</sup> Entre otros, véase De la Puebla Pinilla, A. “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contrata y subcontratas”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 88, 2022: “Esta previsión, al margen de las puntualizaciones que se efectúan más adelante, supone, (...) generalizar la solución que la jurisprudencia había ofrecido para las empresas contratistas carentes de convenio colectivo de empresa y que recientemente ha extendido también a las empresas multiservicios”.

<sup>25</sup> Apunta en esta dirección, a modo de ejemplo, Castro Arguelles, M.A. “Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021”, *Revista crítica de relaciones laborales*, núm. 4, 2022, p. 50. “la nueva redacción del art. 42.6 ET tampoco reproduce de forma literal estos criterios jurisprudenciales”

actividad. Como se ha mencionado anteriormente, el presente trabajo gira en torno a esta última controversia.

El tenor literal del art. 42.6 ET omite cualquier referencia al concepto de propia actividad. Sin embargo, entre las numerosas aportaciones doctrinales que han analizado el RD-ley 32/2021 parece existir cierto consenso sobre la aplicación del art. 42.6 ET a cualquier contrata o subcontrata, al margen de la concurrencia de propia actividad. Sin embargo, la existencia de aportaciones en sentido contrario impide que dicho consenso se transforme en unanimidad. Es posible localizar, al menos, dos posiciones que sostienen que el art. 42.6 ET se aplica exclusivamente a las contratas de propia actividad.

Respecto a la primera posición, se ha sostenido que el art. 42.6 ET se limita a las contratas de propia actividad dado que, por un lado, la expresión “corresponda ésta a la actividad propia de la principal o a otra distinta” barajada en los trabajos preparatorios se ha eliminado del texto definitivo. De otro lado, se ha hecho referencia a la nota de prensa sobre la reforma publicada por los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social que declara que “la nueva norma regula, por tanto, en base a la actividad propia de la empresa...”<sup>26</sup>. No obstante, como de manera inmediata se puso de manifiesto desde la doctrina, por un lado, durante los trabajos preparatorios se planteó la aplicación del convenio de la empresa principal a las contratas de propia actividad y el convenio sectorial, al resto de contratas. De ese modo, la versión definitiva del art. 42.6 ET parece más próxima a la solución propuesta para el resto de las contratas. De otro lado, desde la doctrina también se ha subrayado la ausencia de valor jurídico de notas de prensa<sup>27</sup>.

La segunda posición va aún más allá al sostener que el art. 42.6 ET debería estar limitado, además de al concepto de propia actividad, a la concurrencia locativa en las instalaciones de la empresa principal. Esta propuesta se justifica en que, con mayor frecuencia, la disparidad entre condiciones laborales de los trabajadores de la empresa contratante y contratista se produce cuando la subcontratación concierne a la propia actividad y se desarrolla en las instalaciones de la empresa principal<sup>28</sup>. A nuestro parecer, la disparidad de condiciones laborales mencionada se puede producir en cualquier contrata. Más bien al contrario, la menor protección dispensada a las contratas que no son de propia actividad podría propiciar una mayor disparidad de condiciones laborales. Más aún, el hecho de circunscribir el art. 42.6 ET a una tipología tan específica de supuestos parece ir en contra del

<sup>26</sup> De Castro Marín, E. “La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?”, *Diario La Ley*, 2021, pp. 14 y ss.

<sup>27</sup> Ambas refutaciones fueron planteadas en Nores Torres, L.E. “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos: revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, vol. 3, 2021, pp. 77-78.

<sup>28</sup> Martín Jiménez, R. “Subcontratación de obras y servicios”, *Revista de Derecho laboral vLex*, núm. 5, 2022, p. 121.

objetivo mismo de homogenizar condiciones laborales. Además de lo anterior, sobra recordar que el requisito locativo, si bien supuso una propuesta interesante a finales del siglo pasado, en la actualidad ha sido superado por las nuevas formas de organización económica<sup>29</sup>.

A excepción de los planteamientos recién descritos, la mayor parte de la doctrina iuslaboralista aboga por la aplicación del art. 42.6 ET a cualquier contrata. Conviene, sin embargo, revisar los argumentos que justifican tal postura. Para comenzar, la referencia “con independencia del objeto social y forma jurídica” que plantea el art. 42.6 ET permite sostener una interpretación amplia del precepto<sup>30</sup>. Asimismo, la decisión de excluir expresamente a los centros especiales de empleo del art. 42.6 ET, en virtud de la nueva D.A. 27<sup>a</sup>, permite concluir que el resto de los supuestos sí estarían amparados por la norma<sup>31</sup>. Adicionalmente, el precepto que identifica el convenio colectivo aplicable en la normativa de contratación pública, art. 122 LCSP, se aplica a toda contrata, al margen de la exigencia de propia actividad<sup>32</sup>. Por otro lado, la visión amplia del art. 42.6 ET podría encontrar su razón de ser en la exposición de motivos de la norma. Los -ambiciosos- objetivos marcados por la misma se dirigen a la totalidad de las contrata, no exclusivamente a las de propia actividad<sup>33</sup>. En esta misma dirección, los problemas de abusos que se pretenden atajar mediante el art. 42.6 ET se manifiestan en todas las operaciones de subcontratación<sup>34</sup>. En último lugar, desde una perspectiva sistemática, se ha sostenido que tanto el título del artículo 42, “subcontratación de obras y servicios”<sup>35</sup>, como la ubicación del apartado 6, entre los derechos de información y representación, permiten concluir que la intención del legislador

<sup>29</sup> Sobre el particular, véase Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. “El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996, pp. 27-34.

<sup>30</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6 ET como medida correctora”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 11, núm. 1, 2023, p. 545.

<sup>31</sup> Rojo Torrecilla, E. “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 467, 2022, pp. 96-97; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 545.

<sup>32</sup> Cruz Villalón, J. “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 161, 2022, pp. 53-54.

<sup>33</sup> Al respecto, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 545, Escudero Prieto, A. “La determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas”, *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 8, 2023, p. 71, Nores Torres, L.E. “La reforma del art. 42 ET... op. cit. pp. 77-78.

<sup>34</sup> Cruz Villalón, J. “Texto y contexto de la reforma... op. cit. pp. 53-54.

<sup>35</sup> Sala Franco, T. *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 87; Cruz Villalón, J. “Texto y contexto de la reforma... op. cit. pp. 53-54;

consiste en aplicar dicha normativa a la totalidad de las contrata y subcontratas<sup>36</sup>. En esta dirección, atendiendo a la literalidad del precepto, se ha defendido que el concepto de propia actividad no puede entenderse aplicable a los apartados donde no se menciona expresamente<sup>37</sup>.

A nuestro parecer, estas últimas argumentaciones debes ser analizadas con cautela. De un lado, al examinar el precepto en cuestión desde una perspectiva sistemática habría que tener en cuenta, además de la relación entre los diversos preceptos del art. 42 ET, su ubicación en el marco de la norma estatutaria en su conjunto. Como mera hipótesis, el hecho de ubicar las reglas sobre convenio colectivo aplicable en el art. 42 ET, y no en el título III, más que un error sistemático<sup>38</sup>, podría reflejar la intención del legislador de vincular el nuevo precepto al concepto de propia actividad. Si el precepto objeto de análisis se hubiera ubicado en el título III, dedicado como se sabe a regular la negociación colectiva en su conjunto, no existirían dudas acerca de su aplicación a cualquier contrata o subcontrata. Admitiendo el interés teórico de este argumento, consideramos que no es suficiente para justificar que el art. 42.6 ET sea aplicable exclusivamente a las contrata de propia actividad.

De otro lado, conviene revisar el planteamiento según el cual el requisito de propia actividad solo es exigible respecto a los apartados en los que se establece de manera explícita. En esta dirección, desde la doctrina se ha afirmado que el requisito de propia actividad es predicable respecto a los dos primeros apartados o respecto a los apartados referidos a la responsabilidad solidaria<sup>39</sup>. Sin embargo, si se atiende al tenor legal del art. 42 ET, solo el primer apartado contiene el término en liza. Desde una interpretación estrictamente gramatical, el concepto de propia actividad sería predicable exclusivamente respecto del deber de comprobación

<sup>36</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 545, Lahera Forteza, J. *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 53-54; Nores Torres, L.E. “La reforma del art. 42 ET... op. cit. pp. 77-78.

<sup>37</sup> Cruz Villalón, J. “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos: revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, 2022, p. 414: “Es cierto que, en ocasiones, el precepto de referencia establece reglas de responsabilidad exclusivamente dirigidas a las que lo son de la propia actividad, pero cuando no figura una referencia explícita a este tipo de contrata la regulación no se restringe a las mismas.” De la Puebla Pinilla, A. “El impacto de la reforma laboral... op. cit.: “por más que alguno de sus preceptos —en particular, los referidos a la responsabilidad solidaria— vayan referidos exclusivamente a las contrata de la propia actividad”; Thibault Aranda, J. “Las condiciones de trabajo... op. cit. p. 120: “Solo los apartados 1 y 2 reconocen sus previsiones a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad”.

<sup>38</sup> Pérez Guerrero, M.L. “La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos”, *Trabajo, persona, derecho y mercado: Revista de estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección social*, 2022, p. 171; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 544.

<sup>39</sup> De la Puebla Pinilla, A. “El impacto de la reforma laboral... op. cit.; Thibault Aranda, J. “Las condiciones de trabajo... op. cit. p. 120.

y eventual exoneración. Sin embargo, a nuestro juicio, aunque no se menciona expresamente, el segundo apartado relativo a la responsabilidad solidaria también está condicionado al concepto de propia actividad. La evolución legislativa y la sucesiva interpretación jurisprudencial, no la literalidad de la norma, permiten explicar esta situación. A nivel telegráfico, hasta 2001, el art. 42 ET solo estuvo compuesto de dos apartados: el primero contenía el supuesto de hecho y la primera consecuencia jurídica, el deber de comprobación y eventual exoneración, mientras que el segundo apartado albergaba la segunda consecuencia jurídica, la extensión de responsabilidad solidaria a un sujeto que no formaba parte del contrato de trabajo, el empresario comitente. Hasta tal fecha, el supuesto de hecho, incluyendo el requisito de propia actividad, era predicable respecto a los dos apartados del art. 42 ET. De hecho, la definición de propia actividad aportada por la Sala cuarta a finales del siglo pasado está estrechamente vinculada a la responsabilidad solidaria<sup>40</sup>. Cuando, a propósito de la Ley 12/2001, se introducen los primeros derechos de información en el marco del art. 42 ET, la jurisprudencia sobre propia actividad sigue teniendo en cuenta la responsabilidad solidaria a la hora de definir la noción de propia actividad<sup>41</sup>. Esto permite, en definitiva, sostener que el concepto de propia actividad también condiciona la aplicación del segundo apartado, aunque literalmente no lo mencione. En contraposición, dicho término no limitaría el ámbito de aplicación de los derechos de información y representación<sup>42</sup>. En cualquier caso, aunque coincidimos con la conclusión sostenida en sede doctrinal -el requisito de propia actividad solo condiciona el primer y segundo apartado del art. 42 ET- discrepamos de la argumentación. La literalidad de la norma contemporánea no ofrece información suficiente para valorar el alcance del concepto de propia actividad como elemento configurador del ámbito de aplicación del art. 42 ET, razón por la cual es necesario atender a la interpretación jurisprudencial.

A modo de resumen, la mayor parte de la doctrina iuslaboralista, salvo algunas argumentaciones disonantes -y hasta cierto punto superadas-, sostiene que

<sup>40</sup> Véase con exhaustividad la argumentación la STS 29-10-1998 (ECLI:ES:TS:1998:6296): “El fundamento de esta interpretación (teoría inherencia) estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata. En esta misma dirección, STS 24-11-1998 (ECLI:ES:TS:1998:6980): “Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente”.

<sup>41</sup> Entre las más recientes, véase STS 21-2-2018 (ECLI:ES:TS:2018:761).

<sup>42</sup> Una de las primeras -y más sólidas- argumentaciones a favor de aplicar los derechos de información y representación a cualquier contrata en Camps Ruiz, L.E. “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo” en Albiol Montesinos, I. Camps Ruiz, L.E. Goerlich Peset, J.M. *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 5/2001*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. En sede judicial, vid. STS 27-2-2019 (ECLI:ES:TS:2019:1038).

el art. 42.6 ET es aplicable a cualquier contrata y subcontrata, al margen de la concurrencia de propia actividad. Esta posición se apoya en una extensa batería de argumentos que, salvo algunas apreciaciones dogmáticas, deben ser valorados positivamente.

### 3. PRIMERAS INTERPRETACIONES JUDICIALES

Como se puede advertir de las páginas precedentes, la doctrina iuslaboralista ha planteado numerosas interpretaciones en torno al nuevo art. 42.6 ET. No obstante, desde una perspectiva judicial, en la actualidad son escasas las resoluciones que aplican el art. 42.6 ET; situación que parece responder a motivos temporales, más que sustantivos. En consecuencia, aún no es posible identificar una doctrina judicial que permita colmar las numerosas y complejas lagunas del art. 42.6 ET. A pesar de lo anterior, precisamente con el propósito de realizar un seguimiento de las interpretaciones judiciales de la reforma, a continuación, se expondrán de forma breve las principales resoluciones que ofrecen elementos, directos o indirectos, para interpretar el sentido y alcance del art. 42.6 ET.

Respecto al TS, la mayor parte, sino la totalidad, de pronunciamientos relativos al convenio colectivo aplicable en la subcontratación no han aplicado el nuevo art. 42.6 ET; extremo acorde con la dilación de los procesos y el lapso temporal que se requiere hasta obtener un pronunciamiento casacional. Admitiendo lo anterior, resulta llamativa la escasez de alusiones y/o referencias al nuevo precepto. Salvo error por nuestra parte, únicamente tres resoluciones del nuestro Alto Tribunal abordan *obiter dicta* el art. 42.6 ET, precisamente para confirmar la coincidencia entre la jurisprudencia anterior y el nuevo marco legal<sup>43</sup>. Por su parte, la mayor parte de las resoluciones dictadas por la Sala cuarta tras la entrada en vigor del art. 42.6 ET omiten cualquier referencia al mismo. Sin embargo, la solución planteada por tales sentencias sí es acorde con la jurisprudencia previa; extremo que sí reconocen algunos pronunciamientos<sup>44</sup>.

Entre las resoluciones dictadas por la AN, al tratarse de un órgano jurisdiccional de única instancia en materia social (art. 67 LOPJ), es posible localizar mayores elementos de interpretación. Para comenzar, la SAN 22-2-2022, dictada tras menos de dos meses desde la entrada en vigor del art. 42.6 ET, podría calificarse como una

<sup>43</sup> SSTs 6-10-2022 (ECLI: ES:TS:2022:3649); 20-12-2022 (ECLI:ES:TS:2022:4814); 11-4-2023 (ECLI:ES:TS:2023:1399).

<sup>44</sup> SSTs 17-10-2022 (ECLI:ES:TS:2022:3779); 23-11-2022 (ECLI:ES:TS:2022:4351), 23-3-2022 (ECLI:ES:TS:2022:1273); STS 14-9-2022 (ECLI:ES:TS:2022:3493); STS 17-3-2023 (ECLI:ES:TS:2023:963). Un reciente estudio e interesante estudio al respecto en Sánchez Torrado, J.M. “El alcance de las reglas de determinación del convenio colectivo en las contrata tras la reforma 32/2021” en *XL Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Granada, 8, 9 y 10 de noviembre de 2023 (en prensa).

de las primeras sentencias en hacer referencia al precepto en cuestión, confirmando la vinculación entre la jurisprudencia previa y el RD-ley 32/2021<sup>45</sup>. Por otro lado, la SAN 5-12-2022 concluye que la existencia de un convenio colectivo de empresa excluye la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada lo que implica, en definitiva, una lectura inversa del precepto como plantea parte de la doctrina<sup>46</sup>. Finalmente, la SAN 11-7-2023 aplica el convenio sectorial de la actividad desarrollada por la contrata, que coincide con el convenio sectorial del sujeto comitente. Resulta pertinente remarcar que el concepto de propia actividad ha sido empleado a la hora de identificar el convenio colectivo aplicable<sup>47</sup>.

En sede de suplicación, también es posible localizar sentencias de notable interés interpretativo. Varias de las resoluciones dictadas por los TSJ confirman nuevamente la interrelación entre la jurisprudencia previa a la reforma y el texto del nuevo art. 42.6 ET<sup>48</sup>. En adición a lo anterior, la STSJ Madrid 15-12-2023 va más allá, abordando la problemática de la concurrencia de convenio empresarial y sectorial. A su juicio, aunque la contratista cuenta con un convenio colectivo propio, se ha de aplicar el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, en virtud de la remisión al art. 84 ET que plantea el propio art. 42.6 ET. Al contrario que la resolución de la AN, este pronunciamiento rechaza la lectura inversa del precepto, siendo necesario atender a las reglas de concurrencia convencional<sup>49</sup>.

A modo de resumen, las incógnitas relativas al art. 42.6 ET carecen de respuesta judicial definitiva. Sin embargo, es posible identificar cuestiones recurrentes en las resoluciones examinadas. En primer lugar, los tribunales han reconocido sin ambages la estrecha conexión entre la jurisprudencia previa y el

<sup>45</sup> SAN 22-2-2022 (ECLI:ES:AN:2022:512): “El primero los criterios expuestos (real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores) es el por el que ha optado el RD Ley 32/2021 de 2021 a la hora de dar una nueva redacción al art. 42.6 ET”

<sup>46</sup> SAN 5-12-2022 (ECLI:ES:AN:2022:5513): “Teniendo en cuenta que la demandada cuenta con convenio propio de empresa no le resultaría de aplicación la previsión contenida en el art. 42.6 ET (RCL 2015, 1654) en orden a la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata para la que se prestaran los servicios”.

<sup>47</sup> SAN 11-7-2023 (ECLI:ES:AN:2023:4040): “La puesta en marcha de la actividad de la empresa comitente ya descrita, precisa necesariamente de la ejecución llevada a término por Internet Commerce Solution, que pese a no disponer de autorizaciones administrativas para ostentar la condición de operador logístico, ejecuta y lleva a término la actividad constitutiva de la propia actividad de Immediate Delivery, inmersa en la descripción contenida en los arts. 119 y 122 LOTT. Es precisamente esta circunstancia, la que obliga a entender aplicable el convenio colectivo demandado en el escrito rector, por mor de lo dispuesto en el art. 42.6 ET”.

<sup>48</sup> STSJ Madrid 25-11-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:13336); STSJ Galicia 14-4-2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:2629); STSJ Madrid 19-12-2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:14118).

<sup>49</sup> STSJ Madrid 15-12-2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:13706): “...siendo que en nuestro caso Ilunion Outsourcing tiene un convenio propio, no es menos verdad que cuando la empresa contratista o subcontratista cuenta con un convenio propio, se aplicará este, dice el art. 42.6 ET, “ en los términos que resulten del artículo 84 “, por lo que no lo es el Convenio colectivo de Ilunion posterior en el tiempo al de Establecimientos Sanitarios.”

texto de la reforma. No obstante, conviene cuestionar el grado de intensidad de tal conexión. En otras palabras, si el art. 42.6 ET se limita a tipificar la solución jurisprudencial previa, no cabría plantear interpretaciones que se alejen de tal jurisprudencia. A nuestro juicio, considerando imprescindible el examen de la jurisprudencia previa a la reforma, no se debe obviar el texto de la ley que, a fin de cuentas, es la verdadera fuente de Derecho. En segundo lugar, siguen existiendo dudas acerca de la articulación de las diferentes soluciones aportadas en el art. 42.6 ET. Entre las resoluciones judiciales emitidas hasta la fecha se ha abogado tanto por la lectura descendente como ascendente del art. 42.6 ET. En tercer lugar, se hace alusión al concepto de propia actividad como indicio para seleccionar el convenio colectivo aplicable, pero no como elemento configurador del ámbito de aplicación del art. 42.6 ET.

#### **4. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ANÁLISIS**

La resolución objeto de comentario ha sido seleccionada precisamente por plantear una excepción a esta última idea. La STSJ de Castilla y León, Burgos 5-10-2023 (ECLI:TSJCL:2023:3734) podría ser considerada la única resolución dictada hasta la fecha que reflexiona acerca del ámbito de aplicación del art. 42.6 ET en relación con el concepto de propia actividad<sup>50</sup>. Para más inri, el Tribunal concluye que las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a las contrataciones y subcontratas están condicionadas a la concurrencia de propia actividad, posicionándose así en contra de la amplia mayoría de la doctrina iuslaboralista española.

##### **4.1. Relato fáctico**

Aunque no se ha tenido acceso a la resolución del Juzgado de lo social, la sentencia de suplicación extracta los hechos probados en instancia -una suma de veintidós hechos probados- lo que permite construir una imagen completa del supuesto de hecho litigioso. Desde el 1 de marzo de 2022, D. Felipe prestaba servicios para Nortex Outsourcing Global, SL. en virtud de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo. Con una categoría profesional de operario, el salario bruto diario asciende a 53,63 euros, suma que incluye salario base y diversos complementos salariales que no son trascendentes para el presente análisis. Por su parte, el contrato de trabajo en cuestión contiene cláusulas que sí son relevantes para el litigio. De un lado, dicho contrato reconoce la aplicación del convenio colectivo de Nortex Outsourcing Global, SL<sup>51</sup>. Asimismo, el contrato de trabajo

<sup>50</sup> Al margen de las SSTSJ Castilla y León, Burgos 30-10-2023 (ECLI:ES:TSJCL:2023:4386) y 14-11-2023 (ECLI:ES:TSJCL:2023:4343) que extractan la fundamentación jurídica de la sentencia en cuestión.

<sup>51</sup> Concretamente, “en lo no previsto por este contrato, se estará a la legislación vigente que resulte de aplicación y particularmente, el ET y el Convenio Colectivo de NORTEX

identifica el “arrendamiento de propiedad industrial” como la actividad económica del empleador.

Aunque el siguiente dato no aparece contemplado en el contrato de trabajo, o no ha sido transcrito en los hechos probados, la relación laboral descrita parece enmarcarse en una contrata encargada por Strunor Construcciones Metálicas, SL. Sí queda documentado el contrato de prestación de servicios firmado entre esta última empresa y Nortex Outsourcing Global, SL. Según dicho contrato mercantil, que comienza en la misma fecha que el contrato de trabajo, el 1 de marzo de 2022, la empresa contratista, sociedad dedicada a la actividad empresarial de outsourcing, tenía encomendada la tarea de recepción de materiales auxiliares, ensamblado, embalaje y reparación de pedidos para la empresa comitente, cuya actividad principal consiste en la prestación de servicios de ingeniería y arquitectura en la construcción de edificios. Tras varias advertencias vía correo electrónico exponiendo el descontento con el servicio prestado, Strunor Construcciones Metálicas, SL comunica la rescisión del contrato de prestación de servicios. Aunque dicha notificación se produce el 30 de septiembre de 2022, la rescisión tiene efectos desde el día 16 de octubre de ese mismo año. Al margen de las consecuencias mercantiles, dicha decisión afecta al trabajador, recibiendo el 28 de octubre de 2022 comunicación de despido objetivo con efectos desde ese mismo día. En consecuencia, el empleador abona 1.584,44 euros, en concepto de indemnización por despido y preaviso, en línea con lo dispuesto en el convenio colectivo de Nortex Outsourcing Global, SL.

## 4.2. Íter procesal

Antes de analizar las cuestiones procesales en sentido estricto, conviene subrayar la intervención de la ITSS en el supuesto. El trabajador interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo contra su empleador. Dicha denuncia data del 6 de septiembre de 2022, antes de que la empresa comitente comunicase la rescisión del contrato mercantil. Sin embargo, la ITSS realiza la visita al centro de trabajo de Strunor Construcciones Metálicas, SL el 3 de noviembre de 2022, fecha en la que ya había finalizado la relación mercantil con Nortex Outsourcing Global, SL. En consecuencia, cuando se produce la visita, ningún trabajador de esta última empresa desempeñaba actividad laboral en las instalaciones de empresa inspeccionada. Como declara el informe de ITSS, no procede llevar a cabo actuación inspectora conforme a Nortex Outsourcing Global, SL, al no prestar servicio ningún trabajador en el centro de trabajo investigado. Ello no impide practicar las correspondientes actuaciones inspectoras respecto a la empresa titular del centro de trabajo y al resto de empresas de trabajo temporal que, como reconoce el propio informe, empleaban a trabajadores de la contratista anterior; un hipotético supuesto de subrogación

OUTSOURCING GLOBAL”.

laboral cuanto menos interesante, pero que no ha sido planteado en el presente procedimiento.

Al margen de lo anterior, el 15 de noviembre de 2022 el trabajador presenta papeleta de conciliación, celebrándose el acto el 24 de noviembre de ese mismo año con el resultado de sin avenencia. Seguidamente, el trabajador interpuso demanda impugnando el despido contra Nortex Outsourcing Global, SL, omitiendo cualquier referencia a la empresa comitente. Aunque no se ha transcrito el suplico de la demanda, en un momento concreto de la sentencia de suplicación se hace alusión a la petición de nulidad del despido planteada en instancia. En cualquier caso, el Juzgado de lo Social nº2 de Burgos desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada.

Contra dicha sentencia, el trabajador interpone recurso de suplicación, interesando la declaración de improcedencia del despido por insuficiencia de indemnización. A su juicio, la norma convencional aplicable al contratista es el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos. Este convenio determina una indemnización mayor que el convenio de la empresa contratista, lo que explicaría la menor indemnización abonada, motivo de la pretendida calificación de improcedencia. Tal recurso se sustenta en torno a cinco motivos, tres de carácter procesal, en línea con la letra b) del art. 193 LRJS y dos de carácter sustantivo, conforme a la letra c) del citado precepto.

El primero de los motivos dedicados a rectificar los hechos declarados probados pretende introducir un nuevo párrafo que reconozca que “el convenio colectivo que rige las relaciones laborales en la empresa Strunor Consntrucciones Metálicas, SL es el convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos”. Esta petición no es admitida por el órgano juzgador al tratarse de una cuestión sustantiva, no procesal, que además afecta a un sujeto que no es parte del proceso. Los motivos segundo y tercero tampoco son acogidos dado que proponen incluir en los hechos probados datos (salario mensual del trabajador y duración del convenio colectivo de la contratista) que no quedan acreditados mediante los documentos aportados. Respecto a los motivos de recursos de carácter sustantivos enmarcados en el art. 193 c) LRJS, el trabajador demandante, ahora recurrente, denuncia la infracción de los arts. 42.6 y 84 ET, por un lado, y del art. 53.1 b) ET en relación con el art. 122.3 LRJS, por otro.

Como mero apunte, la sentencia objeto de estudio resulta sumamente pedagógica a nivel procesal. La resolución no se limita a exponer las razones por las que los motivos son -o no- acogidos por el Tribunal, sino que plantea una exhaustiva ilustración de los elementos que debe incluir cualquier recurso de suplicación; información de gran utilidad para los operadores jurídicos.

### 4.3. Fundamentación jurídica

El motivo cuarto, relativo al convenio colectivo aplicable, es el que mayor atención recibe por parte del Tribunal. Al denunciar la infracción de los arts. 42.6 y 84 ET, la parte recurrente solicita que la norma convencional aplicable a la empresa contratante, convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos, sea asimismo aplicable a la empresa contratista.

Con carácter preliminar, el TSJ reconoce que no queda acreditado que el convenio colectivo aplicable al sujeto comitente sea el convenio sectorial de la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos, especialmente si se tiene en cuenta que, según los hechos probados, la actividad principal de tal empresa es la prestación de servicios de ingeniería y arquitectura para la construcción de edificios. Faltaría así, en palabras del Tribunal, “la premisa mayor del silogismo”.

Tras lo anterior, la sentencia propone una amplia interpretación del art. 42.6 ET. Para comenzar, el TSJ afirma que la nueva redacción del precepto objeto de análisis no implica la equiparación de condiciones laborales entre empresa principal y auxiliar. Según el Tribunal, tal equiparación requiere una intervención legal similar a la del art. 11 LETT; actuación que no se ha producido hasta la fecha en materia de contratatas y subcontratatas. Como consecuencia, la única posibilidad de equiparar las condiciones de empresa contratante y contratista se podría producir, en palabras del TSJ, “cuando la propia negociación colectiva la contemple, y también de modo indirecto, en tanto se obliga a las empresas dentro de su ámbito de aplicación a cumplir una obligación”. El Tribunal se alinea con la jurisprudencia previa a la reforma, llegando a citar expresamente algunas de las sentencias sistematizadas en el presente trabajo<sup>52</sup>. La propia sentencia reconoce que el texto del nuevo art. 42.6 ET “no parece así que aporte gran novedad a lo ya señalado por el TS”.

Sobre la base de lo anterior, según el Tribunal de suplicación, en los supuestos de subcontratación se debe aplicar el convenio colectivo de la actividad desarrollada en la contrata, salvo que la empresa contratista posea convenio colectivo propio. Esta solución, reiterada en varios puntos de la sentencia, presupone que el convenio de empresa -o convenio propio- tendría preferencia frente al convenio sectorial, al margen de las reglas de concurrencia del título III. Como se sabe, el art. 84 ET, mencionado por el propio art. 42.6 ET, plantea una solución más compleja. En virtud del principio de no afectación, si el convenio de empresa es posterior al sectorial, se aplicará este último, salvo en las materias recogidas en el art. 84.2 ET, que desde el RD-ley 32/2021 no incluye la cuestión salarial. Por su parte, si el convenio sectorial es posterior al de empresa, se aplicará este último en su

<sup>52</sup> STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718); 12-2-2021(ECLI:ES:TS:2021:486).

totalidad<sup>53</sup>. No obstante, la sentencia omite cualquier alusión al elemento temporal de los convenios en cuestión, aspecto esencial para analizar la concurrencia convencional. En definitiva, el TSJ parece abogar por la preferencia del convenio de la empresa contratista frente al convenio sectorial de la actividad desarrollada por la contrata, lo que se denomina entre la doctrina como lectura inversa de las soluciones del art. 42.6 ET.

En torno a la cuestión que motiva el presente comentario, el TSJ afirma expresamente que el art. 42.6 ET está condicionado al requisito de propia actividad, contradiciendo así la posición doctrinal mayoritaria. Según el Tribunal, “la reforma lo que hace es introducir un párrafo dentro del art. 42 ET que es donde se contiene un marco normativo para cuando las empresas contratan o subcontratan”; una argumentación que podría ser considerada débil teniendo en cuenta la cantidad y profundidad de los argumentos barajados por la doctrina. Como se ha expuesto con anterioridad, el requisito de propia actividad exclusivamente condiciona la aplicación del primer y segundo apartado del art. 42 ET. En conclusión, a nuestro parecer, la argumentación del Tribunal no parece suficiente para limitar la aplicación del art. 42.6 ET en torno a la concurrencia de propia actividad. Como mera hipótesis, la justificación del TSJ podría estar vinculada a un argumento anteriormente mencionado: el hecho de que la nueva regulación se ubique en el art. 42 ET y no en el título III podría reflejar la intención de asociar su aplicación a la existencia de propia actividad. Admitiendo el mayor alcance jurídico de dicha reflexión, sería ficticio concluir que la misma se desprende del tenor de la sentencia.

En cualquier caso, el Tribunal de suplicación confirma que el art. 42.6 ET se circunscribe a las contratas de propia actividad, admitiendo que numerosas contratas y subcontratas quedan fuera de la norma. De hecho, como reconoce la propia sentencia, en el caso de autos no queda acreditado que la actividad subcontratada se corresponda con la propia actividad de la empresa comitente. Sin embargo, el Tribunal no centra especial atención en este aspecto puesto que, a su juicio, la solución que se obtiene al margen del art. 42.6 ET es la misma: se aplicará el convenio de la actividad desarrollada salvo que la empresa contratista posea un convenio colectivo propio. Siguiendo la postura del Tribunal, el art. 42.6 ET contaría con escaso valor en la práctica, siendo posible obtener una solución idéntica al margen de lo dispuesto por la norma. Ante este complejo paradigma, resulta llamativo que la propia sentencia considere de manera expresa que el art. 42.6 ET establece “un régimen jurídico más claro y seguro que el que le precede”.

A efectos prácticos, la argumentación anterior permite al TSJ concluir que el convenio colectivo aplicable a la relación laboral en cuestión es el convenio de la empresa contratista. En consecuencia, tampoco se acoge el último motivo de recurso, que alegaba la infracción del art. 53.1 b) ET en relación con el art. 122.3 LRJS. En breve, el art. 53.1 b) ET impone la obligación de entregar, junto con

<sup>53</sup> Véase Durán López, F. *Análisis en profundidad de la reforma laboral*, Wolters Kluwer, 2022.

la comunicación de despido objetivo, la indemnización correspondiente mientras que el art. 122.3 LRJS califica como improcedente la falta de puesta a disposición de tal cantidad. Según la parte recurrente, el despido debería ser calificado como improcedente dado que no se ha puesto a disposición del trabajador la indemnización recogida en el convenio sectorial antes aludido. Sin embargo, como se acaba de exponer, según el TSJ el convenio colectivo aplicable es el de la empresa contratista, siendo correcta la indemnización abonada. En todo caso, como reconoce la propia sentencia, el error en el cálculo de la indemnización no sería motivo de improcedencia del despido habida cuenta de la dificultad que supone la selección de la norma aplicable a raíz de la reforma legislativa.

#### 4.4. Fallo de la sentencia

Al no acoger ninguno de los motivos de recurso, el TSJ de Castilla y León desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, confirmando la sentencia de instancia. En consecuencia, el despido del trabajador demandante, ahora recurrente, merece la calificación de procedente. Finalmente, el Tribunal opta por no imponer condena en costas a ninguna de las partes procesales, lo que podría estar vinculado a la dificultad interpretativa derivada de la reforma reconocida en la propia sentencia.

### 5. VALORACIÓN CRÍTICA

A nivel abstracto, la intervención del legislador respecto a un aspecto objeto de intensa conflictividad social, doctrinal y judicial merece una valoración positiva. Desde la doctrina se suelen requerir, e incluso proponer, reformas legales sobre aspectos conflictivos; dirección en la que se alinea el RD-ley 32/2021 y, en particular, el nuevo art. 42.6 ET. Sin embargo, la plasmación en la práctica de tal intervención legislativa merece una valoración menos positiva. El texto legal aprobado por el RD-ley 32/2021 más que zanjar la discusión, introduce nuevos elementos de controversia.

En cualquier caso, es importante subrayar que, a nivel dogmático, el nuevo art. 42.6 ET confirma una importante idea: la protección del trabajo en contratadas debe ir más allá de la garantía crediticia. Las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable se alinean con los derechos de información y representación introducidos durante la primera década del presente siglo. Se confirma así la importancia de la protección previa, más allá de la protección a *posteriori* dispensada por la imputación de responsabilidad solidaria. Conviene destacar que, a pesar de su -criticable- escasa influencia en la práctica, los derechos de información y representación constituyen las primeras herramientas de protección a *priori*, más allá de la responsabilidad solidaria. En esta dirección, las reglas de determinación del convenio colectivo confirman -de manera importante-

la necesidad de tutelar los trabajadores subcontratados de manera apriorística, pero no representan la primera intervención legal en esta dirección<sup>54</sup>.

Admitido lo anterior, las numerosas y complejas incógnitas fruto del texto del art. 42.6 ET siguen sin obtener una respuesta definitiva por parte de doctrina y jurisprudencia. A nuestro parecer, es necesario que los Tribunales continúen aplicando el art. 42.6 ET hasta obtener una doctrina judicial sólida que, a ser posible, sea confirmada por la Sala cuarta.

La concreta controversia que protagoniza el presente estudio podría servir como botón de muestra. Aunque la mayoría de la doctrina alcanza un consenso en torno a la aplicación del art. 42.6 ET a cualquier contrata o subcontrata, se ha dictado un pronunciamiento en sede de suplicación que contradice tal postura. En efecto, la STSJ CyL 5-10-2023 plantea una excepción a la posición mayoritaria de la doctrina iuslaboralista, limitando las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a las contratas de propia actividad. Sin embargo, a nuestro parecer, la sentencia objeto de estudio no debe servir como precedente judicial para limitar el ámbito de aplicación del nuevo art. 42.6 ET. Al examinar la fundamentación jurídica de la sentencia es posible advertir, además de la escasez argumental, la limitada influencia práctica otorgada al propio art. 42.6 ET. En contraposición, siguen en pie los argumentos a favor de la aplicación extensa del art. 42.6 ET planteados por la doctrina. Ante este paradigma, resulta necesario que el TS se posicione al respecto, confirmando, a nuestro juicio, la aplicación de las reglas de determinación del convenio colectivo ante cualquier contrata, con independencia del concepto de propia actividad.

<sup>54</sup> Parece apuntar en esta dirección Esteve Segarra, A. *El convenio colectivo aplicable...* op. cit. p. 31: “La protección en materia de contratas y subcontratas se había centrado siempre en una tutela a *posteriori*, si la persona trabajadora reclamaba, por la vía de una responsabilidad solidaria de las empresas en las contratas de propia actividad”.