

LA SUBCONTRATACIÓN COMO INSTRUMENTO DE DECENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y SU NUEVA REGULACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

*Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad.
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum
y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*

E-mail: jmonereo@ugr.es

RESUMEN: Como señalada la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, el incremento en el uso de la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la precariedad laboral. Por ello, procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas. La externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina. Sin embargo, respecto al Estatuto de los Trabajadores (RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, promulgado en cumplimiento del mandato constitucional ex art. 35.2 CE; en adelante ET) la reforma se ha limitado a modificar el apartado 6 del nuevamente redactado art. 42 del ET, el cual establece un conjunto de reglas de preferencia aplicativa del convenio colectivo que ha de ser aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. Y puede plantear problemas hermenéuticos para realizar el principio de igualdad sustancial entre los trabajadores involucrados en la red de subcontratación empresarial.

Palabras clave: subcontratación empresarial, determinación del convenio colectivo aplicable en la red de subcontratación, contrata y subcontratas, empresas multiservicios, sistema de garantías en la subcontratación empresarial, trabajo digno, precariedad laboral.

ABSTRACT: *As noted in the Explanatory Statement of Royal Decree-Law 32/2021, the increase in the use of productive outsourcing as a cost reduction mechanism negatively affects qualitative competition between companies and also affects the increase in job insecurity. This is why its regulation should be modernized to ensure proper use in cases that improve productive activity, while discouraging it in those cases where it is merely a cost-cutting instrument, as well as moving toward the equalization of conditions for subcontracted working persons and strengthening the responsibility of contracting companies or subcontractors. Outsourcing should be justified on business grounds other than reducing the working conditions of working people in contracting companies. This is not only a plausible and legitimate objective, but there is also a fundamental reason linked to the principle of non-discrimination as is the case in jobs, professions or sectors with high female occupation. However, with regard to the Workers' Statute, the reform has limited itself to amending paragraph 6 of the redrafted Article 42 of the ET, which establishes a set of rules of preference applying to the collective agreement that is to be applicable to contractors and subcontractors. And it may pose interpretative problems to realize the principle of substantial equality between the workers involved in the business subcontracting network.*

Keywords: Business subcontracting, determination of the collective agreement applicable in the subcontracting network, contracts and subcontracts, multi-service companies, system of guarantees in the subcontracting enterprise, decent work, precarious work.

SUMARIO: *I. INTRODUCCIÓN: DESCRIPCIÓN Y MARCO CONTEXTUAL DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL PROCESO DE REFORMA LABORAL. II. ESTUDIO DE CONJUNTO DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA SUBCONTRATACIÓN TRAS LA REFORMA LABORAL. REFERENCIA A LAS NUEVAS REGLAS RELATIVAS AL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE. III. REFLEXIÓN JURÍDICO-CRÍTICA SOBRE EL MODELO LEGAL DE REGULACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN: DE LAS INNOVACIONES DE LA REFORMA LABORAL A LAS NECESARIAS REFORMAS MÁS INTENSAS DE CARÁCTER ESTRUCTURAL. IV. BIBLIOGRAFÍA.*

“No debe asombrarnos que una nueva sociedad conozca un nuevo derecho, si se enseña que el derecho es un producto social; no puede uno menos que felicitarse por ello si toda novedad se considera como un progreso”

GEORGES RIPERT¹

1. RIPERT, G.: *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, “Derecho privado y democracia constitucional: Georges Gurvitch, ¿Paradigma de jurista liberal?” (pp. IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022, pág. 5.

I. INTRODUCCIÓN: DESCRIPCIÓN Y MARCO CONTEXTUAL DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL PROCESO DE REFORMA LABORAL

La reciente reforma laboral persigue tres grandes objetivos fundamentales: garantizar el principio de estabilidad en el empleo, luchar contra la precariedad laboral (uno de cuyos elementos determinantes son las modalidades de contratación temporal y precaria, muy señaladamente los excesos del contrato de obra o servicios; pero también la “devaluación salarial” a través del principio de primacía legal de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales o supraempresariales) y recuperar, al menos parcialmente, los equilibrios de poder entre los actores sociales (especialmente, en la reforma de la negociación colectiva, como es la misma limitación del espacio vital de la primacía de los convenios de empresa; y regulación más garantista y de flexibilidad negociada sobre la vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos una vez denunciados).

En la regulación de la subcontratación empresarial-laboral los cambios no han sido tan ambiciosos como era previsible en su momento. Recuérdese una proposición de Ley² que pretendían reformar completamente el art. 42 del ET, desde la ampliación del supuesto de hecho normativo con la supresión de la exigencia normativa de orden público laboral de contrata o subcontratas que incidan sobre la propia actividad de la empresa principal, hasta una regulación más perfilada de los sistemas de responsabilidad y de los derechos colectivos-sindicales reforzando el deber de negociar para hacer eficaz la posibilidad que abría ya el art. 87.1 del ET –en anteriores reformas (2011)- a la negociación colectiva de una pluralidad de empresas vinculadas en redes (entre ellas las red de empresas formada por el tejido empresarial de la subcontratación como modalidad específica –y principal- de la externalización productiva.

2. El Grupo Parlamentario Socialista presentó en 2016 en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley por la cual se pretendía la modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores con el fin de garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores en régimen de contrata o subcontratas. La propuesta de redacción del art. 42 del Partido Socialista fue básicamente centrada en el principio de igualdad. El texto de la nueva redacción del art. 42 apartado 1 sería el siguiente: «Se entenderá que el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares. En estos casos, las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales.». BOCG de 9/09/2016 (Texto íntegro.); https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-25-1.PDF#page=1. **BOCG de 23/12/2016** (Toma en consideración). Pero muchas Enmiendas fueron más ambiciosas en la tramitación parlamentaria: se recogen en **BOCG de 03/05/2017** (Enmiendas e índice de enmiendas al articulado). https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-25-4.PDF. **Avocación por el Pleno. BOCG de 26/02/2018**: 122/000015 “Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. Avocación por el Pleno del debate y votación. El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día de hoy, acordó la avocación del debate y votación final de la Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, publicada en el «BOCG. Congreso de los Diputados», serie B, núm. 25-1, de 9 de septiembre de 2016. Se ordena la publicación de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara”. https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-25-5.PDF.

De cualquier modo, los cambios introducidos por la reforma legislativa de 2021 no han sido menores, y atienden sobre todo a evitar el efecto neutralización de las condiciones de trabajo dignas que se venían haciendo por las Empresas Multiservicios (en adelante, EMS), que solían imponer su propio convenio colectivo peyorativo *in peius* sobre el convenio sectorial de posible aplicación e incluso sobre el propio convenio de la empresa principal. Y esto no es poco, dada la implantación generalizada de este tipo de empresas que centralizan su objeto principal precisamente en la subcontratación empresarial (el otro objeto es menos explicitado y de más que discutible legalidad, su interferencia respecto al prestamismo laboral o cesión temporal de mano de obra sin asumir la condición jurídica de Empresas de Trabajo temporal (en adelante, ETT)).

En relación a toda esta problemática hay que tener en cuenta el impacto de la subcontratación en el ámbito del sector público de empleo. Señalar como premisa, en estos casos, que cuando las Administraciones Públicas, entes instrumentales y empresas públicas externalizan parte de sus servicios o actividades lo hacen obedeciendo a una decisión organizativa que supone optar —en ejercicio legítimo de la iniciativa pública— por la gestión empresarial externa y la gestión indirecta de personal. Y ello no puede sino realizarse con todas sus consecuencias, entre ellas el obligado sometimiento al Derecho aplicable, del cual no puede disponer libremente sino tan sólo dando cuenta de las peculiaridades que la legislación permite introducir. Un cauce jurídico típico para instrumentar dicha externalización es el reclamo de la técnica de la subcontratación productiva o funcional.

En este sentido cabe precisar que el desenvolvimiento dinámico de la subcontratación se rige principalmente en lo relativo al personal laboral involucrado o afectado por las reglas jurídicas del Derecho del Trabajo con todas sus consecuencias lógico-jurídicas. Y, en efecto, el bloque o grupo normativo regulador de la subcontratación (cuyo eje es, sin duda, el art. 42 del ET y, desde luego, la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo sobre transmisión de empresas) es el que establece el estatuto jurídico aplicable a las relaciones de trabajo de la red de subcontratación resultante. Y esto acontece en toda la dinámica de la subcontratación, pero también en los supuestos de reversión de servicios o actividades de las Administraciones Públicas, entes administrativos y empresas públicas. Se trata de un supuesto éste normalizado jurídicamente que integra una laboralización del personal adscrito al servicio o actividades objeto de la contrata o concesión. Una *laboralización regularizada o normalizada* que hay que distinguir respecto de los supuestos de *laboralización patológica* que acontece cuando el personal que se incorpora a la esfera pública lo hace por causas de ilícito por fraude de ley, abuso de derecho en la contratación o cesión ilegal de trabajadores. Esto es importante para determinar el estatuto jurídico aplicable al personal laboral afectado o concernido.

En el caso de la *laboralización regularizada* (que constituye el supuesto en sí de la reversión del servicio hacia la Administración o entidad pública), desde el punto de vista laboral no puede sino aplicarse el art. 44 del ET y de la Directiva 2001/23/CE, que implica que el cambio de titularidad (por transmisión de unidad productiva o sucesión de plantilla) en sí mismo deja objetivamente inalterada las relaciones laborales en curso y el estatuto jurídico aplicable (individual y colectivo), operando plenamente los efectos típicos de la sucesión o subrogación laboral, de manera que los trabajadores subrogados no pueden ver privados de sus derechos ni tampoco puede devenir el trabajadores “indefinidos no fijos”, pues si eran fijos de plantilla no pueden ver minorada su condición.

Sus estatutos como personal subrogado es el propio de la normativa ordenadora de las relaciones laborales. De lo contrario se contravendría dicha estructura normativa. Hay que señalar que pueden producirse también el proceso inverso en un encadenamiento cronológico: externalización, primero, después, reversión (o recuperación del servicio o actividad) y después, transcurrido un tiempo, una nueva externalización, de manera que en todos estos procesos de externalización los trabajadores o empleados laborales siguen la suerte de la actividad organizada a la cual están adscritos de manera exclusiva o predominante (cfr. Art. 44, apartados 1 y 4 del ET; Directiva 2001/23/CE, Capítulo II, sobre el “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores, artículos 3 a 6). En cuanto a la relación individual se impone el principio de continuidad y estabilidad en el empleo (art. 44.1 del ET) y respecto al estatuto colectivo el art. 44. 4 del ET la regla es el mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo en los términos previstos en dicho precepto. Propiamente aquí el personal laboral subrogado no cambia de estatuto en el empleo público en su “laboralidad” normalizada jurídicamente por la aplicación de las reglas del ordenamiento laboral que en cuanto tales no se oponen a los principios consagrados en el art. 23 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (en adelante CE). En la reversión las relaciones laborales no son propiamente objeto de “publicación”; *no hay conversión de estatus contractual*; no existe laboralización patológica sobrevenida del empleo público (personal subrogado en las mismas condiciones, en principio, que se aplicaban en la empresa contratista o concesionaria de adscripción); no hay –ni puede haber por el hecho del cambio de titularidad- transformación de contrato indefinido por contrato indefinido no fijo. Por lo demás, esta figura está pensada por las situaciones patológicas de fraude de ley, abuso de derecho o cesión ilegal de trabajadores u otros ilícitos laborales; lo cual no concurre en absoluto en la reversión lícita (su normalización jurídica no contraviene ni desnaturalizada en sí los principios formulados en el art. 23 de la Constitución). Por el contrario, la figura del indefinido no fijo no ha dejado de plantear más problemas de los que pretender resolver como confirma la experiencia jurídica materializada en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo³. El aumento del número de esta categoría de personal laboral en el sector público es una anomalía jurídica, tanto más teniendo en cuenta que la regulación legal no le ha dotado de un estatuto jurídico que confiera seguridad jurídica y de la delimitación de las correspondientes garantías y sistema de responsabilidades. Todo lo cual ha determinado una judicialización disfuncional, y una desnaturalización de los procedimientos de acceso al empleo público y la distorsión de la lógica propia de la contratación laboral típica en el Derecho del Trabajo (incluido, evidentemente, el Derecho Social de la Unión Europea y su interpretación por al TJUE, como es bien conocido)⁴.

Pensando ante todo en los abusos cometidos a través de las Empresas Multiservicios (aunque no solo a través de ellas), se estableció una regulación en todo el sector público para hacer prevalecer el convenio sectorial. Se introdujeron reformas importantes en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se

3. Respecto a la figura iuslaboral, véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018, y la bibliografía allí citada.

4. No se olvide el impacto que en materia de contratación supone el R.D.-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Asimismo, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Ley 9/2017, procede a regular la sucesión en la persona del contratista en el capítulo III Sucesión en la persona del contratista a efectos de la vigencia y condiciones de vigencia de la contratación administrativa (Art. 98. *Supuestos de sucesión del contratista.*).

Por su parte, en la Subsección 2.^a se regulan los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, y respecto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, se establecen previsiones que tratan de contribuir a la observancia de las normas sociales de trabajo y asimismo al saneamiento del mercado de trabajo de contratas. En efecto, conforme al art. 122 (“Pliegos de cláusulas administrativas particulares”): “1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones. 2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares *se incluirán* los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; *las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan*; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del art. 214.1; *la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo Sectorial de aplicación*⁵; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que los pliegos no pueden imponer la subrogación si no es con base a una previa imposición legal o convencional de subrogación⁶, pues los pliegos jurídicamente se reconducen a los esquemas propios de las condiciones generales de la contratación administrativa.

Esta regulación del art. 122 permite un *saneamiento del mercado* de contratas/concesiones administrativas y de “justicia social” que determina un límite explícito para la práctica abusiva y precarizadora de las empresas contratistas o concesionarias (incluidas, las EMS) que suelen desaplicar el convenio sectorial mediante la celebración impuesta de un convenio de empresa específico *peyorativo*. Esta disposición obliga bilateralmente a la Administración y a las empresas contratistas o concesionarias de servicios públicos. Por otra parte, la obligación de cumplir las condiciones salariales conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación, pone un límite a las prácticas de las EMS de apartarse de los convenios sectoriales a través del recurso a la preferencia legal de los convenios de

5. Enmienda del PP aprobada en el Senado, *rechazada en Congreso*: -Sustituir por: convenio colectivo de aplicación: +permite a las empresas aplicar su propio convenio en lugar del sectorial; * permite a las empresas que contratan con administraciones públicas rebajar las condiciones laborales, lo que implica el carácter prioritario del convenio colectivo de empresa, siempre que se haga referencia a lo pactado.

6. STS de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2098). Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L.: “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 72, pág. 38.

EMS permitida por el art. 84.2 del ET (en la redacción introducida por la Ley 3/2012), y, además, sin necesidad de aducir ninguna causa justificativa.

Y lo que no es menos importante es que se establece un deber de información sobre las *condiciones de subrogación o sucesión imperativa en el contrato de trabajo* (art. 130 (“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”). Por otra parte, en el apartado 4 del art. 130 se establece que “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía prestado un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general” (véanse, asimismo, los apartados 5 y 6 del referido art. 130).

La Proposición de Ley presentada por el PSOE en septiembre de 2016 y en tramitación parlamentaria (prácticamente bloqueada), y las distintas enmiendas de los partidos políticos plantearon una reforma del art. 42 del ET, en algún caso proponiendo la supresión del requisito de la propia actividad (entre otras cosas para evitar la expulsión de las EMS del supuesto de hecho normativo y sus consecuencias de precarización y “dumping” social y empresarial a través de la competitividad mediante la reducción de costes en ventaja competitiva tanto con respecto a las empresas contratistas típicas como en relación a las ETT)⁷. Pero seguiría siendo necesario incrementar la dimensión colectiva del sistema del art. 42 del ET y, desde, luego afrontar la problemática compleja de las EMS para abordar su especificidad e introducir instrumentos eficaces de transparencia y sistemas de responsabilidad conjunta verdaderamente disuasorios de prácticas ilícitas. Por tanto, el problema está tanto en el art. 42 del ET como en la correcta aplicación del sistema normativo regulador del art. 43 del ET y normas concordantes; y lo está porque ha podido permitir o hacer posible que las EMS eludan tanto el art. 42 del ET como la prohibición de interposición laboral que no sea a través de las ETT o mediante una regulación legal específica para determinadas supuestas y relaciones laborales⁸.

Ni el sistema legal ni por sus limitaciones intrínsecas la negociación colectiva ha resuelto satisfactoriamente varios problemas fundamentales persistentes en la gestión indirecta de mano de obra a través de la subcontratación y de las ETT⁹. Y en particular las reformas llevadas a cabo por la Ley 3/2012 lo han agravado por el uso sistemático de los convenios de EMS que pretenden apartarse peyorativamente de la regulación más favorable especialmente en materia salarial establecida en los convenios sectoriales (conforme a

7. La PROPUESTA MESA MODERNIZACIÓN 14 10 2021 Real Decreto-Ley X/2021, de X de septiembre, de modernización de las relaciones laborales, contenía una previsión explícita de supresión del requisito de “la propia actividad” elemento delimitador del supuesto de hecho del art. 42 del ET. Se indicaba: Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios 1. Las empresas que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios [*esta expresión aparecía tachada*] de aquellos deberán comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante.

8. Véase [BOCG de 03/05/2017](#), que recoge las Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, las cuales aportan reflexiones (en su justificación) y propuestas de interés de *lege ferenda*.

9. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra (ETT y Subcontratación)”, en *Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Recopilación de Conferencias*, Sevilla, Edita Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2006, págs. 295 y sigs., en particular, págs. 308-309.

la regulación vigente en ese momento del art. 84.2 del ET; el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre¹⁰, devuelve la prevalencia jerárquica de los convenios sectoriales sobre los de empresa en materia de salarios; aunque, nótese, que la reforma no ha modificado el art. 84.1 del ET). En términos de conjunto, la reforma laboral pretende equilibrar las relaciones de poder entre sindicatos y asociaciones empresariales en regulación de las condiciones de trabajo.

Yendo directamente a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, cabe decir que, en todo caso, las reformas forman un todo, esto es, integran un puzzle cuyas medidas no pueden ser aisladas, ya que guardan sinergias ineludibles entre sí dentro de un mismo *sistema normativo interno*, que no es otro que el de la reforma laboral *dentro* del Sistema regulador del Estatuto de los Trabajadores. Por ello hay que hacer una alusión más amplia que al propio art. 42 del ET. No se puede ignorar la necesidad de atender como un todo al grupo normativo regulador, y pretender lo que sería una incorrecta hermenéutica aislacionista del art. 42 del ET.

Por lo pronto, cabe señalar la relevancia de la reforma en materia de contratación laboral. Así, el art. 15 (“Duración del contrato de trabajo”), pues la nueva redacción del art. 15 deja claro que 1. El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato las causas habilitantes de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Se suprimen, así, las modalidades contractuales de duración determinada (obra y servicio, eventual e interinidad), que ahora se reducen a dos circunstancias de la producción y por sustitución de la personas trabajadora.

Con la desaparición del contrato para obra o servicio determinado se puede resolver más correctamente el problema jurídico práctico planteado por la utilización de esta modalidad de contratación por las empresas subcontratistas en general¹¹ (y no sólo, en este caso, por las Empresas Multiservicios) con la finalidad instrumental –y distorsionada- de vincularla a una contrata, concesión o subcontrata, cuando en tal caso resultaría manifiesto que se altera su causa justificativa, toda vez que dicho contrato coincidiría con la propia actividad intrínseca y principal de tales empresas dedicadas a la subcontratación productiva y funcional. Por lo demás, ello planteaba el gravísimo problema de su falta de coherencia con las normas legales o convencionales que establecen la sucesión o subrogación *obligatoria* de contratista o concesionaria entrante por entender que se integra el supuesto de hecho de la normativa legal sucesoria (Directiva 2001/23/UE; art. 44 del ET y normas concordantes) o colectiva convencional (el convenio colectivo sectorial aplicable, que suele regular con harta frecuencia la llamada subrogación convencional

10. Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la *publicación del Acuerdo de convalidación* del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. <https://www.boe.es/boe/dias/2022/02/08/pdfs/BOE-A-2022-1982.pdf>

11. Es relevante la doctrina limitadora establecida en la STS Pleno, de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018, fjº. 4º y 5º. Roj: STS 4383/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4383, en el sentido que declarar la ilicitud de utilizar el contrato para obra o servicio determinado basándolo a la adscripción de la contrata o concesión. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f0956b14a72ff217df076c0e9ad89c798dffa37fe7396ec1>

y que por definición cuando se actualiza su supuesto de hecho normativo del cambio de contratista o concesionario daría lugar a un supuesto *legal* específico de transmisión de empresa a efectos del Derecho Social como es la “sucesión de plantilla”¹², de manera que hay que respetar las previsiones de la Directiva y las previstas en el art. 44 del ET, pues lo impone la jerarquía de las fuentes del Derecho, ya que el convenio colectivo estatutario es una norma jurídica paccionada jerárquicamente subordinada respecto de la ordenación de orden público estricto establecida por la regulación estatal –compresiva, evidente, de las leyes más los reglamentos de desarrollo de las mismas). Todo ello dejando a salvo las posibles peculiaridades que el legislador pudiera realizar de *lege data* respecto al alcance de la aplicación del sistema de responsabilidades conjuntas establecido en el art. 44 del ET.

El punto de partida del modelo normativo en que se asienta el art. 42 del ET (como pieza normativa que sirve de eje sobre el cual pivotan todas las demás piezas normativas, como las disposiciones específicas introducidas en la Ley General de Seguridad Social, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre; en adelante LPRL), en el Derecho Administrativo Sancionador Social y Penal, y en la regulación adjetiva procesal de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), es la que legitimidad de la subcontratación productiva y funcional (como la de la externalización productiva en su conjunto) al amparo de la libertad de empresa (art. 28 CE), con la condición explícita de que se evite el abuso de derecho y el fraude de ley y se garanticen ante todo que con ello no se vulneran los derechos de los trabajadores¹³. De este modo el Derecho Social ha tratado de buscar un equilibrio de racionalidades económico-organizativas y de carácter socio-laboral, en la lógica de la legislación de compromiso social que le es inherente bajo las condiciones de una economía “social” de mercado.

El gran problema práctico es que el marco normativo vigente es obsoleto, insuficiente y técnicamente defectuoso. De ahí que nunca se haya logrado un equilibrio satisfactorio entre las dos racionalidades *necesariamente concurrentes*, que han de coexistir forzosamente en los procesos de subcontratación empresarial, que presentan la doble dimensión compleja, de la descentralización por razones empresariales y la descentralización en la gestión indirecta de personal que le resulta inherente. Cuestión distinta es que la descentralización en la gestión indirecta de personal se realice con el motivo exclusivo o principal de conseguir una precarización laboral y la reducción de costes del factor trabajo, esto es, un modelo laboral y de competitividad basada en la reducción de costes globales del trabajo en lugar de un modelo laboral de flexibilidad garantista negociada y de competitividad basada en la estabilidad en el empleo, la innovación y la calidad del producto o de los servicios prestados para el mercado.

12. STS 1268/2021, rec 4236/2019 de 15 de diciembre de 2021, que declara la existencia de sucesión de plantilla: Prestación de servicios auxiliares en una Comunidad de Propietarios. La empresa entrante se ha hecho cargo de dicha actividad, asumiendo a dos de los cinco trabajadores de Ilunion Outsourcing, S.A. La existencia de sucesión de plantilla en el supuesto de hecho es argumentada en síntesis: el factor o elemento meramente numérico, que ciertamente no alcanza el 50% de la plantilla, no ha de erradicar en sí mismo el predicado de significativo o relevante, cuando, como también sucede en el actual, es esencial el personal en el desempeño y permanencia de los servicios auxiliares que han venido conformando la entidad económica objeto de sucesión, atendidas las condiciones de la prestación y el principio de estabilidad en el empleo. Se atiende, pues, tanto el número o umbral significativo de trabajadores como la conexión de “esencialidad” de los trabajadores con la organización de la actividad desmaterializada que es objeto de la contrata.

13. Por ejemplo, la doctrina de la STS (Pleno) de 22 de septiembre de 2021, rec. 106/2021, pero que reitera otras muchas precedentes desde la promulgación de la primera versión de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en 1980.

En esta última lógica de equilibrios institucionales y de poder en las relaciones laborales en el marco de operaciones de subcontratación empresarial cabe situar a la modesta y moderada –pero no por ello importante y significativa- reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹⁴. En este sentido en su artículo cinco, se modifica el art. 42 del ET, dándole una nueva redacción, que queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios

1. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas deberán comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante.

2. La empresa principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por las contratistas y subcontratistas con las personas trabajadoras a su servicio responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

No habrá responsabilidad por los actos de la contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto de su vivienda, así como cuando el propietario o propietaria de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. Las personas trabajadoras de la contratista o subcontratista deberán ser informadas por escrito por su empresa de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social de la empresa principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, la contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a la representación legal de las personas trabajadoras sobre los siguientes extremos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.*
- b) Objeto y duración de la contrata.*
- c) Lugar de ejecución de la contrata.*

14. BOE-A-2021-21788 Verificable en <https://www.boe.es>.

d) *En su caso, número de personas trabajadoras que serán ocupadas por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.*

e) *Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.*

Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de la representación legal de las personas trabajadoras.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a la representación legal de las personas trabajadoras, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 y las letras b) a e) del apartado 4.

6. El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

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

7. Las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a la representación legal de personas trabajadoras de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones de la persona trabajadora respecto de la empresa de la que depende.

8. La representación legal de las personas trabajadoras de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de la representación de las personas trabajadoras, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.»¹⁵.

15. Al efecto se introducen otras importantes modificaciones en otras disposiciones legales. Modificaciones que hay que calificar de *gran envergadura*, especialmente en el sector de la construcción. Así se establece la nueva redacción siguiente:

«Disposición adicional vigesimoséptima. Régimen jurídico aplicable en los casos de contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo.

En los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.»

El artículo segundo. Modifica Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

Se modifica la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, sobre Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción.

6. La extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de siete días a su efectividad y dará lugar a una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las

Conforme a la Disposición Adicional vigésimoséptima (“Régimen jurídico aplicable en los casos de contrata y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo”; introducida por el Real Decreto-Ley 32/2021, “en los casos de contrata y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de septiembre, no será de aplicación el art. 42.6 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Se trata de una exclusión legal constitutiva dada la singularidad de estos centros especiales de empleo que tienen una regulación convencional específica.

Con el precedente legal 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, o de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, recientemente modificada para incorporar las previsiones de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, el objetivo de la modificación es procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, *evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales*¹⁶.

Dicho de otro modo, la externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (v. gr. colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva. Pero no resulta así plenamente cuando, en su caso, sea aplicable el convenio de empresa, aunque ya sin posibilidad de minoración salarial respecto del sectorial dada la modificación efectuada del art. 84.2 del ET.

Toda esta regulación es relevante en términos cualitativos. Pero también importante señalar que esta reforma es incompleta, siendo un primer paso para llevar a cabo reformas mucho más profundas en el régimen jurídico-laboral integral de las operaciones de subcontratación. Reténgase que la necesidad de un acuerdo tripartito exige una transac-

tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción.».

Por su parte, el art. 5º. *Modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto*, añade un nuevo apartado 20 al artículo 8, con la siguiente redacción: «20. Establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del Estatuto de los Trabajadores.».

16. Según la Exposición de Motivos del *Real Decreto-ley 32/2021: Modificaciones relativas a la modernización de la contratación y subcontratación de obras o servicios, reguladas en el artículo 42 del ET*.

ción con sacrificios mutuos, que descartan la aplicación de todo el programa pretendido por los sujetos que participan en una negociación pre-legislativa; negociación legislativa previa que conforma una de las expresiones típicas de la concertación social.

Y además la subcontratación exige un tratamiento sistemático coherente entre los artículos 42 y 44 del ET, especialmente en lo que se refiere las garantías legales y convencionales en los supuestos de cambio de titularidad en las contrataciones y subcontratas de servicios y actividades *desmaterializados* (que incluye a los supuestos de concesión y reversión de servicios y actividades públicas); y donde ha emergido la construcción en la jurisprudencia comunitaria de la “sucesión de plantillas”. Atendiendo a la reiterada doctrina del TJUE, la normativa *legal* sucesoria o subrogatoria laboral (Directiva 2001/23/CE y art. 44 del ET y normas concordantes dentro y fuera del propio ET) debe ser aplicable a los cambios de titularidad o ejercicio de servicios y actividades productivas o funcionales desmaterializadas¹⁷, señaladamente en los supuestos de “sucesión de plantillas” que se puede producir a través de decisiones unilaterales del empleador acogiendo a una parte significativa de la plantilla o por convenio colectivo regulador de las llamadas “subrogaciones convencionales”, en cuyo caso hay por definición “sucesión de plantillas” y por tanto transmisión de empresa a los efectos de la normativa legal sucesoria. Ciertamente

17. Véase STJUE 24.06.2021, C-550/19, EV y obras y Servicios Públicos, S.A., Acciona Agua, S.A., aplicando el art. 1.1 de la Directiva, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores; subrogación o sucesión de los contratos producida en virtud las estipulaciones de un convenio colectivo. Convenio colectivo que limita los derechos y obligaciones de los trabajadores subrogados a los derechos y obligaciones generadas por el último contrato suscrito con la empresa saliente. Aplicación de la Directiva 2001/23/CE. Asimismo, STS 1158/24.11.2021. Ponente Juan Molins García-Atange, sobre la delimitación de la sucesión de empresa en su doble tipología de sucesión o cambio de titularidad legal o convencional. Se discute si la empresa entrante y saliente responden solidariamente por deudas, cuando el convenio colectivo excluye esa posibilidad (no puede disponer de la normativa legal en el Derecho vigente). Si se acuerde al art. 44 del ET, por considerarse que se integra su supuesto de hecho, corresponde al actor acreditar la subrogación. De hecho, una sucesión convencional puede desencadenar una “sucesión de plantilla” y está, a su vez, en un supuesto específico y singularmente delimitado de sucesión de empresa o cambio de titularidad de la actividad organizada ex art. 44 del ET. De interés es la STS 1038/2021, 20.10.2021. Ponente Sebastian Moralo Gallego. El supuesto de hecho viene constituido por el dato fáctico de que la empresa entrante contrata a todos los trabajadores de la saliente, excepto a 5. Lo que supone más del 90% de la plantilla de la saliente. Se considera que no se ha producido un despido colectivo. Las relaciones laborales de tales trabajadores se mantienen vigentes y no han sido extinguidas. El eventual incumplimiento de la obligación de respetar la antigüedad y modalidad contractual, no constituye despido tácito. Se viene a reconocer el cambio de titularidad ex art. 44 del ET por “sucesión de plantilla”. La STS 876/2021/2021, de 08-09-2021 (Ponente: Concepción Rosario Ureste García), su distingue entre las distintas modalidades de subrogación y en el caso de responsabilidad solidaria se declara que la carga de la prueba del cambio de titularidad de la unidad productiva corresponde a quien la alega. La STS 510/2021, 11.05.2021 (Rec. núm. 1772/2018. Ponente Antonio V. Sempere Navarro), contempla un supuesto de despido colectivo de la única persona empleada por empresa municipal que se disuelve, pasando sus bienes al Ayuntamiento, que asume las tareas desempeñadas por la extinta mercantil. Conforme a la jurisprudencia unificada del TS y del TJUE, existe obligación de subrogarse, derivada de una transmisión de unidad productiva, por lo que no concurre causa de extinción objetiva. Despido improcedente y se desestima el recurso del Ayuntamiento de Eibar frente al STSJ País Vasco 300/2018. ECLI:ES:2021:1991. Por su parte, la STS 874/2021, 08.09.2021 (Ponente: Ricardo Bodas Martín), contempla un supuesto de subrogación convencional declarando que se aplica la responsabilidad solidaria entre la empresa saliente y entrante cuando se acredite la transmisión de unidad productiva o se produce sucesión de plantilla. Dicho extremo es constitutivo para la estimación de la demanda y su carga probatoria corresponde a la parte demandante. Igualmente, de interés en este sentido, STS 875/2021, 08.09.2021 (Ponente: Rosa María Viroles Piñol), sobre carga de la prueba y la no acreditación de la transmisión de la unidad productiva aunque la empresa entrante se subroga en la plantilla de la empresa saliente. Juicio de probabilidad cualificada.; STS 879/2021, 09.09.2021 (Ponente: Juan Molins García-Atange), indicando en supuesto de apreciación de sucesión de empresas, lo que la carga de la prueba de la transmisión significa de medios materiales significativos. La prueba de la transmisión de la unidad productiva es constitutiva para la estimación de la demanda. La carga de la prueba le corresponde a la parte demandante. Reitera el criterio de los recursos 1866/2020 y 2554/2020, deliberados en la misma fecha.

los convenios colectivos –expresión normativa de la autonomía colectiva negocial (artículos 37.1 CE y 82 del ET)- pueden mejorar y completar el marco legal y correspondería a la ley regular el margen de operatividad y espacio vital de dichos convenios en lo que se refiere a la necesidad de introducir reglas de flexibilidad laboral en tales supuestos de cambio de titularidad de “empresas” o actividades organizadas desmaterializadas¹⁸.

II. ESTUDIO DE CONJUNTO DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA SUBCONTRATACIÓN TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2021. REFERENCIA ESPECIAL A LAS NUEVAS REGLAS RELATIVAS AL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

La política del Derecho no debe limitarse a “adaptarse” sin más a estos procesos, sino tratar de acotarlos poniéndoles límites y conformándolos desde la propia disciplina del mercado de la competencia y desde el propio Derecho del Trabajo¹⁹. Hay que tratar de

18. Advértase que la delimitación normativa del objeto de la transmisión adquiere una textura abierta, en cuanto capaz de comprender diversos ámbitos de realidad empresarial bien diferentes, pero igualmente relevantes para los objetivos específicos de la Directiva. Importa hacer notar la consideración de la actividad productiva organizada (centro de *actividad* o parte de centro de actividad) objeto de concesión (nótese que ésta es objetivada precisamente por referencia al haz o núcleo de actividades o servicios que hace posible o permite realizar: la “concesión se transmite”, son los términos utilizados). Pero es tanto más significativo que se afirme con toda rotundidad que existe un cambio de titularidad en la concesión relevante a los efectos de la Directiva *aún en el caso de que no se transmitan elementos del activo*. Con todo, lo que se produce es una *desmaterialización* del objeto de la transmisión a los efectos instrumentales y funcionales de la aplicación de la Directiva. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La transmisión de empresa: El problema de la identificación jurídica del concepto de “empresa” a efectos de la normativa laboral reguladora de la transmisión de empresas”, en MARTÍNEZ ABASCAL, V. (Coord.): *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid, Ibidem ediciones, 1997, págs. 205-243.

Para el Alto Tribunal el “traspaso” de empresa o centro de actividad requiere que se conserve la identidad de la “entidad económica” bajo la nueva titularidad, lo que normalmente se evidenciará en el hecho de que el nuevo empleador se haga cargo o continúe con la misma o análogas actividades económicas (utilizando este término en sentido amplio). El “objeto” de la transmisión no exige como “*condictio sine qua non*” la puesta a disposición de elementos materiales o de infraestructura productiva empresarial, pudiendo consistir en el traspaso de actividades organizadas de carácter principal o accesorio respecto al complejo empresarial en su conjunto (STJCE 14 abril de 1994, asunto 393/92, C.Schmidt, respecto a la sucesión de contratistas; STJCE de 12 de noviembre de 1992, C.Watson Rask, Asunto 209/91, respecto a un supuesto de traspaso una de las cantinas de la sociedad Philips). Según criterio del TJCE es suficiente para integrar el objeto transmisivo (y, en lo que concierne, el supuesto de hecho de la normativa sucesoria) la simple continuidad de una individualizada actividad productiva autónoma organizada de forma estable a la que se hallen adscritos determinados trabajadores, de tal modo que la cesión en el ejercicio de la actividad tendría consecuencias extintivas de no mediar la sucesión legal del nuevo empresario”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La transmisión de empresa: El problema de la identificación jurídica del concepto de “empresa” a efectos de la normativa laboral reguladora de la transmisión de empresas”, en MARTÍNEZ ABASCAL, V. (Coord.): *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid, Ibidem ediciones, 1997, págs. 205-243, en particular págs. 213 y 220-221; y anteriormente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos”, Madrid, Ibidem ediciones, 1994; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, núm.8 (1986), págs.9-43.

19. Véase, más ampliamente e incidiendo en otras muchas propuestas no recogidas aquí en mor de brevedad, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: Régimen jurídico y responsabilidades”, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2018, págs. 235-274, en particular págs.271-274. Para una perspectiva más ampliamente e incidiendo en otras muchas propuestas no recogidas aquí en mor de brevedad, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2 (2016), págs. 110-143; VV.AA.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.), Granada,

reconducirlos, domesticarlos, para evitar una competencia desleal de adquisición de ventajosas competitivas a través de la reducción de costes del trabajo, la mercantilización de los trabajadores y la des-sindicalización del mundo del trabajo. Se trata de buscar un equilibrio entre lo que debe ser conservado para la comunidad y el interés general en estas prácticas empresariales (saneamiento del mercado de la subcontratación de servicios prestados a terceros y defensa y garantía de la “justicia social”; racionalidad social) y lo que debe ser excluido del tráfico jurídico económico y jurídico laboral. Los mercados y en particular los mercados “internos” y “externos” de trabajo obedecen a una *construcción sociopolítica y jurídica* más que a una supuesta o pretendida generación espontánea²⁰.

El Derecho del Trabajo tiene que dar una respuesta de política del Derecho autorreflexiva, autónoma y garantista (coherente con la Constitución jurídica del Estado Social: artículos 1, 7, 9.2, 10, 28, 35 y 37, etcétera, de la Constitución Española y normas concordantes) a un nuevo escenario de la organización de los sistemas productivos en constante transformación. Las “regulaciones” o pretendidas “desregulaciones” normativas liberalizadoras del fenómeno de la subcontratación son en sí mismas desequilibradas, pues favorecen unilateralmente los intereses y libertades de organización empresarial y contribuyen decisivamente a generalizar (desde una “racionalización económica” contrapuesta a la “racionalidad social”) la precarización y mercantilización de las relaciones de trabajo²¹.

También hay que afirmar el carácter necesariamente global de la reforma *de lege ferenda* (al igual que la interpretación finalista de *lege data*...): no se puede cambiar (o reinterpretar finalista y evolutivamente) una pieza del puzle y que el puzle quede igual. He aquí la utilidad metodológica de esa “metáfora del puzle”. Los “males” (en términos de insuficiencias y de deficiencias, que no es lo mismo conceptualmente) derivan también de la insuficiencia manifiesta del modelo normativo de regulación flexibilizadora (*rectius*, liberalizadora) actual.

Además, teniendo en cuenta que en la Unión Europea existe un mercado de trabajo sin fronteras, sería necesario crear una legislación europea que regulara las garantías laborales en los supuestos de subcontratación empresarial. Ello es así, porque efectivamente no existe un paradigma/modelo normativo en el Derecho de la Unión Europea. En materia de subcontratación (más allá de la Directiva Marco 89/391/CE, sobre prevención de riesgos laborales, y del distinto supuesto de la descentralización productiva por la vía de transmisión parcial de empresa que se contempla en la Directiva 2001/23/UE) no se dispone de una normativa europea que establezca un sistema de garantías jurídico-laborales individuales y colectivas en tales supuestos de organización empresarial (a diferencia, por ejemplo, de las ETT, los despidos colectivos, las transmisiones de empresas, las si-

Ed. Comares, 2018; MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010, págs. 55-61; OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2018, espec., págs. 509 y sigs.

20. POLANYI, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989; RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, edición y estudio preliminar, “La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la economía”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001.

21. MONEREO PÉREZ, J.L. Y PERÁN QUESADA, S. (DIRS.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2018, pág. 364.

tuaciones de insolvencia del empleador, etcétera). Pero, sin embargo, la Directiva-Marco europea 89/391, de 12 de junio de 1989 (relativa a la aplicación a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo)²², sobre prevención de riesgos laborales sí toma en consideración la subcontratación empresarial como instrumento de descentralización productiva o funcional estableciendo algunas garantías laborales. Es evidente que este vacío en el Derecho Social de la Unión Europea debería de cubrirse a través de una Directiva que regulase los efectos laborales de la subcontratación de actividades o servicios empresariales, estableciendo, al respecto, un conjunto de garantías o tutelas laborales mínimas.

Es necesario adoptar una doble perspectiva tanto del Derecho de la Competencia como del Derecho del Trabajo:

El éxito en el mercado de servicios auxiliares de las EMS no reside tan sólo en la flexibilidad en la gestión indirecta de muchos servicios y actividades de esa índole o naturaleza; aportan una virtualidad adicional que resulta disfuncional para un Derecho del Trabajo garantista (es decir, respetuoso con el trabajo decente o digno), a saber: aporta en la perspectiva iuslaboral una puesta a disposición de una mano de obra con costes mucho más reducidos que los que tendría que soportar la empresa principal/cliente si tuviera que realizar una contratación directa. Dentro del mercado de servicios genera un *dumping* social y mercantil, porque las empresas contratistas que no sean EMS están en desventaja respecto de éstas para ser elegidas como contratantes de las empresas principales/clientes.

- La actuación de las EMS tiene una doble consecuencia negativa: generan una precariedad absoluta de condiciones de trabajo, y al propio tiempo un *dumping* social con empresas sometidas al ámbito de aplicación de los convenios colectivos sectoriales. De manera que muchas no pueden competir, desaparecen y alimentan la expansión de las EMS. Es necesaria 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. Es así como se puede atajar la competitividad de las EMS a través del abaratamiento de los salarios y en general de las condiciones laborales de los trabajadores contratados. Ciertamente, resulta más ventajoso ser empresario cliente con una contrata de servicios que disponer de trabajadores propios e incluso recurrir a una empresa de servicios específica sometida al convenio colectivo sectorial aplicable. Por lo demás, en la actualidad el régimen legal de las EMS resulta más ventajoso que el de las ETT y debe revertirse legalmente esta disfuncionalidad normativa. En esta dirección se había observado que era preciso reconducir el contrato por obra o servicio a las actividades intrínsecamente temporales para neutralizar la incorrecta dirección interpretativa jurisprudencial que ha permitido que tales contratos se encuentren vinculados a la existencia de una contrata. Es lo cierto que no es aceptable que las EMS dispongan de una plantilla de personal operativo prácticamente

22. Véase, asimismo, el Convenio OIT, núm. 155 (1981) de la OIT, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, en cuyo art. 17 se establece que “Siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio”.

formada por personal de carácter temporal. Por ello era necesario que se estableciera legalmente que no se pudiera utilizar en el marco de la subcontratación el contrato para obra o servicio, ni en las ETT ni en las EMS. Igualmente, se podría valorar la fijación de un porcentaje de trabajadores temporales utilizados por una empresa (no sólo las multiservicios, sino las clientes, que se benefician de estos trabajadores indirectos) y el índice de rotación de trabajadores temporales de algunas empresas, en particular de gran tamaño, de manera que asuman la carga de aportar una mayor cotización por la precariedad laboral²³.

- Sería preciso establecer normas específicas de garantías laborales en las EMS que las dotara de las garantías propias análogas a las ETT, si actúan como “contratistas de mano de obra” legalizadas. Pero si actúan como empresas subcontratistas debería de suprimirse el requisito legal de propia actividad para que gozaran de las garantías del art. 42 del ET. Por lo demás, se insiste, este requisito es absolutamente disfuncional por el vaciamiento injustificable del ámbito de aplicación del art. 42 del ET y el saneamiento del mercado de contrataciones donde cada vez más imperan las empresas de servicios auxiliares, entre las que se encuentran las EMS que ofrecen servicios integrales o múltiples. Nada impediría la admisibilidad de una dualidad de funciones de las EMS, y también su sometimiento a disciplinas distintas según el tipo de funciones que asumen: si se trata de prestamismo de mano de obra, sometimiento a la LETT y normas concordantes; y se trata de subcontratación, sometimiento a la disciplina del art. 42 del ET y normas concordantes.
- La Proposición de Ley presentada por el PSOE en septiembre de 2016 y en tramitación parlamentaria (fallida en su momento, al quedar bloqueada en la tramitación parlamentaria), y las distintas enmiendas de los partidos políticos dio lugar a que se planteara una reforma del art. 42 del ET, en algún caso proponiendo la supresión del requisito de la propia actividad (entre otras cosas para evitar la expulsión de las EMS y sus consecuencias de precarización y *dumping* social y empresarial a través de la competitividad mediante la reducción de costes en ventaja competitiva tanto con respecto a las empresas contratistas típicas como en relación a las ETT). Pero seguiría siendo necesario incrementar la dimensión colectiva del sistema del art. 42 del ET y, desde luego, afrontar la problemática compleja de las EMS para abordar su especificidad e introducir instrumentos eficaces de transparencia y sistemas de responsabilidad conjunta verdaderamente disuasorios de prácticas ilícitas. Por tanto, el problema está tanto en el art. 42 del ET como en la correcta aplicación del sistema normativo regulador del art. 43 del ET y normas concordantes; y lo está porque ha podido permitir o hacer posible que las EMS eludan tanto el art. 42 del ET como la prohibición de interposición laboral que no sea a través de las ETT o mediante una regulación legal específica para determinados supuestos y relaciones laborales.
- Se constata la desnaturalización/descausalización del contrato para obra o servicio determinado. De ahí la necesaria prohibición del uso de los contratos para

23. OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, cit., págs. 514-515.

obra o servicio determinado para la duración del encargo: El contrato de obra o servicio determinado vincula incorrectamente la temporalidad a la duración de la contrata (criterio admitido por la doctrina del Tribunal Supremo²⁴, pero en línea de rectificación²⁵). Esta vinculación al encargo (objeto de la contrata de servicios o actividades o concesión administrativa) impide la efectividad de dos tipos de garantías: 1º) Consolidar la estabilidad en el empleo en la empresa contratista o subcontratista; 2º) Impide (desviadamente como anomalía jurídica) la normal aplicación del principio legal y convencional de sucesión o subrogación empresarial en los supuestos de cambio de titularidad en contratas o subcontratas²⁶. Por ello debe impedirse legalmente que las EMS –como en general las empresas contratistas o subcontratistas- vinculen la duración de la contrata o concesión a la vigencia temporal de los contratos de trabajo.

- Si las EMS funcionan como prestamistas de mano de obra los trabajadores “cedidos” deberían de gozar como mínimo de las garantías de estabilidad en el empleo y de responsabilidad previstas legalmente para las ETT (de no ser así, no sólo se estaría incumpliendo nuestro Derecho Interno, sino el Derecho Social Comunitario, cuya observancia no es una opción sino un imperativo categórico para los Estados²⁷). En relación a ello, convendría tener en cuenta la imposición *ex lege* de un mínimo de trabajadores por tiempo indefinido de las ETT que debería ser extendido *ratio iuris* a las EMS (art. 2º. 3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT, la cual ha sido objeto de importantes reformas sucesivas).
- No se trata de “criminalizar” *per se* a las EMS como tipo empresarial, pero es necesario clarificar su espacio lícito y legítimo de operatividad desde la perspectiva del Derecho de la competencia y del Derecho del Trabajo. No se postula aquí una prohibición por presuponer que toda su actividad es antijurídica. Pero se convendrá que la anomía legislativa refleja un hecho innegable, a saber: la regulación legal no ha sabido captar toda la complejidad de lo real, de

24. Por ejemplo, SSTs de 4 de mayo de 1995, RJ 1995/3746, 22 de octubre de 2003, RJ 2003/8390; 31 de mayo de 2006, RJ 3971.

25. Así, en la STS 874/2017, de 14 de noviembre de 2017, se declara respecto a la conexión del contrato para obra o servicio determinado que es nula la cláusula contractual anudando la terminación del contrato a la reducción del volumen de la contrata, pues en estos casos e ha de acudir al despido objetivo o colectivo, siendo improcedente el cese cuando se incumplen sus exigencias formales. Contrato para para obra o servicio que incorpora cláusula resolutoria por “reducciones de volumen”. OESIA NETWORKS SL. Se mantienen los siguientes criterios: 1) Un contrato para obra o servicio no se extingue como consecuencia de la minoración del volumen de la contrata de adscripción. 2) Es nula la cláusula contractual anudando la terminación del contrato a la reducción del volumen de la contrata. 3) La minoración del volumen de una contrata de obras o servicios permite acudir al despido objetivo (o colectivo, en su caso), siendo improcedente el despido cuando se incumplen sus exigencias formales (Sigue la doctrina de SSTs 16 de julio de 2013, rec. 1777/2013; 17 de septiembre de 2014, rec. 2069/2014 y 22 de septiembre de 2014, rec. 2689/2013).

26. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra (ETT y Subcontratación)”, en *Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Recopilación de Conferencias*, Sevilla, Edita: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2006, págs. 295 y sigs., en particular, pág. 309.

27. Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Innecesario sería insistir en su carácter normativamente vinculante -como norma mínima-, aunque de cumplimiento flexible en términos de adaptación y necesario cumplimiento con sus objetivos y garantías sociales básicas. Es suficiente dejar constancia del tenor de su art. 9 (Requisitos mínimos).

manera que una vez que se procedió a regular las actividades de prestamismo a través de la ETT, y mucho antes de la descentralización productiva, la realidad de la forma de colaboración de los empresarios se desplaza vertiginosamente hacia las empresas de servicios y redes de empresas²⁸. Esto suele acontecer en un Derecho del Trabajo que tiene que hacer frente a la capacidad de innovación de la forma empresa y de las formas de colaboración interempresarial y la búsqueda de ventajas competitivas y de maximización del rendimiento y reducción de costes del trabajo.

La *problemática del convenio colectivo aplicable* en los supuestos de subcontratación ha planteado siempre arduos problemas interpretativos tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia. Esa dificultad de determinar el convenio colectivo aplicable en las redes de subcontratación se ha visto agravada por dos motivos fundamentales: el primero, porque de manera deficiente –e irresponsable por parte de legislador- el art. 42 del ET no determinaba el convenio colectivo estatutario aplicable en la red de subcontratación; y este silencio normativo *específico* (es obvio que existen reglas generales ex art. 84 del ET en relación con los artículos 83 y 3 del mismo cuerpo legal y otras normas concordantes) ha sido el problema mayor del marco normativo respecto a esta cuestión; y el segundo, porque la realidad de la subcontratación empresarial ha *sobrepasado y desbordado* el marco legal (no sólo en el supuesto de hecho delimitado a través del concepto jurídicamente indeterminado de subcontratación de la propia actividad de la empresa principal), sino también –y a mayor abundancia- ha surgido de manera creciente nuevas formas de empresas con actividades múltiples y con estructuras de colaboración asimismo complejas, que pueden combinarse entre sí. Piénsese en los casos de las ya aludida EMS y cuando se interfieren en la red de subcontratación empresarial los grupos de empresas (que crean filiales o empresas vinculadas en redes de subcontratación nacional e internacional que están subordinadas –con mayor o menor intensidad- a la sociedad dominante o sociedad matriz del grupo societario). El mundo ha cambiado –y lo seguirá haciendo- en las formas de organización de las empresas y los modelos de organización del trabajo; formas organizativas –empresa y trabajo- mediatizadas por las decisiones estratégicas de los empresarios y por las posibilidades que de externalización productiva que ofrecen las nuevas tecnologías. Y es obvio que el art. 42 del ET tan sólo es capaz de ofrecer una regulación *obsoleta y deficiente* tanto desde el punto de vista de la política del Derecho para gobernar los procesos de cambio como desde la perspectiva técnico-jurídica de las herramientas instrumentales que utiliza.

La doctrina del Tribunal Supremo ha tratado de hacer frente a estos problemas. En este sentido la más reciente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal observa que lo primero que procede recordar es que la “subcontratación de obras y servicios”, como la denomina el art. 42 del ET, es una actividad lícita que cuenta con respaldo constitucional y legal. En efecto, como afirma, por ejemplo, la STS 45/2020, 21 de enero de 2020 (rec.

28. ESTEVE-SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios*, cit., pág.265. Sobre las redes empresariales y su tipológica, puede consultarse por todos, y con amplia referencia bibliográfica, en OJEDA AVILES, A.: “Aspectos laborales de las redes de empresas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125 (2005); SANGUINETI RAYMOND, W.: *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 2016; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización”, en *Relaciones Laborales*, 2011, T. I.

159/2018), “la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida”. Lo segundo que interesa señalar es, como afirma la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), de un lado, que, en la regulación del artículo 42 ET, “el legislador no ha incluido, entre las obligaciones informativas de la empresa principal y de la contratista o subcontratista, la identificación del convenio aplicable”. Y, de otro lado y especialmente, la citada STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 afirma que “el legislador ha optado, hasta ahora, por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal, mientras que ha intervenido activamente en otros supuestos, como en las empresas de trabajo temporal, estableciendo en el art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuaria tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria, considerándose condiciones esenciales de trabajo y empleo, las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos”. Añade la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 que “consiguientemente, el silencio del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contratistas o subcontratistas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal. Es lo cierto que el vigente art. 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal²⁹. Y ello no constituye discriminación en sí mismo desde el punto de vista estrictamente jurídico. Es así que el art. 42 del ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal. Esto explica que haya sido la *negociación colectiva* la que haya establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad, obligando a las empresas principales incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a ellas aplicables la obligación de incorporar esa obligación de equiparación en los contratos mercantiles celebrados con las empresas contratistas o subcontratistas. En este sentido la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), indica que la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas

29. Es solo en caso de “cesión de trabajadores” (ex art. 43 ET) en el que, de conformidad con el art. 43.4 ET, “los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo”.

incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a las empresas principales y no, naturalmente, a empresas terceras no incluidas en ese ámbito de aplicación³⁰.

En correspondencia con esta doctrina el Tribunal Supremo en la tesitura de decidir entre la aplicación del convenio de limpieza o el de hostería, decide que el aplicable es el de limpieza. Ocurre que la legislación vigente permite a una empresa principal contratar a subcontratar con otras empresas parte de su actividad, incluso aunque esta se corresponda - subrayamos ahora- con su “propia actividad” (art. 42.1 del ET), esto es con actividades inherentes a su ciclo productivo que forman parte, en los términos de la sentencia recurrida, de su “núcleo central”. Y ya se ha indicado que el art. 42.1 del ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, y menos la aplicación del mismo convenio colectivo, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollan trabajadores de otra empresa. En el supuesto contemplado en la STS 1110/2021, de 11 de noviembre de 2021 (rec. 3330/2019), la actividad contratada entre la cadena hotelera era el servicio de limpieza de las habitaciones. Esta actividad, aun correspondiéndose con el “núcleo central” de una empresa hotelera, se puede lícitamente subcontratar, siempre, naturalmente, que no se incurra en una ilícita cesión de trabajadores (contemplada como ilícito laboral en el art. 43 del ET). Y, si se subcontrata, la regulación legal vigente no garantiza que los trabajadores de la empresa contratista tengan que tener las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones. La conclusión de lo anterior es que, conforme a nuestra jurisprudencia, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista. Convenio que, en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por -nuestro caso- una empresa hotelera. Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores, de aquella otra empresa que no explota directamente el hotel, sino a la que este último subcontrata parte de su actividad (en nuestro caso, la limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores. En este último caso, el convenio colectivo aplicable será, no el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista. De acuerdo con lo razonado, el convenio colectivo aplicable en el presente supuesto es el Convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla 2016-2020³¹. Se concluye, pues, en la determinación del convenio aplicable en supuestos de subcontratación, que el aplicable es el de limpieza y no el de hostelería por ser el aplicable a la empresa que contrató el servicio de limpieza. (STS 1110/2021, fjs. 4º y 5º).

De forma, quizás excesivamente escueta, el apartado 6 del nuevamente redactado art. 42 del ET, establece que: “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o

30. Por tanto, según la doctrina de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), la legislación vigente no obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar a sus trabajadores el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de esa empresa principal. En efecto, el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista será el que resulte de aplicación a esta última empresa.

31. BOP Sevilla, 23 de diciembre de 2016.

subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista en procesos de subcontratación empresarial de “propia actividad” (supuesto de hecho ex art. 42 del ET, no modificado ni afectado por esta reforma legislativa, lo cual es criticable; pero es resultado del proceso de transacción en vista de acuerdo social tripartito, como se indicó) cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

En este sentido se opera un principio de preferencia aplicativa con soluciones subsidiarias que no impiden el reclamo de procedimientos de solución extrajudicial ya previstas o por establecer dinámicamente. No es una disposición que se caracterice por estar bien ordenada y por su transparencia dando lugar algunos problemas interpretativos. Veámoslo³²:

Primera regla normativa: “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del *sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata*, con independencia de su objeto social o forma jurídica”. Es la opción que apuesta por una cierta homogeneidad o proximidad del tratamiento y el principio de igualdad salarial y de condiciones de trabajo de todos los trabajadores que se encuentran involucrados en el ciclo productivo o de actividad de la red de subcontratación. Se acogería el criterio de las SSTS 22 de febrero de 2019 (Rec. 237/2017), y 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019).

Segunda regla normativa, que aparentemente es subsidiaria de la primera, pero que operativamente es al revés, porque la norma estatal se sitúa como supletoria de la autonomía negociación (preexistente) ya por entonces expresada a través de un convenio *sectorial* aplicable estatutario o de eficacia normativa personal generalizado en todo su ámbito de aplicación: “salvo que exista otro convenio *sectorial* aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”.

Tercera regla normativa, por último, se establece como *opción preferencial absoluta* que cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio estatutario: entonces se aplicará, en los términos que resulten del art. 84 (“No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un *convenio propio*, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”)³³. No se olvide –dicho sea de paso– que el art. 84 no autoriza a regular la materia relativa subrogación conven-

32. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Subcontratación empresarial y reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, ORTIZA CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Ediciones Laborum, 2022, págs. 259-372, en particular págs. 318-335.

33. En la nueva redacción del apartado 2 del artículo 84, se establece que:

«2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

- a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras.
- d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos
- e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

cional en los cambios en la titularidad de las contrataciones y concesiones administrativas; *ni tampoco la cuantía salarial*. La lista del art. 84 es cerrada (“*numerus clausus*”)³⁴. El art. 84.2 del ET mantiene la prioridad del convenio de empresa respecto de los de ámbito superior, *excepto en lo que se refiere a la cuantía del salario base y de los complementos salariales*, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, donde prevalece el convenio de ámbito superior³⁵. Esta previsión es importante porque en la anterior redacción la inclusión de la materia salarial ha venido provocando una devaluación salarial sin precedentes: resultado pretendido por la norma anterior que es objeto de modificación. Esto supone que, si existe un convenio propio estatutario en la empresa contratista o subcontratista, este no podrá establecer una regulación salarial de cuantía inferior al cambio de ámbito superior aplicable. Se trata de evitar que las empresas recurran a la subcontratación para eludir los convenios colectivos más garantistas y rebajar las condiciones laborales de sus plantillas.

En definitiva: realmente la ordenación jurídica del régimen de la negociación colectiva en los procesos de subcontratación que se establece ex art. 42 del ET y normas concordantes viene a ser la siguiente:

- 1º. Si la empresa contratista o subcontratista tiene un convenio colectivo propio de empresa vigente, se aplicará éste y con prioridad aplicativa de aquellas materias que contempla el art. 84.2 del ET (que no puede afectar, se insiste, a la materia salarial). La norma no precisa en sentido preciso de lo que se haya de entender por “convenio propio”, de manera que el convenio colectivo propio en hipótesis podría ser de empresa o de ámbito inferior (en los términos previstos en el art. 87.1 del ET). Extremo, éste, que puede ser extraordinariamente controvertido y problemático. Aquí el legislador de la reforma debería haber precisado lo que se entiende por “convenio propio”, o menor, aún debería haber hecho referencia identificadora al “convenio propio de empresa”. Pero pa-

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.

Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.»

34. Téngase en cuenta también la previsión de la Disposición transitoria sexta (“Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma) del R.D. Ley 32/2001, de 28 de diciembre, a cuyo tenor. “1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley. 2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras. 3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”.
35. En la redacción anterior el art. 84.2 del ET establecía: Art. 84. Concurrencia “(...). 2. *La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior; tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. (...)*”.

rece insertarse en las reglas generales de concurrencia de convenios colectivo ex art. 84 del ET (“concurrencia”).

- 2º. En defecto de existencia de este convenio propio de empresa contratista o subcontratista: la empresa contratista o subcontratista al no tener convenio de empresa, se le aplicará el convenio colectivo *sectorial de su actividad*.
- 3º. En defecto de estas reglas de ordenación convencional preferente, se aplicará el convenio colectivo sectorial de la actividad a la que se dedique la empresa contratista o subcontratista *en el marco de la contrata o subcontrata en cuestión* (v.gr., empresa multiservicios sin convenio propio que realiza actividades de limpieza, entonces se aplicará el convenio colectivo de limpieza).

Hay que tener en cuenta que conforme a la Disposición Adicional vigésimoséptima (“Régimen jurídico aplicable en los casos de contrata y subcontrata suscritas con centros especiales de empleo”; introducida por el Real Decreto-Ley 32/2021), “en los casos de contrata y subcontrata suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de septiembre, no será de aplicación el art. 42.6 del ET”. Se trata, como ya se indicó, de una exclusión legal constitutiva dada la singularidad de estos centros especiales de empleo que tienen una regulación convencional específica.

Por otra parte, reténgase que la reforma laboral de 2021 no ha modificado el art. 84.1 del ET³⁶, ni la regulación vigente de los posibles descuelgues y cláusulas de inaplicación (art. 82.2 del ET), que admiten legítimas modificaciones en materia de salarios, pero por un justificado motivo (causas empresariales, es decir, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), el cual ha de ser probado por el empleador³⁷.

Por otra parte, cabe decir que estas reglas de preferencia aplicativa no garantizan necesariamente el principio de equiparación de condiciones de trabajo (señaladamente, la salariales) entre los trabajadores de las empresas en red de subcontratación, porque no se ha establecido una regla análoga a la de las ETT (esto es, equiparación de condiciones entre las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos y los de la empresa usuaria

36. A cuyo tenor, “Un convenio colectivo durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente” (art. 84.1 del ET).

37. La STC 8/2015, de 22 de enero, declaró la constitucionalidad de la preferencia indisponible por la autonomía colectiva negociada al máximo nivel (es decir, Acuerdos y Convenios colectivos previstos en el art. 83.3 del ET) de los convenios colectivos de empresa. No obstante, en el sector público su aplicación se ha atenuado, toda vez que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se tiene que incluir “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación” (art. 122.2 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014). “Esta regulación específica del art. 122 permite un saneamiento del mercado de contrataciones/concesiones administrativas y de “justicia social” que determina un límite explícito para la práctica abusiva y precarizadora de las empresas contratistas o concesionarias que suelen desaplicar el convenio sectorial mediante la celebración impuesta de un convenio de empresa específico *peyorativo*...”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., VIDA FERNÁNDEZ R. y SPINELLI, C. (Dirs.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 323 y sigs., en particular págs. 338-339, abundando en esta regulación *especial* establecida ex art. 122.2 de la Ley 9/2017.

receptora de los mismos con carácter temporal; cfr. Art. 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT, sucesivamente modificada durante su vigencia). En este extremo la reforma del apartado 6 del art. 42 del ET resulta deficiente al menos para la garantía del principio de igualdad de condiciones salariales entre todos los trabajadores involucrados en la red de subcontratación³⁸. En cualquier caso, no se olvide la posibilidad de establecer reglas racionalizadoras a través de las facultades atribuidas a los agentes sociales ex art. 83.2 del ET (y no debe pasar desapercibido tampoco que la previsión del art. 3.3 del ET es una norma legal supletoria respecto de las previsiones de dicha disposición estatutaria)³⁹.

En cualquier caso, esta regulación –no exenta de complejidad en la práctica- va impedir –o al menos pretende ese objetivo en términos de conjunto- que las personas que trabajan en empresas contratistas o subcontratistas tengan condiciones de trabajo sensiblemente peyorativas respecto de las que trabajan en la empresa principal; y puede contribuir al saneamiento del mercado de la subcontratación por la relegación. La subcontratación no puede basarse en razones laborales *especulativas* de reducción de costes, de manera que la gestión indirecta de personal que suponen admite una legítima racionalización en la gestión, pero una precarización sistemática de las condiciones salariales de las personas que trabajan para empresas en régimen de subcontratación. Basta reparar en cómo las redes de empresas en subcontratación han incidido en la minoración salarial de las llamadas “Kelly” a pesar de realizar la misma actividad laboral para comprender el sentido positivo del cambio normativo llevada a cabo en esta reforma laboral. Una regulación garantista de las redes de subcontratación no puede legitimar prácticas de externalización a través de la técnica de la subcontratación productiva o funcional cuya finalidad fundamental sea la reducción de costes del “factor trabajo” y la “competencia desleal” entre las empresas en el mercado de contrata⁴⁰.

38. La PROPUESTA MESA MODERNIZACIÓN 14 10 2021 Real Decreto-Ley X/2021, de X de septiembre, de modernización de las relaciones laborales, contenía una previsión matizadamente distinta. Del siguiente tenor: art. 42.6 del ET. “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata, corresponda ésta a la actividad propia de la principal o a una distinta, con independencia de la forma jurídica o el objeto social de la empresa contratista o subcontratista. No obstante lo anterior, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, podrá aplicar este, siempre que esta norma convencional garantice, como mínimo, los mismos derechos que el convenio sectorial que corresponda a la actividad ejecutada en la subcontrata, *en virtud de una apreciación conjunta de los conceptos comparables entre sí*”.

39. Conforme al art. 83.2 del ET, “Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, *cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos* de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en esta ley”. Por lo demás, la regla establecida en el art. 84.1 del ET también tiene carácter supletorio respecto de la autonomía colectiva negocial expresada al máximo nivel (“Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente”; y, por otra parte, lo que se dice en el apartado siguiente no puede afectar a materiales salariales).

40. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ediciones Ibidem, 1994; MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de seguridad social*, Granada, Comares, 2018.

Con todo, con esta reforma legislativa del art. 42 del ET se pretende evitar que las redes de subcontratación empresarial sean utilizadas disfuncionalmente como *dumping social* (a través de la precarización de las condiciones de trabajo), y no como estrategia empresarial legítima de organización descentralizada de la ciclo productivo (o más ampliamente de la actividad empresarial que comprende el conjunto de la actividades indispensables para alcanzar el buen fin de la empresa de que se trate) y gestión indirecta de personal que le es inherente (que sí es el presupuesto base de la descentralización productiva legítima ex art. 42 del ET). La externalización de servicios y actividades empresariales tiene que ser indiferente en relación al respeto del principio de igualdad sustancial de condiciones de trabajo entre los trabajadores de las empresas implicadas en la red de subcontratación a través de *contratos coligados entre empresas* (empresa principal y empresas contratistas y subcontratistas). De este modo la externalización a través del recurso a la subcontratación empresarial no puede suponer un vaciamiento del estatuto protector que corresponde a los trabajadores involucrados en las redes de subcontratación empresarial (sea el delimitado por el convenio sectorial de aplicación, o sea por el convenio de la empresa principal). Hay que señalar que la negociación colectiva ha tratado en numerosos casos de resolver el problema que la deficiente regulación legal estaba planteando para evitar la precariedad laboral y el *dumping social*⁴¹.

Es lo cierto que con la reforma laboral se dispone de una regulación sobre el convenio colectivo aplicable a las empresas implicadas en el red de subcontratación, aunque su respuesta no ha sido la prevista para las Empresas de Trabajo Temporal. Se ha cubierto un vacío de regulación específica al respecto y ello constituye un avance en sí mismo para la normalización *sociolaboral* de formas legítimas de colaboración interempresarial entre empresas jurídicamente autónomas que realizan fases o partes de un ciclo productivo o un objetivo compartido integrador.

Tampoco se debería descartar la posibilidad de establecer un *convenio de red de subcontratación* (admisible por la vía del art. 87 del ET), más factible, desde luego, cuando existen una estructura de red dotada de cierta estabilidad en la colaboración interempresarial y, por tanto, en la gestión indirecta de las personas que trabajando en el ciclo productivo o espacio productivo o funcional de las empresas en estructura de red de subcontratación. No es una solución, esta fácil, pero se podría establecer *ope legis* una obligación de negociar en este nivel completando la redacción del art. 87 del ET (“pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación”)⁴². Sin embargo, lo que predominan –más que

41. Un estudio completo de la materia antes de la última reforma laboral de 2021, en OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2018; asimismo, VICENTE PALACIO, A.: “Empresas multiservicios: Negociación colectiva y subcontratación”, en MONEREO PÉREZ, J.L., Y PÉRRAN QUESADA, S. (DIRS.): *Externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018; ESTEVE-SEGARRA, A.: *Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*, Albacete, Bomarzo, 2019, Cap. VII, págs. 63 y sigs.

42. Conforme a la tardía redacción dada por el art. 3 del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Véase RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Legitimación para negociar” (artículo 87 del ET)”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio Sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada,

convenios colectivos de red de subcontratación- son los tradicionales convenios sectores y los convenios de empresa, sea de la empresa principal, o sea de las empresas contratistas o subcontratistas. Ciertamente, estos tipos de instrumentos negociales a menudo no son capaces de dar cuenta de las nuevas formas de empresas y los múltiples mecanismos de colaboración entre ellas. Y además producen un resultado descompensado en los necesarios equilibrios de poder ya que el empresario principal puede utilizar la fragmentación a través de contratos de empresas beneficiándose de la fragmentación de los estatutos de los trabajadores en las empresas que forman la red de subcontratación bajo su poder organizativo del complejo empresarial resultante. Se resiente también el estatuto colectivo/sindical, porque la empresa principal se “vacía” de trabajadores y propicia la descentralización a través de una red de pequeñas empresas que en su mayor parte carecen el umbral cuantitativo número para dotarse de estructuras representativas de los trabajadores, dadas las exigencias de constituciones de unidades electorales establecidas en el Título II del ET. Pero la desestructuración del trabajo no solo se produce ya con la descentralización a través de contrata o subcontrata, sino que aquélla se acrecienta con la mayor debilidad contractual que supone que el “titular” de la gestión indirecta es un trabajador autónomo o, peor aún, un “falso-autónomo”.

En este sentido conviene poner de relieve que la Constitución ex art. 37.1 impone al legislador estatal de desarrollo de las previsiones constitucionales una función promocional de la negociación colectiva y de su efectividad. Y al respecto es manifiesto que la negociación colectiva en el marco de una pluralidad de empresas vinculadas exige la predisposición de mecanismos de apoyo a los procesos de autorregulación colectiva en este tipo de redes empresariales y, singularmente, de redes de subcontratación.

Existen ante todo dificultades de legitimación y no tanto de contenidos porque estos convenios podrían entrar en la negociación específica de ciertas condiciones de trabajo comunes para todos los trabajadores involucrados en la red de subcontratación. Pero también la empresa principal no suele estar interesada y rehúsa negociar este tipo de convenios homogeneizadores en negociar convenios de red de subcontratación porque ello puede redundar en la reducción de su poder de organización del complejo empresarial resultante, por un lado, y por otro, porque este tipo de convenios de red de empresas conllevaría a una cierta homogeneización de las condiciones de trabajo entre todos los trabajadores de las empresas implicadas. El convenio colectivo de red de subcontratación es visto así como un instrumento que podría reducir el poder de la empresa principal dominante en la red y los beneficios para ella de la diversificación de condiciones de trabajado peyorativas resultante de la multiplicidad de convenios colectivos aplicables.

En el marco del Derecho vigente cuando se trate de convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales (art. 87.1 del ET). En este sentido en los convenios sectoriales estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores los sindicatos “mayormente” representativos (art. 87.2 del ET, en relación con los artículos 6 y 7 de la LOLS) y la representación de los empresarios estará legitimados para negociar en los

Comares, 2012, págs. 1074 y sigs., en particular 1079; SANGUINETI RAYMOND, W.: *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2016, pág. 72.

términos siguientes: En los convenios de grupo de empresas y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas (art. 87.2 del ET). Ello da lugar a un *modelo mixto de legitimación cruzada* que impide, en principio, que en este tipo de convenios de redes empresariales de colaboración estén legitimados las organizaciones o asociaciones empresariales mayormente representativas.

Este marco normativo ha resultado deficiente e insuficiente a la vista de la experiencia negociadora. Por ello, debería reforzarse legalmente la obligación negociar de buena fe en la posición de la empresa y tratar de alcanzar un acuerdo. Es de advertir que esta no ha sido la opción de política del Derecho adoptada por el legislador antes y después de la reciente reforma laboral. Esperar que el problema se pueda resolver por la vía acuerdos de fin de huelga convocada frente a la empresa principal en redes de subcontratación no deja de ser una posibilidad excepcional⁴³. Es necesario buscar una solución *normalizada* más allá del recurso más esporádico y excepcional de la huelga en el marco de la red de subcontratación. Y para ello deviene necesaria la intervención garantista del legislador estatutario.

Debe ser una preocupación del legislador la de fomentar y garantizar la efectividad del derecho a la negociación colectiva, al mismo tiempo que evitar situaciones de desigualdad actividades laborales análogos en el marco de las redes de empresas. En este sentido el recurso legítimo a la externalización debe serlo por razones de organización empresarial, pero evitando el ejercicio abusivo de este poder empresarial de descentralización en la gestión indirecta sometiendo a los trabajadores a condiciones que no sean dignas y equitativas. En otras palabras: la externalización puede servir a una simple estrategia de neutralización de los derechos individuales (condiciones salariales y de trabajo en general) y colectivo-sindicales de los trabajadores afectados (la finalidad de “diluir” y “fragmentar” la identidad y unidad de interés colectivo y la subjetividad colectiva-sindical de los trabajadores de las empresas, tanto de las contratistas y subcontratistas como la misma empresa principal, pues quedaría vaciada jurídicamente de personal y se verían cuestionados los derechos a la elección de representantes legales unitarios y sindicales).

El art. 42 del ET ya había sufrido algunas modificaciones significativas. Señaladamente: Se modifica el apartado 2 por el art. 1 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre⁴⁴. Se modifica el apartado 4 y se añaden los apartados 6 y 7 por el art. 12.7 a 9 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre⁴⁵. Se modifica el apartado 4 y se añaden los apartados 6 y 7 por el art. 12.7 a 9 del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio⁴⁶. Se modifica por el art. 2.1

43. El ar.8.2 del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, establece que: “Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, *deberán negociar para llegar a un acuerdo*, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. *El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo*”; pero si se pretende que el convenio sea del tipo normativo regulado en el Título III del ET, hay que precisar que ello será así siempre que se tenga la legitimación legalmente exigida para celebrar un convenio colectivo de eficacia normativa y personal generaliza en el ámbito de aplicación correspondiente.

44. [Ref. BOE-A-2012-15596](#).

45. [Ref. BOE-A-2006-22949](#).

46. [Ref. BOE-A-2006-10562](#).

de la Ley 12/2001, de 9 de julio⁴⁷. Se modifica por el art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo⁴⁸.

En la última reforma también se han llevado a cabo otras modificaciones menores de la redacción anterior del art. 42 del ET, pero son de carácter simplemente terminológicas (“empresarios” por “empresa”; “trabajador o trabajadores” por “persona trabajadora” o “personas trabajadoras”; “representantes legales de los trabajadores” por “representación legal de las personas trabajadoras”).

En términos de conjunto también es relevante la nueva disposición adicional vigesimocuarta, con la redacción siguiente: «Disposición adicional vigesimocuarta. *Compromiso de reducción de la tasa de temporalidad*. 1. El Gobierno efectuará una evaluación de los resultados obtenidos por las medidas previstas en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, mediante el análisis de los datos de contratación temporal e indefinida en enero del año 2025, procediendo a la publicación oficial, a estos efectos, de la tasa de temporalidad general y por sectores. Dicha evaluación deberá repetirse cada dos años.

2. En el caso de que los resultados de la evaluación anterior demuestren que no se avanza en la reducción de la tasa de temporalidad, ya sea en la general o en la de los diferentes sectores, el Gobierno elevará a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales que permitan la consecución de dicho objetivo, general o sectorial, para su discusión y eventual acuerdo con los interlocutores sociales.». Y resulta importante porque precisamente en la subcontratación se ha venido operando un doble factor de precarización: por un lado, el hecho de que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas tenían peores condiciones salariales y en general de condiciones de trabajo que los del persona de la empresa principal; y segundo porque de ordinario (y en virtud sobre todo del juego del llamado contrato para obra o servicio determinado que ahora como tal desaparece con la reforma) los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas eran principalmente trabajadores “temporales” vinculados disfuncionalmente a la contrata o concesión, desvirtuando la misma causas económico-social de relevancia jurídica de la formulación legal del tipo legal de dicha modalidad de contratación. De manera que con el juego de las reformas encadenadas de los artículos 42 y 15 del ET esta situación se espera que cambien la orientación de tendencia y se reduzca la temporalidad haciendo primar en la práctica la presunción legal del carácter indefinido de los contratos de trabajo⁴⁹.

47. [Ref. BOE-A-2001-13265](#)

48. [Ref. BOE-A-2001-4291](#). Véase también la Redacción conforme a la corrección de errores publicada en BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2001. [Ref. BOE-A-2001-4709](#). Esta última reforma planteó ciertos problemas de entidad. Véase Monereo Pérez, J.L.; Álvarez Montero, A.: “La Reforma del Artículo 42 del ET: ¿se ha operado una verdadera reforma de envergadura en virtud de la Ley 12/2001?”, *Temas Laborales*, núm. 61 (2001).

49. Recuérdese que la nueva redacción del art. 15.1 del ET recupera la presunción legal general de que el contrato de trabajo se entiende concertado por tiempo indefinido. Sólo se admiten dos supuestos tasados de temporalidad, a saber: El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Y expresamente para los contratos por circunstancias de la producción se establece: No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de *contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad*

III. REFLEXIÓN JURÍDICO-CRÍTICA SOBRE EL MODELO LEGAL DE REGULACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN: DE LAS INNOVACIONES DE LA REFORMA LABORAL A LAS NECESARIAS REFORMAS MÁS INTENSIVAS DE CARÁCTER ESTRUCTURAL

La reforma laboral de 2021 ha introducido cambios importantes en las fuentes convencionales de regulación de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. Esta ha sido una de las controversias que se ha venido suscitando en la experiencia jurídica –del derecho vivo- y en las controversias judiciales, dando lugar a pronunciamientos controvertidos frecuentemente oscilantes y discordantes, como suele ser propio de los procesos de hemenéuticos de las normas en la dinámica de la vida del Derecho mediatizada por los procesos de cambio social y de respuesta creativa –y no sólo de adaptación- del modelo de regulación de las instituciones jurídicas.

En este sentido hay que entender que la reforma laboral de 2021 del art. 42.6 del ET ha sido un primer e importante paso en la dirección correcta hacia una reforma más *integral* y completa en la orientación del garantismo jurídico-laboral y de procura de los necesarios equilibrios de poder (e intereses) entre las empresas y los trabajadores y sus instancias de representación e identidad colectiva-sindical.

Ahora bien, como señalada la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, el incremento en el uso de la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la precariedad laboral. Por ello, procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas. La externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las

habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores (art. 15.2, último párrafo). Por otra parte, sí se establece la posibilidad de recurrir al contrato fijo-discontinuo en supuestos subcontratación empresarial “El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa (art. 16. Contrato fijo-discontinuo)”.

Recuérdese que la modificación más significativa externa al art. 42 del ET, se produce fuera del propio ET y estriba en la importante modificación de la redacción de la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (“*reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*”), relativa a la “*Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción*”, la cual establece garantías importantes de estabilidad en el empleo, entre ellas: en primer lugar: Tendrán la consideración de contratos indefinidos adscritos a obra aquellos que tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción. La extinción regulada en este artículo no resultará aplicable a las personas trabajadoras que formen parte del personal de estructura. Y, en segundo lugar, la finalización de la obra en la que presta servicios la persona trabajadora determinará la obligación para la empresa de efectuarle una propuesta de recolocación, previo desarrollo, de ser preciso, de un proceso de formación. Sin poder entrar aquí en los pormenores de esta novedosa regulación, se hace remisión al capítulo correspondiente donde se analiza esta relevante disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, nuevamente redactada.

empresas contratistas. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (v. gr. colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva.

Sin embargo, respecto al Estatuto de los Trabajadores la reforma legislativa de 2021 se ha limitado a modificar el apartado 6 del nuevamente redactado art. 42 del ET, el cual establece un conjunto de reglas de preferencia aplicativa del convenio colectivo que ha de ser aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. Y puede plantear problemas hermenéuticos para realizar el principio de igualdad sustancial entre los trabajadores involucrados en la red de subcontratación empresarial.

Es preciso anotar que la normativa actual sobre subcontratación es muy dispersa y todavía imprecisa e insuficiente en aspectos fundamentales⁵⁰. Habrá que pensar seriamente en la unificación de todos los aspectos laborales de subcontratación en una única normativa y el cubrir las insuficiencias del marco de regulación legal.

La nueva regulación establecida por la Ley de reforma del art. 42 del ET contribuye a garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. Se hace eco de las demandas de modificación del art. 42 del ET, dadas sus innegables carencias, pero al tiempo lo que se hace es abrir un proceso gradual de reformas legislativas que tendrías que ir una dirección más ambiciosa en la línea (que habría que perfeccionar en numerosos aspectos) que el Partido Socialista presentara en septiembre de 2016 una “Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados”⁵¹. Más allá de la propuesta inicialmente plantea por el Grupo Parlamentario Socialista (superada en su alcance en la tramitación parlamentaria, incluso por el mismo Grupo parlamentario del PSOE, recogida en la Enmienda 27, realizada tras las sucesivas enmiendas que se plantearon por los diversos grupos parlamentarias.), interesa dar cuenta de algunos aspectos fundamentales se esa reforma integral que necesita el art. 42 del ET desde el enfoque de equilibrio entre los derechos y poderes entre los trabajadores y empleadores.

- La subcontratación empresarial –como modalidad de externalización productiva- se enmarca como una expresión de la libertad de empresa (art. 38 CE)

50. MONEREO PÉREZ, J.L. Y SERRANO FALCÓN, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010 (disponible en abierto en Internet; MONEREO PÉREZ, J.L., Y PÉLAN QUESADA, S.: “El Derecho social ante la externalización productiva y la subcontratación empresarial”, en MONEREO PÉREZ, J.L., Y PÉLAN QUESADA, S. (DIRS.): *Externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018, págs. 503-518.

51. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley 9 de septiembre de 2016, Núm. 25-I. 122/000015 Proposición de Ley de Modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores subcontratados, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

siempre que no contradiga el ordenamiento jurídico. Ningún derecho ni poder jurídico puede pretender ser absolutista, ilimitado o incondicionado, pues se enmarca en un sistema de derechos y poderes con contrapesos de deberes y poderes y con sometimiento a necesarias técnicas de ponderación impuestas por la Constitución y la legislación infraconstitucional que forma el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

- La externalización de servicios y actividades productivas en España es una práctica cada vez más extendida en distintos sectores de actividad económica, sin que la normativa laboral se haya ajustado de manera óptima a su progresiva implantación, circunstancia que hace necesaria su revisión del marco legal.
- La finalidad de las reformas sucesivas deben residir en establecer garantías legales para evitar que la falta de control de esta forma de organización descentralizada de producción ocasione situaciones objetivas de desigualdad y agravios comparativos en las condiciones laborales de los trabajadores. Cumpliría tres objetivos en particular: Dotar de seguridad jurídica a la propia subcontratación, suprimiendo el requisito de la propia actividad de la empresa principal e instaurando un supuesto con textura abierta y delimitando los contornos definitorios y las obligaciones que ello conlleva.
- Evitar la competencia desleal entre empresas de un mismo sector, basada en la degradación de condiciones laborales y en la rebaja de en la prestación de servicios. Hecho que se produce cuando las empresas contratan o subcontratan servicios propios, situándose en una mejor posición frente a las que mantienen dichos servicios, puesto que trasladan costes salariales a las “empresas de servicios”. Esto es hay que sustituir el modelo de competitividad y flexibilidad laboral a través de la reducción de costes laborales y derechos de las personas que trabajan por un modelo de competitividad y flexibilidad laboral a través de la calidad del empleo –desde un enfoque de los derechos específicos e inespecíficos o generales de la personalidad de la persona que trabaja-, la innovación y la calidad del producto⁵².

52. Frente a la frecuente tentación del análisis atenido a la “coyuntura del momento”, es importante a tomar en consideración los ciclos de larga duración de las políticas laborales y su plasmación en las reformas legislativas y su impacto en los institutos jurídicos, porque es el único modo satisfactorio para obtener una comprensión explicativa los orígenes, los presupuestos y el sentido político jurídico de los debates y controversias actuales sobre el Derecho del Trabajo y los modelos de flexibilidad laboral contrapuestos que se proponen desde distintas ideologías jurídicas. Así es posible expresar la dirección de política del Derecho y su proyección técnico-jurídica en un proceso dinámico de larga duración. La distinción crítica entre estos dos modelos de flexibilidad laboral y competitividad empresarial en tensión, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo derecho del trabajo. Una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blach, 1996, explícita y concretamente págs. 132-135. En el fondo el modelo de flexibilidad laboral depende y es interdependiente de la opción por el modelo de desarrollo y de competitividad de las empresas: un primer modelo incide en la búsqueda de la competitividad por reducción de costes del trabajo; el otro enfatiza la competitividad por la innovación, la formación y el incremento de la productividad mediante mejoras tecnológicas y de la organización de los procesos productivos. Véase, asimismo, una exposición sucinta de esta dualidad de “modelos” de competitividad y flexibilidad laboral en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 33 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La flexibilidad laboral y las políticas de reorganización industrial en España”, en RIVERO LAMAS, J. (Coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1993, págs. 363 y sigs. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El trabajo precario. Segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral”, en DE LA

- Esa competencia desleal puede tener una dimensión salarial, que se produce cada vez con mayor frecuencia ya que cada vez son más las empresas de servicios cuyo salario base prácticamente no mejora el salario mínimo interprofesional, y también producirse por la precarización de las condiciones de trabajo.
- Asegurar que los trabajadores que presten servicios en un mismo sector tengan garantizado el mismo salario y las mismas condiciones de trabajo. En la actualidad, se detectan casos en los que trabajadores subrogados por empresas de servicios cobran el salario de origen y las nuevas contrataciones exactamente la mitad.
- Además, teniendo en cuenta que en la Unión Europea existe un mercado de trabajo sin fronteras, sería necesario crear una legislación europea que regulara las garantías laborales en los supuestos de subcontratación empresarial. Ello es así, porque efectivamente no existe un paradigma/modelo normativo en el Derecho de la Unión Europea (Derecho Social Comunitario). En materia de subcontratación (más allá de la Directiva Marco 89/CE, sobre prevención de riesgos laborales, y del distinto supuesto de la descentralización productiva por la vía de transmisión parcial de empresa que se contempla en la Directiva 2001/23/UE) no se dispone una normativa europea que establezca un sistema de garantías jurídico-laborales individuales y colectivas en tales supuestos de organización empresarial (A diferencia, por ejemplo, de las ETT, los despidos colectivos, las transmisiones de empresas, las situaciones de insolvencia del empleador, etcétera). Pero, sin embargo, la Directiva-Marco europea de 1989, sobre prevención de riesgos laborales si toma en consideración la subcontratación empresarial como instrumento de descentralización productiva o funcional estableciendo algunas garantías laborales. Es evidente que este vacío en el Derecho Social de la Unión Europea debería de cubrirse a través de una Directiva que regularse los efectos laborales de la subcontratación de actividades o servicios empresariales, estableciendo, al respecto, un conjunto de garantías o tutelas laborales mínimas. Ello estaría en la dirección marcada por la normativa internacional y la acción estratégica de la OIT en favor de garantizar un *trabajo decente o digno de la persona que trabaja*⁵³ Esta es la dirección de política del Derecho adoptada en el Pacto Mundial para el Empleo (PME), aprobado por unanimidad en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada el 19 de junio de 2009, con la participación de los representantes de los gobiernos, empresarios y trabajadores de todos los Estados miembros de la OIT. Dicho Pacto se enmarca en las iniciativas de la OIT, desde finales de esta última década, señaladamente a partir de la Recomendación OIT, núm. 198 (2006), sobre la relación de trabajo y la “Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa” (2008). Estos textos se inclinan nítidamente por impulsar el trabajo “decente” y reafirmar los principios de protección de los trabajadores propios del Derecho del Trabajo garantista como elementos irrenunciables de la elaboración de las políticas públicas (señaladamente,

VILLA GIL, L.E. (Coord.): *El Trabajo*, Libro dedicado a la memoria del eminente Profesor Juan Rivero Lamas, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011. págs. 383-429; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*.

53. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.

de la política económica general y de las políticas sociales). Las políticas de trabajo garantizado cuentan con el apoyo expreso de la comunidad internacional a través del PME, confirmando sentido y contenido esencial al genérico derecho al trabajo reconocido en el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es más, la orientación político-jurídica del Pacto ha sido después insertada en el texto de la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), relativa a los “Pisos” nacionales de protección social, cuyo art. 9.2 insta a los Estados miembros a incluir “*garantías de empleo*” proporcionadas por regímenes públicos en los pisos nacionales de protección social. Cabe concluir, por tanto, que el trabajo garantizado no es sólo una propuesta económica provista de una relevante base ética y democrática, sino también un instrumento reconocido internacionalmente para combatir y erradicar eficazmente el desempleo y la precariedad laboral. Trabajo decente, que garantice la dignidad de todas las personas que trabajan.

El Derecho del Trabajo tiene que dar una respuesta de política del Derecho autorreflexiva, autónoma y garantista (coherente con la Constitución jurídica del Estado Social) a nuevo escenario de la organización de los sistemas productivos en constante transformación; aspecto que hoy no se cumple satisfactoriamente. Las “regulaciones” o pretendidas “desregulaciones” normativas liberalizadoras del fenómeno de la subcontratación son en sí mismas desequilibradas, pues favorecen unilateralmente los intereses y libertades de organización empresarial y contribuyen decisivamente a generalizar (desde una “racionalización económica” contrapuesta a la “racionalidad social”) la precarización y mercantilización de las relaciones de trabajo. La nueva organización productiva hace que se tenga que replantear el régimen jurídico laboral de la subcontratación, régimen insuficiente para hacer frente a las nuevas realidades de organización empresarial. Desde que la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores -año 1980- el art. 42 del ET ha sido modificado en dos ocasiones en materia de subcontratación –concretamente por la Ley 12/2001 de 9 de julio, y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, y en el sector de la construcción a través de la Ley 32/2006, de 18 de octubre. Esto significa que el legislador ha intentado ir modelando el régimen de subcontratación a las nuevas circunstancias. Pero, sin embargo, a través de estas reformas todavía no se ha conseguido alcanzar un equilibrio deseable entre el binomio eficiencia-protección, aunque sin duda constituye un avance importante sobre todo -aunque no sólo- por lo que se refiere a tres grandes ámbitos de problemas: las garantías de control colectivo, medidas sectoriales específicas en el sector de la construcción, y la delimitación legal más precisa de los supuestos lícitos de contrata y subcontrata respecto de los de cesión ilegal de trabajadores. Pero aún se echan en falta más medidas de reforma de la muy deficiente e insuficiente regulación legal de carácter sustantivo (garantías sustantivas) si se quiere avanzar por el camino del fortalecimiento de la regulación garantista y no sólo flexible del trabajo en régimen de subcontratación empresarial. En este sentido el proceso discontinuo de reforma ha dejado por el camino opciones modificativas de mayor envergadura. Por otra parte, no es sólo el problema de la reforma del contenido de la regulación, sino también el técnico-jurídico representado por un marco legal que presenta gravísimas insuficiencias técnicas, como ha sido denunciado reiteradamente por la doctrina científica y jurisprudencial.

Por tanto, es necesario proceder a la revisión del supuesto de hecho normativo del art. 42 del ET, porque de no realizarse, podría producirse un vaciamiento de la norma, y por tanto, una desregulación. Por tanto, hay que inclinarse por un alcance más omnicompreensivo del supuesto de hecho normativo, de manera que comprenda en él tanto la subcontratación de actividades principales inherentes al ciclo productivo, como a las actividades complementarias o auxiliares. Es una forma de extender las garantías sociolaborales a todos los supuestos de contratación o subcontratación de actividades o servicios. El equilibrio que se pretende buscar en todas las instituciones jurídico-laborales -y concretamente en la subcontratación- entre el principio de protección al trabajador y el principio de rendimiento de la empresa, no se cumple en la actualidad, pues la balanza claramente beneficia –mediante la desregulación- al principio de rendimiento. Ante esta situación, el ordenamiento laboral no puede permanecer indiferente a estos cambios. Por un lado, la abstención reguladora en ciertos aspectos acaba por generar ineficiencia en el sistema regulador, y por otro, la desregulación o su déficit significativo –como es el caso- comporta un perjuicio irrazonable para los intereses de los trabajadores. En la lógica del “garantismo jurídico” que impone nuestra Constitución, se impone un modelo de regulación legal más completo y coherente.

Es preciso también llevar a cabo una crítica a su ubicación sistemática en el Estatuto de los Trabajadores, pues se sitúa tradicionalmente en el art. 42 del ET, modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, y el legislador lo rotula como relativo a la “subcontratación de obras y servicios” dentro de una sección de la ley referida a “garantías por cambio de empresario” que a su vez pertenece al capítulo Tercero del Título Primero del ET, dedicado a la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo. Nótese que en el supuesto del art. 42 del ET no hay en sentido técnico cambio de empresario, sin perjuicio de que, en su caso, se pueda integrar el supuesto de hecho normativo del art. 44 del ET cuando la sucesión de contratista o adjudicatario suponga efectivamente un cambio de titularidad en la organización de la actividad empresarial, que puede producirse si haya transmisión de infraestructura material (empresas materializadas)⁵⁴ o, lo que es más frecuente en el sector terciario, cuando lo relevante es el cambio de titularidad de la actividad organizada que lleve aparejada la asunción de una parte significativa de los trabajadores de la plantilla adscrita a la contrata o concesión integrando el supuesto de fáctico y jurídico de la “sucesión de plantilla” (que en cuanto tal es calificable, a efectos jurídico-laborales, como cambio de titularidad de empresa laboral ex art. 44 del ET y normas concordantes).

Se requiere una revisión legislativa que valore la oportunidad de plasmar una opción de política del derecho que vaya más lejos del actual marco normativo generalizando

54. Para la delimitación conceptual y operatividad de la “empresa desmaterializada” y trascendencia en los supuestos de cambio de titularidad, véase la construcción originaria de la figura, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, núm. 7 (1987), págs. 27 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los supuestos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, *Ibidem* ediciones, 1994, cap. V (“Garantías laborales en el cambio de titularidad en contrataciones y concesiones de servicios”), págs. 163-175; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, *Ibidem* ediciones, 1999, espec., págs. 106 y sigs., sobre la identificación de la empresa en el sector terciario a efectos del art. 44 del ET; VICENTE PALACIO, M.A.: *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Valencia, Tiran Lo Blanch, 1996, págs. 108 y sigs.

el tratamiento a todos los supuestos de subcontratación empresarial, pues actualmente no hay un grado de correspondencia de la ordenación normativa de la subcontratación con su realidad económica, que viene caracterizando en los últimos años a la paulatina implantación del modelo de empresa descentralizada y flexible. Esta ausencia de regulación provoca inseguridad jurídica a las empresas contratistas-subcontratistas, y ello porque la dificultad que conlleva actualmente la determinación del supuesto de hecho del art. 42 del ET hace que sus actuaciones dependan de pronunciamientos judiciales, que en muchos casos son contradictorios.

Interesa realzar que el art. 42 del ET contiene en materia de subcontratación un sistema de distribución de responsabilidades en materia salarial y de Seguridad Social (pues en materia de prevención de riesgos están previstas específicamente en la LPRL), así como los derechos de información a los representantes de los trabajadores en estos supuestos de subcontratación, pero no contiene -ni el art. 42 del ET ni ningún precepto o normativa de nuestro ordenamiento- una regulación completa de las contrataciones o subcontratas, como sí se hace con otro supuesto en el que se da de igual modo una relación triangular, y es el caso de las ETT. A esta falta de regulación se suma la falta de determinación de numerosos aspectos del art. 42 del ET que han quedado sin determinar debido a la ausencia del desarrollo reglamentario de este precepto. Por todo ello, es necesario llevar a cabo una regulación completa de esta institución, y no sólo en el que se traten aspectos muy concretos de ésta dirigidos sobre todo a determinar la responsabilidad de los empresarios implicados en el proceso de subcontratación. Al igual que se ha hecho con las ETT, sería necesario una ley específica que regulara todos los aspectos de la subcontratación empresarial, y que sólo actuara la normativa civil como derecho supletorio.

Ciertamente, nuestro sistema de regulación laboral de la subcontratación presente insuficiencias. Pero a pesar de haber de existir un desfase e inadecuación de la normativa actual sobre subcontratación empresarial en varios aspectos, hay que reconocer que España no es de los países desarrollados (a nivel mundial y Europeo) que cuenta con una menor regulación de este fenómeno, teniendo además en cuenta la ausencia de regulación a nivel internacional y a nivel comunitario en la que ni existe un Convenio de la OIT sobre la materia ni una Directiva o instrumento normativamente vinculante que regule y armonice la legislación de todos los Estados Miembros.

En una propuesta constructiva -de orientación garantista- de *lege ferenda*, sería preciso mejorar los instrumentos de control público necesarios para el cumplimiento de las normas de garantía sociolaboral. Ya se ha comprobado que la subcontratación empresarial es legítima, pero no puede seguir siendo utilizada como un cauce para eludir la responsabilidad social y jurídico-laboral de las empresas intervinientes en las operaciones de subcontratación. Ese principio de responsabilidad tiene que ser garantizado por el Derecho Social del Trabajo. No será suficiente sólo la modificación del sistema normativo, será preciso mejorar los instrumentos de control público necesarios para el cumplimiento de las normas de garantía social. Es conveniente llevar a cabo un control en determinados momentos de la actividad de subcontratación a los que se hace referencia a continuación:

Desde esa lógica de control público de la actividad de subcontratación, sería oportuno dar cumplimiento de determinados requisitos para iniciar la actividad de subcontratación empresarial. En muchas ocasiones se produce un exceso en el uso de la subcontratación, entrando en juego empresas que no cuentan ni con un nivel de especialización, ni

con recursos técnicos ni humanos cualificados y tampoco carecen de estructura organizativa. Esto se solucionaría exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos para iniciar la actividad de subcontratación. Así, salvo en el sector de la construcción, como ahora se indicará, no se exige legalmente una estructura organizativa para poder intervenir en el proceso de subcontratación. En otros casos donde existe también una relación triangular, aunque con importantes diferencias con la actividad de subcontratación, que es el caso de las Empresas de Trabajo Temporal, se exigen unos requisitos para iniciar tal actividad. Para esta materia no están contemplados por ley, pues ya dijimos en su momento que la normativa laboral tan sólo se refiere al régimen de responsabilidades, así como los derechos de información sobre la actividad a los representantes de los trabajadores. Pero se ha podido comprobar de un estudio de la subcontratación industrial, concretamente en la Comunidad de Navarra, que el empresario principal suele exigir al contratista una serie de requisitos para trabajar con él, como es el cumplimiento de unos estándares mínimos de calidad, la disponibilidad de algún certificado ambiental, la adecuación de la formación de los efectivos o con algunos preceptos en seguridad laboral, además de las obligatorias. Pero son requisitos que cumplen una determinada finalidad; y es asegurarse de la calidad final del producto que han encargado realizar al contratista o subcontratista, y no se exigen requisitos para asegurar las adecuadas condiciones laborales de los trabajadores. Dichas condiciones sólo están previstas para el sector de la construcción, a partir de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, desarrollada por el RD 1109/2007, de 24 de agosto, y que se aplica a las obras de la construcción que se hubieran iniciado con anterioridad al 19-4-2007. Tales requisitos para las empresas contratistas y subcontratistas son:

- En primer lugar, se tiene que llevar a cabo un registro de empresas acreditadas, dependiente de la autoridad laboral competente de cada Comunidad Autónoma cuyo desarrollo y régimen jurídico se contiene en el Real Decreto 1009/2007, de 24 de agosto, desarrollo reglamentario de la Ley). Este RD concreta el registro de empresas acreditadas, cuya puesta en marcha es competencia de las Comunidades Autónomas. En él deberán inscribirse todas las empresas que participen en procesos de subcontratación en obras de la construcción. Ello servirá para acreditar los requisitos de solvencia y calidad exigibles a las empresas contratistas y subcontratistas. Dichos requisitos pasan por la obligación de disponer de la infraestructura necesaria para el desarrollo del negocio, así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL así como por la exigencia de contar con unos recursos humanos debidamente formados en materia de seguridad y salud laboral. Sin embargo, se ha criticado por la doctrina el carácter meramente formal de la inscripción, esto es, simplemente informativo o documental, porque el trámite de la inscripción no es garante en sí de ninguna condición específica de calidad ni solvencia, ni tampoco de seguridad jurídica.
- Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.
- Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.

- Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra.
- Disponer de personal, en su nivel directivo y productivo, con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL.

En definitiva, cada vez que una empresa quiera contratar a otra, tiene que solicitar un certificado de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad Autónoma en donde radique la empresa subcontratada, con el objeto de quede acreditado fehacientemente que la empresa subcontratada cumple todos los requisitos que exige la Ley. Este certificado tendría que ser siempre gratuito. Tales garantías que se exigen para el sector de la construcción se deberían extender a todas las empresas contratistas y subcontratistas, por lo que se debería llevar a cabo una reforma legislativa que se establecieran como obligatorios tales requisitos. Una reforma de este tipo ayudaría a depurar el tráfico mercantil y a expulsar del mercado a las empresas contratistas y subcontratistas que lesionaran los derechos de los trabajadores, y desde el punto de vista económico generarán competencia desleal.

Por otra parte, un adecuado control público también se manifiesta en un óptimo sistema sancionador. Es necesario un cambio completo de la normativa de subcontratación en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RD-Legislativo, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social; en adelante LISOS), adaptada a una nueva normativa sustantiva en esta materia. Como se sabe, la responsabilidad administrativa prevista en la LISOS es una clara manifestación del *ius puniendi* estatal y esencial para la supervivencia de la eficacia del Derecho del Trabajo. La normativa prevista en la LISOS tiene, por un lado, una finalidad preventiva para advertir las consecuencias desfavorables que tiene su incumplimiento, así como una función represiva para aplicar tales sanciones en caso de que los sujetos implicados sean incumplidores. Para que se puedan cumplir tales funciones, es necesario que se revise la tipificación de los incumplimientos en materia de contratación y subcontratación. Incluso para llevar un adecuado control público se puede proponer también que se solicite que la Administración haga público el listado de empresas incumplidoras que hayan sido sancionadas por infracciones graves o muy graves en vía administrativa.

En la dimensión estrictamente normativa –y no sólo institucional- sería preciso pensar en la conveniencia de establecer una “nueva” ley reguladora de la subcontratación tendría que basarse y partir del art. 42 del ET: pero cambiando algunos aspectos e incluyendo otros nuevos. Al respecto, lo más prioritario, sería la modificación del supuesto de hecho del art. 42 del ET. Hemos podido comprobar que el ámbito de aplicación del art. 42 del ET es muy limitado, y a ello se le suma la falta de precisión al respecto, además de una doctrina judicial que invoca al casuismo como método más idóneo para aplicar el precepto. Del mismo modo no se indican con claridad los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, y tampoco hay una determinación legal expresa de qué se entiende por “obras o servicios correspondientes a la propia actividad”. Para ello es necesario para que haya mayor seguridad jurídica, suprimir el término contrata del art. 42 para especificar el conjunto de negocios jurídicos contractuales que se regulan dentro del ámbito del art. 42 del ET. Se debería del mismo modo eliminar el concepto indeterminado de propia actividad, y sólo determinar en la ley los supuestos excluidos de aplicar la regulación de la subcontratación,

como es el caso de la contrata que se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, o cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

La supresión legal del requisito de “propia actividad” implicaría la extensión de la regulación de la subcontratación a todo tipo de contratas (públicas o privadas), con las exclusiones que expresamente se hagan por ley, que sin duda repercutiría positivamente en el adecuado funcionamiento de las contratas. También se tendría que incluir expresamente, que no es obligatorio para la aplicación de la normativa de subcontratación, que las contratas se ejecuten en los centros de trabajo de la empresa principal⁵⁵.

Se debe garantizar por vía legal el principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo para todos los trabajadores de las empresas involucradas en el proceso de subcontratación. En el Derecho vigente ha cristalizado una elección de política legislativa, que no sólo no fomenta la aproximación retributiva entre los trabajadores de la empresa principal y los afectados por procesos de subcontratación, sino que más aún es decididamente contraria a la equiparación del tratamiento salarial entre los trabajadores de la empresa auxiliar y el personal de la empresa comitente. Al no incluir nada, se hace más fácil en la práctica la utilización de la subcontratación con la finalidad de disponer de mano de obra en condiciones laborales más precarias, promoviendo así la segmentación entre el personal que forma parte del núcleo protegido del ciclo productivo (los de la empresa principal) y los trabajadores insertos en la periferia del mismo, pertenecientes a la empresa auxiliar, menos protegidos, y con harta frecuencia con empleo precario. Se tendría que regular expresamente por Ley, al igual que se ha hecho en nuestro ordenamiento para las Empresas de Trabajo Temporal o en otros ordenamientos como es el caso del italiano o el francés, la equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa principal y de la empresa contratista/subcontratista.

Por otra parte, resulta excesiva la utilización de la contratación por obra o servicio determinado por las empresas contratistas-subcontratistas. Pero actualmente es una realidad jurídica, considerándose lícito por la jurisprudencia mantener que la duración de dicho contrato esté pendiente de la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios. Para limitar vía legal la excesiva contratación temporal, se podría tomar como ejemplo la solución dada en el sector de la construcción, que, mediante la regulación del contrato de obra, se ha introducido mayor flexibilidad a la empresa contratista, pero al mismo tiempo la empresa contratista está obligada a llevar a cabo un determinado porcentaje de contratos de duración indefinida.

En definitiva, es necesario diseñar un marco legal adecuado que establezca las garantías pertinentes. Hasta el momento ha habido una opción de política legislativa que no ha resuelto plenamente los problemas de incertidumbre, la confusión, los aspectos oscuros del sistema normativo y lo más grave es que el modelo de regulación legal actual

55. Es significativo que el art. 26 del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción haya dado un paso hacia adelante, al establecer en su art. 26 que el sistema de garantías dispuesta en el art. 42 del ET se extiende a todas “las empresas que subcontraten con otras del sector la ejecución de obras o servicios”, de manera que se sustituye el concepto de “propia actividad” por el más amplio de “sector económico”, que, por lo demás, es objeto de delimitación funcional en el art. 3 de dicha norma pactada sectorial, comprendiendo las actividades de construcción y obras públicas; conservación y mantenimiento de infraestructuras; canteras, areneras, graveras y explotación de tierras industriales; embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos; y, por último, comercio de la construcción mayoritario y exclusivista (Illuesca Ballester, H., 2015, 122).

de la subcontratación no ha contribuido decisivamente a superar la dualidad de estatutos jurídicos de trabajadores más protegidos en la principal, y trabajadores dotados de un estatuto protector de menores garantías o derechos laborales.

En esta senda de política del Derecho deberá proseguirse con una necesaria reforma legal (de Derecho Mercantil y de Derecho del Trabajo) que restrinja, en algunos casos, el poder de organización e instaure, ante todo, un sistema más eficiente para evitar que jurídicamente pueda producirse una precarización generalizada y una utilización de los mecanismos de subcontratación como estrategia defensiva y patológica de reducción de los costes laborales a través de dichas prácticas externalizadoras. El trabajo precario y temporal –fuertemente vinculado a la subcontratación generalizada- incide en un empleo inseguro, de baja calidad y bajos salarios. El Derecho Social del Trabajo deberá buscar un equilibrio más satisfactorio que el actual entre las exigencias de flexibilidad y las de protección de los trabajadores (en términos de estabilidad y de calidad del trabajo) dentro de la lógica transaccional que ha venido caracterizando al Derecho del Trabajo (al menos en el modelo garantista de constitución social del trabajo). Este objetivo debería situarse en el centro de las preocupaciones de todos los agentes –y actores- públicos y privados interesados en los procesos de subcontratación ante un mundo en cambio y profundamente marcado por la creciente inseguridad en el trabajo. En tal sentido, el ordenamiento laboral deberá establecer medidas de garantía efectivas tanto para los supuestos de subcontratación o “tercerización” lícita como ilícita, evitando así el abuso de poder de los empleadores y la tutela efectiva de los derechos sociales, individuales y colectivos, en el marco de todas las operaciones de subcontratación o “tercerización” empresarial sus diversas manifestaciones que ofrece la realidad económica.

Por último, se deberían de establecer *normas legales promocionales* de la negociación colectiva en la “red de subcontratación”, partiendo de los resortes legales actualmente disponibles, pero profundizando en ellos en el sentido de garantizar su eficacia. Entre estas normas de fomento deberían establecerse medidas legales encaminadas a reforzar el deber de negociar convenios colectivos de “red de subcontratación”. Pero la reforma cualitativa tiene que operar sobre la dualidad del sistema de fuentes del derecho social del trabajo. La negociación colectiva a través de la producción de normas paccionadas (pactadas) constituye un instrumento útil para complementar y adaptar (no desplazar o sustituir) la regulación legal general y también una fuente de regulación autónoma idónea para implantar mecanismos de control de los fenómenos de subcontratación empresarial.

En este orden de ideas resulta harto significativo que la propuesta gubernamental inicial de reforma del art. 42 del ET⁵⁶ era mucho más ambiciosa y que muchas de estas medidas correctivas del vaciamiento de espacios de subcontratación del supuesto de hecho normativo y otras medidas garantistas que se pretendían incluir en el art. 42 del ET, se fuera excluyendo de la negociación pre-legislativa tripartita (en aras de alcanzar un consenso entre el Gobierno y los agentes sociales). Basta recoger el contenido de la propuesta inicial del Gobierno de coalición para percatarse de ello. Así:

Seis. Se modifica el artículo 42, que tendrá la siguiente redacción: Artículo 42. “Subcontratación de obras y servicios 1. Las empresas que contraten o subcontraten con

56. PROPUESTA MESA MODERNIZACIÓN 14 10 2021 Real Decreto-Ley X/2021, de X de septiembre, de modernización de las relaciones laborales.

otros la realización de obras o servicios (se suprime: correspondientes a la propia actividad de aquellos) deberán comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante. 2. La empresa principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por las contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y trabajadoras responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo. No habrá responsabilidad por los actos de la contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. La responsabilidad prevista en este apartado será subsidiaria en caso de que la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista no forme parte del ciclo productivo de la empresa principal. Se entiende que forman parte del ciclo productivo de la empresa principal aquellas operaciones y labores propias de la producción de bienes y servicios que constituyen el objeto de su actividad real o potencial, excluyendo solo aquellas actividades que estén desconectadas de dicho objeto. (Se suprimiría en la propuesta).

(Se incluye una nueva redacción) La responsabilidad prevista en este apartado será subsidiaria en caso de que la empresa contratista o subcontratista desarrolle una actividad complementaria, que resulte estrictamente desconectada de la actividad productiva de la empresa principal o de su objeto, actual o potencial.

La responsabilidad prevista en este apartado será subsidiaria en caso de que la empresa contratista o subcontratista desarrolle una actividad complementaria, que resulte estrictamente desconectada de la actividad productiva de la empresa principal o de su objeto, actual o potencial. 3. Los trabajadores y trabajadoras de la contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresa de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social de la empresa principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, la contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen. 4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a la representación legal de sus trabajadoras y trabajadores sobre los siguientes extremos: a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista. b) Objeto y duración de la contrata. c) Lugar de ejecución de la contrata. d) En su caso, número de personas trabajadoras que serán ocupadas por la contrata o subcontrata

en el centro de trabajo de la empresa principal. e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

3. Los trabajadores y trabajadoras de la contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresa de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social de la empresa principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, la contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen. 4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a la representación legal de sus trabajadoras y trabajadores sobre los siguientes extremos: a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista. b) Objeto y duración de la contrata. c) Lugar de ejecución de la contrata. d) En su caso, número de personas trabajadoras que serán ocupadas por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal. e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Cuando las empresas principales, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de la representación legal de las personas trabajadoras. 5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a la representación legal de sus trabajadoras y trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado 4. 6. El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata, corresponda ésta a la actividad propia de la principal o a una distinta, con independencia de la forma jurídica o el objeto social de la empresa contratista o subcontratista. No obstante lo anterior, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, podrá aplicar este, siempre que esta norma convencional garantice, como mínimo, los mismos derechos que el convenio sectorial que corresponda a la actividad ejecutada en la subcontrata, en virtud de una apreciación conjunta de los conceptos comparables entre sí. 7. Las trabajadoras y trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a la representación legal de personas trabajadoras de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones de la persona trabajadora respecto de la empresa de la que depende. 8. La representación legal de las personas trabajadoras de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81. La capacidad de representación y ámbito de actuación de la representación de las personas trabajadoras, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación”.

(Nueva redacción del apartado 6) “6. El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata, corresponda ésta a la actividad propia de la principal o a una distinta, con independencia de la forma jurídica o el objeto social de la empresa contratista o subcontratista. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, podrá aplicar este, siempre que esta norma convencional garantice, como mínimo, los mismos derechos que el convenio sectorial que corresponda a la actividad ejecutada en la subcontrata, en virtud de una apreciación conjunta de los conceptos comparables entre sí”.

Sobre bases análogas –y sin entrar aquí en que esta propuesta de reforma más integral debería matizarse en diversos aspectos– deberá proseguirse en próximas y deseables reformas de la incidencia iuslaboral de este fenómeno de la subcontratación como el supuesto más típico de externalización productiva y funcional.

I.V BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C.L. “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 72.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018.
- ESTEVE-SEGARRA, A. *Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “Precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra (ETT y Subcontratación)”, en *Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Recopilación de Conferencias*, Sevilla, Edita Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2006.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y PERÁN QUESADA, S. (DIRS.). *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y SERRANO FALCÓN, C. *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L., Y PERÁN QUESADA, S. “El Derecho social ante la externalización productiva y la subcontratación empresarial”, en MONEREO PÉREZ, J.L., Y PERÁN QUESADA, S. (DIRS.): *Externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, núm. 7 (1987).
- MONEREO PÉREZ, J.L. “El trabajo precario. Segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (COORD.): *El Trabajo*, Libro dedicado a la memoria del eminente Profesor Juan Rivero Lamas, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: Régimen jurídico y responsabilidades”, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “La flexibilidad laboral y las políticas de reorganización industrial en España”, en RIVERO LAMAS, J. (Coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1993.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2 (2016),.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “La transmisión de empresa: El problema de la identificación jurídica del concepto de “empresa” a efectos de la normativa laboral reguladora de la transmisión de empresas”, en MARTÍNEZ ABASCAL, V. (COORD.): *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid, Ibidem ediciones, 1997.

- MONEREO PÉREZ, J.L. “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización”, en *Relaciones Laborales*, 2011, T. I.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “Subcontratación empresarial y reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRS.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, ORTIZA CASTILLO, F. (COORD.), Murcia, Ediciones Laborum, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. *Introducción al nuevo derecho del trabajo. Una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blach, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L. *La dignidad del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L. *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L. *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem ediciones, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L. La responsabilidad empresarial en los supuestos de subcontratación. Puntos críticos, Madrid, Ibidem ediciones, 1994, cap. V (“Garantías laborales en el cambio de titularidad en contratos y concesiones de servicios”).
- MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Tecnos, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, núm.8 (1986).
- MONEREO PÉREZ, J.L. “Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.L., VIDA FERNÁNDEZ R. Y SPINELLI, C. (DIRS.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- OJEDA AVILES, A. “Aspectos laborales de las redes de empresas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125 (2005).
- POLANYI, K. *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989; RIPERT, G.: Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, edición y estudio preliminar, “*La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la economía*”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001.
- RIPERT, G. *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, “Derecho privado y democracia constitucional: Georges Gurvitch, ¿Paradigma de jurista liberal?” (pp.IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.
- RIVERO LAMAS, J. Y MONEREO PÉREZ, J.L. “Legitimación para negociar” (artículo 87 del ET), en MONEREO PÉREZ, J.L. (DIR.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio Sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, SERRANO FALCÓN, C. (COORD.), Granada, Comares, 2012, págs. 1074 y sigs., en particular 1079; SANGUINETI RAYMOND, W.: *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2016.
- SANGUINETI RAYMOND, W. *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 2016.
- VICENTE PALACIO, A. “Empresas multiservicios: Negociación colectiva y subcontratación”, en MONEREO PÉREZ, J.L., Y PÉRRAN QUESADA, S. (DIRS.): *Externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018.
- VV.AA.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y PÉRRAN QUESADA, S. (DIRS.), Granada, Ed. Comares, 2018; MONEREO PÉREZ, J.L. Y SERRANO FALCÓN, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010. *OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2018.