

<b>ESTUDIO</b>	<b>CAMBIOS JURISPRUDENCIALES EN SUBCONTRATACIÓN LABORAL ¿POR QUÉ SON UNA CONDICIÓN NECESARIA PERO NO SUFICIENTE Y POR DÓNDE HABRÍA QUE IR EN LA REFORMA?<sup>1</sup></b>
<b>Amparo Esteve-Segarra</b> Profesora Titular Universidad. Universidad de Valencia.	
<p>1. El espejo de la crisis: el país de los temporales y la degradación del empleo en la subcontratación. 2. La desorientación sobre la gobernanza internacional de la externalización productiva. 3. Cambios en la jurisprudencia española. 3.1. El apoyo a las cláusulas extensivas para garantizar la aplicación del convenio sectorial en las contrata. 3.2.- El criterio para determinar el convenio sectorial aplicable a una empresa multiservicios. 3.3. El replanteamiento de la vinculación entre una contrata y un contrato temporal de obra o servicio determinado. 4. Propuestas para la reforma laboral de la subcontratación. 4.1- De prohibir la subcontratación de actividades propias a eliminar el concepto de propia actividad. 4.2. La garantía de condiciones de trabajo previstas en el convenio sectorial objeto de la contrata y la información sobre el convenio de aplicación. 4.3. La mejora de las condiciones de representación de las personas trabajadoras en las contrata cuando no tenga representantes a través de las estructuras de representación de la empresa principal. 4.4. El más difícil todavía: la regulación del derecho de huelga en contrata. 4.5. Una ordenación específica del régimen de subrogación convencional.</p>	

**1. EL ESPEJO DE LA CRISIS: EL PAÍS DE LOS TEMPORALES Y LA DEGRADACIÓN DEL EMPLEO EN LA SUBCONTRATACIÓN**

La crisis económica provocada por el COVID-19 ha atacado a sectores de actividad como el turismo, la hostelería y la restauración, muy basados en la externalización y el trabajo temporal. Ello explica un impacto más fuerte en la caída del PIB español en el 2020, hasta el 11,6%, respecto a otros países. No deja de ser casual que los sectores más golpeados por esta crisis sean aquellos basados en el binomio de externalización y trabajo temporal. Algunos de los efectos de la crisis económica derivada de la pandemia son, utilizando una terminología del mundo de las finanzas, sistémicos, es decir, riesgos comunes para todo el mercado. Pero en el país de los temporales, la pandemia ha actuado como un incendio en un ámbito que ya estaba regado por la gasolina del trío de externalización, temporalidad y precariedad laboral. Los diques de contención en forma de ayudas a las empresas, expedientes de regulación temporal de empleo, con compromiso de mantenimiento del empleo y prohibición de despedir, han funcionado con las personas trabajadoras con contratos indefinidos. Pero no puede dejar de constatarse que en un mercado de trabajo donde más de una cuarta parte de las personas trabajadoras por cuenta ajena son temporales, quizás no haya política de flexibilidad interna que evite la destrucción masiva de empleo.

---

<sup>1</sup> Refleja el contenido de la ponencia realizada en la Jornada organizada *on line* por CCOO-CLM sobre Jornada “La negociación colectiva frente a la contratación temporal, ETTs y la subcontratación”, 12.01.2021.

Frente a esta situación, se han planteado dos posturas. Una primera sería la de atribuir toda la culpa de la coyuntura desfavorable al coronavirus y sus evidentes efectos en una economía de servicios como la nuestra, con trabajos de bajo valor añadido y que ha apoyado su crecimiento en sectores de ocio y restauración, cimentados en la interacción social. Si todos los problemas de destrucción de empresas, pequeños negocios y puestos de trabajo derivasen del virus, tan solo cabría adoptar una postura pasiva de resignación frente a esta suerte de plaga bíblica. Una segunda posición habría apuntado que sería necesario un cambio de modelo productivo y una vuelta a políticas de reindustrialización y, desarrollo tecnológico y lucha contra la deslocalización como base del bienestar del país. Sin embargo, más allá de discursos grandilocuentes, existen pocas propuestas sobre cómo realizar dicha transformación. El artículo pretende incidir en una pequeña parte de estos cambios, los vinculados a la regulación laboral de la subcontratación.

## **2. LA DESORIENTACIÓN SOBRE LA GOBERNANZA INTERNACIONAL DE LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA**

La economía terciarizada del siglo XXI tiene ínsita la descentralización como fórmula organizativa, por lo que la regulación que disciplina jurídicamente la subcontratación es un elemento esencial y estratégico para el funcionamiento del sistema económico y laboral. Es innegable que las redes de intercambio de servicios en las empresas han contribuido al desarrollo económico capitalista y al progreso social. Sin embargo, la adaptación a una economía en red ha motivado una suerte de selección natural de la actividad realizada por terceras empresas, que si bien, en ocasiones se ha basado en la especialización de los servicios; en otras, ha provocado un deterioro en la calidad de empleos en un contexto casi maltusiano de competencia, lucha por la supervivencia de las empresas, escasez de trabajos de calidad y sobrepoblación de personas buscándolos.

Muchas empresas se benefician más que otras de la subcontratación. Hay firmas que se localizan y tributan en paraísos fiscales o laborales y otras que, por su modelo de negocio o su tamaño, no pueden hacerlo. Hay compañías que optan por obtener su fuerza de trabajo mediante redes de empresas externas y otras que contratan directamente a todo o parte de su personal. Hay empresas que producen u obtienen servicios donde los costes laborales y medioambientales son menores y otras que están localizadas en el territorio. Los ordenamientos jurídicos pueden dejar libertad al mercado o diseñar garantías si estiman que en la subcontratación se incurre en *dumping* social. Y la primera postura ha prevalecido.

La regulación internacional de las redes de empresa está presidida por el juego de las libertades económicas. No se han logrado regulaciones laborales comunes

ni en la OIT<sup>2</sup>, ni en otras organizaciones internacionales, como la OCDE ni en la Organización Mundial del Comercio, pues diversos países se retiran de la arena cuando se habla de la protección de los trabajadores/as en supuestos de subcontratación. Igualmente, en los debates sobre el comercio justo no se suele avanzar más allá de instrumentos de autorregulación de las empresas, tales como códigos de conducta y de control de las condiciones laborales de los proveedores u otro tipo de compromisos voluntarios de responsabilidad social de las empresas. Y es que sin restar valor a los códigos de responsabilidad social global u otros instrumentos para mejorar las condiciones de trabajo de suministradores y empresas contratistas que suelen establecer directrices, orientaciones, y en el mejor de los casos, controles de aplicación a los proveedores mediante auditorías, la realidad demuestra que acaban teniendo mayor peso los márgenes de precios en la subcontratación. El precio de cada subcontrata es el factor que marca las condiciones laborales de los trabajadores/as de las empresas contratistas.

Los fracasos han sido sonados, hasta el punto de que es un tema maldito desde la perspectiva internacional. Incluso en la UE, que cuenta con el acervo de la legislación social internacional más desarrollada del planeta, no hay estándares de protección comunes sobre las condiciones de trabajo en régimen de subcontratación, similar a la fijada a nivel de la unión en relación con las empresas de trabajo temporal o los traspasos de empresas<sup>3</sup>. El hecho de que no haya una directiva impide que el TJUE actúe en esta materia de la contratación y subcontratación entre empresas privadas. La intervención judicial del tribunal comunitario es de notable importancia e impacto a nivel nacional, como luego se verá en materia de contratación temporal o transmisión de empresa proyectada en empresas contratistas.

En conclusión, el tratamiento de la subcontratación se difiere a la legislación interna de cada país. De manera que pueden existir estados que opten por no

2 En la OIT en la Conferencia General de junio de 1998 se planteó la adopción de un instrumento normativo (convenio y recomendación) en un futuro inmediato. Cuestión pendiente décadas después.

3 En el ámbito europeo, la regulación de los fenómenos de descentralización productiva se ha abordado a través de una serie de Directivas, que establecen un patrón común al armonizar la legislación de los diferentes países de la Unión que deben trasponerlas a su ordenamiento interno. Entre ellas, serían las más importantes las siguientes: - Primero, la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad. - En materia de movilidad internacional de trabajadores ligada a la descentralización productiva, cabe destacar dos textos normativos: en primer lugar, la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996 y 2014/67/UE, de 15 de mayo, del Parlamento Europeo y el Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores; y en segundo lugar, la Directiva 67/2014, de 15 de mayo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y por el que se modifica el Reglamento UE núm. 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior. - En materia de cesión de trabajadores mediante empresas de trabajo temporal, la 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. - En materia de grupos de empresa, cabe resaltar la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. - En punto a la subcontratación en la contratación pública, Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, y 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero sobre contratación pública.

establecer una regulación específica, como el caso de Alemania<sup>4</sup>, o bien, algunos como Francia, que aproveche su legislación nacional para establecer cierto control para las empresas y multinacionales establecidas en Francia, pero con cadenas de valor en otros países, en aras del respeto a un trabajo decente<sup>5</sup>.

### 3. CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En nuestro país, ninguna de las reformas laborales en los últimos 40 años ha incidido verdaderamente en la regulación española –absolutamente desfasada– de la contratación y subcontratación laboral. La pasividad y la falta de consenso sobre cómo realizar cambios profundos ha mantenido una regulación poco operativa y ha otorgado el protagonismo a la jurisprudencia. Hasta determinadas sentencias del 2020, la interpretación aplicativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 42 del ET ha sido, en palabras de un magistrado del Tribunal Constitucional, “*desequilibradamente flexible*”<sup>6</sup>. El resultado combinado de algunas construcciones dogmáticas en la jurisprudencia y una regulación deficiente habría propiciado indudables ventajas para las empresas que recurren a la externalización, pues les permitiría disponer de mano de obra periférica y con condiciones distintas a los contratados directamente por el empresario.

4 De entrada, no se encuentran en el ordenamiento jurídico alemán provisiones específicas de responsabilidad por incumplimientos laborales o previsionales de los empresarios contratistas. La dimensión jurídica del *outsourcing* parte de la distinción de dos instituciones: la separación y traspaso de empresa (o de partes de ésta) y la cooperación intraempresarial. El segundo concepto no está regulado legalmente. Aunque indirectamente se plantean cuestiones en relación con la extinción de los contratos de trabajo que se ven afectados por la conclusión o celebración del contrato de *outsourcing*, tanto desde el punto de vista formal como de fondo. En cuanto a la causa de extinción, de forma sintética podría señalarse que en el sistema de relaciones laborales alemán se entiende que si una unidad se cierra total o parcialmente en la empresa principal por decisiones de externalización cabe la terminación de los contratos de trabajo por razones de negocios. Pues bien es importante resaltar que domina la idea en la jurisprudencia de que las decisiones organizativas y de gestión no se pueden controlar en sede judicial, al menos en cuanto a su oportunidad por chocar con la libertad de empresa. Por ejemplo, en cuanto a los despidos derivados de la externalización, el control judicial de los jueces alemanes se centraría en la constatación de una cesión organizativa y la decisión extintiva, en los aspectos procedimentales y de selección de los afectados. El control causal se efectuaría con carácter previo por los representantes del personal. En sede judicial, se fiscalizaría exclusivamente el cumplimiento de los requisitos procedimentales y la selección de afectados. Cfr. AA.VV., *Outsourcing and Employment: An International Guide*, Ius Laboris (2011) y EYLERT. Exposición sobre el Derecho Alemán en la OIT, Recuperable en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_159885.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159885.pdf).

5 Sobre la misma, DAUGAREILH, I., “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renunciaciones y promesas”, en AA.VV. (coord. por Wilfredo Sanguineti Raymond y Juan Bautista Vivero Serrano). *Impacto laboral de las redes empresariales*. Granada: Comares (2018), pp.357-375, y SANGUINETI RAYMOND, W., “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras”. *Trabajo y Derecho* nº 55-56, (2019), pp. 10-14.

6 Utilizo la expresión de VALDÉS DAL-RÉ, F., “Contratas y subcontratas: las reformas pendientes”. *Relaciones Laborales*, Tomo I. (2007), que aludía a la acción combinada de dos procesos, a saber, primero, a lo que él llamaba elucidación reductora de la del concepto de propia actividad, que liberaría a muchas empresas de una responsabilidad solidaria; y segundo, por la permisibilidad en la utilización del contrato temporal por obra o servicio determinado vinculado a una contrata.

No ha sido el azar, sino una conjunción de factores<sup>7</sup>, lo que habría provocado últimamente cambios interpretativos en la jurisprudencia de gran proyección para diseñar una estrategia defensiva frente a la degradación de condiciones laborales en el trabajo en contratas. Primero, la STS de 12 marzo de 2020, rec. 209/2018, validó una cláusula de extensión del ámbito de un convenio sectorial a las empresas contratistas y subcontratistas, garantizando el salario del convenio a los trabajadores/as de empresas contratistas y subcontratistas por la vía de responsabilizar a las empresas que recurrían a la externalización. En segundo lugar, la STS de 11 junio de 2020, rec. 9/2019, fijaría por fin, un criterio más claro y razonable para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas multiservicios, cuyo objeto social, es precisamente atender diferentes tipos de contratas. Y, tercero, la STS de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018, acabaría con la bendición jurisprudencial a los contratos temporales por obra o servicio determinado para atender actividades permanentes de las empresas que externalizan.

Aunque la selección de sentencias del Tribunal Supremo del último año parece un cajón de sastre, todas ellas tocan aspectos esenciales del trabajo en régimen de subcontratación. Además, estos tres pronunciamientos tienen otro punto en común: elegir la exégesis que evite la competencia desleal en los procesos de externalización productiva sobre la base de condiciones de trabajo inferiores<sup>8</sup>. Lo interesante de las últimas sentencias es la apelación a que es necesario

7 El replanteamiento se realizaría por mor de la jurisprudencia superior de la curia europea en relación con contratos temporales inusualmente prolongados y la incidencia de la Directiva 99/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Entre otras, SSTJUE, asunto Montero Mateos, 5 junio 2018, C-677/16 y asunto Grupo Norte Facility, de la misma fecha, C-574-16. Habían existido algunos pronunciamientos que, acogiendo esta doctrina apuntaban hacia un cambio hermenéutico en los contratos por obra o servicio determinado. En varias sentencias del Pleno del TS en el caso de un grupo de una empresa multiservicios llamada Sitel, se declararía ilegal la finalización del contrato con duraciones muy largas, de más de 14 años, mantenidas con la misma empresa. Vid. SSTTS (Pleno) 19 julio 2018, rec. 823/2017, rec. 824/2017 y rec. 972/2017 y 26 marzo 2019, rec. 2432/2017.

8 En palabras del Alto Tribunal, “los negociadores del convenio, conscientes de las eventuales consecuencias discriminatorias en materia salarial, así como de la competencia desleal que pueden provocar en el sector estos procesos de externalización, convinieron evitar dichos efectos negativos” (STS de 12 de marzo de 2020). También se alude a la competencia en la STS de 11 de junio 2020, al argumentar que el aplicar el convenio sectorial a todas las empresas contratistas que desarrollen una actividad es precisamente una garantía de una buena concurrencia entre las empresas. Así, se señala “no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios”. Y, finalmente, la STS 29 diciembre 2020 establece que no se puede utilizar la contratación temporal de obra o servicio determinado para actividades ordinarias y regulares de la empresa. La externalización, no sirve para exceptuar esta regla y habilitar una contratación temporal sobre la base de una contrata. Para lograr una flexibilidad empresarial se alude a la posibilidad de acudir a mecanismos, en palabras del Alto Tribunal, “al alcance de todos los empleadores”. Ello supone un reconocimiento implícito de que, con la doctrina anterior del propio Tribunal Supremo, el empleador que contrataba a sus propios trabajadores/as estaba en situación de desventaja respecto al que externalizaba, que por esta vía, podía acudir a un contrato temporal por obra o servicio determinado. El Tribunal pone encima de la mesa la necesidad de dar las mismas armas a los empresarios que externalizan y a los que no lo hacen. Los mecanismos para ajustar la mano de obra comunes a unos u otros, que menciona la sentencia de 29 de diciembre de 2020 serían: el recurso al trabajo a tiempo parcial, fijo discontinuo, posibilidades de distribución del tiempo y despidos por causas organizativas o productivas por pérdida o reducción de las contratas.

interpretar el ordenamiento para evitar que la externalización sea una vía más propicia para los empleadores que la contratación directa de trabajadores/as, lo que no es, si no una constatación de que esta estrategia es más ventajosa para las empresas y que es necesario establecer garantías para que ello no lo sea a costa de precarizar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de las contratas.

### 31. EL APOYO A LAS CLÁUSULAS EXTENSIVAS PARA GARANTIZAR LA APLICACIÓN DEL CONVENIO SECTORIAL EN LAS CONTRATAS

El primer pronunciamiento jurisprudencial que interesa comentar ha dado un espaldarazo a las cláusulas de convenios sectoriales que tratan de evitar la precarización en las condiciones laborales de las personas trabajadoras en contratas por la vía de fijar costes inferiores a los establecidos en los convenios sectoriales. La sentencia valida las llamadas cláusulas extensivas que tratarían de que las condiciones salariales del convenio fueran respetadas como suelo mínimo por las empresas contratistas y subcontratistas. En contraposición, las cláusulas inclusivas tratan de incluir a las empresas, cualquiera que sea su actividad, es decir, está pensando en las multiservicios, en el ámbito del convenio. Ambos tipos de cláusulas han aparecido en convenios sectoriales de limpieza, hostelería, etc., con la finalidad de vincular a las empresas multiservicios y evitar una competencia desleal de éstas. Y es que una de las esferas más preocupantes del *outsourcing* es lo que se ha llamado diáspora convencional o segregación negocial, es decir sometimiento a regulaciones convencionales distintas de los trabajadores/as de las empresas de servicios en relación con los derechos disfrutados por los trabajadores/as de las empresas principales.

Concretamente, la STS 12 marzo 2020, rec. 209/20178, analizaba una cláusula del convenio colectivo del sector de la hostelería de la provincia de Alicante para trabajadores/as contratados o subcontratados en las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, que les garantizaría la aplicación de determinadas condiciones previstas en el convenio. Se establecía como principal garantía para alcanzar ese objetivo, que los empresarios principales responderían subsidiaria y, en su caso, solidariamente, de las obligaciones mencionadas. El Tribunal declara la legalidad de la cláusula argumentado que se dirige exclusivamente a los empresarios incluidos en el ámbito funcional del convenio, quienes se obligan a garantizar que las personas trabajadoras que presten servicios en empresas contratistas o subcontratistas en las áreas mencionadas, cobrarán, al menos, las mismas retribuciones del convenio. La finalidad de la garantía de condiciones salariales es lícita, dice el tribunal, pues trata de evitar consecuencias discriminatorias en materia salarial, así como de la competencia desleal que pueden provocar en el sector estos procesos de externalización. Y ello sin entrar a prejuzgar si realmente el convenio sectorial

que ha de aplicarse a las actividades desarrolladas por las empresas contratistas y subcontratistas es el de hostelería, que era el principal argumento planteado por el sindicato impugnante.

Con la mencionada sentencia, cabría dar por superada alguna crítica doctrinal<sup>9</sup> que había argumentado que las cláusulas extensivas podrían ser contrarias primero a la legislación sobre el derecho a la competencia, y segundo, a la prioridad aplicativa de los convenios de empresa reconocidos en el artículo 84.2 ET, que sería indisponible para la negociación colectiva sectorial.

Despejada la legalidad de la cláusula, a mi juicio, la cuestión más problemática que suscitan las cláusulas extensivas se dilucida en el terreno de la exigibilidad en caso de incumplimiento. No está claro cómo articular una reclamación en caso de incumplimiento, en particular por sus beneficiarios: ¿podría una persona trabajadora a la que no se le están aplicando, por ejemplo, las condiciones del convenio sectorial, exigir el cumplimiento de una cláusula que vincula a los empresarios? La respuesta es más que dudosa. Este tipo de cláusulas deja en manos de las empresas su cumplimiento de lo establecido en el convenio. Y es que la doctrina ha interpretado que las cláusulas obligacionales plantean claras dificultades para que una persona trabajadora reclame directamente su cumplimiento, al configurarse como cláusulas con eficacia “*inter partes*”<sup>10</sup>. En todo caso, como quiera que la sentencia que se comentará a continuación ha fijado el criterio de determinación del convenio sectorial de las empresas contratistas en función de la actividad objeto de la contrata, ello puede derivar en que determinadas condiciones de trabajo del convenio sectorial sean aplicables en las empresas que atienden las contrata, excepto en las materias donde el convenio de empresa de estas empresas contratistas tenga prioridad aplicativa, entre las que está la cuantía del salario.

### 3.2. EL CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONVENIO SECTORIAL APLICABLE A UNA EMPRESA MULTISERVICIOS

La segunda sentencia que conviene destacar es la STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019<sup>11</sup>. Su importancia deriva de que la selección de las reglas convencionales

9 CAVAS MARTÍNEZ, F., “Negociación colectiva y contratación pública: ¿el principio del fin del primado del convenio colectivo de empresa?”. Comunicación XVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2018.

10 ÁLVAREZ DE CUVILLO, A., “Las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares” en. AA.VV. (coord. R. Escudero Rodríguez). *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*. Valencia: CCOO-Tirant lo Blanch. (2006), p. 82.

11 El caso partía de una demanda planteada por la Federación del sindicato de CCOO de Asturias, de conflicto colectivo que tenía como objeto la determinación de un convenio colectivo sectorial en una contrata desarrollada en una residencia de ancianos por el personal de cocina y restauración. Las empresas contratistas (tanto la anterior adjudicataria como la adjudicataria vigente) habían sido empresas multiservicios y aplicaban el convenio de empresas de atención a personas dependientes. Sin embargo, la representación sindical reclamaba la aplicación del convenio colectivo sectorial de empresas de restauración colectiva. En instancia, la Sala de lo Social del TSJ de Asturias estimó la pretensión sindical y consideró aplicable el

es el elemento principal que determina las condiciones de trabajo (salario y tiempo de trabajo, entre otras) en las empresas que tienen por objeto social atender múltiples contrataciones. En este terreno, se habrían abierto tres interpretaciones para determinar el convenio sectorial aplicable a una empresa multiservicios: 1º) Aplicar el convenio colectivo de la actividad principal de la empresa multiservicios. 2º) Aplicar el convenio colectivo de la empresa principal o cliente. 3º) Aplicar el convenio sectorial correspondiente a la actividad objeto de contratación.

Hasta el 2015, la solución más extendida en los pronunciamientos judiciales y en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (en adelante, CCNC) había sido la de aplicar en estas empresas multiservicios, múltiples convenios según el ámbito territorial y funcional objeto de la contratación atendida en cada caso por la empresa<sup>12</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo parecía haber apostado por una interpretación distinta en la STS de 17 marzo de 2015, al valerse del criterio de la actividad principal de la empresa multiservicios<sup>13</sup>. La STS de 11 de junio de 2020, ratifica el criterio de determinar el convenio sectorial a partir de la actividad objeto de la contratación desarrollada por los trabajadores/as. Así, en primer lugar, se alude a que no interesa la actividad principal de la EM para determinar el convenio colectivo sectorial, porque la información sobre dicha actividad no se conoce o es difícil de conocer por parte de los trabajadores/as o terceros. En segundo lugar, que aplicar el convenio sectorial de la actividad desarrollada por los trabajadores/as en la contratación realizada por una empresa multiservicios es la mejor solución, pues evita competencia desleal y unifica todos los trabajadores/as que desarrollan dicha actividad<sup>14</sup>.

convenio colectivo nacional de empresas de restauración colectiva. Disconforme con el pronunciamiento, recurrió la empresa en recurso de casación para la unificación de doctrina, citando esencialmente como base de su recurso de casación, la doctrina del propio tribunal supremo. En concreto, se aducía como sentencia contradictoria la STS de 17 de marzo de 2015, alegando que debía estarse a la actividad preponderante de la empresa multiservicios.

12 *Íbid.* STSJ Castilla-La Mancha 26 julio 2005, rec. 1137/2005, STSJ Castilla y León (Valladolid) 2 octubre 2006, rec. 1563/2006, STSJ Andalucía (Granada) 14 marzo 2007, rec. 3041/2006, STSJ de Cantabria 21 enero 2009, rec. 29/2009, STSJ Andalucía (Sevilla) 21 junio 2012, rec. 3025/2010, y STSJ Asturias 17 mayo 2013, rec. 732/2013.

13 En ella se analizaba un supuesto donde unas trabajadoras con la categoría de auxiliar de información desarrollaban su trabajo para la empresa multiservicios CLECE, S.A., y en dependencias ajenas, en concreto, en los centros de trabajo del Ayuntamiento de Madrid. Su contrato laboral estaba vinculado a un contrato de gestión integral de servicios complementarios, que incluía servicios de reparación y mantenimiento de equipos de edificios, mantenimiento de ascensores, mantenimiento de equipos de seguridad, limpieza y servicios de consejería. Las actrices vieron desestimada su petición en instancia, si bien en recurso de duplicación, se resolvió a su favor en STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2014, rec. 770/2013. En dicha sentencia, en esencia, el tribunal consideró que habiendo reclamado las trabajadoras la aplicación del convenio colectivo de limpieza, y encontrándose esta actividad entre las desempeñadas por la empresa, aunque no se correspondiera con el tipo de trabajo desempeñado por las demandantes, debía estimarse la pretensión de la aplicación del mencionado convenio.

La sentencia del Tribunal Supremo desestimará el recurso planteado por la empresa multiservicios. Sin embargo, esta solución fue discutida, pues si bien favorecía en el caso en concreto la posición de las trabajadoras, interesadas en la subrogación convencional prevista en el convenio de limpieza, no estaba claro que como criterio general fuera siempre la mejor solución para las personas trabajadoras. Para un comentario crítico me remito a mi trabajo de 2015.

14 Con práctica unanimidad se defendía la aplicación de este criterio de especialidad como más adecuado con los argumentos que el Tribunal recoge en la sentencia, *íbid.* ESTEVE-SEGARRA, A., "La selección del con-

La sentencia de 11 junio de 2020 trata, ante todo, de separar la resolución del supuesto, de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 2015, donde se enjuiciaba un caso de una contrata de gestión múltiple por una empresa multiservicios. El Tribunal Supremo señala que, a diferencia del asunto del 2015, en este caso, la contrata cubría una sola actividad y, por tanto, que habría que aplicar con carácter general el criterio de la actividad desempeñada por los trabajadores/as para determinar el convenio colectivo sectorial en una contrata atendida por una empresa multiservicios. De este modo, el tradicional criterio de la actividad principal o preponderante de una empresa para determinar el convenio colectivo, que era el que se empleó por el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de marzo de 2015, se reserva para contratas de gestión integral, por cierto, cada vez más frecuentes, en la que se contrata a una empresa multiservicios para que realice tareas diversas, como recepción, limpieza, seguridad, mantenimiento, etc.

La sentencia afianza la cuestión de la inclusión de las empresas multiservicios en los convenios sectoriales, que en muchos casos cuestionaban su aplicación sobre la base de que no estaban incluidas en el ámbito funcional, por no tener una actividad específica, ni estar representadas por sus sujetos negociadores. La inclusión en el ámbito funcional de los convenios sectoriales de las empresas multiservicios, había generado cierta controversia judicial y doctrinal. Pero el hecho de que el Tribunal Supremo haya apostado por la interpretación de aplicar a los trabajadores/as de una contrata de empresas multiservicios, el convenio sectorial de la actividad realizada por éstos, ha de servir para acabar con algunas polémicas, que ahora devienen estériles<sup>15</sup>. La legalidad de la inclusión de las empresas multiservicios en el ámbito funcional de un convenio sectorial, cuando los trabajadores/as y la propia empresa multiservicios desarrollen la actividad objeto del convenio no puede discutirse. Inclusión ésta reforzada por el hecho de que el Alto Tribunal ha admitido la legalidad de las cláusulas extensivas, lo que comporta, por ende, la legalidad de las cláusulas inclusivas. Y a mayor abundamiento, porque incluso si el convenio sectorial nada dice de las empresas contratistas, ni incluyéndolas expresamente en su ámbito funcional, ni extendiendo sus garantías salariales, el Tribunal Supremo ha interpretado que el convenio colectivo sectorial aplicable en una empresa multiservicios es el

---

venio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015, rcud. 1464/2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. (6) 2015, 157-177, y ROJAS RIVERO, G.P., “Negociación colectiva y convenio aplicable en las empresas multiservicios”, en AA.VV. (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. Madrid: Cinca, (2018), pp. 275-315.

15 Por ejemplo, se había producido una discusión en el ámbito judicial en relación con las cláusulas inclusivas de las empresas multiservicios en el ámbito funcional de los convenios colectivos de actividades con gran extensión de los procesos de contratación y subcontratación. Al respecto existirían dos posiciones en la doctrina judicial de suplicación. A favor de su legalidad, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes: STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, 31 de marzo 2017, rec. 53/2017, STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, 11 mayo 2017, rec. 288/2017 y STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 15 mayo 2017, rec. 315/2017. Y *en contra*: STSJ Andalucía (Málaga) de 23 octubre 2014, rec. 1336/2014, SSTSJ Andalucía (Granada) 22 abril 2015, rec. 291/2015 y de 28 enero 2016, rec. 2788/2015.

correspondiente a la actividad desarrollada por los trabajadores/as. La sentencia debe proyectarse no sólo como criterio para determinar el convenio sectorial cuando una empresa dedicada a la externalización no tenga convenio colectivo propio, sino también cuando cuente con uno, que debe aplicarse en determinadas materias. La prioridad aplicativa de los convenios de empresa, ampliamente utilizados en las empresas multiservicios, no es absoluta, y ello pese a las frecuentes cláusulas de blindaje o autoexclusión de los convenios sectoriales que pueden encontrarse en muchos convenios de empresas multiservicios<sup>16</sup>. De manera que, aun existiendo un convenio de empresa, son de aplicación cláusulas de los convenios sectoriales, por ejemplo, en materia de subrogación empresarial, que es un aspecto clave para los trabajadores/as de contrata, y que por definición se fijará en los convenios sectoriales.

En todo caso, pese a los avances jurisprudenciales, no se eliminan todos los problemas de cobertura negocial en las empresas multiservicios, si el convenio sectorial se ciñe a un determinado tipo de empresas o impone requisitos de autorización administrativa para desarrollar una actividad<sup>17</sup>. Razón por la que se necesitaría redefinir el ámbito funcional de algunos convenios colectivos.

### 3.3. EL REPLANTEAMIENTO DE LA VINCULACIÓN ENTRE UNA CONTRATA Y UN CONTRATO TEMPORAL DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO

El tercer pronunciamiento que interesa comentar es la archiconocida sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 diciembre 2020, rec. 240/2018, que interpreta que la utilización del contrato de obra o servicio determinado se produce en fraude de ley cuando hay una necesidad permanente de mano de obra en la empresa que se beneficia de los servicios del trabajador/a<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> A título de ejemplos, *vid.* las siguientes cláusulas de convenios colectivos de empresas multiservicios:

Art. 6 del Convenio colectivo de Randstad Project Services, S.L.U.: “*El presente convenio colectivo regula con carácter exclusivo las relaciones laborales ..., sin que resulte de aplicación ningún otro convenio colectivo o acuerdo de empresa o de sector, durante su vigencia inicial o prorrogada*”.

Art. 10 in fine del Convenio colectivo de la empresa Unicamp Service, S.L., que al regular el derecho supletorio del convenio se remite a las normas legales y señala: “*Expresamente se hace mención de la no vinculación a convenio de ámbito superior que pueda incluir el objeto social de empresa durante la vigencia del presente convenio*”.

<sup>17</sup> Buena prueba de ello, es que, en determinados supuestos, se ha excluido precisamente la vinculación de las empresas multiservicio al convenio sectorial objeto de la contrata por este hecho –al constreñirse claramente el convenio a un tipo de empresas. Es el caso de empresas multiservicios que prestan servicios de control de accesos en instalaciones, donde la CCNCC no habría recomendado la aplicación del convenio colectivo estatal para empresas de seguridad, al no disponer estas empresas de la autorización administrativa habilitante para los servicios de vigilancia y protección previstos en la Ley de seguridad privada. *Vid.* Expedientes núm. 49/2010, 54/2010, 63/2010, 78/2010 y 30/2014. Criterio éste que se ratifica en alguna sentencia (STS 25 octubre 1999, R.J. 8152). También en empresas multiservicios que ofrecen servicios de conserjería en comunidades de vecinos, donde el problema es que los ámbitos funcionales de los convenios colectivos del sector de empleados de fincas urbanas suelen establecer su aplicación para trabajadores/as contratados directamente por comunidades de propietarios.

<sup>18</sup> La sentencia ha merecido comentarios en diversas revistas científicas. Entre ellos, GARCÍA CELAÁ, B. “Un giro esperado del Tribunal Supremo de la duración de la contrata a la actividad permanente de la

La sentencia va a tener una proyección clara en tres terrenos. El primero es su impacto en minorar la diferencia indemnizatoria entre trabajadores/as fijos/as y contratados por obra o servicio determinado para trabajar en una contrata. Los despidos por causas organizativas y productivas por finalización de la contrata se han flexibilizado mucho y el foco de las impugnaciones se ha puesto no ya en las causas, donde basta la existencia de cambios organizativos o en la demanda de los servicios, si no, en si ha de seguirse un determinado cauce extintivo u otro. Hasta la sentencia del 2020, si se producía una rescisión de la contrata, los trabajadores/as indefinidos recibían más (indemnización de 20 días por año de servicio determinado), mientras que los temporales por obra o servicio determinado, cobraban una indemnización de 12 días, en un curioso efecto Mateo<sup>19</sup>: a quien más tiene se le dará más y a quien menos tiene, incluso lo poco que tiene le será quitado. Ello contribuía a que cuando se reducía una contrata los temporales fueran los primeros en ver extinguidos sus contratos de trabajo. Por si ello no fuera suficiente, como el cauce de despido colectivo u objetivo era más complejo que la simple rescisión del contrato de obra o servicio determinado, ello también contribuía a expulsar siempre a los más débiles.

El segundo efecto de la sentencia es que obliga a los órganos judiciales inferiores a poner el foco en la causa de temporalidad de los contratos por obra y servicio determinado en los pleitos por cese de la contrata<sup>20</sup>. Ello hará que cuando éstos se hubieran realizado en fraude de ley por cubrir actividades permanentes de la empresa principal, el cese de éstos deberá producirse como despidos objetivos o colectivos, según el volumen de trabajadores/as afectados en la contrata, y los igualará a los trabajadores/as indefinidos en la cuantía indemnizatoria y en las formalidades para extinguir los contratos. Es decir, un efecto derivado de ser más estricto en la causa de temporalidad es reducir la segmentación entre fijos y temporales en las terminaciones de las contrata. En caso de no seguirse el cauce debido, el cese deberá reputarse improcedente. También será más fácil alcanzar los umbrales de despidos colectivos y someter las terminaciones a la exigencias procedimentales e inter-

---

contratista”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (145), 2021, pp. 220-229; SANGUINETI RAYMOND, W., “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo”. *Trabajo y Derecho* (75), 2021, pp. 1-8. (2021) y COSTA REYES, A., “Descentralización productiva y contratación temporal de obra o servicio determinado (A propósito de la sentencia de 29 de diciembre de 2020)”. *Trabajo y Derecho* (75), 2021, pp. 1-20 (versión digital).

19 Evangelio de Lucas 19, 11-27.

20 No está de más señalar, que ello requerirá alterar alguna doctrina procesal. En este sentido, algún pronunciamiento del propio Tribunal Supremo anterior a la STS de 29 diciembre de 2020 había excluido que pudiera enjuiciarse en un pleito de impugnación del despido colectivo el carácter fraudulento de los contratos temporales cuando su cese, junto con el de contratos indefinidos obedecía a una rescisión de la contrata (STS del Pleno 8 de enero de 2019, rec. 3784/2016, caso Telecyl<sup>1</sup>). Pero se trata de una interpretación errónea, para una crítica del pronunciamiento me remito a un trabajo anterior (2019, p. 23). El analizar el carácter fraudulento de los contratos temporales afectados por la terminación del contrato no sería acumular una acción diferente, prohibida por el art. 26.1 LRJS, sino enjuiciar un elemento del propio objeto del despido colectivo. La autolimitación del enjuiciamiento por el tribunal de la naturaleza de los contratos temporales seguramente no será mantenida después del cambio jurisprudencial operado a finales del 2020.

vención de los representantes de los trabajadores/as a través de las consultas propias de este cauce extintivo. De manera que de no seguirse el cauce extintivo que corresponda procederá declarar la nulidad de los ceses. En este sentido, ya han empezado a estimarse demandas de trabajadores/as temporales por despido<sup>21</sup>.

Un tercer efecto del replanteamiento jurisprudencial es que va a limitar una de las ventajas del recurso a las empresas contratistas frente a la contratación directa de la plantilla y el recurso a las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT). Hasta la sentencia comentada en las empresas contratistas se producía una utilización exorbitada de contratos por obra o servicio supeditados a la duración de la contrata, sobre todo en las contrataciones iniciales. Ello permitía una contratación por el tiempo coincidente con aquella, de modo similar a las ETT, cubriendo necesidades permanentes y estructurales, pero sin las exigencias del régimen jurídico de las ETT (omniequivalencia de condiciones de trabajo, posibilidad de contratación temporal directa, garantías de responsabilidad, etc.). Las reformas en la regulación de las ETT, en particular la de 1999, para dotarlas de mayores garantías, junto con una limitación al uso de contratos de puesta a disposición mantenidos en la negociación colectiva y en la normativa de contratación pública durante mucho tiempo han tenido el efecto perverso de acrecentar el uso del suministro de trabajadores/as a través de empresas multiservicios y las contrataciones. Se producía así un agravio comparativo entre la situación de ETT y empresas de servicios. Por si ello no fuera suficiente, para las primeras estaba prohibida su utilización para cubrir necesidades permanentes de mano de obra de las empresas usuarias, y de conculcarse esta regla, se aplican las máximas consecuencias previstas no sólo en la LETT, sino también en el art. 43 del ET<sup>22</sup>. Obsérvese que la STS de 29 de diciembre de 2020 implicaría la concurrencia de un fraude de ley en un contrato de obra o servicio vinculado a una contrata, pero no la existencia de una cesión ilegal. Es verdad que podría llegarse a la existencia de una cesión ilegal por las condiciones de ejecución de las contrataciones, pero no por la utilización de contratos temporales para atender necesidades permanentes de las empresas clientes.

Con la sentencia de 29 de diciembre de 2020, una de las ventajas del recurso a las empresas contratistas desaparece y se iguala con el régimen de las ETT y la contratación directa. Me refiero a la utilización de contratos para obra o servicio determinado para cubrir necesidades permanentes de las empresas clientes.

21 Vid. SJS n.º 3 Bilbao 4 febrero 2021. Sentencia 9/2021, procedimiento. 489/2020. En el caso enjuiciado se extinguieron doce contratos de obra por finalización de la obra a la que estaban vinculados. El juzgado estimó la demanda de nulidad del despido por entender que, al tratarse de una actividad ordinaria, el cese se debió producir por los umbrales del despido colectivo.

22 De hecho, la importante STS 4 julio 2006, rcud. 1077/2005 que determinó la aplicación de la cesión ilegal a las ETT se construyó sobre la base de un caso donde una trabajadora había prestado servicios mediante sucesivos contratos de puesta a disposición con distintas ETT en el mismo puesto de trabajo. Los contratos se reputaron fraudulentos por estar dirigidos a atender necesidades permanentes de la empresa usuaria.

Ahora bien, no puede negarse que, pese a que se habrían reducido las diferencias de trato entre empresas multiservicios y las ETT, el recurso a las primeras frente a las segundas sería siempre una opción más flexible para las empresas. El Tribunal Supremo en las sentencias comentadas del 2020 ha apuntalado determinadas garantías para evitar estrategias precarizadoras por la vía de la externalización, consistentes en externalizar, disponer así de trabajadores/as temporales, que las empresas contratistas compitieran por el menor precio pagando incluso por debajo del convenio sectorial, pero no ha eliminado todas las ventajas. Y quizás no pueda hacerlo, pues ello depende del legislador.

#### 4. PROPUESTAS PARA LA REFORMA LABORAL DE LA SUBCONTRATACIÓN

La cuestión es de enorme relevancia y de candente actualidad, porque en las mesas de diálogo social se plantea, entre otras, la reforma de la subcontratación, que tiene hoy por hoy, una regulación muy mejorable<sup>23</sup>. Pese a la extensión de los fenómenos de contratación entre empresas, la estructura fundamental del art. 42 no ha sufrido cambios esenciales desde su redacción inicial en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, e incluso antes<sup>24</sup>. Y no ha de perderse de vista que esta versión originaria –que se ha mantenido en lo sustancial<sup>25</sup>– estaba pensada para una contratación muy limitada en una estructura empresarial de gran empresa de tipo industrial, con una producción en masa y estandarizada, donde la subcontratación era la excepción al desarrollo del proceso productivo en la propia empresa. Pese al cambio evidente de contexto y la intensa utilización de los procesos de contratación y subcontratación en todos los sectores económicos, el legislador español no ha estado interesado en reabordar su ordenación que, esencialmente, ha permanecido al abrigo de los procesos de reforma constante de las últimas décadas.

El cambio de la muy deficiente regulación española de la subcontratación es un tema pendiente desde hace varios años, pero su reforma ha sido frenada por gobiernos de distinto signo político. Además de cuestiones ideológicas y batallas políticas, a veces dentro del mismo Consejo de Ministros, creo que ha existido

23 Sobre la agenda de reformas y las mesas de diálogo social puede verse: <https://www.publico.es/politica/derogacion-reforma-laboral-gobierno-prepara-llevar-reforma-laboral-dialogo-social-vista-puesta-recuperacion-economica.html>

24 El germen de este precepto estaría en el Decreto 3667/1970, de 17 de diciembre (BOE del 4-1-1971), por el que se establecían normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de los trabajadores, que pasaría ulteriormente al art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, sin apenas cambios. Un estudio de la regulación estatutaria y de dichos antecedentes en MARTÍN VALVERDE, A. “Responsabilidad empresarial en caso de contrataciones y subcontratas de obras y servicios” en AA.VV. (Dir. E. Borrajo Dacruz). *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. VIII, Madrid: Edersa. (1988).

25 La introducción de derechos de información por el RDL 5/2001 y la Ley 12/2001, de 9 de julio no altera esta afirmación. De hecho, los comentaristas ya señalaron el carácter parcial y decepcionante de esta reforma que se había limitado a añadir obligaciones de información a diversos sujetos para el control del supuesto de descentralización. En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*. Granada: Comares. (2002).

una clara desorientación sobre por dónde habría que ir en tan delicada reforma. No en balde, se trata de una regulación estratégica, pues la contratación y subcontratación tiene un impacto práctico elevado a nivel nacional, internacional y en todos los aspectos, de contratación, desarrollo y terminación de la relación laboral y también en el trabajo autónomo.

A la fecha de cierre de este artículo se alude a una posible reforma de la subcontratación. Parece que hay varias posiciones. De entrada, la patronal se opone a una reforma en la materia. Ello no es de extrañar pues el artículo 42 ET, ofrece grandes ventajas a las empresas organizadas en red, por sus fisuras jurídicas y por focalizar la regulación en un concepto abstracto, casuístico y cada vez más reducido, como es el de las contrataciones de propia actividad. Sin embargo, esta postura inmovilista no parece de recibo, puesto que la regulación de la subcontratación es muy mejorable. La necesidad de una reforma laboral de la externalización es un asunto tan obvio que no debería cuestionarse,

Por otra parte, en un documento de trabajo del Ministerio de trabajo se establecen varias líneas de base para la reforma<sup>26</sup>:

- eliminación de la posibilidad de subcontratación de las tareas correspondientes a la actividad principal de las empresas,
- aplicación en las subcontratas del convenio de la empresa principal y limitación de los convenios de empresa, que sólo serán de aplicación si garantizan como mínimo los mismos derechos que el convenio sectorial que corresponda a la subcontrata en función de la actividad y
- prohibición de utilización de contratos temporales en las empresas que desarrollan su actividad como contratistas de otras.

Si bien, algunos de los aspectos destacados son interesantes, creo que tampoco una reforma como la planteada es la más acertada, y ello por tres razones. En primer lugar, porque pueden haber supuestos de externalización de la actividad propia que respondan a especialización de la empresa contratista o a situaciones de necesidad en la empresa principal. En segundo lugar, porque la prohibición recurre a un concepto casuístico e indefinido, que complicará la aplicación práctica de la regulación: ¿Cómo definir en cada caso lo que es la actividad propia de una empresa? Y, en tercer lugar, porque la reforma no pone el foco en las contrataciones de las actividades auxiliares o accesorias que son la mayoría.

Criticar las posturas o los textos legales es fácil. No lo es tanto, proponer reformas específicas alternativas. Con ánimo de contribuir al debate, propondría las siguientes líneas de reforma en materia de subcontratación laboral.

<sup>26</sup> Alguna de estas líneas está en consonancia con el Acuerdo Unidas Podemos-PSOE, suscrito a finales de diciembre de 2019 tras las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019, en el que se sientan las bases del Gobierno de coalición iniciado en enero de 2020. En dicho acuerdo se preveía que «modificaremos el artículo 42.1 del ET sobre contratación y subcontratación laboral a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa».

#### 4.1. DE PROHIBIR LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES PROPIAS A ELIMINAR EL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD

Creo que, si se opta por reformar el precepto, habría que eliminar definitivamente el concepto de propia actividad como eje delimitador de la responsabilidad empresarial. Nótese que en la propuesta gubernamental para la reforma lejos de suprimirse es el elemento axial para permitir o no la subcontratación, que se ciñe a las actividades accesorias. Este concepto de propia actividad, que tantas páginas de repertorios judiciales y libros académicos ha llenado, es perfectamente prescindible, protege a los trabajadores/as menos necesitados de salvaguarda y complica extraordinariamente la aplicación práctica del precepto. Y es que la protección de las contrataciones de propia actividad avoca la mayoría de las veces a una gestión judicial y a una valoración casuística cada vez más compleja. Véase a continuación, por qué, con un poco más de detalle.

El concepto de ciclo productivo sería definido como un complejo de operaciones necesarias para alcanzar los objetivos de producción de bienes o servicios de la empresa, y que ofrecería perfiles más claros en las empresas del sector industrial, con funciones de manufactura, y más difusos en las empresas de servicios y en las Administraciones públicas, que son las que más subcontratan. La limitación de responsabilidades o de garantía de condiciones de trabajo a las contrataciones de propia actividad—regulación que podía tener sentido cuando la subcontratación de las empresas era excepcional—expulsa o deja extramuros a las contrataciones de actividades auxiliares. El TS ha alentado, aunque con impecables argumentos interpretativos, el fenómeno de vaciamiento del precepto con una interpretación restrictiva de propia actividad, que expulsa apriorísticamente a la mayor parte de las contrataciones de servicios auxiliares. En la doctrina judicial que lógicamente realiza una valoración casuística en función de los perfiles de cada caso concreto, es constatable que las actividades consideradas nucleares para las empresas se han venido reduciendo. El abandono de un enfoque patológico de la externalización ha abonado una interpretación restrictiva del concepto de propia actividad, donde también jugaría un papel importante la idea de que, si el legislador ha introducido una determinada característica en las contrataciones para que el trabajo desarrollado en las mismas pueda ser tutelado, es porque no se ha querido proteger cualquier tipo de contrataciones, de ahí que se rechace una interpretación extensiva de lo que sea propia actividad. A ello ha contribuido el hecho de que se establezca un régimen de responsabilidad fuerte, de carácter solidario, por los incumplimientos (salariales y de Seguridad Social) de otro empleador y que además se refiere tanto al empresario principal (primero de la cadena) como a los empresarios contratistas y subcontratistas. Los órganos judiciales son naturalmente cautos, lo que implica que no se aplica el régimen de responsabilidades para empresas que no reúnan claramente el presupuesto legal de ser de propia actividad.

Es verdad que ha habido un replanteamiento judicial de este concepto, pero este ha sido restringido<sup>27</sup>. Primero, porque se ha producido en doctrina judicial de suplicación. Segundo, porque se ha establecido en concretos sectores de actividad, como el de hostelería o sector ferroviario<sup>28</sup>. Y tercero, porque se ha limitado a los casos más evidentes, tales como la limpieza en hostelería o la venta de billetes en empresas de tráfico ferroviario; y sobre la base de un principio de indispensabilidad, es decir que, de no existir este empresario tercero, la actividad se prestaría necesariamente por su propio personal.

Por ello, considero que la vía más sencilla y expeditiva es la de la eliminación de este concepto. Es cierto que la mayor parte de la doctrina científica que ha reclamado una reforma del precepto parte de una tesis menos radical que la mía. En la abundante literatura jurídica que se ha ocupado del tema existen diferentes propuestas para superar la interpretación literal del art. 42 del ET, que sólo tendrían como común denominador el estimarla inadecuada a la realidad actual, en una tendencia naturalmente extensiva, de redefinir el concepto de propia actividad para incluir a actividades complementarias y de servicios que están integradas normalmente en todos los procesos productivos<sup>29</sup>. Alguna propuesta de reforma anterior, pactada por los grupos parlamentarios de Unidas podemos y el socialista, se sitúa en esta línea, pues se establece en el art. 42.5 *in fine* de la propuesta que: “*La responsabilidad de la empresa principal, así como de las empresas contratistas o subcontratistas, será subsidiaria en los casos en que las contrataciones de obras o servicios no correspondan a la propia actividad de aquellas, o en los casos en que sea exigible según la legislación vigente*”.

Sin embargo, creo que habría que prescindir del concepto de propia actividad. Con su eliminación se conjurarían los riesgos de volver a un concepto indeterminado. La supresión del concepto de propia actividad o sus sustitutivos: dependencia económica o actividades accesorias, se basaría en los inconvenientes

27 Hay diversas sentencias que parten de que la limpieza en hostelería es propia actividad, como por otra parte, es obvio. Entre ellas, STSJ de Islas Canarias 21 marzo 2017, rec. 2/2017 y STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) 24 abril 2017, rec. 125/2017, esta última las considera actividades inherentes al ciclo productivo de hostelería que “*vende un producto en el cual la imagen es fundamental... Es obvio que las camareras de piso, las encargadas de la limpieza de zonas comunes, el personal de recepción, el que presta servicios en la restauración etc. Forman parte de las actividades, complementarias o no, absolutamente esenciales para el proceso productivo, que no es posible sin dicha actividad y que la empresa ha de controlar y ejecutar para lograr la venta de su producto*”. Y, también la STSJ de Castilla-La Mancha 13 julio 2017, rec. 626/2017.

28 Señalándose en la STSJ Castilla-La Mancha 13 junio 2013, rec. 151/2013 “*de no haberse contratado con esas empresas la prestación de tales servicios los mismos se deberían llevar a cabo por el propio comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial, por cuanto que no de otro modo puede entenderse, por ejemplo, la actividad de venta de billetes, ya que de ello depende totalmente la posibilidad de llevar a cabo la función prioritaria de Renfe Operadora, cual es el tráfico de viajeros*”.

29 Algún autor habría defendido una distinción entre actividades accesorias y no accesorias, estableciendo para las primeras una responsabilidad subsidiaria, y para las segundas (las no accesorias) una responsabilidad solidaria. Vid. FALGUERA BARÓ, M., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*. Bomarzo, Albacete. (2015), pp. 98 y ss.

comunes de casuismo e inseguridad jurídica. Además, esta eliminación no es extraña en otras en otras legislaciones comparadas<sup>30</sup>.

Sin embargo, la propuesta gubernamental va justo en la dirección contraria, porque se propone limitar las contrata que sean de propia actividad, de manera que la subcontratación sólo sería legal en las tareas accesorias. Si bien teóricamente ello conduciría a una fuerte limitación de la subcontratación como vía de precarización laboral, creo que en la práctica se produciría un engrose del concepto de actividades auxiliares y las dificultades para garantizar la aplicación de la prohibición serían múltiples, pues habría que descender a cada caso en concreto. Y los juristas ilustrados ya decían que una garantía de un buen sistema legal es el de su inmediata eficacia, es decir que la prevención de los delitos se consigue más por la certeza de la pena que por su severidad<sup>31</sup>.

#### 4.2. LA GARANTÍA DE CONDICIONES DE TRABAJO PREVISTAS EN EL CONVENIO SECTORIAL OBJETO DE LA CONTRATA

La tutela a *posteriori* y por la vía de una responsabilidad solidaria en determinados casos (los de las contrata de propia actividad) que se prevé en el vigente artículo 42 del ET, ofrece resultados muy poco garantes de la evitación de la precariedad. Frente a ello, cabría apostar por establecer garantías previas, de condiciones de trabajo. Con ello, el foco ya no se concentraría en el tema de la responsabilidad y las garantías de cobrar el crédito, tutelando a la persona trabajadora no sólo como acreedora, sino en un momento previo. Ahora bien, la cuestión que se suscita es qué convenio colectivo habría que aplicar como garantía de condiciones de trabajo en la contrata. Según ha señalado la prensa, el gobierno pretende aplicar el convenio sectorial correspondiente a la actividad de la empresa cliente. De manera que los convenios de empresa en las contratistas sólo serán de aplicación si mejoran la regulación de la empresa cliente.

30 No es intrascendente señalar que algunas legislaciones laborales más modernas en otros países han prescindido, con sensatez, en la regulación del trabajo en régimen de subcontratación de la tormentosa noción de propia actividad. Por ejemplo, en el Derecho Chileno, no aparece el concepto de propia actividad pese a la impronta de la inspiración en la legislación española. Así, el art. 183-A del Código de Trabajo chileno define el trabajo en régimen de subcontratación como “*aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo para un empleador denominado contratista o subcontratista, cuando éste en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo, y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra o faena, denominada, la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas*”.

En otras legislaciones se habría producido reformas que habrían eliminado conceptos similares, que actuaran como frontera de la regulación de la contratación de obras o servicios. Es el caso del ordenamiento italiano, en el que el art. 3 de la ley 1369/1960, se refería a las contrata que debían ejecutarse en el interior de la empresa. Dicha exigencia desapareció en el art. 29 del Decreto Legislativo 276/2003, de 10 de septiembre, que alude genéricamente a las contrata.

31 *Vid.* BECCARIA, C. (1764), *De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, 2011 (Edición bilingüe al cuidado de Andrés Ibañez, P.)

En mi opinión, sería una opción equilibrada, y a la vez más sencilla, la de garantizar el convenio sectorial de la actividad objeto de la contrata, equiparando a todas las contratas, sean o no de propia actividad, por las siguientes razones.

En primer lugar, otra solución, como la de optar por la posición maximalista de garantizar las condiciones de la empresa cliente, haría perder sentido a la diferenciación entre contratas y cesión ilegal y quizá sí podría ser un lastre excesivo para la externalización, que es una forma ordinaria de producción. Por consiguiente, la equiparación con las condiciones de la empresa cliente debería reservarse para las actuaciones de las empresas dentro de un marco de interposición o simulación contractual, que deberían verificarse empíricamente, pero no presumirse legalmente.

En segundo lugar, la garantía del convenio sectorial de la actividad objeto de la contrata ofrecería una ventaja añadida. Se equipararía, aunque no totalmente, el marco de referencia de la contratación pública y privada, pues ambas tendrían como referente la garantía del convenio sectorial. Y es que, en la ley de contratos del sector público, se contienen prescripciones que impiden a las empresas contratistas aplicar determinadas condiciones de trabajo inferiores a las previstas en el convenio sectorial<sup>32</sup>.

En conclusión, una eventual reforma del artículo 42 del ET como la propuesta, se alejaría de la máxima clásica del vigente precepto, que admite la legitimidad de la desigualdad laboral entre trabajadores/as de la empresa principal y los de las auxiliares<sup>33</sup>. Y abordando parcialmente el problema de que la subcontratación es a veces una opción de gestión laboral más barata y flexible que la contratación directa, se apostaría por cambiar y garantizar al menos la aplicación del convenio sectorial. De esta manera, se mantendría la diversificación de estatutos jurídicos aplicables a las personas trabajadoras de las empresas contratistas respecto a la principal, pero la garantía de aplicación del convenio sectorial, evitaría que la selección de la empresa contratista se hiciera puramente por un interés en obtener menores costes laborales en concurrencia con otras empresas contratistas, pues todas ellas deberían garantizar la aplicación del convenio colectivo sectorial.

Se trataría de evitar una huida de los convenios sectoriales y de la utilización de convenios de empresa como elemento de competencia desleal alterando uno de los fines de la negociación colectiva sectorial: la uniformidad de las condiciones de trabajo para evitar una concurrencia entre las empresas basada en la reducción de los costes laborales. Se perseguiría acabar con la práctica de que

32 *Vid.* arts. 35, 101, 102 (valor estimado y precio de la licitación con respecto del convenio colectivo sectorial), 122 (contenido de los pliegos) y 149 de la Ley de Contratos del Sector Público, con obligación de rechazar las ofertas.

33 MARTÍN VALVERDE, A., "Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas de obras y servicios"... cit, p. 265.

las empresas contratistas, y las empresas clientes receptoras de los servicios de los trabajadores/as en régimen de subcontratación, pudieran aplicar condiciones por debajo del sector, sorteando la estrategia de algunas empresas de eludir la aplicación de los convenios sectoriales y negociar convenios de empresa con condiciones particularmente peyorativas que rebajan las condiciones laborales de los convenios de sector.

Si el eje es garantizar la aplicación del convenio sectorial, habría que introducir criterios para determinar éste, pues es una de las cuestiones más conflictivas. En otros trabajos me he referido a los criterios para identificar los convenios sectoriales en actividades sin un claro convenio de referencia y he realizado una propuesta para el tratamiento legislativo del problema<sup>34</sup>, pero junto a la legalización de dichos criterios, sería muy adecuado que se reforzara la información sobre el convenio colectivo aplicable entre aquellas obligadas a proporcionar por los empresarios principal y contratista a los trabajadores/as individuales y sus representantes.

#### 4.3. LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LAS CONTRATAS CUANDO NO TENGA REPRESENTANTES A TRAVÉS DE LAS ESTRUCTURAS DE REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA PRINCIPAL

Es necesaria una mejora de la representación de los trabajadores/as de empresas contratistas a través de la empresa principal, cuando esta no disponga de representantes y estos desarrollan su actividad en el medio productivo del empresario principal. La regulación del ET dificulta tener representantes precisamente donde más hace falta, en las empresas pequeñas y sometidas condiciones mercantiles pactadas en redes de empresas. Ello deriva de tres elementos, a saber: las dificultades del concepto de centro de trabajo en contratas, que la jurisprudencia no admite la agrupación de centros para las elecciones a delegado de personal<sup>35</sup> y de que sólo se pueden elegir delegados de personal en centros de un cierto tamaño (a partir de 6 personas trabajadoras por acuerdo mayoritario). Es verdad que existen algunos mecanismos de coordinación de estructuras representativas en diferentes empresas, pero ello se suele limitar a los temas de prevención, no en lo relativo a condiciones de empleo, que son un ámbito esencial<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. ESTEVE-SEGARRA, A., "Criterios para la determinación del convenio colectivo sectorial de referencia para actividades desarrolladas por empresas multiservicios". *Documentación Laboral*, (115), 2018, pp. 81-92.

<sup>35</sup> STS 31 enero 2001, rec. 1959/00 y STS 19 marzo 2001, rec. 212/2000. O también la elección de un comité de empresa conjunto en el caso de que los centros no superen los 10 trabajadores/as (STS 28 mayo 2009, rec. 127/2008).

<sup>36</sup> Por ejemplo, el art. 9 de la Ley del Sector de la Construcción que alude a la posibilidad de crear estructuras de representación sindical o bipartita en dicha materia en el sector de la construcción o algunas experiencias previas elaboradas por la negociación colectiva, pero centradas básicamente en materia preventiva (como los comités de seguridad y salud intercontratas. *Vid* diferentes experiencias en la Industria química ([ww.ctaimacae.com/el-comite-de-seguridad-y-salud-intercontratas-en-la-industria-quimica/](http://ww.ctaimacae.com/el-comite-de-seguridad-y-salud-intercontratas-en-la-industria-quimica/)) o como posi-

Una buena vía para articular una representación colectiva es la posibilidad de una representación por trabajadores/as de la empresa principal. Ello podría sortear uno de los tradicionales problemas de la representación en empresas contratistas. Y es que las empresas contratistas de servicios, suelen ser empresas con varios centros de trabajo, que se ven perjudicadas por la doctrina del Tribunal Supremo que ha cerrado la posibilidad de aplicar analógicamente la regla del art. 63.2 ET para agrupar varios centros de trabajo y proceder a la elección de delegados de personal al modo de los comités conjuntos. La falta de representantes legales en empresas contratistas se acentúa en empresas y centros de trabajo dedicados a la subcontratación por la temporalidad y alta rotación de las personas trabajadoras donde es muy frecuente que haya divisiones de plantilla en centros de trabajo que no alcanzan los umbrales que permiten la elección de un delegado de personal. Para salvar los casos donde no hay representantes legales, me parece acertada la posibilidad de que los trabajadores/as de las empresas, si no tienen representantes, computen en el crédito horario de los trabajadores/as de los representantes de la empresa principal.

Nótese que, de este modo, cabría primero, explorar legislativamente la implicación del empresario principal en el cumplimiento de determinadas obligaciones respecto a los trabajadores/as de las empresas contratistas. Y es que, con la regulación vigente, una de las ventajas de externalizar para la empresa principal es que generalmente ello supone una disminución de plantilla, que indirectamente afecta al número de representantes y a su crédito horario, que se vincula al tamaño de la plantilla. Con la propuesta se alteraría esta ventaja, ya que la externalización, no sería una opción neutra en cuanto que, al menos, puede incrementar los costes para la empresa principal vinculados al crédito horario de representantes unitarios y sindicales. La ampliación del crédito horario puede ser una vía más sencilla que otras ya propuestas para reforzar las tutelas colectivas en situaciones de externalización, como crear un delegado personal intercentros, o computar los trabajadores/as de la empresa de servicios a los efectos de la unidad electoral en las empresas clientes, que plantearían muchos más problemas de materialización. La propuesta opta por la coordinación, y a falta de estructuras de representación, en la empresa cliente, por una asunción de la representación y la ampliación del crédito horario, de manera que los trabajadores/as, que desarrollen su actividad en los locales de las empresas clientes o mediante teletrabajo, serán computados a los efectos de la ampliación del crédito horario, pero sin alterar la regla de correspondencia de la unidad electoral en las representaciones unitarias.

En tercer lugar, la imbricación de las estructuras de representación de la empresa principal presupone que podrán acceder a información sobre las condiciones de trabajadores/as de la empresa contratista de una manera mucho más amplia

y otorga competencias a los órganos de representación de las empresas principales para la defensa de los intereses de los trabajadores/as auxiliares.

#### 4.4. EL MÁS DIFÍCIL TODAVÍA: LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN CONTRATAS

La regulación vigente del derecho de huelga plantea claras limitaciones, máxime cuando la norma preconstitucional que regula el derecho de huelga está muy alejada, por obvias razones temporales, de la realidad actual de las relaciones laborales donde la externalización es la regla. Como quiera que la jurisprudencia interpreta el régimen legal de este derecho fundamental estrictamente, ello no favorece el ejercicio de este derecho por los trabajadores/as de las empresas contratistas y en muchos casos impermeabiliza a la empresa principal frente a las reivindicaciones de éstos. El precio de la contrata es el verdadero eje delimitador de las condiciones de trabajo, pero si no se reforma la legislación preconstitucional del derecho de huelga, una de las principales armas de las personas trabajadoras queda vacío de contenido. Fuera de sectores estratégicos y de gran repercusión, difícilmente la huelga, por mucho que sea un derecho fundamental, es una alternativa real, pues las personas trabajadoras de estas empresas tienen miedo de protestar, a modo de matar el paciente, ya que la empresa cliente puede optar por externalizar los servicios con una empresa más competitiva, y se acaba la contrata que da soporte a las relaciones laborales. En las contratas, las personas trabajadoras asumen el riesgo empresarial y están unidas a las expectativas de negocio de su empleador, pues las denuncias pueden derivar en la pérdida de la contrata. Incluso si el despido se declara nulo, la ejecución de estas sentencias es complicada. Y el Alto Tribunal ha matizado, o mejor dicho, no ha aplicado, los efectos de la doctrina del Tribunal constitucional en el caso Samoa<sup>37</sup>. La protección es fuerte sólo cuando hay un empresario complejo, un grupo<sup>38</sup>, pero no cuando hay huelga en una empresa contratista y la empresa cliente, se busca a otras empresas contratistas. Dos casos ilustran esta situación: el caso Altrad<sup>39</sup> y el caso Telefónica<sup>40</sup>, donde con una autoceguera

37 En un famoso grupo de sentencias (SSTC 75/2010 y 76/2010, 19 de octubre y 99/2010, 16 de noviembre, entre otras), conocidas entre los laboristas como asunto "Samoa", la jurisdicción constitucional reconoció supuestos de responsabilidad en el marco de contratas, que no contaban con una previsión legal específica. La doctrina innovadora, no estuvo exenta de polémica por la existencia de votos particulares.

38 La construcción de esquirolaje indirecto, que permite sustituir a trabajadores/as en huelga de una empresa contratista con otras, está perfilado en el caso de huelgas en grupos de empresas o en terminología de algunos, en casos de empresarios complejos (Casos Prisa, STS 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014 y Coca-Cola, STS 20 de abril de 2015, rec. 354/2014), pero no en supuestos donde no aparece esta vinculación.

39 STS de 16 de noviembre de 2016, Caso Altrad, rec. 59/2016, el Alto Tribunal pone el foco en que no habría vinculaciones entre Altrad (una empresa de montaje de andamios) y sus empresas clientes, trasladando una construcción jurisprudencial establecida para los grupos y su obsesión de empresario complejo.

40 STS de 23 de enero de 2017, rec. 60/2016. Se estableció que la empresa principal (en el caso Telefónica) no tenía por qué sentarse a negociar con el comité de huelga conformado con personas trabajadoras de las empresas contratistas, que justamente buscaban con la huelga, una renegociación de las condiciones de las contratas de telecomunicaciones (con los llamados contratos bucle) que indirectamente marcaban sus

voluntaria, el Tribunal Supremo cierra los ojos a la conexión de funcionalidad entre la huelga, las condiciones laborales y las mercantiles. Se argumenta que sería excesivo impedir que las empresas puedan buscar a otras empresas para que les realicen determinados trabajos. Así, consideró como exorbitantes las consecuencias de una adecuada protección del derecho de huelga que *“impidiese a los destinatarios de los trabajadores, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios”*.

Este último argumento me parece muy controvertible por cuanto la empresa principal o cliente, en ningún caso ocupa la misma posición que los consumidores, en cuanto a su obvia posición de fuerza contractual para delimitar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras que prestan servicios en una de sus empresas contratistas, ni para beneficiarse de la prestación de servicios de los trabajadores/as. Es decir, la posición de un consumidor y de una empresa cliente frente a una huelga, aunque puedan englobarse genéricamente como terceros frente a la relación bilateral de los trabajadores/as huelguistas y la empresa a la que están vinculados, están absolutamente distantes por mucho que el Tribunal Supremo los haya equiparado. Es cierto que esta afirmación del Tribunal Supremo no es novedosa en relación con la posición de los usuarios de un servicio frente a una huelga, pero se trataba de casos diferentes<sup>41</sup>.

Sin embargo, es incontestable que muchas condiciones laborales de las ~~perso~~ ~~na~~ ~~s~~ ~~trabajadoras~~ de contratas no se deciden en los contratos laborales, sino en las estrategias de contratación mercantil o en los pliegos de las contrataciones administrativas. Es decir, a través de estos contratos y de sus renegociaciones y alteraciones, la empresa cliente puede organizar aspectos básicos de la relación de trabajo, sin tener ninguna responsabilidad derivada de sus decisiones. El fenómeno ha sido ampliamente estudiado en las cadenas mundiales de suministro.

---

condiciones laborales con las empresas contratistas. Confirmando el pronunciamiento de la sentencia recurrida, el Alto Tribunal entiende que *“se halla fuera del proceso de tutela cualquier pretensión referida a las condiciones de trabajo de los huelguistas, en relación con eventuales tarifas o baremos contenidos en los contratos mercantiles propuestos a las empresas contratistas, para concluir que tratándose de una huelga de los trabajadores de éstas y de las empresas subcontratadas, no existía obligación alguna por parte de Telefónica para concurrir a la negociación con el comité de huelga en la que no era de sus empleados, y en la que no cabía que llegase a ningún acuerdo amparado en el artículo 8 del RDL 17/1977 ni en ningún otro precepto para finalizar la huelga”*.

41 Vid. STS 11 de mayo de 2001, rec. 3609/2000, en relación con una huelga en una empresa de radio-diagnóstico, donde el servicio autonómico de salud, desviaba usuarios a otras empresas o los asumía directamente. Se señalaba en la misma: *“los clientes o público en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente”*.

#### 4.5. UNA ORDENACIÓN ESPECÍFICA DEL RÉGIMEN DE SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

En punto a la subrogación convencional se han vivido tiempos convulsos por la aplicación de la Directiva de transmisión de empresa, en sectores que descansan esencialmente en la mano de obra y donde el nuevo empresario contratista asuma una parte importante de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos. Sin embargo, la aplicación de la transmisión de empresa sobre estas bases conduce a resultados absurdos, casuísticos y en muchos casos, acaba produciendo el efecto contrario al buscado, puesto que muchas empresas que podían estar interesadas en asumir personal del anterior contratista, se muestran reacias a hacerlo, ante la posibilidad de que se produzca una subrogación empresarial en las deudas. Por otra parte, a veces las empresas que pierden la contrata pueden sentirse tentadas a dejar un reguero de deudas que sean asumidas por la nueva empresa contratista competidora, si la subrogación de personal viene impuesta por el convenio. De ahí, que creo que, para las subrogaciones convencionales, habría que comenzar por separar la obligación de asumir personal, de la de tomar deudas del anterior empresario contratista y fijar una responsabilidad solidaria, que no tienen por qué unir siempre unidas conforme dispone el art. 3.1 Directiva 2001/23. En esta línea, creo que la mejor solución es la propuesta por De la Puebla<sup>42</sup> y trasladar legislativamente la solución prevista en el art. 130.6 LCSP, que instituye en el ámbito de la contratación pública, la obligación del empresario/a contratista de responder de los salarios impagados a las personas trabajadoras afectadas por la subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por la nueva empresa contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a esta última. La Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas a la empresa contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva, en tanto no se acredite el abono de estos. Esta solución de retención de la empresa principal, no en novedosa, de hecho se lleva ya ensayando en contrataciones privadas, en algún otro ordenamiento de derecho comparado, como el chileno, que se inspiró en la legislación española de la subcontratación, pero introdujo el derecho/obligación de retención y lo hizo para todo tipo de contrata, prescindiendo del concepto de propia actividad<sup>43</sup>.

42 Como señala De la Puebla, A., "Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF nº 444, (2020), pp. 153-154: "la posibilidad de imponer a la empresa principal la obligación de retener temporalmente parte de los pagos que adeude a la contratista para, en su caso, destinarlos al abono de salarios o deudas con la Seguridad Social puede suponer una garantía no solo para los trabajadores, sino para las empresas interesadas en asumir la prestación del servicio con la misma plantilla de trabajadores".

43 *Vid.* nota 29.

