

La descentralización productiva y su problemática: especial referencia al artículo 42.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y la contratación y subcontratación de la propia actividad

Juan Ignacio Moreno Pérez

Máster en Investigación Jurídica



**MÁSTERES
DE LA UAM
2020-2021**

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**“La descentralización productiva y su problemática: especial
referencia al artículo 42.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y la
contratación y subcontratación de la propia actividad”**

Alumno: Juan Ignacio Moreno Pérez

Tutor: Ana de la Puebla Pinilla

Curso académico: 2019/2020

Fecha de entrega: 15/09/2021

ABREVIATURAS

AA. VV Autores varios

AMG Acuerdo Marco Global

CC.OO Comisiones Obreras

ET Estatuto de los trabajadores

ETT Empresa de trabajo temporal

EM Empresa multiservicios

ERE Expediente de regulación de empleo

ERTE Expediente temporal de regulación de empleo

INEM Instituto nacional de Empleo (España)

LISOS Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (España)

LOI Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres

LOLS Ley Orgánica de Libertad Sindical

LOTIC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LPL Ley del Procedimiento Laboral en España

LPRL Ley de Prevención de Riesgos Laborales

LSC Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción

OIT Organización Internacional del Trabajo

PYMES Pequeñas y Medianas Empresas

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TUE Tratado de la Unión Europea

UGT Unión General de Trabajadores

UTE Unión Temporal de Empresas

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

1. Contextualización de la norma: la descentralización productiva.
 - 1.1 Razones y beneficios empresariales que explican el auge de la descentralización productiva
 - 1.2 Influencia de la descentralización sobre las bases dogmáticas del Derecho del Trabajo
 - a) El paradigma de la relación trabajador-empresario
 - b) Concepto de trabajador
 - c) Concepto de empresario
 - 1.3 Principales figuras jurídicas que regulan la descentralización productiva en España
 - 1.4 La subcontratación de obras y servicios
2. Régimen jurídico aplicable a la descentralización productiva a través de la subcontratación de obras y servicios (artículo 42 ET)
 - 2.1 Límites entre la contrata y la cesión ilegal
 - 2.2 Finalización de la contrata y sucesión empresarial: La subrogación del empresario, efectos y alcance
 - 2.3 Determinación del mandato del artículo 42 ET
 - 2.3.1 Desarrollo histórico de la norma y reformas
 - 2.3.2 Ámbito de aplicación
 - 2.3.3 Encadenamiento de contratas
 - 2.3.4 Obligaciones solidarias por deudas salariales
 - 2.3.5 Delimitación de la propia actividad
 - a) Interpretación extensiva
 - b) Interpretación restrictiva
 - c) La propia actividad como concepto inaprehensible
 - d) Casuística jurisprudencial y “propia actividad”
 - 2.3.6 Regulación Europea e internacional de relevancia
 - a) Normativa europea

b) Normativa internacional

3. Impacto sobre las condiciones laborales para los trabajadores subcontratados
 - 3.1 Dependencia de las empresas contratistas frente a los clientes
 - 3.2 Temporalidad
 - 3.3 Indemnizaciones por despido
 - 3.4 Externalización como causa de despido objetivo
 - 3.5 Negociación colectiva y determinación del convenio colectivo de aplicación
 - 3.6 El caso de las camareras de piso o “kellys”
4. Propuestas de *Lege ferenda*
 - 4.1 Propuesta de Ley de 9 de septiembre de 2016
 - 4.2 Propuesta personal de reforma
 - a) Concepto de propia actividad
 - b) Legalidad de la subcontratación de la propia actividad
 - c) Ámbito material de responsabilidad de la empresa principal
 - d) Régimen de la responsabilidad: solidaria o subsidiaria
 - e) Límites legales a la subcontratación
 - f) Necesidad de una mayor regulación a nivel de la Unión Europea
 - 4.3 Propuesta actual de reforma a debate
5. Conclusiones

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Hace ya unos cuantos años -incluso décadas- que estamos asistiendo a un cambio de paradigma en las relaciones laborales y en la organización empresarial; un cambio que ha venido de la mano de la creciente descentralización productiva presente a todos los niveles. Es un hecho notorio que este nuevo paradigma en pro de la “flexibilidad” empresarial y la competitividad de las empresas ha traído aparejados importantes trastornos para las relaciones laborales lo que ha tenido su reflejo en la sucesiva normativa y jurisprudencia.

I. Justificación del interés y la utilidad del trabajo

Pese a que existe una amplia literatura respecto a la cuestión en adelante tratada, nos encontramos ante un tema controvertido y central en la problemática actual del Derecho del Trabajo. Un tema que además se encuentra en constante evolución, algo que si bien es aplicable a todos los problemas del Derecho -pues las soluciones jurídicas son siempre precarias y provisionales-, es más acusado en su rama social pues la caracteriza, entre otras cosas, su perenne conflictividad. Es por ello que, parafraseando a Federico Mayor Zaragoza, investigar es ver lo mismo que otros también ven y aun así sacar conclusiones distintas.

La actualidad del tema tiene su reflejo en el hecho de que los dos partidos que conforman el actual gobierno de la nación (Unidos Podemos y PSOE), si bien con distinto contenido y alcance, se han mostrado partidarios de reformar el artículo 42 del ET y la regulación de las subcontrataciones de obra y servicio. Es más, en la actualidad existe una propuesta de reforma que está siendo objeto de debate con los actores sociales. Es por ello que considero que una investigación sobre el asunto que analice la actual normativa, sus implicaciones prácticas y las posibles alternativas, además de tener un intrínseco valor teórico, puede contribuir a arrojar luz sobre un tema de fuerte actualidad jurídica y política.

II. Objetivos: preguntas de investigación

El trabajo se propone realizar un análisis de la subcontratación de obras y servicios en España con especial énfasis en el artículo 42 del ET para pergeñar vías de una eventual reforma del mismo. Por tener una regulación diferenciada y compleja, no se ha entrado a analizar en el presente trabajo la subcontratación de obra y servicios en el sector de la construcción ni con la administración pública. Tal es así pues se considera que abordar dicha problemática requeriría del espacio de un trabajo dedicado únicamente al efecto, algo más apropiado para una eventual tesis doctoral. El trabajo se centra por tanto en lo que atañe a la responsabilidad de las empresas contratistas y clientes para con los trabajadores subcontratados para la realización de obras o servicios.

Para todo ello, el trabajo tratará de responder entre otras a las siguientes preguntas de investigación:

Como cuestiones principales cabría señalar:

- ¿Qué ha motivado la proliferación del fenómeno de la subcontratación?
- ¿Cuál es el expreso mandato contenido en el artículo 42 ET?
- ¿Qué se entiende por propia actividad?
- ¿Qué impacto tiene dicha normativa en las relaciones laborales?
- En caso de haberlas ¿Cuáles son las mejores alternativas a la presente regulación?

Cuestiones accesorias

- ¿Qué formas de descentralización productiva se dan en España y cuales son predominantes?
- ¿Cómo ha afectado la descentralización a la dogmática del derecho laboral?

III. Metodología

En el marco del Máster de Investigación Jurídica en el que se encuadra el presente trabajo de investigación, una idea central ha sido la de que el método de investigación siempre debe ir ligado al objeto de estudio. Es desde esta concepción desde donde se aborda la presente tarea y por la que se procede a dar cuenta del método de investigación que se empleará en este trabajo de fin de Máster.

Una primera aproximación etimológica de la palabra investigación ayuda a aportar claridad al respecto. Según la RAE, investigar es: “realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia”. De tal forma que podemos afirmar que lo común a toda investigación es el ánimo de acercarse al conocimiento de una realidad determinada en sus diferentes facetas ¹.

A su vez, la palabra “método” se compone de las palabras griegas “meta” que significa hacia y “odos” que significa “camino”. ² Por lo que una legítima interpretación de su significado es que el método es el conjunto de criterios de validación de conocimiento de un determinado campo de

¹ CRUZ VILLALÓN, J. “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”. *Temas Laborales* núm. 132/2016. Pág. 77.

² BUENAGA CEBALLOS, O. “Metodología del Razonamiento Jurídico-Práctico. Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica.” Madrid: *Dykinson S.* 2016. pág. 38.

actividad ³. En consecuencia, el método deberá necesariamente adaptarse al objeto de estudio. Este proceso de confección “de un método de investigación a medida” cabría aplicarlo no solo con respecto al Derecho, o más concretamente al Derecho del Trabajo, sino al preciso objeto de investigación de este trabajo.

A continuación señalaré las peculiaridades metodológicas que se observara en la presente investigación jurídica y, más concretamente, las referentes al Derecho del Trabajo y las técnicas a utilizar para este preciso Trabajo de Fin de Máster.

Particularidades de la Investigación Jurídica

a) Labor prescriptiva

El Derecho del Trabajo comparte con el resto de ramas jurídicas el ser una disciplina prescriptiva. En otras palabras, el Derecho no se limita a explicar la realidad sino que intenta estructurarla y organizarla; es decir no se ocupa solo del “ser” de las cosas sino también del “deber ser”.⁴ Por ello, a diferencia de lo que ocurre con las ciencias naturales o incluso otras ciencias sociales, a propia investigación jurídica contribuye a constituir su objeto de estudio pues colabora de la positivización misma del Derecho. De esta forma, la metodología de la ciencia jurídica se ve condenada como Sísifo a estar una y otra vez volviendo sobre sus pasos y reflexionando sobre sí misma. De lo anterior deriva la necesidad de una metodología flexible y adaptativa ⁵.

b) Carácter histórico del Derecho

Esta mutabilidad en la metodología viene a su vez determinada por el carácter histórico del Derecho. Las normas que forman parte de un sistema jurídico determinado solo pueden ser analizadas bajo la óptica del devenir de las concretas circunstancias históricas desde las que se aplican. Con esto se hace referencia a la necesidad de atender a la genealogía de las normas; o lo que es lo mismo, la necesidad de indagar sobre cuáles fueron las normas que precedieron a la aquí estudiada para regular el mismo fenómeno laboral y como ha “envejecido” la normativa que pretende regular un determinado fenómeno social ⁶.

c) Labor valorativa

Este trabajo parte a su vez de la base de que otra importante peculiaridad de la metodología de la investigación jurídica es realizar una labor “valorativa” sobre la concreta norma o fenómeno

³ RUÍZ MIGUEL, A. “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picaz”, tomo IV, Madrid: Thomson-Civitas, 2003. Pág. 5658.

⁴ CORREA CARRASCO, M. “El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía” *Bomarzo*. 2019. Pág. 12.

⁵ *Ibidem* pág. 13.

⁶ *Ibidem* pág. 11.

analizado para comprobar si se está cumpliendo su finalidad o si ésta encaja en el conjunto de valores y derechos establecidos en un sistema legal determinado. Esta valoración implica una proyección de futuro y debe hacerse sobre el conjunto del sistema legal donde se integra dicha norma, el cual incluye, además de normas objetivas, principios y valores ordenadores del ordenamiento jurídico. Tal y como lo expresa Arienza, el Derecho no es solo un conjunto de normas sino una práctica social con la que se pretende alcanzar ciertos fines y valores⁷. Es por tanto, uno de los objetivos ineludibles de la presente investigación analizar si el artículo 42 ET da un cumplimiento ponderado a los principios constitucionales que regulan las relaciones del trabajo de una forma proporcionada, necesaria y eficaz. Como consecuencia de lo anterior -y como se razonará en detalle más adelante- se hace imprescindible la proyección de alternativas de una determinada regulación (propuestas de *Lege ferenda*) con el fin de alcanzar la solución jurídica más idónea posible al “problema” planteado cuando no es posible la interpretación integradora de una norma.

Particularidades metodológicas del Derecho del Trabajo

La regulación normativa del Derecho del Trabajo se encuentra a caballo entre el Derecho Privado y el Derecho Público; a) Derecho Privado en tanto que regula relaciones entre particulares: trabajadores y empresarios -con el fundamental matiz que da la dimensión colectiva del trabajo-; y b) Derecho Público en la medida que esas relaciones privadas se ven influidas por un fuerte intervencionismo público.

Esta fuerte intervención pública se justifica si tenemos en cuenta que una de las finalidades del Derecho -sino su fin esencial- es la regulación de la conflictividad inherente a toda sociedad. Y es precisamente en el marco de las relaciones laborales, la base económica de la sociedad, donde esta conflictividad es más patente y notoria. Por tanto, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho un objetivo primordial de éste es contribuir a la paz social. Este fin se consigue en gran medida dando un cauce “pacífico” a una conflictividad social que en determinados momentos históricos ha llegado a dar lugar a graves conflictos civiles.

En conclusión, tanto las orientaciones metodológicas del Derecho Privado como las del Público son de aplicación a la labor investigadora del Derecho del Trabajo pero, como ya hemos mencionado, no la agotan⁸. En otras palabras, el Derecho del Trabajo tiene particularidades propias que obligan a considerarlo como una rama especial del Derecho. Pese a la mencionada necesidad de flexibilidad en la aproximación metodológica del Derecho del Trabajo, existen principios y criterios interpretativos autónomos que contribuyen a darle unidad y consistencia

⁷ ARIENZA, M. “Sobre la única respuesta correcta” Universidad de Alicante. 2009. Pág. 18.

⁸Ibidem pág. 13.

dogmática⁹. Principios que en gran medida han sido positivizados en el ordenamiento y/o desarrollados por la jurisprudencia para otorgarles plena vigencia jurídica tales como; a) Principio tuitivo (o principio *pro operario*) protección de la parte más débil, o b) Principio de la autonomía y negociación colectiva.

Algunos autores como Cruz Villalón advierten de que en los últimos tiempos se ha ido produciendo un desarrollo creciente -no positivizado- del principio de “productividad empresarial” y que ha ido adquiriendo paulatinamente preponderancia sobre el resto. Un concepto desarrollado al calor de los cambios sociales, económicos y políticos de los últimos años y que introduce un elemento distorsionador en la dogmática del Derecho del Trabajo pues se encuentra en choque frontal con la labor tuitiva del Derecho laboral. Este principio vendría a ser una manifestación de lo que Correa Carrasco ha venido a denominar el “discurso economicista” del Derecho del Trabajo. Según el autor la utilización de parámetros mercantiles en el análisis jurídico-laboral puede acabar por desplazar la dogmática como lenguaje propio del Derecho y cambiar la racionalidad jurídica del Derecho del Trabajo por una determinada racionalidad económica. Esto, a la postre, puede conducir a desvirtuar el fundamento del Derecho del Trabajo como una disciplina jurídica autónoma y a confundirlo con otras ramas como el Derecho Mercantil o Civil si se atacan aspectos fundamentales como el principio de negociación colectiva o la labor tuitiva del derecho laboral ¹⁰.

Metodología del presente trabajo de investigación

Como ya se ha adelantado, y en coincidencia con la postura de Cruz Villalón, este trabajo parte de la base de que una investigación laboral debe abordarse desde el pluralismo metodológico pues, pese al valor de las teorías jurídicas ortodoxas -formalismo vs realismo jurídico, positivismo y filosofía de los valores etc.-, el Derecho del Trabajo reúne unas peculiaridades que requieren para su estudio una aproximación práctica y ecléctica¹¹. Para ello, la investigación perseguirá los siguientes objetivos.

Primero. - Identificar el contexto de la norma y el fenómeno laboral que pretende regular. Para ello habremos de explorar las causas que motivan la aparición de dicho fenómeno, así como las figuras jurídicas afines para definir el contexto jurídico-social de la norma. En esta labor de contextualización también será de gran utilidad acudir a los antecedentes históricos de la norma. Esta tarea se presenta tanto o más necesaria si tenemos en cuenta que, como se ya se adelantó,

⁹ CORREA CARRASCO, M (2019) *Op cit.* pág. 13.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ VID CRUZ VILLALÓN J. (2016) *Op cit.* pág. 74.

parte del objeto de este trabajo es estudiar y analizar posibles propuestas de “*Lege ferenda*” para una eventual modificación del artículo 42 del ET¹².

A fin de dar cumplimiento a esta segunda fase de la investigación, es posible que sea necesario acudir a fuentes de información correspondientes a otras disciplinas de las ciencias sociales – tales como historia, economía, o ciencia política. Considero por tanto que abordar el estudio de una norma jurídica en el ámbito del derecho laboral desde una perspectiva multidisciplinar, aunque sea una tarea ardua, es la única forma de poder interpretar una norma conforme a la realidad social que intenta regular.

Segundo. - Identificar de forma inequívoca la regla aplicable y su mandato. Para esta tarea de determinación es imperativo **atender al efectivo mandato de la norma** para lo cual se hace imprescindible acudir a la interpretación y desarrollo jurisprudencial¹³. Más aún en el caso de los sistemas jurídicos como el español donde existe un control centralizado de la constitucionalidad. Por ello deberemos atender a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para perfilar el alcance y equilibrio entre los principios fundamentales afectados atendiendo a criterios de racionalidad, necesidad y proporcionalidad¹⁴. A su vez, en la determinación de este mandato será necesario acudir a: 1) figuras afines y delimitadoras, 2) antecedentes legislativos de la norma y sus reformas, 3) el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, 4) las consecuencias de su incumplimiento y la normativa internacional de relevancia para su correcta y completa interpretación ¹⁵.

Tercero. - Determinar si, en el marco de la realidad social antes aludida, **la norma es efectiva y eficaz**. Esto implica transcender lo que el legislador “dice” o “pretende” para atender a lo que resulta de su aplicación. En otras palabras, es preciso acudir a lo que sucede en la práctica jurídica cotidiana y de facto¹⁷. Un control de efectividad y eficacia que se hace tanto más necesario en el derecho laboral en cuanto que el incumplimiento de la normativa es muy acusado, lo que tiene a su vez un gran impacto social ¹⁸.

Cuarto. - Una vez analizado el contenido y mandato de una norma, su origen evolución y contexto, y su efectiva o deficiente aplicación cabría entrar en el terreno de **lo propositivo**. Es por tanto otra labor esencial de la investigación jurídica, una vez detectados los principales puntos de análisis de una norma, realizar propuestas que superen los problemas planteados. Como

¹² Ibidem pág. 81.

¹³ Ibidem pág. 79.

¹⁴ Ibidem pág. 92.

¹⁵ Ibidem pág. 91.

¹⁷ Como indicaba Bobbio, al jurista le corresponde hacer una valoración de la norma jurídica desde una triple perspectiva: si es justa o injusta, si es válida o inválida, así como si es eficaz o ineficaz, sin olvidar que en ocasiones estas tres valoraciones son interdependientes entre sí. VID. BOBBIO, N. “Teoría General del Derecho.” Madrid: *Debate*. 1990.

¹⁸ VID. CRUZ VILLALÓN J. 2016. *Op. cit.* págs. 104-105.

consecuencia de lo anterior, una vez señalados los puntos críticos de una determinada normativa y su efectiva aplicación, procede explorar las vías de saneamiento de las posibles fallas o lagunas que se hayan podido detectar. Es posible, como acertadamente lo expresa Cruz Villalón, estas proposiciones resolutorias no puedan considerarse “científicas” en el sentido de determinar que es la única solución objetiva posible, pero en todo caso no podrán ser tachadas de propuestas que no conlleven una argumentación e investigación previas y construidas sobre un sólido fundamento aún con todas las incertidumbres inherentes a las ciencias sociales¹⁹.

Esta fase propositiva debe atender a dos vertientes: o bien desde el establecimiento de los medios para la correcta aplicación de la norma o, -en el caso de que la norma sea deficiente hasta el punto de que no sea posible su interpretación integradora- a su eventual modificación. Aunque, por un ejercicio de honestidad intelectual, hay que admitir que aquí se entra inevitablemente en el terreno de lo político y si bien corresponderá al legislador según la coyuntura política concretar las proposiciones de reforma que eventualmente se den, eso no obsta para que desde una perspectiva -qué duda cabe- personal se puedan perfilar posibles soluciones. Si bien inevitablemente estas proposiciones en algunos casos habrán de ser más técnicas y otras más políticas.

En esta fase, y sin pretender ni mucho menos la realización de un trabajo de derecho comparado -con todas las cautelas que ello requiere-, puede ser de utilidad contrastar soluciones ofrecidas por distintos ordenamientos jurídicos. Si bien los supuestos de distintos países no son directamente trasladables los unos a los otros, pues surgen de una realidad social diferenciada, pueden contribuir a aportar ideas sobre la dirección de las posibles soluciones normativas -algo que es una práctica común en el Derecho.

En los últimos años, y desde diversos partidos del arco parlamentario, se han formulado propuestas de reforma -incluyendo la admisión a trámite de una propuesta de ley en septiembre 2016- del régimen de la subcontratación que no han llegado a materializarse y que merecen la pena ser analizadas. Su análisis y crítica será de utilidad de cara a redactar una propuesta personal de *Lege Ferenda* con la que culminará el presente trabajo de fin de Master. En una reciente entrevista, la actual Ministra de Trabajo, Yolanda Díez, ya adelantó que el Gobierno tiene previsto una reforma en el 2021 del régimen de la subcontratación²⁰ para lo que se encuentran actualmente en negociación con los sindicatos y patronal y la propuesta concreta es actualmente objeto de debate. Espero que este Trabajo sea una modesta aportación que contribuya a enriquecer el debate jurídico suscitado entorno a una cuestión de tanta actualidad e impacto social como es la reforma laboral.

¹⁹ Ibidem pág. 120.

²⁰ RÍOS D, (27-04-2021) Las condiciones de los trabajadores de subcontratas, primer escollo para derogar la reforma laboral. *20 minutos*. Noticia disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4648120/0/las-condiciones-de-los-trabajadores-de-subcontratas-primer-escollo-para-derogar-la-reforma-laboral/>

1. Contextualización de la norma: la descentralización productiva

En los últimos años hemos asistido a un cambio de paradigma en las relaciones laborales y en la organización empresarial. Al calor de la globalización y de las sucesivas crisis económicas, y especialmente a partir de los años 80, en los países industrializados se iniciaron una serie de reformas estructurales en el sistema productivo. Este cambio de modelo implicó apartarse definitivamente del paradigma de la empresa fordista tradicional como sistema predominante de producción. Dicho sistema se caracterizaba, entre otras cosas, por una gran relación productiva vertical lo que suponía que una misma empresa controlaba todas las fases del proceso de producción. Por el contrario, este cambio de paradigma en el sistema productivo implicó una creciente división horizontal del proceso productivo, de esta forma las empresas comenzaron a organizarse de forma creciente mediante un sistema interdependiente en lo que ha venido a denominarse comúnmente como descentralización productiva.

La descentralización productiva es un fenómeno que se manifiesta a través de numerosas y diversas formas, muchas de las cuales serán analizadas en detalle más adelante²¹; sin embargo, existen algunos elementos en común que ayudan a dar una definición del fenómeno. En este sentido, descentralización productiva podría definirse como el conjunto de decisiones empresariales que tienen por objeto externalizar parte del ciclo productivo de la empresa reduciendo también así su número de relaciones laborales por cuenta ajena y por ende su número de trabajadores directos ²².

Un primer problema con que se topa la doctrina y la dogmática laboral cuando trata de abordar el estudio de la descentralización productiva es la diversidad y falta de claridad terminológica. Esta dificultad no debería sorprender pues al ser el fenómeno de actualidad -que está vivo- los términos y conceptos que buscan darle expresión deben aprehender una realidad cambiante²³. Es por ello que se torna necesario hacer una serie de aclaraciones sobre la terminología más empleada en relación a la descentralización productiva y como se empleará en el presente trabajo.

En primer lugar, término “descentralización productiva” es comprensivo de otros muchos que se utilizan habitualmente de forma equivalente y errónea -descentralización empresarial, tercerización, externalización, deslocalización productiva, subcontratación y outsourcing entre otros- que hacen referencia a específicos escenarios de ésta. Precisamente por ser “descentralización productiva” el concepto más omnicomprendido y empleado por la doctrina

²¹ Ver págs. 20 – 23.

²² GÓMEZ GORDILLO, R. “Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía” *temas laborales* Vol. III. núm. 100/2009. págs. 1.105-1.146.

²³ GORRELI HERNÁNDEZ, J. “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva” Madrid: *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*. 2007. pág. 23.

especializada he optado por utilizarlo para este trabajo²⁴. No es objeto de la presente investigación sin embargo hacer un análisis de los cambios históricos, tecnológicos o políticos que derivaron en la tendencia actual hacia la descentralización productiva en las empresas. Nos sirve al efecto de esta investigación constatar la realidad de este fenómeno y su gran impacto sobre las relaciones laborales.

Entre las formas que adopta el fenómeno de la descentralización, y como ya se ha adelantado, el presente trabajo se centrará sobre la descentralización productiva derivada de la subcontratación de obras y servicios con especial atención a la de la propia actividad. Si se ha considerado necesario centrar el trabajo en esta manifestación de la descentralización productiva es porque esta representa la forma más acabada éste fenómeno. Tal es así pues con la subcontratación de la propia actividad las empresas dejan de realizar las tareas esenciales de su ciclo productivo quedando cada vez el edificio empresarial con más fachada y menos contenido.

La generalización de este fenómeno tiene un efecto no solo en las condiciones laborales de buena parte de los trabajadores, sino sobre las mismas bases dogmáticas de derecho del trabajo al afectar al contenido de conceptos claves en las relaciones laborales tan fundamentales como son trabajador y empresario. El Derecho del Trabajo se desarrolló principalmente en el siglo XIX paralelamente al movimiento obrero y cuando imperaba en la sociedad un sistema fordista de producción. En la actualidad, y con el paso de un sistema de concentración y producción en cadena a uno cada vez más especializado y difuso, esta relación se ha visto distorsionada y con ello los elementos que configuran el Derecho del Trabajo como especialidad jurídica autónoma, una problemática se tratará más adelante en el apartado dedicado a ello²⁵.

1.1 Razones y beneficios empresariales que explican el auge de la descentralización productiva.

Para una correcta comprensión del fenómeno tenemos que atender a los motivos que explican por qué las empresas han optado de forma creciente por este modelo descentralizado en su organización. Son precisamente muchas veces estos mismos motivos los que han redundado en un empeoramiento de las condiciones laborales de un gran número de los trabajadores por cuenta ajena pues en Derecho lo que son deberes para una parte son obligaciones para otra.

En primer lugar, gracias a esta organización, las empresas se dotan de estructuras más “flexibles” en su capital humano a la vez que consiguen abaratar costes fijos laborales. Al realizar las empresas labores más específicas. la masa de trabajadores directos necesarios disminuye. Esta creciente división de la producción implica que la empresa asume solo actividades medulares o

²⁴ CALVO RODRÍGUEZ, E. “La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”. *Universidad de Valencia*. 2017. Págs. 27-35.

²⁵ Ver págs. 15 – 19.

estratégicas de negocio y delega en terceros aquellas otras que considera secundarias o poco rentables²⁶. De esta forma las empresas logran mejorar sus capacidades de adaptación a las fluctuaciones del mercado mientras al sustituir costes fijos -trabajadores- por costes variables -contratación mercantil-. Esto es algo que permite no solo externalizar las actividades que les reporten escaso beneficio sino también los riesgos y costes derivados de ellas²⁷.

Algunos autores sostienen que podría afirmarse que la descentralización atiende a una doble racionalidad empresarial: organizativa -flexibilidad- y económica -reducción de costes fijos-²⁸. No obstante, considero que esta diferenciación conceptual no aporta luz al análisis teórico de la descentralización productiva, sino que lo oscurece. La supuesta racionalidad organizativa no deja de ser en última instancia económica ya que esa “flexibilidad” se traduce a la postre en un abaratamiento de costes variables -entre ellos la mano de obra-. De esta forma, la “racionalidad organizativa” no guardaría ninguna diferencia sustancial con la “racionalidad económica” que justifique la utilidad analítica del concepto.

La descentralización también ha dado lugar al surgimiento de toda una constelación de pequeñas empresas especializadas o empresas auxiliares. Esta especialización ha implicado en muchos casos hacer a estas empresas más ágiles y competitivas, pero, en contrapartida, en muchos casos éstas se encuentran en una situación de fuerte dependencia financiera y organizativa con respecto a una o varias empresas clientes principales. El fraccionamiento empresarial lleva a su vez aparejado un fraccionamiento de la representación colectiva de los trabajadores. Como consecuencia, la relación empresa-trabajador es cada vez más directa y la primera está en mejor disposición de imponer sus condiciones al segundo²⁹. Esta nueva forma de organización empresarial diluye el poder sindical -más propio de las grandes empresas y sector industrial- y obstaculiza la negociación colectiva.

Aunque éste fenómeno de debilitamiento de la negociación colectiva es asumido de forma unánime por la doctrina hay discrepancias en la doctrina sobre si este proceso se ha desarrollado de forma fisiológica o patológica. En otras palabras, si este proceso se ha dado una externalidad no deseada o de forma consciente y buscada por las empresas. Sin embargo, la naturaleza del fenómeno carece de importancia a efectos de este trabajo pues basta con constar este fenómeno

²⁶ CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op cit.* pág. 28.

²⁷ *Ibidem* pág. 41.

²⁸ MONEREO PÉREZ, J L, “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización. La empresa en transformación permanente”, *Relaciones Laborales.*, núm. 6, Tomo I. 2011. Pág. 291; LÓPEZ TERRAZA, E, “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español”, en AA.VV., [María Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, María Dolores Mas Badía y María Pilar Montes Rodríguez (coord.)]: *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín, Universidad de Valencia.* Pág. 546.

²⁹CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op. cit.* página 43.

como una realidad ³⁰. Por último, y aunque no tenga una relación directa con el derecho laboral, a las anteriores ventajas cabría añadir que la regulación fiscal suele beneficiar más a las empresas de menor tamaño que a las grandes ³¹.

1.2 Influencia de la descentralización sobre las bases dogmáticas del derecho del trabajo

a) El paradigma de la relación trabajador-empresario

El Derecho actúa siempre de forma reactiva frente a los hechos y, por tanto, siempre va a remolque de la realidad social que le precede -aunque en ocasiones esto sea más acusado que en otras-. Es por ello inevitable hasta cierto punto que los cambios en el sistema producción y la organización del trabajo se desenvuelvan durante un tiempo bajo una regulación insuficiente. Este desfase entre realidad y Derecho se ha visto aumentado en la actualidad por la velocidad de los cambios que la era tecnológica impone al sistema productivo. Esta revolución constante de las relaciones de producción, unido con la pasividad del legislador, han agravado este problema.

Resulta casi una obviedad decir que el paradigma sobre el que se asienta el derecho del trabajo es la relación jurídica entre trabajadores y empresarios. No en balde el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores se establece que “la presente Ley se aplicará a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”³². No obstante, este modelo bilateral de relaciones laborales ha ido perdiendo terreno de forma acelerada debido al proceso descentralizador y la consiguiente difuminación de la figura empresario y del trabajador por cuenta ajena. No es una novedad en el derecho laboral el que los empleadores intenten eludir su consideración como tales para evitar las obligaciones laborales asociadas, pero las nuevas tecnologías han permitido que surjan nuevas formas de trabajo que contribuyen a oscurecer esta relación.

La aparición de las ETT en 1994 ya introdujo un elemento distorsionador al establecer una relación laboral triangular -ETT, trabajador, empresa usuaria-. Y, aunque las contratas y subcontratas ya estaban contempladas en nuestro ordenamiento con anterioridad a la introducción de las ETT, ha sido con posterioridad cuando el cambio de paradigma se ha acelerado fruto de la descentralización productiva a través de, entre otros mecanismos, el recurso creciente a las contratas y subcontratas. Esta nueva conformación de empresas tipo red ha dado definitivamente al traste con el tradicional sistema fordista de producción lo cual ha tenido serías consecuencias

³⁰Ver entre otros; GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva”. Madrid: *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*. 2007. Págs. 47-41 & MONEREO PÉREZ, J L. *Op. cit.*, pág. 245.

³¹ DE LA PUEBLA, A. “Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444 (marzo 2020). pág. 128.

³² Con las salvedades que se hacen a las relaciones laborales que tienen una regulación especial.

sobre el paradigma de la relación trabajador-empresario y sobre la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo ³³.

Las bases del Derecho del Trabajo se desarrollaron históricamente en el marco de la “empresa tradicional”. Y, consecuentemente, los conceptos básicos de la dogmática del Derecho del Trabajo se contemplaron teniendo como referencia el referido modelo organizativo fordista: grandes empresas con una plantilla estable de trabajadores y alto grado interno de división del trabajo. Es decir, el paradigma laboral se basaba en una clara distinción en la relación bilateral empresario-trabajador y la concepción de que el empresario físico guarda una identidad con el titular de la empresa. La función tuitiva del derecho y la negociación y derechos colectivos fueron concebidos bajo esas premisas³⁴. Es por ello que la disgregación de la mano de obra y difuminación del concepto de empresario y trabajador por cuenta ajena han provocado que el ordenamiento jurídico laboral pierda en gran medida su eficacia a la hora de enfrentarse a los retos planteados por la nueva configuración del sistema productivo ³⁵.

b) Concepto de trabajador

El concepto de trabajador no aparece expresamente definido en la Constitución Española de 1978 y es por tanto al legislador estatal -artículos 35.2 y 149.1.7º CE- a quien le corresponde su concreción. Ésta viene establecida en el artículo 1.1 del ET en donde se prevé que **no toda prestación de servicios profesional** se incluye dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo -algunos ejemplos con sus excepciones serían: empleados públicos, autónomos, etc. ³⁶ No obstante, el Estatuto de los Trabajadores establece una serie de exclusiones expresas en su artículo 1.3 así como una serie de relaciones laborales de carácter especial -artículo 2- que se rigen principalmente por su propia normativa específica.

Como es notorio, las notas para determinar la laboralidad de una prestación de servicios que nos proporciona el ET son: la voluntariedad, la ajenidad -que incluiría la remuneración- y la dependencia entendida como la integración en la estructura organizativa de la empresa. Dada la dificultad para determinar esas notas y la imprecisión que pueden suponer, el ET en su artículo 8.1 establece a modo de cláusula de cierre que la relación laboral “se presumirá existente entre

³³ TOSCANI GIMÉNEZ, D. y CLARCK SORIANO, H. “La externalización de la actividad de las camareras de piso: entre la cesión ilegal y el fraude de ley.” *Revista de Derechos Social* – Número 77, enero 2017. pág. 22. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/679097149>

³⁴ *Ibidem* pág. 27.

³⁵ LÓPEZ TERRADA, E. “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español” en AA.VV., [María Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, María Dolores Mas Badía y María Pilar Montes Rodríguez (coord.)]: *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín*, Universidad de Valencia. 2009. pág. 545.

³⁶ BARRIOS BAUDOR, G. “El concepto de persona trabajadora por cuenta ajena: 40 años de configuración legal y jurisprudencial. Problemas y propuestas de reforma”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 444 (marzo 2020).

todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución”

Por su parte, la jurisprudencia ha tratado de concretar las notas de laboralidad para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante. Entre otras cuestiones se ha venido sancionando la vigencia del principio del “*nomen iuris*”; que establece que las cosas en Derecho son lo que son y no lo que dicen las partes. Así el Tribunal Supremo entre otras en sus Sentencias de 24 de enero de 2018 (Pleno), recursos 3394/2015 y 3595/2015, estableció que:

“La realidad fáctica debe prevalecer sobre el “*nomen iuris*” porque «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo»”.

Asimismo, en la reciente y relevante STS 2924/2020 de 29 de septiembre, donde se pronuncia sobre la laboralidad de los repartidores de la empresa *Glovo*, el Tribunal dispone que:

“La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social (...) En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia.”

El impacto que han tenido las nuevas tecnologías, el teletrabajo y el auge de la llamada “economía colaborativa” han venido a complicar de forma exponencial la determinación de esta casuística a la que se refiere el Tribunal. Este sería el caso de tantas empresas como serían Uber, Deliveroo, Glovo, por citar algunas de las más conocidas. Estas plataformas que en teoría se limitan a poner en conexión consumidores y prestadores de servicios, pero en la práctica a menudo ejercen su poder disciplinario con todo su rigor mediante sistemas como la “desconexión” por baja calificación lo que las acerca mucho al poder empresarial tal y como se prevé en el artículo 20 del ET ³⁷.

³⁷ LÓPEZ BALAGUER, M. “Descentralización productiva y transformación del Derecho del trabajo.” 2018. Págs. 430-431.

Estas dificultades a la hora de determinar cuándo se da una efectiva relación laboral por cuenta ajena convierte en imprescindible la labor del legislador quien, en pro de la seguridad jurídica, no puede enteramente dejar esta función a la casuística jurisprudencial.

c) Concepto de empresario

Paralela suerte a la difuminación del concepto de trabajador ha corrido la de empresario. La empresa-fábrica ha dado paso al nuevo paradigma de la empresa en red en la que los activos intangibles tienen cada vez más valor³⁸. La CE reconoce el derecho a la libertad de empresa - artículo 38- pero tampoco nos ofrece una definición de empresario. Este aparece definido en el artículo 1.2 ET donde se establece que: “A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.” Esta definición tan abierta fue introducida en el ET en 1980, cuando el concepto de empleador no ofrecía tantas dificultades como ahora, y apenas ha sufrido ninguna modificación hasta el día de hoy – con la única excepción fue la inclusión de las Empresas de Trabajo Temporal.

Podría decirse, por tanto, que la definición de empresario que se da en nuestro sistema jurídico es la inversa a aquella que se da de trabajador, siendo el primero el que recibiría los servicios del segundo. Es por tanto trasladable en orden inverso los problemas que se dan a la hora de identificar la figura del trabajador a la del empresario. De esta forma, se otorga la condición de empresario a aquel que se beneficia patrimonialmente del trabajo de la persona asalariada. Es también dentro de la dependencia donde debemos incardinar el poder de dirección, disciplinario y de organización -art 20 ET- como núcleo de la posición jurídica del empresario ³⁹.

La descentralización productiva y el aumento de la contratación por obra y servicios ha ocasionado que la jurisprudencia haya dado progresivamente menos importancia a la nota de ajenidad o remuneración en favor de un mayor control de la subordinación o dependencia. En este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 1999, recurso. 1792/1998 ha afirmado que: “Una contrata será auténtica cuando los trabajadores se encuentren «dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador”.

³⁸DE LA PUEBLA, A. “La empresa como objeto de transmisión de la nueva economía: aspectos laborales.” *Aranzadi*, Pamplona, 2005 y LÓPEZ BALAGUER, M. *Op cit.* pág. 173.

³⁹MOLERO MARAÑÓN, L. “Claves y evolución del concepto de empresario laboral o empleador en los 40 años del Estatuto de los Trabajadores.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444 (marzo 2020) págs. 59-88.

El poder de dirección ha sido un elemento clave en el reciente reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de los trabajadores de *Glovo* como trabajadores por cuenta ajena⁴⁰. No obstante, resulta muy difícil pensar una situación de contratación de obra y servicios en la que la empresa contratante no ejerza ningún poder de dirección y control. Tal es así si se piensa en cuestiones tan elementales como: el acceso a la oficina, descansos y horarios de trabajo.

La opacidad de las relaciones laborales se ha visto potenciada por una ingeniería social que busca establecer relaciones empresariales en red en el marco de la descentralización productiva. Es por ello que algunos autores han venido a denominar este conjunto enrevesado de pactos empresariales “el empresario complejo”⁴¹; un término pensado para tratar de superar la limitación de una concepción de las relaciones laborales como eminentemente bilaterales⁴². Éste es un concepto que permite expresar aquel principio ya mencionado según el cual quienes se benefician de la actividad laboral deben asumir las obligaciones inherentes que llevan aparejadas. Tal es así pues lo que se busca con la prohibición de la cesión ilegal de mano de obra es impedir que los empresarios intermediarios se lucren del trabajo ajeno llevándose una “porción del pastel” del valor creado por el trabajo a cambio de dejar libres de obligaciones empresariales a las empresas que se efectivamente se benefician de la actividad laboral. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido una serie de criterios entre ellos: confusión de plantilla, unidad de dirección o confusión patrimonial para determinar el titular de la relación laboral ha de ser el propio grupo de empresa o empresa grupo -STS de 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014-. Y es que precisamente esta complejidad empresarial es una de las razones por la que se prevé la obligación de información de los artículos 42 y 44 del ET a los representantes de los trabajadores; algo que deriva a su vez del deber mutuo de buena fe establecido por el artículo 20 ET.

En definitiva, podría concluirse que el interés del Derecho del Trabajo por determinar la figura del empleador no es otra que la garantía del cumplimiento las obligaciones empresariales y evitar el deterioro de las condiciones laborales. La falta de concreción legal del empleador ayuda a asegurar la máxima extensión posible del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. No obstante, esta indeterminación junto a la pasividad del legislador, unida a las nuevas tecnologías y formas de organización empresarial han ocasionado el escape a esta vertiente garantista y tuitiva propia del Derecho del Trabajo, ocasionando a su vez una serie de perjuicios en las condiciones laborales como se analizará más adelante.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2020, recurso 805/2020.

⁴¹ GALLARDO MOYA, R., & GAETA, L. “Los empresarios complejos: Un reto para el Derecho del Trabajo.” Albacete: *Bomarzo*. 2010. & GORDO GONZÁLEZ, L. “La Representación de los trabajadores en las empresas Transnacionales.” *Tirant lo Blanch*. 2019. págs. 90 -117 entre otros.

⁴² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F “descentralización laboral: problemas e incidencias.” *Revista de Derecho Social* – Número 75 julio 2016. pág. 6.

Durante la elaboración de este Trabajo ha surgido una importante novedad en materia de determinación de la laboralidad por cuenta ajena que merece ser mencionada; el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo. Mediante esta norma se modifica el Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, o como se le conoce coloquialmente “Ley Ryder”.

La novedad más importante es que introduce en el ET -Disposición adicional vigesimotercer-, una presunción de laboralidad para aquellos trabajadores que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. La norma también especifica que esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del ET en relación con las relaciones laboral de carácter especial.

Una buena parte del interés que tiene esta nueva Ley viene de su exposición de motivos la cual hace referencia expresa a la STS 805/2020, de 25 de septiembre de 2020 relativa a los trabajadores de *Glovo*. De esta suerte se positiviza la doctrina sentada por el Tribunal Supremo según la cual se hace prevalecer, para determinar la virtualidad de una relación laboral por cuenta ajena, el “principio de realidad” junto con la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual debido a la innovación tecnológica. Una dependencia que “no implica una subordinación absoluta, sino la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa”. A pesar de todo, aunque la Ley es un importante paso, no deja de suponer una regulación parcial circunscrita al reparto de mercancías dejando fuera muchos supuestos a los que esta presunción de laboralidad podría ser de aplicación.

1.3 Principales figuras jurídicas que regulan la descentralización productiva en España

A continuación, se hará un breve repaso de las formas de descentralización productiva más comunes en España sin pretender con ello agotarlas ni entrar a analizar todos sus pormenores. Lo que se pretende es únicamente ilustrar las muchas formas jurídicas mediante las que el fenómeno descentralizador se materializa en nuestro país y generar la contextualización jurídica necesaria para posteriormente analizar la norma objeto de estudio. Entre estas figuras cabría mencionar a: los grupos de empresas, la transmisión de empresas, los autónomos y las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) entre otras.

- a) **Grupos de empresas:** La razón que explica la creación de los grupos de empresas son sus ventajas financieras, fiscales y laborales. Se trata de un conjunto de sociedades que pese a mantener personalidad jurídica diferenciada se vinculan entre ellas mediante una dirección común o coordinada. En la actualidad no existe apenas regulación normativa laboral sobre el grupo de empresas. Ante la ausencia de un tratamiento legal diferenciado

la jurisprudencia ha venido a delimitar el concepto y resolver los problemas planteados en relación a las obligaciones laborales mediante la figura de la “empresa grupo” o grupo patológico empresas” cuando media ocultación o fraude.⁴³ Mediante estas figuras se consigue por parte las empresas que lo conforman mayor adaptación y flexibilidad en en el manejo de los recursos humanos y de paso disociar su realidad económica de su realidad jurídica; algo que en la práctica les permite eludir parte de sus obligaciones empresariales ⁴⁴.

- b)** Transmisión de empresas: La transmisión de la empresa o su cesión se encuentra regulada en el artículo 44 del ET. La finalidad de esta normativa no es otra que asegurar la continuidad de los contratos de trabajo de tal manera que la transmisión de la empresa no vaya en detrimento de los trabajadores. En este sentido, cabría destacar como consecuencia jurídica más relevante, la subrogación del nuevo empresario respecto de todos los derechos y obligaciones de la Seguridad Social del anterior empleador así como la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales nacidas y de Seguridad Social con anterioridad a la transmisión no satisfechas a la hora de realizarse la misma durante los tres años siguientes a la transmisión ⁴⁵. Esta responsabilidad se extiende a las obligaciones nacidas con posterioridad en los casos en que la transmisión se considere delito.

Si la doctrina incluye la transmisión de empresas entre las formas em que la descentralización productiva se materializa, es porque ésta posibilita la transmisión parcial de unidades productivas dándose así un procedimiento de “desprendimiento” de centros de trabajo ⁴⁶.

- c)** Los autónomos: El grado de vinculación de un trabajador autónomo con la empresa y su dependencia respecto a ésta supone el principal problema a la hora de calificar a este trabajador como autónomo o trabajador por cuenta ajena. La normativa ha venido a complicar esta diferenciación con la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente o TRADE. Esta figura quedó incluida en el Estatuto del Trabajador Autónomo -ETA- en el año 2007 aprobado mediante la Ley 20/2007 de 11 de julio.

Esta confusión entre autónomos, TRADES y trabajadores, ha servido en la práctica para que se dé un abuso de la figura del trabajador autónomo en lo que ha venido a ser llamado

⁴³ CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op. cit.* pág. 64.

⁴⁴ *Ibidem* pág. 63.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, J. “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva.” *XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Paris 5-8 de setiembre de 2006. Pág. 13.

el fenómeno de los “falsos autónomos”. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social detectó un total de 18.851 falsos autónomos en 2018 y 22.383 más en 2019 ⁴⁷.

- d) Empresas de Trabajo Temporal (ETT): Las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) no estuvieron permitidas en España hasta 1994, legalizadas mediante la Ley 14/1994, de 1 de junio. Hasta entonces esa fecha, el artículo 43 ET prohibía expresamente toda cesión de mano de obra bajo cualquier título jurídico. La función equivalente a la realizada hoy día por las ETT era ejercida exclusivamente por el Instituto Nacional de Empleo “INEM”, ahora rebautizado como Servicio Público de Empleo Estatal “SEPE”.

Según el artículo 1 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal: se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

Conviene hacer una serie de precisiones con respecto a las diferencias entre las ETT y la subcontratación de obras y servicios. Cuando se contrata a una ETT no se descentraliza la producción sino la relación laboral misma⁴⁸. La mano de obra que proporciona la ETT permite a la empresa usuaria emplear de forma directa trabajadores ajenos a su estructura productiva. De esta forma, el contrato de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria implica que la segunda se desvincula en términos de las principales obligaciones laborales del personal cedido siendo asumidos estos por la Empresa de Trabajo Temporal ⁴⁹.

Hoy las ETT están a la orden del día, pero en su momento su legalización y expansión generó una fuerte reacción social⁵⁰. Una protesta social debida al elemento de temporalidad ⁵¹ e inseguridad que introdujeron en el marco de las relaciones laborales ⁵². No obstante, una serie de reformas posteriores se encaminaron a dotar a los trabajadores de las ETT de mayores garantías y equiparar sus condiciones laborales a las de los trabajadores de las empresas usuarias. La ley 29/1999 de 16 de junio en su artículo 11 consagra el principio de igualdad de trato en las condiciones laborales entre los trabajadores cedidos y los empleados de la empresa usuaria.

⁴⁷ BAYONA, E (18-01-2021) La Inspección de Trabajo detecta 50.000 falsos autónomos y ataja un fraude de 300 millones de euros a la Seguridad Social. *Público*.

<https://www.publico.es/economia/inspeccion-detecta-50000-falsos-autonomos-ataja-fraude-300-millones-euros-seguridad-social.html>

⁴⁸ GORELLI HERNÁNDEZ J. *Op. cit.*, pág. 41.

⁴⁹ CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op. cit.* pág. 67.

⁵⁰ PCE (2020) Empresas de Trabajo Temporal y Multiservicios en el marco del COVID19. Disponible en : <https://madrid.pce.es/empresas-de-trabajo-temporal-y-multiservicios-en-el-marco-del-covid19/>

⁵¹ DÍAZ LÓPEZ, M. C. “Estudio sobre la empresa de trabajo temporal y el empleo.” *Universidad de Málaga*. 2016. Pág. 258.

⁵² CERRILLO VIDAL, J. “¿Qué fue de la lucha contra las E.T.T.?” *Rebelión*. 2009. Disponible en: <https://rebelion.org/que-fue-de-la-lucha-contra-las-e-t-t/>

Estas garantías de los trabajadores de las ETT -si bien su virtualidad práctica podría ser objeto de discusión⁵³- junto con los requisitos financieros, formales y administrativos para su constitución, han ocasionados su estancamiento⁵⁴, incluso decaída, en favor de la subcontratación y la proliferación de las empresas multiservicios⁵⁵.

1.4 La subcontratación de obras y servicios

La subcontratación de obras y servicios es el instrumento emblemático de la descentralización productiva en España y en el que se centra el presente Trabajo. Ésta figura está reconocida en el ordenamiento jurídico español desde la Ley de la Seguridad Social de 1966 mediante el Decreto 907/1966 de 21 de abril. Al principio la subcontratación predominaba sobre todo en el sector industrial y de la construcción, pero, con el paso del tiempo, las contrata y subcontratas han llegado a tener un uso generalizado en todo el sistema productivo incluyendo el sector servicios y ámbito público⁵⁶.

Por contrata debe entenderse la relación contractual que se da entre la empresa principal y la contratista por la cual esta última se compromete a realizar para la primera determinadas obras o servicios valiéndose para ello de sus propios trabajadores. Conviene, llegados a este punto, hacer una breve diferenciación entre los elementos clave que conforman esta relación civil o mercantil, pero en ningún caso laboral:

- I. **Empresario principal:** quien contrata la obra o servicio correspondiente.
- II. **Contrata:** el vínculo contractual mediante el cual el contratista se obliga a realizar la obra o servicio para el empresario principal.
- III. **Subcontrata:** vínculo contractual entre el contratista y otra empresa para la ejecución de determinadas obra o servicio que es parte del encargo productivo al que se había obligado previamente con el empresario principal.

El contratista asume la obligación de realizar la obra o servicio frente al empresario principal y a su vez el subcontratista lo hace con respecto al contratista. En lo referente al vínculo laboral, las obligaciones laborales con respecto a los trabajadores que realizan la obra o servicio en la empresa principal corresponden a la empresa contratista, empleador formal de los trabajadores que prestan el servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 42 ET respecto a la responsabilidad solidaria como se

⁵³ vid DÍA LÓPEZ, M. C *Op. Cit.* Como dato ejemplificativo cabe mencionar que el mayor número de ETTs se dio en el año 2009 y descendió hasta un 50% de ese número en 2014.

⁵⁴ *Ibidem* pág. 264.

⁵⁵ ESTEVE SEGARRA, A. “Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2016. págs. 57 y ss.

⁵⁶CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op. cit.* pág. 58.

analizará más adelante. Como ya se ha mencionado, a diferencia de lo que sucede con las ETT, los trabajadores de las contratas en teoría no se “integran” en la empresa principal, sino que conservan su subordinación a la empresa contratista.

Existe una gran confusión en lo referente al uso indiferenciado de los términos “contrata” y “subcontrata” en gran parte inducida por la redacción del propio artículo 42 del ET. El artículo lleva por título “Subcontratación de obras y servicios” pese a que posteriormente en el contenido del artículo se hace referencia a “contratas y subcontratas”. La explicación más plausible es que esta formulación se debe a que el legislador -ya fuera consciente o inconscientemente- deja constancia de que existe un vínculo laboral previo entre el trabajador y la empresa contratista; lo que haría la empresa principal por tanto sería subcontratar la obra o servicio al encontrarse la actividad dentro de su propio ciclo productivo -especialmente en los supuestos de “propia actividad”. Es por ello que, en ocasiones, pese a que solo exista una relación entre la empresa cliente y único contratista, se hable de subcontratación de la obra o servicio.

Aunque las Empresas Multiservicios -EM- no dejan de constituir un tipo de contratas merecen una mención aparte debido a sus particularidades y especial incidencia que tienen sobre las relaciones laborales hoy en día. Se podría decir que, en la práctica, las EM son una figura que está a caballo entre las contratas y las ETT.⁵⁷ Precisamente, tal y como ya se adelantó, las EM están supliendo en gran medida las labores realizadas anteriormente por las ETT ya que éstas se enfrentan a menos trabas financieras, administrativas y, especialmente, laborales. No es extraño encontrar como muchas ETT han creado paralelamente sus propias empresas multiservicios; un notable ejemplo es RANSTAD, una de las empresas privadas de empleo más grandes del mundo y que opera en España a ambos niveles, ETT y EM.

Como analizaremos más adelante, la principal previsión normativa en cuanto a regulación legal de las contratas y subcontratas es el artículo 42 del ET. Dicho artículo prevé una serie de garantías reforzadas que afectan únicamente a los supuestos de contratación de la “propia actividad” dejando fuera de su paraguas un buen número de actividades, muchas de las cuales son principalmente desarrolladas por las EM. Esta escasa regulación normativa es en parte la que ha contribuido a su vez a este trasvase de actividad desde las ETT a las EM. Para las contratas que quedan fuera del “paraguas” del artículo 42 del ET, la ley establece únicamente una responsabilidad subsidiaria de la Seguridad Social por cuotas impagadas por el contratista o subcontratista -art. 142.1 TRLGSSS- y una responsabilidad por las prestaciones a cargo del contratista o subcontratista por falta de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social⁵⁹ -art.

⁵⁷ ESTEVE SEGARRA, A. (2016). *Op. Cit.* pág. 66 y ss.

⁵⁹ *Ibidem* pág. 121.

168 TRLGSS-⁶⁰ por el tiempo correspondiente a la duración de la contrata y sólo exigible previa declaración de insolvencia del contratista⁶¹.

2. Régimen jurídico aplicable a la descentralización productiva a través de la subcontratación de obras y servicios (artículo 42 ET)

Las contratas y subcontratas tienen su fundamento constitucional en el artículo 38 CE donde se recoge el derecho a la libertad de empresa. El precepto dispone que se “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y “los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.

Por su parte, en su Sentencia 225/1993, de 8 de julio, el Tribunal Constitucional afirma que, en el marco de una economía de libre mercado, el derecho a la libertad de empresa comprende “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas, y por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado” Y dentro de esta libertad de empresa se incluye el derecho a subcontratar algunas de sus obras o servicios.

Esto algo que ha sido también ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entre otras, en la sentencia de 4 de marzo de 2008, recurso 1210/2007 donde el Tribunal expresó que:

“el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para «la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa», lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores”.

Son precisamente esas cautelas legales e interpretativas a las que se refiere el Tribunal Supremo las que imponen la necesidad de ponderar 38 CE en relación con otros preceptos constitucionales que puedan justificar ciertas limitaciones a su alcance. Entre estos preceptos constitucionales que limitan el alcance absoluto a la libertad de empresa cabría citar: el artículo 1.1 CE, que estipula que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho; el 9.2 CE, Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; 33.2 CE, la función social delimitará el

⁶⁰ Ibidem pág. 133-134.

⁶¹ Ibidem pág. 106.

contenido de la propiedad privada de acuerdo con las leyes; 35.1 CE, los españoles tienen derecho a una remuneración suficiente a través de su trabajo; y por último, el artículo más contundentemente social de la Constitución, el 128.1 CE; Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

Es esta necesidad de interpretación integral de la Constitución la que hace libertad de empresa no sea absoluta y debe atender a una serie de límites. Tribunal Constitucional no se ha prodigado en relación a los límites derivados de la subcontratación aunque hay una excepción notable en relación a la subcontratación y los Derechos Fundamentales. Este límite fue puesto de manifiesto con ocasión de la doctrina *Samoa*⁶³; conforme a la cual las vulneraciones de Derechos Fundamentales podrían también acarrear la responsabilidad solidaria del empresario principal. Esta doctrina incide en aquellos casos en que los despidos declarados nulos en supuestos de contratación y subcontratación. De esta forma, el empresario de la empresa principal sería responsable solidario de las cantidades adeudadas al trabajador por la contratista como consecuencia de la nulidad de un despido. En los casos que no sea posible readmitir al trabajador el juez deberá declarar extinguida la relación laboral con la condena al empresario de los salarios de tramitación y la indemnización de despido correspondiente⁶⁴.

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha realizado una serie de limitaciones genéricas de la libertad de empresa en los supuestos de subcontratación de obras y servicios. En concreto estos límites se han concretado en dos tipos:

1. La igualdad de trato en lo que respecta a las garantías y tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores que se dedican a actividades externalizadas por las empresas. Cabe destacar la STS 75/2010 de 19 de octubre de 2010 donde el alto Tribunal manifestó que:

“sería inadmisibles que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos”

2. La cesión de ilegal de trabajadores regulada en el artículo 43 ET. Para una correcta comprensión del artículo 42 ET y la regulación de la subcontratación de obras y servicios es imprescindible atender a los criterios que marcan el límite con respecto de la cesión ilegal. No casualmente la cesión ilegal -art 43 ET- se encuentra regulada justo a continuación de la concerniente a la subcontratación de obras y servicios – art 42 ET.

⁶³ La doctrina *Samoa* está compuesta por un grupo de sentencias, entre otras SSTC 75/2010 y 76/2010, 19 de octubre y 99/2010, 16 de noviembre.

⁶⁴ VID. ESTEVE SEGARRA, A. (2019) *Op. cit.* págs. 31-42. y VIERA ÁLVAREZ, C. “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social.” 2013. Pág. 23.

Esta es una distinción que en la práctica no es nada sencilla ya que, recurrentemente, se hace pasar por una subcontratación de obras y servicios lo que es una genuina cesión ilegal de trabajadores.

2.1 Límites entre la contrata y la cesión ilegal

La cesión ilegal supone la existencia de tres negocios jurídicos simultáneos para ocultar la relación laboral efectiva: 1) un acuerdo entre dos empresarios: real y formal, para que el segundo proporcione trabajadores al primero, 2) un contrato de trabajo formal entre el empleador formal y el trabajador y 3) una relación laboral real entre el trabajador y el empresario principal pero disimulada por el contrato formal ⁶⁵. Lo que se pretende la prohibición de ceder de trabajadores es hacer coincidir el empresario aparente con el empresario real de tal forma que los empresarios no burlen las obligaciones laborales que les son inherentes y vaya en detrimento de las condiciones laborales; este es un problema clásico del Derecho del trabajo y una tentación perenne de las empresas⁶⁶.

A priori la definición de lo que es una “cesión ilegal de trabajadores” no debería ser demasiado problemática; de su tenor literal resulta evidente que será ilegal toda cesión que la ley no permita. ¿Cuáles con las formas de cesión no permitidas por la ley? Todas salvo aquellas realizadas mediante las empresas de trabajo temporal -ETT- debidamente autorizadas; *prima facie* una distinción bastante clara. De tal manera, todas las formas de cesión de trabajadores deberán ser consideradas ilegales salvo que se realicen a través de ETT conforma a su normativa de aplicación.

El artículo 43 ET establece que se entenderá que existe cesión ilegal en el caso de: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o esta no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. No obstante, en la práctica jurídica, determinar la frontera entre una legítima contratación de obra y servicios y una cesión ilegal de trabajadores en base a los anteriores parámetros es una cuestión nada pacífica. Una dificultad que ha sido evidenciada por el propio Tribunal Supremo en su jurisprudencia. Entre otras, en la STS 3911/2004, 3 de Octubre de 2005 lo expresaba así:

⁶⁵ ESTEVE SEGARRA, A. (2016) *Op. cit.* págs. 69-85 & LÓPEZ BALAGUER, M. “Descentralización productiva y transformación del Derecho del trabajo (Homenajes y Congresos).” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2018. Págs. 24-34.

⁶⁶ ESTEVE SEGARRA, A. (2019) *Op. cit.* pág. 47.

«Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, **no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita**».

No obstante, es en relación a la subcontratación de servicios de la propia actividad donde esta diferenciación se torna especialmente compleja. Los problemas para determinar cuándo se da una cesión ilegal han intentado ser mitigados por la jurisprudencia mediante el desarrollo de los criterios establecidos el artículo 43 ET. Mediante la Sentencia de 14 de marzo de 2006 recurso 66/2005 el Tribunal Supremo vino a señalar que dichos criterios de valoración son complementarios y no excluyentes por lo que tienen un valor meramente orientador. Por una cuestión de claridad expositiva, a continuación, se pondrá junto a cada uno de estos criterios orientativos recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo las dificultades a las que los esta determinación casuística debe enfrentarse:

a. Disponer de una organización con existencia autónoma e independiente – la empresa debe estar válidamente constituida.

La independencia y autonomía se ven en cuestión cuando nos encontramos ante empresas pequeñas que tienen como clientes a una única empresa principal o que gran parte de su volumen de negocios depende de ella.

b. Contar la empresa contratista con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad -instalaciones, maquinaria y herramientas necesarias, patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables-.

Los servicios subcontratados muchas veces se basan en gran medida en la fuerza de trabajo de los empleados siendo los medios materiales aportados por la empresa contratista de escasa importancia. Es sería el caso de los servicios de limpieza, seguridad, contabilidad y otros muchos.

c. Organizar, dirigir y controlar efectivamente la empresa contratista el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo el contratista las funciones inherentes a su condición de empresario -ejercer funciones de empresario-. Y asumir las responsabilidades, entre ellos la capacidad de dirección y selección de personal, y los riesgos propios del desarrollo de una gestión empresarial.

Aquí el problema radica en que la empresa contratante también puede dar instrucciones sobre el resultado de la actividad contratada. Es en determinar hasta qué punto esto son meras directrices o un ejercicio del poder de dirección empresarial donde estriba el conflicto.

Con la externalización de servicios se ha normalizado el que sea la empresa cliente en muchas ocasiones quien establezca a los trabajadores de la contrata las directrices sobre la actividad a desarrollar. Cuando los trabajadores de la empresa contratista se incorporan al centro de trabajo de la empresa principal es muy difícil prever un escenario en que los trabajadores no tengan que adaptarse forzosamente a funciones de dirección de esta última en temas tan relevantes como horarios, descansos o turnos de trabajo.

Puede darse, y en la práctica así ocurre, que aunque los trabajadores reciban sus órdenes de los jefes de la empresa contratada estos a su vez hayan recibido indicaciones por parte de la empresa cliente. Todo esto contribuye a emborronar la realidad de la cadena de mando en la prestación del servicio contratado ⁶⁷.

d. Desarrollar una actividad lícita, propia y específica, que sea diferente de la actividad de la empresa principal, aunque complementaria y de colaboración con aquélla.

Este criterio, de por sí indeterminado, se torna en totalmente inoperante cuando la subcontratación de obra o servicios lo es de la “propia actividad”. Tal y como veremos más adelante, propia actividad se considera -dependiendo de si nos atenemos a la interpretación extensiva o restrictiva de la jurisprudencia- a aquellas actividades fundamentales y esenciales para el proceso productivo de la empresa.

Como se verá, y según ha interpretado la jurisprudencia, esta una de las razones que han llevado al legislador a prever un régimen reforzado de responsabilidad empresarial en los casos de subcontratación de la “propia actividad”. Pese a ello, a efectos de diferenciar una cesión ilegal de trabajadores y una legítima subcontratación de la “propia actividad” este criterio es del todo inútil.

e. A los anteriores criterios cabría añadir, por último, el de autonomía técnica de la contrata incluido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 2011 recurso 2200/2011. Una autonomía técnica que se ha llegado a aceptar en casos en que la misma es extremadamente simple como en el supuesto de la STS 17 de diciembre 2001 recurso. 244/2001 caso en el que los trabajadores utilizaban sus propias herramientas, recibían directrices de la empresa principal y ocupaban un local en las instalaciones de la comitente.

A su vez, este criterio es participe del mismo problema mencionado en el apartado anterior. En aquellos casos que el objeto de la subcontratación es la propia actividad, se antoja difícil poder considerar la autonomía técnica como un criterio delimitador. El proceso de especialización creciente en el trabajo hace que en prácticamente todos los procesos productivos existan tareas

⁶⁷ Este último fue el caso de Telecyl, STS 3784/2016 de 8 de enero de 2019. En este caso, una contrata de atención telefónica fue considerada lícita al entender el Tribunal Supremo pese a que los teleoperadores se relacionaban solo con sus propios jefes y estos a su vez fueran supervisados por directivos del banco donde prestaban servicios. *Ibidem*. página 49.

que pueden tener autonomía técnica. Una autonomía que se puede subdividir casi ilimitadamente a medida que avanza la especialización del trabajo. Tómese por ejemplo el caso de la fabricación de un coche que se puede dividir en la fabricación de cada una de sus piezas, esta a su vez en la composición de cada uno de sus componentes, etc. Resulta muy difícil pensar en cualquier actividad productiva que no pueda subdividirse a su vez en multitud de subactividades con “autonomía técnica”. Además, hay que tener en consideración que la autonomía técnica es relativamente fácil de determinar en el sector productivo industrial pero no lo es tanto en el sector servicios donde la actividad contrata puede ser por ejemplo la atención al cliente.

En base a los criterios anteriores utilizados para determinar cuándo se da una cesión ilegal en base al artículo 43 ET se puede desprender que existe un alto grado de indeterminación e inseguridad en la casuística. Para dificultar más las cosas, la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que una contrata afecte a actividades propias de la empresa y cubra necesidades permanentes de la misma sin que esto implique necesariamente que exista una cesión ilegal de trabajadores⁶⁸. En la práctica, lo que ha ocasionado esta jurisprudencia ha sido progresivamente diluir los límites entre la cesión ilegal con respecto las contratas y subcontratas -especialmente en los casos de propia actividad- de tal forma que muchas situaciones dudosas han quedado respaldadas por la postura adoptada por el Tribunal Supremo⁶⁹. Existe otro problema añadido con respecto al control jurisprudencial de las situaciones de cesión ilegal y es que dicho control se da siempre a posteriori. Ello supone un lapso muy alto que va en contra del interés y protección de los trabajadores, los cuales solo ven tutelados sus derechos laborales en ocasiones cuando han transcurrido varios años desde que se planteó el conflicto.

Conviene, llegados a este punto, atender al papel jugado por la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social en el control de las situaciones de cesión ilegal. La resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020 incluyó entre sus objetivos prioritarios: “Subcontratación y cesión ilegal de trabajadores, empresas de servicios y multiservicios”⁷⁰.

Para la determinación de las situaciones de cesión ilegal, la ITSS emitió el Criterio Operativo 96/2015 de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social sobre la cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios. En dicho criterio operativo se señala que la cesión ilegal no se limita únicamente a empresas aparentes, sino que se incluyen los casos

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2010, recurso 2259/2009.

⁶⁹ Ibidem. Pág. 5.

⁷⁰ Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020. Pág.15.

en que la empresa contratista cuenta con organización e infraestructuras propias cuando en la ejecución de los servicios esta no se ha puesto en juego.

La ITSS distingue a su vez las situaciones de cesión ilegal en varios escenarios según la naturaleza de la relación laboral; A) cesión entre empresa real y empresa ficticia, B) cesión entre dos empresas reales. Es precisamente en estos últimos casos cuando la determinación de la situación ilícita se hace especialmente problemática. Lo que hace la ITSS no es otra cosa que recopilar la doctrina anteriormente desarrollada por la jurisprudencia, pero añadiendo un par de precisiones relevantes: resulta indiferente la naturaleza jurídica de los empresarios y es irrelevante la conformidad del trabajador o sus representantes, así como el hecho de que inicialmente no fuera contratado para ser cedido.

No obstante, y a pesar de constar el control de las cesiones ilegales entre los objetivos prioritarios de la ITSS -según el informe anual de 2019 de la ITSS, el último publicado- en ese año se realizaron 2.680 actuaciones en la materia y se detectaron un total de 490 infracciones⁷¹. Una cantidad de infracciones bastante baja y que parece no poder justificarse únicamente en base a la escasez de recursos de la ITSS. Por su parte, los sindicatos han solicitado una actuación más incisiva de la Inspección de Trabajo en esta materia. No obstante, este reducido número en la detección de infracciones -ya que las actuaciones inspectoras son hasta 5 veces más altas con respecto a las sanciones- se explican en parte si tenemos en cuenta la difícil determinación de las situaciones de cesión ilegal en los casos de subcontratación conforme a la casuística desarrollada por la jurisprudencia que ha respaldado muchas situaciones de dudosa licitud.

Para una correcta comprensión del alcance del fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores, y poder así articular soluciones, es indispensable atender al régimen de consecuencias establecidas para quienes incurren en ella. El artículo 43 ET prevé una responsabilidad agravada con respecto a la previsión genérica del artículo 1.275 del Código Civil donde se establece que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno⁷².

Por otra parte, y dado que, como se ha detallado, la jurisprudencia ha dejado fuera de los supuestos de cesión ilegal muchas situaciones controvertidas, conviene analizar la figura del abuso de Derecho para ver si algunas de estas situaciones podrían tener encaje dentro de dicha categoría. Abuso de Derecho es cualquier acto u omisión que por la intención de su autor sobrepasa manifiestamente los límites normales de su ejercicio en perjuicio de un tercero de tal forma que su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, costumbres o los fines sociales o económicos del Derecho. Este principio está positivizado en el artículo 7.2 del Código Civil que establece que

⁷¹Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2019). Pág. 89.

⁷² Se considera ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. La regulación civil tiene cierta relevancia pues cabe recordar que en virtud del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisdicción civil es de aplicación supletoria en el procedimiento laboral.

la Ley no ampara un uso antisocial del Derecho y manifiesta que todo daño a un tercero dará lugar a la correspondiente indemnización y la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia de este abuso.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo -STS 455/2001 de 16 de mayo de 2001 y STS 722/2010 de 10 noviembre 2010, Sala Primera- para determinar que existe un abuso de derecho deben concurrir los siguientes requisitos: 1) el uso de un derecho objetivamente real, 2) daño a un interés no protegido por una determinada prerrogativa jurídica y 3) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño o “*animus nocendi*” - en otras palabras, el ejercicio de un derecho contrario a los fines económicos-sociales del mismo. Es por ello que resulta difícil pensar en una situación más antisocial de uso de un Derecho -precisamente en la jurisdicción social- que cuando se emplea éste para vulnerar garantías y derechos que tienen reconocidos los trabajadores.

Por su parte, el artículo 6.4 del Código Civil establece que: Los actos realizados al amparo del texto de una norma jurídica que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. Dado que la jurisprudencia ha desarrollado un criterio restringido de lo que debe considerarse una cesión ilegal de trabajadores, la figura del abuso del Derecho es una vía para que los operadores jurídicos puedan tratar de paliar los efectos de una normativa y jurisprudencia más protectora.

Para los casos en los que si se entiende que se da una cesión ilegal, las consecuencias previstas en el artículo 43 ET suponen en parte un desarrollo con algunas especialidades propias de lo establecido en el artículo 15.3 ET que dispone que se consideraran por tiempo indefinido los contratos celebrados en fraude de ley. En este sentido, el artículo 43 ET establece que quienes incurran en una cesión ilegal responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. Además, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. 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, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Por añadidura, la ITSS puede poner multas a las empresas incumplidoras de entre 6.251 a 187.515 euros en función de la gravedad de la infracción tal y como viene regulado en el artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En los casos extremos en los que la cesión ilegal pueda llevar aparejadas consecuencias penales, el artículo 312.1 del Código Penal establece

que serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.⁷³

A pesar del rigor de las consecuencias de una cesión ilegal, poco valor disuasorio pueden tener cuando la mayoría de las situaciones de cesión de trabajadores quedan respaldadas por una jurisprudencia excesivamente laxa antes situaciones dudosas. En este sentido, quizá no sería tan necesario un régimen de sanciones más severo sino una eficaz fiscalización por parte de la ITSS de las situaciones de cesión ilegal con el correspondiente respaldo de la jurisprudencia.

2.2 Finalización de la contrata y sucesión empresarial: La subrogación del empresario, efectos y alcance.

Para una correcta comprensión del régimen legal de la subcontratación y su delimitación con respecto a la cesión ilegal es imprescindible atender a una figura jurídica afín y que ayudar a delimitar ambos conceptos, la sucesión o transmisión de empresas. Esta cuestión es de especial relevancia si tenemos en cuenta, como se mencionó anteriormente, que la subcontratación en la práctica suele darse en conexión con otros mecanismos descentralizadores tales como la sucesión en la empresa ya que ésta permite transmitir de forma parcial centros de trabajo y unidades productivas⁷⁴.

La regulación de esta materia en España se ha visto determinada por la Directiva 2001/23/CE, del Consejo Europeo, de 12 de marzo de 2001 que contiene el régimen jurídico comunitario en vigor sobre las causas, condiciones y efectos que se siguen de la transmisión de empresas. En su artículo 1.1 se establece que “la presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión”, algo aplicable a toda transmisión independientemente de la causa.

La citada Directiva impuso la necesidad de la reforma operada por la ley 12 /2021 de 9 de julio que modificó el artículo 44 ET para hacerlo coincidir con la definición comunitaria de transmisión de empresas.

El ámbito objetivo de las responsabilidades y obligaciones la normativa española va más allá que la comunitaria ya que ésta última únicamente plantea la posibilidad de que los estados establezcan que tanto cedente como cesionario sean responsables solidarios de obligaciones laborales que tuvieran su origen antes de la fecha del traspaso, algo que se da en el caso español. De tal forma que el empresario “saliente” permanece como responsable solidario de las obligaciones laborales pendientes al momento de la transmisión y durante los tres años siguientes.

⁷³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, F. “La cesión ilegal de trabajadores en actividades contratadas.” *FC Editorial*. 2012. <https://www.digitaliapublishing.com/a/37730>. pág. 48.

⁷⁴ NORES TORRES, L. “La Aplicación de las Previsiones Sobre Transmisión de Empresas en el Ámbito de las Contratas.” *Tirant lo Blanch*. 2013.

Pero es con respecto a cuando se produce realmente esta sucesión o transmisión en la empresa donde existe la principal controversia. Y, en lo que a este trabajo interesa, nos centraremos en la controversia doctrinal que perdura hasta día de hoy sobre si en algunos supuestos el fin de una subcontrata puede suponer una subrogación en las obligaciones laborales del empresario que continúe prestando el servicio o realizando la actividad subcontratada.⁷⁵

Según el tenor del artículo 44 ET se considera que se produce una sucesión cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una determinada actividad. Es por ello que de la definición literal ofrecida por la Ley y la normativa comunitaria no se desprende su aplicación a los casos de finalización de las contrata. A pesar de lo anterior, el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia⁷⁶ en la que en algunos supuestos concretos considera que existe una vinculación entre la finalización de las contrata y el régimen sucesorio empresarial⁷⁷. Estos supuestos serían los casos en los que los elementos materiales no constituyen el objeto del traspaso, pero en los que la actividad contratada descansa fundamentalmente en la mano de obra organizada. En este sentido, un criterio fundamental utilizado por el TJUE son los casos en los que se cede trabajadores adscritos a la contrata en calidad y cantidad suficientes; en tales casos ni siquiera sería necesaria la existencia de bienes patrimoniales en el proceso de cesión para considerar que se da una sucesión empresarial.

Es por ello que el Tribunal Supremo, que venía aplicando una doctrina más “patrimonialista” según la cual se exigía la transmisión de un cierto elemento patrimonial, haya tenido que ajustar su tradicional doctrina a la luz de la jurisprudencia proveniente de Europa. En este sentido, el Supremo ya estableció que la transmisión de empresa debe sustentarse sobre dos pilares imprescindibles: la transmisión entendida como un cambio de titularidad (elemento subjetivo) y que esta sea susceptible de explotación económica (elemento objetivo).

Perdura no obstante en la doctrina especializada una discusión entre quienes defienden que los cambios de contratista no implican la transmisión de empresa, sobre todo en los casos de servicios en los que no se produce una transmisión patrimonial⁷⁸; y por otro lado quienes entienden que la cesión de la actividad aún desprovista de medios materiales si constituye una transmisión

⁷⁵ Hay que precisar que la subrogación empresarial puede producirse por vía contractual, convencional y legal -artículo 44 ET- pero es con respecto a esta última donde se da la controversia. CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op cit.* pág. 177.

⁷⁶ Sentencia del TJCE para resolver el Asunto 24/85, "Spijkers", con fecha de 18 de marzo de 1986 y Sentencias de 10 de diciembre de 1998 (Asuntos acumulados nº 127/96, 229/96 y 74/97, así como 173/96 y 247/96, "Hernández Vidal" y "Sánchez Hidalgo")

⁷⁷ RAMOS QUINTANA, M. “Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial.” Albacete: Bomarzo. 2007. Pág. 67.

⁷⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. “Encadenamiento de contrata y responsabilidad empresarial.” *Universidad de Málaga*. 2019. págs. 21- 28; PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T. “Contratas y empresas de trabajo temporal: Responsabilidades. *Tiran Lo Blanch*, Valencia. 2006 pág. 386.

patrimonial ya que entienden que en estos casos los medios materiales son del todo secundarios para la actividad económica ⁷⁹.

La primera de las posturas, la patrimonialista, se asienta en la tradicional doctrina del Tribunal Supremo, sentada por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala cuarta, de 20 de octubre de diciembre de 1993, número de recurso 3218/1992 donde establece que; "la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente y es claro que la realización de unos servicios carece de todo elemento patrimonial que los soporte, e incluso la pura organización empresarial no es transmitida sino sencillamente sustituida".

Esta postura ha ocasionado una serie de críticas de la doctrina por el estado de cosas al que conduce; ya que, de no preverse la subrogación convencional o contractualmente, cuando no existe transmisión patrimonial conduce al despido de los trabajadores subcontratados algo que se veía agravado por la anterior doctrina del Tribunal Supremo que admitía la posibilidad de realizar contratos de obras y servicios limitados a la duración de la contrata- algo destinado a cambiar a raíz de una reciente y relevante Sentencia del Tribunal Supremo en esta materia-⁸⁰

Como lo expresa Calvo Rodriguez, quizá el argumento más fuerte en contra de esta doctrina patrimonialista sea la referente a la incoherencia que esta supondría para el ordenamiento jurídico ⁸¹ ya que, si se ha admitido que es lícita una determinada contrata de servicios por ser una auténtica empresa y realizar ésta una actividad con sustantividad propia, debería admitirse a su vez que la sucesión de contratistas en ese mismo servicio aportando lo mismo -es decir, la mano de obra- debe entenderse como una sucesión de empresa.

No obstante, como se ha mencionado anteriormente, la doctrina del TJUE sobre la "sucesión de las plantillas" ha obligado al Tribunal Supremo a revisar su tradicional doctrina en esta materia y a considerar la sucesión en la empresa en otros supuestos. Este cambio es ya patente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 número de recurso 4827/2003 donde hace expresa mención a la necesidad de adaptar la doctrina del Tribunal a las sentencias del TJUE donde se establece además del mencionado indicio otros tales como: el tipo de empresa o actividad, si se da la transmisión de elementos patrimoniales, el número de trabajadores de los que se hace cargo el nuevo empresario, la semejanza entre las actividades realizadas y si se ha dado o no un traspaso de clientela.

⁷⁹ En esta postura se encontrarían entre otros: CAMPOS RUÍZ, L. "Régimen laboral de la transmisión de la empresa" *Tirant lo Blanch*: Valencia: pág. 80 y SALCEDO BELTRÁN. M. "La responsabilidad y subrogación empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios." *Universidad de Valencia*. 1997. Pág. 447.

⁸⁰ Ver pág. 57.

⁸¹ SALA FRANCO, T. "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras y servicios." *Actualidad Laboral*. 2005. pág. 1036.

En base a esta nueva doctrina se estima que se da un genuino traspaso de empresas cuando se produce una continuación en la actividad y a su vez se da la continuidad de una parte considerable de la plantilla de trabajadores de la anterior contrata; sobre todo en sectores donde los elementos patrimoniales carecen de importancia como en el caso de la limpieza, la seguridad etc.

No obstante, esta nueva postura no ha estado exenta de críticas. Entre los detractores se argumenta que resulta incierto determinar cuando la sucesión de la plantilla -cuantitativamente y cualitativamente- es suficiente para entender que se ha dado una transmisión Y, por otro lado, critican el efecto perverso que esta postura, a priori más garantista, puede tener sobre el empleo ya que, al tener los cesionario que subrogarse en las obligaciones laborales del anterior contratista, puede ocasionar que los trabajadores de la contrata sean despedidos y sustituidos por otros en los casos en los que no se prevea convencional o contractualmente su subrogación ⁸².

Por último, mencionar que en los casos de transmisión de la “propia actividad” el TJUE ha ido aún más lejos al entender que se da la transmisión siempre que se trate del mismo sustrato organizativo, aunque “no necesariamente tiene por qué llevarse a cabo con las mismas personas nominalmente identificadas con las que antes se venía desempeñando”⁸³. Es decir, cabe la posibilidad de entender que se ha producido una sucesión de empresa aunque cambien los trabajadores que desempeñan la actividad subcontratada. Esto tiene una especial importancia a la hora de limitar los posibles efectos perniciosos sobre el empleo que se mencionaban en el apartado anterior que la nueva doctrina del Tribunal Supremo pudiera llegar a ocasionar.

2.3 Determinación del mandato del artículo 42 ET

2.3.1 Desarrollo histórico de la norma y reformas

Los primeros intentos de regular normativamente la descentralización productiva en España hay que buscarlos en el Real Decreto 3677/1970 de 17 de diciembre por el que se establecen aquellas normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores. De acuerdo con la exposición de motivos de la norma, el objeto de esta no era otro que evitar que a través de cesiones de personal pudieran ser vulnerados los beneficios sociales de los trabajadores. En su artículo 4 ya se establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deben exigir a estas que se hallen en posición un carnet de empresa con responsabilidad, en los casos legalmente previstos, para comprobar que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Y que en todo caso la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata.

⁸² RAMOS QUINTANA, M. *Op cit.* pág. 76.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2003 C-340/01.

Esta regulación se mantuvo en la reforma laboral de 1976 mediante la Ley 16/1976, de 8 de abril -BOE de 21 de abril de 1976-. Posteriormente, esta regulación fue incluida en el artículo 42 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Allí se sustituye el requisito del carnet de empresa por la comprobación de que los contratistas están al corriente del pago de cuotas a la Seguridad Social para lo que se requiere la certificación escrita negativa solicitada a la entidad gestora de la Seguridad Social en el término de treinta días improrrogables transcurrido el cual se quedará exonerado de responsabilidad. Se establece a su vez que durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo. Y por último, se deja fuera de esta responsabilidad de los actos del contratista en los supuestos referido a la contratación realizada por un cabeza de familia con respecto a la vivienda familiar.

Con la nueva normativa se amplía al año siguiente a la terminación de la contrata el periodo por el cual se hace responsable al contratista por las deudas con la Seguridad Social y las obligaciones salariales. Con este cambio se limita el ámbito material de garantía ya que anteriormente la previsión incluía todas las obligaciones empresariales que, tal y como veremos, más adelante son mucho más numerosas⁸⁴.

Con el Real Decreto-Ley 5/2001 de 2 de marzo se modifica el artículo 42 ET para:

- a) Imponer la obligación de informar a los representantes de los trabajadores sobre determinados extremos; entre otros: nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista, objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de la contrata, en su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.
- b) Se amplía la responsabilidad del empresario principal a las deudas salariales y de Seguridad Social – hasta el año siguiente a la finalización de la contrata- de los contratistas y subcontratistas.
- c) Se elimina el límite cuantitativo por el cual empresario principal era responsable de los salarios adeudados a los trabajadores de la contrata.

Este régimen de responsabilidad ampliado del empresario se instaura para -en palabras del Tribunal Supremo- «garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador».

⁸⁴ Ver págs. 43 y 44.

Mediante el Real Decreto-Ley 5/2006 de 9 de junio de mejora del crecimiento y del empleo se incluye la obligación del mantenimiento de un libro de registro por parte de la empresa principal en donde se reúna la información exigida legalmente respecto de las empresas contratistas y se incluye la previsión de que la empresa contratista o subcontratista debe informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se referidos en el punto 4 del artículo 42 ET ⁸⁵.

La última reforma hasta la fecha ha venido de la mano de la Ley 12/2012 de 26 de diciembre de lucha contra el empleo irregular y fraude a la Seguridad Social mediante la cual se amplió la responsabilidad solidaria por deudas de la Seguridad Social de uno a tres años. Lo referente a las deudas salariales se mantuvo igual, es decir solo por las obligaciones salariales durante el año siguiente a la finalización de la contrata.

Como se ha puesto de manifiesto, las modificaciones normativas que se han dado hasta la fecha en lo referente a las obligaciones empresariales con respecto a los trabajadores han seguido una línea decreciente. Es decir, a medida que el fenómeno de la subcontratación se expandía de forma espectacular, se ha ido reduciendo paulatinamente el nivel de protección otorgado por la legislación a los trabajadores. Es cierto que se ha introducido el Derecho a la información de ciertas circunstancias a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas así como a los representantes de los trabajadores y se ha aumentado el número de años por los que el empleador principal responde solidariamente a las deudas de la Seguridad Social.

No obstante, en lo que atañe a las garantías de las obligaciones laborales estas se han mantenido únicamente durante el año siguiente a la vigente de la contrata pasando de cubrir todas las obligaciones empresariales a solo las salariales. En definitiva, de toda la evolución de la regulación normativa en materia de subcontratación laboral se puede apreciar que desde su introducción en 1976, a medida que el proceso de la descentralización productiva se iba desarrollando, ha evolucionado hacia posiciones menos garantistas con respecto a la responsabilidad empresarial y siempre circunscrita ésta a los supuestos de la “propia actividad”.

Del recorrido histórico de la norma podemos apreciar que durante más de cuarenta años, la principal herramienta reguladora de la descentralización productiva, el artículo 42 ET, se ha mantenido sustancialmente -con mayores limitaciones a la responsabilidad empresarial- igual

⁸⁵ 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 trabajadores que serán ocupados 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.

mientras que se han producido en la realidad económica y laboral del país transformaciones muy profundas. Cuando en 1970 se promulgó la primera norma a la que antes se ha hecho referencia, el fenómeno de la subcontratación, aunque ya en auge, no estaba tan extendido y se circunscribía a unos sectores productivos determinados. Hoy, por el contrario, ese fenómeno es predominante y se encuentra en constante expansión a todos los niveles ⁸⁶.

2.3.2 Ámbito de aplicación

El artículo 42 ET es la principal norma que regula la descentralización productiva en lo referente a la contratación y subcontratación de obras y servicios de la propia actividad. Las otras dos únicas normas de relevancia que podemos encontrar en el ordenamiento y que regulan en parte el fenómeno de la subcontratación son: el artículo 168 de la Ley General de la Seguridad Social, que complementa el artículo 42 ET al establecer la responsabilidad subsidiaria en el pago de las deudas con la Seguridad Social del empresario contratante; y el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que establece que, las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Es cierto es que en lo referente a la subcontratación en el sector de la construcción hay una regulación específica como veremos más adelante y que, como ya se adelantó, su análisis no es fruto del presente trabajo. Pero en esencia, el núcleo normativo que da forma al inmenso fenómeno social que supone la subcontratación laboral está constituido por esos tres artículos.

Es precisamente esta escasa regulación normativa la que ha hecho necesario ampliar jurisprudencialmente el concepto de “contrata” para abarcar otros supuestos aparte del típico contrato de arrendamiento de obras y servicios como son por ejemplo los contratos de concesión, distribución comercial, agencia o franquicia⁸⁸. En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que “el tipo de negocio que discurre entre las empresas no basta para excluir el juego del artículo 42 del ET”⁸⁹. De esta forma, el paraguas del artículo 42 ET se ha hecho extensible a otras modalidades contractuales.⁹⁰ Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo el hecho que el tenor literal del artículo 42 ET haga referencia a “contrata y subcontrata de obras y servicios” hace que sea indiferente el negocio jurídico por el cual se formaliza la externalización de la empresa principal⁹¹. Por tanto, dentro de las “contratas y subcontratas” cabría incluir todo tipo de contratos ya sean civiles, mercantiles o administrativos -incluyendo los caso en los que la Administración Pública es el empresario principal-. Tampoco sería relevante si en el empresario

⁸⁶ DE LA PUEBLA, A. *Op cit.* pág. 132.

⁸⁸ *Ibidem.* pág. 129.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2016, recurso. 2147/2014

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996, recurso 1089/1996

⁹¹ CRUZ VILLALÓN, J. *Op cit.* págs. 19-20.

principal concurre ánimo de lucro pero sí sería condición indispensable que el objeto del contrato sea la realización de “obras o servicios”; consecuentemente quedarían excluidos los contratos de compraventa o suministro de bienes. Esto plantea problemas pues abundan las zonas grises como la adquisición de productos semielaborados o los encargos “just in time”⁹². Además, existen casos de trabajo industrial en los que en lo que a priori es un contrato de suministro el suministrador se obliga a su vez a la realización de algún tipo de actividad por parte de sus trabajadores que aportan valor añadido al servicio.

2.3.3 Encadenamiento de contrata

Otra cuestión problemática es la relativa al llamado “encadenamiento de contrata”. Es precisamente esta la razón por la que el artículo 42 ET alude a las contrata y subcontrata, pues se prevé la posibilidad de que las empresas contratistas a su vez subcontraten parte de su actividad con otras empresas. Lo anterior plantea dos cuestiones inmediatas; por un lado ¿Cómo funciona en estos casos la distribución de obligaciones empresariales? Y por otro ¿existe algún límite al número de subcontratas posibles?

En lo referente a la primera de las cuestiones cabe señalar que la redacción del artículo 42 ET no ofrece demasiada luz al respecto pues únicamente hace referencia al “empresario principal” sin entrar a valorar si este se consideraría a su vez aquel que ha subcontratado parte de la actividad por la que fue contratado. Ha tenido que ser una vez más la jurisprudencia la que ha precisado en la medida de lo posible esta cuestión. En la Sentencia de 9 de julio de 2002 recurso número 2175/2001 el Tribunal Supremo dejó clara esta cuestión al establecer que la responsabilidad sí que es extensible a los siguientes niveles de la subcontratación. Tal es así pues, según el razonamiento del Tribunal, lo que pretende el artículo 42 ET es evitar que quien se beneficia de la actividad económica realizada por otros quede indemne de posibles responsabilidades laborales posteriores.

Es por ello por lo que resulta razonable concluir que el legislador pretende que el empresario que subcontrate una determinada actividad responda a su vez de las deudas salariales o de la seguridad social que a su vez se establecen con respecto del su empresario principal -con el límite de un año para las deudas salariales y tres para las obligaciones de la Seguridad Social. No obstante, hay que precisar que esta responsabilidad en cadena es extensible únicamente respecto a “la propia actividad”, concepto a su vez, como veremos más adelante, es sumamente indeterminado⁹³.

⁹² Ibidem.

⁹³ GÓMEZ SALADO, M. “Encadenamiento de contrata y responsabilidad empresarial.” *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* Núm.19, enero 2019. págs. 87-99.

Con respecto a la segunda cuestión, relativa al número máximo de encadenamientos lícitos en la subcontratación, no existe ningún límite para el número de encadenamientos de subcontratas con la excepción del sector de la construcción. El artículo 5.2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción -LSSC- establece un límite máximo de tres niveles de subcontratación. Asimismo, se impone la prohibición al trabajador autónomo de subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos y tampoco podrán subcontratar los subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra.

La especificidad de esta regulación se ha justificado en base a que en el sector de la construcción el fenómeno de la subcontratación está profundamente extendido y es un sector con una alta siniestralidad lo que impone la necesidad de un mayor control en las cadenas de subcontratación. Solo así se justifica que se limite un derecho fundamental como es la libertad de empresa. No obstante, en los últimos años la subcontratación ha sufrido un repentido y drástico crecimiento en el sector servicios por lo que esta diferenciación no podría verse plenamente justificada en base a esta supuesta especificidad; especialmente en el caso de los autónomos a quienes se les haya encargado parte de la actividad o los casos de contratas cuya organización productiva consista fundamentalmente en su trabajo.

2.3.4 Obligaciones solidarias por deudas salariales

La responsabilidad solidaria por deudas salariales de la que habla el artículo 42 ET es una responsabilidad legal. Esto implica que las partes no pueden modificarla por su propia voluntad ni el trabajador puede renunciar a este beneficio en base al artículo 3.5 ET, el cual establece que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario.

La solidaridad de la deuda implica que el trabajador como acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores; todo ello sin perjuicio de que los deudores puedan repercutirse la deuda entre ellos. Cabrían por tanto las excepciones establecidas en el artículo 1.148 del Código Civil ⁹⁴.

Este asunto ha sido tratado por el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina en la Sentencia del Tribunal Supremo 978/2017, 5 de diciembre de 2017 donde reconoce con respecto al empleador que:

⁹⁴ GÓMEZ ARBÓS, J. “Análisis de las contratas y subcontratas como reflejo de la descentralización productiva.” Pág. 15.

“Su responsabilidad es subsidiaria porque requiere el previo incumplimiento de quien contrató, pero solidaria con él cuando consta el impago, momento en el que nace para él la obligación de pagar el total de la deuda, aunque luego pueda repetir la totalidad del pago que efectúe contra el deudor principal, el empresario que se lucró con el trabajo de otro, lo que excluye la aplicación de los artículos 1143 y 1145 del Código Civil , porque el contratista principal se subroga en todos los derechos del acreedor y puede repetir contra el deudor principal todo lo que pague (artículos 1158 , 1209 y siguientes del Código Civil.”

No obstante, el Tribunal hace una distinción entre los orígenes de ambas obligaciones al establecer que:

“la responsabilidad del empleador nace del contrato de trabajo y de las normas que regulan el pago de sus retribuciones el trabajador (artículos 26 y siguientes del ET), mientras que la responsabilidad del empresario principal nace del artículo 42.2 del ET que tiene un fin diferente: obligar a quien contrata a otro para que haga algo por él, algo que él podría hacer, a controlar que el contratista, quien le auxilia en la ejecución de la obra, cumple con las obligaciones que le imponen los contratos laborales que celebre, lo que se pretende conseguir imponiéndole su responsabilidad subsidiaria, aunque solidaria, en el cumplimiento de las obligaciones laborales del otro”

Esto tiene consecuencias no solo el alcance de la obligación del pago si no el plazo para reclamar o “*dies a quo*” ya que, al tratarse de responsabilidades con distinto origen, estima el Tribunal, el plazo para la prescripción tiene un plazo distinto que impide aplicar la regulación del artículo 1974 Código Civil que estipula que la reclamación efectuada a un deudor interrumpe las prescripciones del otro. En la sentencia se emitió un voto particular que, pese a que coincide con el fallo en que la responsabilidad solidaria no surge hasta el impago, considera que se genera automáticamente la responsabilidad solidaria del empresario principal ya que el legislador ha optado por no atribuirle naturaleza subsidiaria y se debería activar con ello todo el conjunto del régimen jurídico aplicable a las obligaciones solidarias. En consecuencia, el plazo debería ser coincidente con el general de un año previsto en el artículo 59.1 ET.

La consecuencia práctica de esto es que si el trabajador no reclama a ambos empleadores a la vez el pago de las deudas salariales dejadas de percibir durante el año siguiente a la finalización de la contrata puede perder el Derecho a ellos. Una postura del Tribunal Supremo que impone al trabajador una carga procesal extra para algo que debiera ser una garantía y que es un derecho reconocido. Una carga procesal con la grave consecuencia de poder ocasionar que el trabajador pierda el derecho a reclamar los salarios no percibidos.

A mayor abundamiento si, tal y como sostiene el Supremo, la voluntad del legislador con la responsabilidad solidaria del art 42 ET es la de garantizar que los trabajadores no se queden

desprotegidos en los casos de subcontratación de la propia actividad, esta quedaría muy diluida si la obligación solidaria no fuera automática pues subsidiariamente ya el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) tiene como objetivo garantizar los salarios de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador -si bien con una serie de limitaciones ⁹⁵.

Por su parte, al hacerse referencia el artículo 42 ET únicamente a las obligaciones salariales en lugar de incluir todas las responsabilidades laborales del empresario, quedan fuera de la garantía todos los conceptos no considerados naturaleza salarial en el artículo 26.2 ET. Es decir, se excluyen: las cantidades recibidas en concepto de indemnización o suplidos por gastos realizados como consecuencia del trabajo, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

Aun así, la jurisprudencia lejos de realizar una interpretación amplia de las percepciones salariales en base a la presunción del artículo 26.1 ET -que estipula que se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie- ha optado por una de carácter restrictivo. De tal forma que solo quedan dentro del ámbito de protección de la norma aquellos conceptos que son claramente laborales tales como: salario, mejoras establecidas por convenio colectivo, los incrementos previstos en un convenio posterior de aplicación retroactiva, las horas extraordinarias y las vacaciones no disfrutadas ⁹⁶. Como consecuencia se excluyen otras partidas cuya naturaleza extrasalarial es controvertida tales como: el pago por falta de preaviso en el despido o los salarios de tramitación ⁹⁷.

Estas exclusiones suponen en definitiva una garantía más para la empresa principal que para el trabajador al verse la primera exoneradas de importantes obligaciones laborales quedando los trabajadores únicamente cubiertos por lo dispuesto en el artículo 1597 CC⁹⁸.

⁹⁵ La Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Ley 38/2020, de 29 de diciembre prorroga el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020. En aplicación de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Real Decreto 505/1985 de 6 de marzo, cuantificar los límites de las prestaciones indemnizatorias y salariales del Organismo durante el año 2020, en función de un salario módulo equivalente al doble de del Salario Mínimo Interprofesional, con inclusión de pagas extras:

Salario mínimo interprofesional diario para 2021 (SMI): 31,66 EUROS

Doble del SMI diario, con prorrateo de extras: 73,73 EUROS

Límite Salarios: 8.847,60 EUROS

Límite Indemnizaciones: 26.911,45 EUROS

⁹⁶ LÓPEZ BALAGUER, M. (2018) *Op. Cit.* pág. 42.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998, recurso 8544/1998.

⁹⁸ Allí se estipula que los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.

En este sentido, se suscribe totalmente la opinión expresada por Viqueira Pérez ⁹⁹ en tanto que estas exclusiones resultan todavía más inexplicables si atendemos a que los conceptos excluidos en muchas ocasiones están directamente ocasionados por la prestación del servicio subcontratado -suplidos, dietas, gastos de desplazamiento etc. Tampoco resultaría coherente excluir estas obligaciones empresariales si atendemos a que la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET tiene su razón de ser, tal y como razona el Tribunal Supremo, en el beneficio económico que obtiene la empresa principal de la actividad contratada ya que estos beneficios se obtienen con respecto al conjunto de la relación laboral.

2.3.5 Delimitación de la propia actividad ¹⁰⁰

No obstante, la cuestión que sin duda suscita más problemas es la referida a la propia actividad de la empresa principal. Como se desprende del tenor literal del artículo 42 ET, el legislador no da una definición sobre que debe entenderse por “propia actividad”. La necesaria labor de concreción de este fundamental concepto por sus consecuencias -ya que todo lo que quede fuera de su ámbito no se le aplican las garantías del artículo 42.1 ET- ha tenido que ser desarrollada por la casuística jurisprudencial. La vaguedad e indeterminación del concepto “propia actividad” es puesta en evidencia por el propio Tribunal Supremo en su jurisprudencia. Un concepto controvertido introducido en el ordenamiento mediante el Decreto de 17 diciembre 1970. Desde entonces, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal, podría hablarse de que en la casuística judicial se han consolidados dos interpretaciones diferentes del concepto: la extensiva y la restrictiva.

a) Interpretación extensiva

En una sentencia de 2018 ¹⁰¹, el Tribunal Supremo se hace eco de su anterior doctrina de 1995 para señalar que:

"[...] Para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. **Más que la inherencia al fin de la empresa es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad.** También la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando **de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de**

⁹⁹ Ibidem pág. 42.

¹⁰⁰ ESTEVE SEGARRA, A. “Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares.” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2016. Págs. 103-111.

VICENTE PALACIO, M. “Empresas multiservicios y precarización del empleo: El trabajador subcedido.” Barcelona: *Atelier*. 2016. Pág. 25.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo, 16 de febrero de 2018, recuso 238/2018.

perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En general la doctrina es partidaria de una aplicación «in extenso» del concepto de contrata correspondientes a la propia actividad de la empresa. Sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma.”

Esta primera postura “extensiva” del Tribunal Supremo, establecida por primera vez en 1995, deja una cantidad importante de incertidumbre. En primer lugar, no deja de ser ciertamente redundante definir la “propia actividad” como algo que “pertenece al ciclo productivo de la empresa”. Pero también la definición de propia actividad en base a “su indispensabilidad so pena de perjudicar gravemente la actividad empresarial” es igualmente problemática ¿acaso no es indispensable para cualquier empresa independientemente de su “objeto productivo” la limpieza e higiene?¹⁰² Y, sin embargo, esta es de las actividades que más comúnmente se subcontratan sin ser consideradas por los tribunales como propia actividad en la mayoría de los supuestos, algo debido en parte a una rectificación más restrictiva de esta doctrina.

b) Interpretación restrictiva

Posteriormente el Tribunal Supremo valorando que “con este criterio amplio se llega a la conclusión de que todo o casi todo de lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa”¹⁰³ trató de delimitar más el concepto y precisó que:

Caben en principio dos interpretaciones de dicho concepto: a) la que entiende que propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) **la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán «propia actividad» de ella.** En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas **labores no «nucleares» quedan excluidas del concepto** y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

(...) Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial.

¹⁰² VID. MARTÍNEZ GAYO, G. “Precariedad laboral y social en la industria turística española: el caso de las camareras de piso.” *Universidad Nacional de Educación a Distancia*. 2020.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998.

En consecuencia, como también ha reconocido la doctrina mencionada, la solución a la problemática apuntada, sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto. [...]"

Pues bien, esta posterior doctrina del Tribunal Supremo, aunque pretende limitar el alcance de la propia actividad, deja casi tantas dudas como la primera pues el concepto “nuclear” aqueja también la misma imprecisión dando pie a múltiples interpretaciones y dejando su posterior concreción a la casuística. Además, el constante avance tecnológico y la conectividad global hace que cada vez más tareas que son nucleares puedan ser descentralizadas.

En definitiva, interpretación del concepto “propia actividad” que hace el Tribunal Supremo en su versión restrictiva, ante la imposibilidad de una interpretación literal, es teleológica. No obstante, el razonamiento que hace el Tribunal no ayuda a responder la pregunta crucial de ¿por qué el legislador querría que únicamente la subcontratación de determinadas actividades, las de la propia actividad de la empresa, quedasen protegidas bajo el paraguas del artículo 42 ET y otras en cambio no?

c) La propia actividad como concepto inaprehensible

En definitiva, dada la vaguedad del concepto de propia actividad¹⁰⁴, los jueces y tribunales se ven abocados a recurrir a una elevada dosis de casuística. Si bien la aplicación caso por caso de una norma sirve para adaptar su finalidad a las siempre singulares circunstancias de cada supuesto concreto, esto supone una importante dosis inseguridad jurídica con su correspondiente falta de aplicación uniforme del Derecho -especialmente cuando el supuesto de hecho que habilita la aplicación de unas consecuencias jurídicas es tan relevantes como indeterminado.

Además, el concepto de propia actividad puede resultar menos complejo en algunos sectores como la industria, pero se complica en gran medida en el sector servicios. Por poner un ejemplo; cuando una empresa se dedica a la fabricación de mobiliario es más o menos sencillo atender a su “ciclo productivo” pero ¿qué ocurre sin embargo en el sector servicios como en el caso o de una clínica de salud cuyo fin es atender a la salud de las personas? Mas difícil se hace el justificar que la higiene, tan relacionada con la salud -más aún en los tiempos que corren- no tiene relación con el fin productivo de una clínica de salud.

Y es que la propia naturaleza del concepto “propia actividad” y su “indispensabilidad” dificultan en extremo la supuesta finalidad perseguida por el artículo 42 ET de reducir las externalidades negativas sufridas por los trabajadores en los supuestos de subcontratación. La propia actividad es un concepto que está condenado a ser permanentemente precario pues la “propia actividad” de la empresa está en constante cambio por la aceleración exponencial de las revoluciones

¹⁰⁴ VICENTE PALACIO, M. *Op cit.* pág. 165.

tecnológicas. A medida que se acelera el proceso de descentralización productiva, la propia actividad de las empresas se ve circunscrita a actividades cada vez más específicas y siempre divisibles a su vez en otras muchas. Algunas de estas actividades “nucleares” dejarán de ser por tanto imprescindibles para las empresas a medida que pasen a ser realizadas por otras especializadas cuando los avances tecnológicos las hagan más rentables. De tal forma que en el transcurso de un par de años pueden surgir cuatro empresas dedicadas a determinadas partes del de ciclo productivo de lo que antes era la “propia actividad” de una única empresa y que sean interdependientes entre ellas para sus respectivos ciclos productivos. Esta descentralización resulta tanto más atractiva a las empresas si además va acompañada de una laxitud con respecto las obligaciones empresariales, lo que contribuye a acelerar el fenómeno.

Como se ha puesto de manifiesto, en la interpretación más restrictiva de la propia actividad, el Tribunal Supremo excluye las tareas auxiliares a no ser que resulten absolutamente indispensables para los fines productivos de la empresa principal. Pues bien, y solo por poner un ejemplo, el propio Tribunal Supremo¹⁰⁵ en un supuesto de casación para la unificación de doctrina resuelve un caso relativo a una empresa de promoción inmobiliaria que encargó la edificación de las viviendas a una empresa de la construcción – algo que a priori cabría considerar indispensable para el fin productivo de la promotora, vender casas- y esta a su vez contrató con otros tres trabajadores parte de la obra a realizar.

Para el Alto Tribunal, aunque existe una conexión o dependencia funcional entre la promoción inmobiliaria y la edificación, no puede considerarse que ambas empresas desarrollen la misma actividad:

“aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, **aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad «inherente» al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria.**

Es cierto, como dice la parte recurrente, que sin construcción no habría promoción inmobiliaria, pero esa dependencia recíproca no implica unidad de actividad, de la misma manera que una actividad productiva cualquiera es presupuesto necesario para otra que se dedica a la comercialización de los productos de la primera sin confundirse con ella. (...) El supuesto de hecho del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en la medida en

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala cuarta, de 20 de julio 2005, recurso 2160/2004.

que está conectado en el plano de las consecuencias jurídicas con la aplicación de un régimen severo de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la propia actividad, parte de una conexión más intensa entre las actividades del principal y del contratista, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios.”

Aquí entiende el Tribunal que no es solo necesaria la imprescindibilidad de la actividad si no también la unidad de actividad, algo que queda totalmente al arbitrio de las empresas. Asimismo, no deja de resultar sorprendente que el Tribunal hable de un régimen “severo” de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la subcontratación de la propia actividad ya que esta severidad de la responsabilidad solidaria se limita a las deudas de la Seguridad Social durante los tres años posteriores a la terminación de la contrata contraídas durante la vigencia de esta y a las deudas salariales durante el año siguiente a la finalización del encargo.

No hay que olvidar además que la responsabilidad “solidaria” es aquella en la que hay una pluralidad de acreedores y deudores y cada acreedor puede pedir al deudor el cumplimiento de la deuda sin perjuicio de la capacidad de repetición que los acreedores tienen entre ellos. La razón de facilitar al trabajador, la parte débil, acudir a cualquiera de las partes ante un incumplimiento del contratista no es otra que evitar que se vea privado -o perjudicado por un retraso- de sus derechos salariales, ofreciéndole a éste la facilidad de acudir contra cualquiera de los empresarios. Algo que se justifica a su vez teniendo en consideración que las tareas que ha realizadas por el trabajador subcontratado han sido insertas en el “ciclo productivo” de la empresa principal, de tal forma que ésta ha sido la beneficiaria directa del trabajo aportado por el trabajador y por tanto responsable a su vez de las obligaciones empresariales no satisfechas.

En conclusión, la propia jurisprudencia pone en evidencia un riesgo inherente al concepto de propia actividad y es que dos o más actividades, indispensables la una de la otra, pueden eventualmente ocupar a cada vez más empresas especializadas siendo que dichas actividades pasen a considerarse su “núcleo esencial. Esto provoca que el concepto de “propia actividad” vaya siempre a remolque de la realidad laboral algo que si bien es una constante en el Derecho, en el presente caso es más grave por cuanto deja desprotegidos a un número creciente de trabajadores.

d) Casuística jurisprudencial y “propia actividad”

Llegados a este punto, resulta muy ilustrativo hacer un recorrido por aquellos supuestos en los que la jurisprudencia, oscilando entre el criterio restrictivo y expansivo, ha entendido que la actividad objeto de una contrata constituye parte de la propia actividad de la empresa principal. Como se verá, existen no pocas contradicciones en la jurisprudencia que ayudan a dar muestra de la disparidad de soluciones a las que conduce este concepto.

Casos en los que se ha entendido que **si suponen subcontratación la de la propia actividad**¹⁰⁶:

- El servicio de transporte sanitario de urgencia contratado por el Departamento de Sanidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco -STSJ País Vasco de 29 de octubre de 2002.
- La subcontratación por parte de una empresa concesionaria de un servicio público de telefonía móvil que a su vez contrata la promoción y comercialización de sus teléfonos móviles -STSJ País Vasco de 9 de abril de 2002.
- La contratación por parte de una empresa dedicada a la distribución y promoción de energía de una empresa para que efectúe la lectura de los contadores. El Tribunal utiliza como criterio determinante el que “los terminales portátiles utilizados para la lectura pertenecen a la empresa principal” -STSJ Asturias 25 de enero de 2002.
- La contratación por parte de una empresa ferroviaria de la actividad encaminada a la conservación y mejora de las líneas férreas -STSJ Castilla-La Mancha de 18 de octubre de 2001.
- El arrendamiento del servicio de la grúa municipal por parte de un ayuntamiento -STSJ Castilla-La Mancha de 27 de marzo de 2001.
- El mantenimiento y preparación de las pistas de esquí por parte de la empresa organizadora del Mundial de esquí. Según razona el Tribunal, esta actividad “de no haberla realizado la subcontratista, tendría que haberlo hecho directamente la empresa principal”. Algo que en la práctica se podría aplicar a cualquier actividad -STSJ Andalucía de 13 de octubre de 1999.
- Los servicios de promoción publicitaria de una empresa dedicada a la fabricación de bebidas- STSJ Murcia de 23 de junio de 1999.

Por el contrario, entre los casos donde la jurisprudencia ha determinado que **no existe una subcontratación de la propia actividad** encontramos¹⁰⁷:

- Una empresa inmobiliaria que contrata los servicios de una constructora de viviendas - STS de 20 de julio de 2005.

¹⁰⁶AGUILERA IZQUIER, R. & GARCÍA NUÑEZ-SERRANO, F. “Contratas y subcontratas (art. 42 ET)” *Actualidad Laboral*, Nº 7, *Sección Monografías de Jurisprudencia*, Quincena del 1 al 15 abril 2006, pág. 831, tomo 1, Editorial LA LEY. Jurisprudencia recopilada y disponible en: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAINjAwO1stSi4sz8PFsjAwMzA2MDc5BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgAnixl-NQAAAA==WKE>

¹⁰⁷ Ibidem.

- La contratación del servicio de limpieza por parte de RENFE si bien el Tribunal reconoce esta actividad como “indispensable” -STSJ Castilla-La Mancha de 18 de julio de 2005.
- La contratación del empaquetado y retractilado de los libros por parte de una empresa dedicada a la impresión de libros. Entiende el TSJ de Cataluña que dicha actividad no es “nuclear” si no “periférica” ya que atañe a la distribución y no producción -STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2021.
- Una empresa cementera que contrata la instalación de una cinta transportadora. A juicio del TSJ de Cataluña “la instalación de la cinta transportadora, aunque necesario tal aparato dentro del ciclo productivo del cemento, su instalación no es inherente a dicho objeto empresarial”. Un razonamiento deja entrever el problema ya mencionado, a saber; que toda actividad se puede subdividir en otras muchas pudiendo siempre ésta ser considerada accesorio o principal. Tal es así pues en este supuesto se podría llegar a entender que el propio mezclado del cemento pueda ser la actividad de una tercera empresa limitándose la del supuesto de hecho a su uso efectivo -STSJ Cataluña de 2 de enero de 2001.
- La limpieza en una clínica de salud. Este caso también el TSJ entendió que la actividad no era inherente al ciclo productivo de la empresa -STSJ Cataluña de 25 de octubre de 2000. Como ya se mencionase, resulta difícil no ver la relación entre higiene y sanidad más aún en los tiempos que corren.

2.3.6 Regulación Europea e Internacional de relevancia

Sentado el análisis de la norma a nivel doméstico conviene ahora dirigir la mirada a la esfera multinivel. En este sentido, la escasa regulación normativa de la subcontratación se torna en prácticamente inexistente en el plano europeo y en nula a nivel internacional. No obstante, hay una serie de preceptos de relevancia que merecen ser mencionados por su impacto en la interpretación de la normativa nacional.

a) Normativa europea

En la UE rige el principio de atribución de competencias, lo que implica que solo puede regular aquellas materias que vienen total o parcialmente cedidas a la Unión por los estados miembros. En relación al trabajo, el artículo 153.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE- se estipula que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros entre otros en los siguientes ámbitos: la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; **las condiciones de trabajo; la seguridad social y la protección social de los trabajadores;** la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la información y la consulta a los trabajadores; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios. Es decir, las medidas de la UE

en las anteriores materias laborales complementan las de los Estados miembros. Se establecen por tanto únicamente unos mínimos sin perjuicio de que éstos pueden ser mejorados por los Estados.

Para este fin, se establece en el apartado 2 del citado artículo 153 TFUE que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán: “adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. También podrán adoptar, Directivas que incluyan las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros.

En resumen, la Unión Europea tiene herramientas en materia de armonización de la regulación laboral -sin perjuicio de la posible regulación más garantista que puedan prestar sus diversos Estados miembros- para conseguir entre otros fines la mejora de las condiciones de trabajo, un objetivo ya definido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores. En este sentido, la UE sí que ha utilizado sus competencias para establecer normativa sobre transmisiones de empresas, despidos colectivos y otra serie de materias laborales, pero no lo ha hecho en relación con la tutela de los derechos laborales de los trabajadores sometidos a la descentralización productiva mediante contratas y subcontratas.

Esta posibilidad de una normativa europea en esta materia fue planteada en la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009 sobre la responsabilidad social de las empresas de subcontratación en las cadenas de producción. En dicha resolución se reconoce que la subcontratación está generando consecuencias de gran calado en las relaciones laborales y una reducción a la baja de las condiciones laborales. La resolución termina con una invitación a los países miembros a desarrollar herramientas normativas -especialmente en relación a la contratación pública- para limitar estas externalidades negativas de la subcontratación así como se insta a la Comisión para crear “un instrumento jurídico comunitario inequívoco que introduzca la responsabilidad solidaria a nivel comunitario. Esta última petición ya se había realizado anteriormente con motivo de la resolución de 26 de octubre de 2006 sobre la aplicación de la Directiva 96/71 de la CE relativa a los trabajadores desplazados.

No obstante, estas buenas intenciones hoy en día se han quedado únicamente en eso sin que la Comisión o el Consejo hayan tomado pasos encaminados a cumplir la petición contenida en las citadas resoluciones del Parlamento Europeo. A pesar de ello, si existen una serie de regulaciones que tienen un impacto aunque sea indirecto en la situación de los trabajadores subcontratados:

- Los artículos. 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea referentes a la igualdad antes la Ley y la prohibición de toda discriminación ¹⁰⁹, algo que ha sido objeto de desarrollo por varias directivas; entre ellas la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999 relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada para su tratamiento igualitario que el que se da a los trabajadores fijos y garantizarles concretos derechos de información. En dicha Directiva se establece entre otras cuestiones que: no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Esto último vendría a tener relevancia en relación a los casos de dos trabajadores que prestan los mismos servicios en una empresa pero con la aplicación de los diferentes convenios colectivos que conllevan distintas condiciones laborales. Si ambos fueran trabajadores de la empresa principal no cabría duda de que nos encontraríamos ante un flagrante caso de discriminación prohibido por la Directiva y el Derecho Español. El problema radica en los casos en esos trabajadores están subcontratados y por tanto no se les considera trabajadores de la empresa principal lo que justificaría en base a esta “razón objetiva” la diferencia respecto a sus condiciones laborales.

- 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 caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. La jurisprudencia del TJUE -Sentencias 10 de diciembre de 1998 asuntos C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo y otros- ha establecido que las garantías de esta normativa en relación con las sucesiones de empresas se extienden al supuesto de sucesión en actividades subcontratadas en los casos en dicha actividad descansa principalmente sobre la mano de obra.¹¹⁰
- La Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la salud y seguridad de los trabajadores en tanto que son extensibles las medidas allí previstas a los trabajadores que presten sus servicios en la empresa cliente.

¹⁰⁹ Es necesario mencionar que aunque la CFUE tiene la misma fuerza vinculante que los tratados en sus artículos 51 y 52 se establece que ésta es directamente vinculante para los Estados Miembros únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión Europea.

¹¹⁰ Ver págs. 33-37.

- La Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. En el artículo 8 de la citada Directiva se establece que los subcontratistas puedan ser responsables solidarios y subsidiarios en el caso de multas por infracciones al contratar trabajadores en situación irregular.
- La Directiva 96/71/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 relativa a las garantías jurídico-laborales de los trabajadores desplazados a otro Estado miembro incluiría a aquellos trabajadores prestando servicios en régimen de subcontratación. La norma ha sido complementada con la Directiva 2014/67/UE que en su artículo 12 exhorta a los Estados -aunque sin imponérselo-, a combatir los abusos y fraudes, a establecer medidas de control adicionales en relación a las cadenas de subcontratación. Se pretende con ellos que el trabajador cedido tenga la opción de actuar frente “al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador del servicio” en régimen responsabilidad solidaria o en su caso subsidiaria respecto a las remuneraciones correspondientes al salario mínimo o a las cotizaciones adeudadas-. Una posibilidad se transforma en obligación en el caso de las actividades de la construcción incluidas en el anexo I de la Directiva 96/71/CE¹¹¹.

Es necesario recordar que el Derecho Comunitario – integrado por los Tratados, reglamentos, directivas y decisiones- tiene prioridad aplicativa sobre el Derecho español que se le pueda oponer y gozan de eficacia directa¹¹². Esta eficacia directa implica en que la normativa comunitaria no necesita ser transpuesta al Derecho interno y que su aplicación es directamente vinculante para el juez nacional. ¹¹³No obstante, existe una excepción con respecto de las Directivas ya que, pese a ser un mandato de resultado dejando margen a los estados para su consecución, el TJUE ha

¹¹¹ 1) excavación, 2) nivelación, 3) construcción, 4) montaje y desmontaje de elementos prefabricados, 5) acondicionamiento o equipamiento, 6) transformación, 7) renovación, 8) reparación, 9) desmantelamiento, 10) derribo, 11) conservación, 12) mantenimiento (obras de pintura y limpieza), 13) saneamiento.

¹¹² Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (2018). Descentralización productiva nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Cinca. páginas 37 - 43.

¹¹³ A este respecto ver Simmenthal, de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77, rec. p. 629) «El juez nacional encargado de aplicar en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario tienen la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesaria solicitar o esperar la eliminación previa de esta última por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»

admitido su aplicación directa para los casos de falta de transposición en el plazo establecido en las mismas y cuando la Directiva en cuestión contenga una regulación autosuficiente¹¹⁴.

A pesar de lo anterior, el legislador español ha considerado que todas las anteriores previsiones ya se encuentran comprendidas en la regulación española, en particular en el artículo 42 del ET por lo que no se ha producido ninguna variación al respecto en función de la naturaleza complementaria de las citadas Directivas. No cabe más remedio que concordar con la postura tomada por el legislador nacional pues la normativa social europea se ha mostrado en este sentido menos garantista que la mayoría de los Estados miembros procurando en numerosas ocasiones veces “armonizar desde abajo” al ser algo menos ambicioso que “armonizar desde arriba”. Esto es especialmente preocupante en el marco de un mercado común donde libre movilidad de capitales y personas favorece en la práctica del dumping social de forma que los países pueden competir entre ellos a la baja para atraer capitales.

b) Normativa internacional

Por su parte, a nivel internacional el instrumento más interesante y relevante al efecto serían los Acuerdos Marco Globales (AMG) -o Acuerdos Marco Internacionales- adoptados por empresas multinacionales que, a diferencia de los códigos éticos, se toman de acuerdo con las organizaciones sindicales internacionales. Estos acuerdos tienen por objeto establecer un nivel mínimo de derechos laborales -aunque sin mecanismos jurisdiccionales y coercitivos para su imposición- en la empresa principal que los adopta¹¹⁵.

La implantación hasta la fecha los AMG ha sido decepcionante de acuerdo con la base de datos recopilada por la OIT y la Comisión Europea.¹¹⁶ No obstante, el fin de los AMG, más que crear un instrumento jurídico al estilo de los convenios colectivos es crear un espacio de intercambio de información. Los AMG, si bien pueden ser interesantes y con mucho potencial ya tienen un cierto impacto en las cadenas de suministro con relación a países en vías de desarrollo con una muy precaria situación laboral, su alcance es más limitado en países desarrollados. Tal es así puesto éstos últimos gozan de unos estándares de protección por lo general más altos que los alcanzados en dichos acuerdos. También se han dado intentos de tratar el tema de la subcontratación en el seno la Organización Internacional del Trabajo. El objeto de discusión en la 85ª reunión OIT se discutió un proyecto de comunicación y otro de convenio sobre el régimen de subcontratación de trabajadores -aunque ambas fueron suprimidas de la discusión posteriormente quedando finalmente en nada¹¹⁷.

¹¹⁴ MOLINER TAMBOLERO, G. Diario La Ley, N° 7896, Sección Dossier, 6 de Julio de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley 2799/2012.

¹¹⁵ GORDO GONZÁLEZ, L. “La Representación de los trabajadores en las empresas Transnacionales.” *Tirant lo Blanch*. 2019. pág. 490.

¹¹⁶ Ibidem. Pág. 493. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/home.jsp?langId=en> .

¹¹⁷ VID MOLINERA TAMBOLERO, G. *Op cit*.

3. Impacto sobre las condiciones laborales para los trabajadores subcontractados

En un hecho generalmente aceptado por la doctrina especializada que el fenómeno de la descentralización productiva ha traído aparejado el empeoramiento de ciertas condiciones laborales de buena parte de los trabajadores afectados. En el caso de la subcontratación es un fenómeno común que los trabajadores de las empresas principales tiendan a tener puestos de trabajo más estables y mejor remunerados que los trabajadores de las empresas contratistas, quienes suelen tener condiciones laborales más precarias y de menos seguridad¹¹⁸.

No obstante, algunos autores consideran que la descentralización productiva ha traído aparejada algunos efectos positivos; principalmente que este tipo de organización empresarial facilita el acceso al empleo a personas que difícilmente podrían hacerlo en otras circunstancias -jóvenes, estudiantes, inmigrantes etc.

3.1 Dependencia de las empresas contratistas frente a los clientes

Ocurre en numerosas ocasiones que las empresas principales se sitúan en una posición de dominio frente a las empresas contratistas al realizar éstas la mayor parte de su volumen de negocio con las primeras¹¹⁹. La dependencia económica que se constituye entre las empresas contratistas y la empresa principal a menudo implica la necesidad de las contratistas de competir entre ellas para ofrecer los precios más bajos, muchas veces a expensas de reducir costes laborales¹²⁰. Este es un problema que se da especialmente en las cadenas de subcontratación internacional donde los contratistas hacen depender el precio de los servicios prestados de las condiciones laborales de los trabajadores.

Si bien la competitividad es un fenómeno que bien encauzado es positivo ya que mantiene eficiente el sistema productivo, mantener esta eficiencia a expensas de las condiciones laborales genera un problema social de gran calado. Y es que precisamente una de las principales funciones de la regulación laboral es la de servir de freno a esta situación estableciendo una serie de salvaguardas a los derechos de los trabajadores y es por lo que una suficiente regulación legal de la subcontratación se vuelve tan necesaria.

¹¹⁸ MONTOYA MEDINA, D. “Trabajo en contratistas y protección de los trabajadores”. Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2004. pág. 42.

¹¹⁹ Para más vid. CÁCEREZ CARRASCO, F y GUZMÁN CUEVAS, J. “La dependencia funcional y productiva de las empresas un análisis territorial y sectorial.” *Revista Internacional de la Pequeña y Mediana Empresa* ISSN: 1989 – 1725 Vol.1. nº 3.

¹²⁰ ESTEVE SEGARRA, A. “Precariedad Laboral empresas multiservicios y dumping social” en LÓPEZ BALAGUER, M. “Descentralización productiva y transformación del Derecho del trabajo (Homenajes y Congresos).” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2018. Pág. 145.

3.2 Temporalidad

Los trabajadores de las empresas contratistas o auxiliares se ven sometidos a unas grandes dosis de temporalidad al residir en muchas ocasiones sus expectativas de permanencia en el volumen de negocio del empleador. De esta forma, una buena dosis del riesgo empresarial lo pasan a asumir los trabajadores¹²¹. Es precisamente la temporalidad uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la configuración del trabajo en España¹²². Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), de las 19.679.500 personas asalariadas en 2019, 4.376.900 eran temporales y, de ellos, 1.653.900 estaban contratados a través de un contrato para obra o servicios determinado. Y en noviembre de 2020, el 46 por ciento de esos contratos por obra y servicios se daban en el sector servicios¹²³.

El principio de causalidad de la contratación temporal implica que solo puedan celebrarse contratos temporales en los supuestos definidos en la ley -se exige una correspondencia entre duración temporal del contrato y la naturaleza temporal del trabajo. Esto es algo recogido por la jurisprudencia del Supremo entre otras en la STS 20 de julio 2017, recurso. 3442/2015, donde entiende que para que dé un contrato de obra deben cumplirse los siguientes requisitos:

- “a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa;
- b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta;
- c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas». Además, esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho”.

No obstante, las empresas contratistas de servicios, amparadas por una cierta jurisprudencia anteriormente muy consolidada -y recientemente rectificada-, han recurrido a la contratación para obra o servicio para la prestación de servicios a empresas clientes durante el tiempo de duración de la contrata o concesión administrativa -SSTS 15 de enero 1997, recurso. 3827/1995; 8 de junio 1999, recurso. 3009/1998; 20 de noviembre 2000, recurso. 3134/1999.

¹²¹ Ibidem. Pág. 156.

¹²² En palabras de MONTOYA MEDINA, “la precarización de las condiciones de trabajo es intrínseca al fenómeno descentralizador. En MONTOYA MEDICA, D. (2018) Trabajo en contratas e inestabilidad en el empleo. En LÓPEZ BALAGUER, M. (2018) *Op cit.*

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo social, de 29 de diciembre de 2020, recurso 4383/2020.

Según sostenía el Tribunal Supremo entre otras en la STS 27 de abril 2018, recurso. 3926/2015.

“aunque en tales casos es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, existe, no obstante, una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, y ésta resulta una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.”

No obstante, recientemente el Tribunal ha efectuado un importante cambio en su doctrina gracias a la reciente y trascendental Sentencia de 29 de diciembre de 2020, recurso 4383/2020¹²⁴ que está llamada a ser fundamental en esta materia¹²⁵. El Tribunal cambia radicalmente de postura y niega ahora que la realización de una obra o servicio por una contrata pueda ser causa de contratación temporal cuando dicha actividad sea la normal de la empresa. Aunque resta por ver como los tribunales inferiores aplicarán esta doctrina está llamada a tener un gran impacto en la temporalidad laboral de las subcontratas. Entre otras cuestiones, en la meritada sentencia el Alto Tribunal expresa que:

“debemos plantearnos la propia licitud de acudir a este tipo de contrato temporal cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros y, por consiguiente, desarrolla las relaciones mercantiles con los destinatarios de tales servicios a través de los oportunos contratos en cada caso. Resulta difícil seguir manteniendo que este tipo de actividades justifique el recurso a la contratación temporal y que una empresa apoye la esencia de su actividad en una plantilla sujeta al régimen de indeterminación de las relaciones laborales.

Es más, si atendemos al criterio restrictivo de la propia actividad del Tribunal Supremo¹²⁶ por el cual solo pueden considerarse como tal “aquellas actividades esenciales de un ciclo productivo” es prácticamente imposible atender a la necesidad de la sustantividad propia de un contrato de obra. Tal es así pues en términos puramente lógicos de aquello que es esencial para un ciclo productivo no se puede prescindir y, como tal, no puede tener la autonomía y sustantividad propia pues dicha actividad solo tendrá sentido en el marco de un proceso productivo más amplio.

Esta reciente y relevante jurisprudencia puede contribuir a poner coto al indiscriminado uso de contratación temporal en este tipo de empresas aunque este no sea ni mucho menos el único de

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo social de 29 de diciembre, recurso 4383/2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c58363f2c4f87938>

¹²⁵ Tanto es así que una de la propuesta de reforma del gobierno que será analizada más adelante recoge esta doctrina.

¹²⁶ Ver págs. 44 – 50.

los problemas laborales derivados de la subcontratación de obras y servicios. Una muestra de su trascendencia es, como veremos más adelante, es que la actual propuesta de reforma del Gobierno del régimen de la subcontratación incorpora la referencia a esta doctrina.

3.3 Indemnizaciones por despido

Y es que la temporalidad no solo lleva aparejada los evidentes perjuicios para los trabajadores derivados de la inseguridad intrínseca que conlleva, también tiene importantes implicaciones en el régimen de sus percepciones económicas.

Una primera consecuencia inmediata es con respecto de las indemnizaciones por despido. En este sentido, el TJUE ha ratificado la postura del Tribunal Supremo¹²⁷ que admite la posibilidad de aplicar diferentes indemnizaciones entre trabajadores fijos y temporales en los supuestos de extinción de una contrata. Se ha admitido por tanto la posibilidad que los trabajadores contratados por obra y servicios sea indemnizados con 12 días de salario por año trabajado por el contra de los 20 – en caso de despido por causas objetivas- de los trabajadores fijos aún en el caso de que desarrollasen las mismas funciones bajo la premisa de que los trabajadores temporales ya tenían prevista dicha temporalidad al contratar.

3.4 Externalización como causa de despido objetivo

La temporalidad es una circunstancia que se ha visto agravada en parte debido a que los tribunales han venido aceptando la externalización como causa organizativa y productiva justificativa de un despido objetivo. El solo hecho de subcontratar el servicio se ha llegado a considerar condición suficiente para acreditar y justificar la adecuación de una decisión de extinguir la relación laboral.

Así lo ha expresado el Tribunal Supremo entre otras en la STS de 2 de marzo de 2009 recurso 1605/2008 en donde establece que no es necesario que la causa técnica y organizativa alegada haya de “ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa” si no siendo suficiente “exclusivamente en el espacio en que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo. De tal forma que se han justificado despidos por causas organizativas que realizaban una determinada actividad al haber sido esta subcontratada ya que de mantenerse ésta se produciría una duplicidad de funciones.

3.5 Negociación colectiva y determinación del convenio colectivo de aplicación

Otro de los problemas centrales de la subcontratación es la determinación del convenio colectivo de aplicación, algo especialmente acusado en las empresas multiservicios, pero extensible a todas. Este un problema que reviste especial gravedad si tenemos en cuenta que es mediante el convenio como se configuran muchas de las principales condiciones de la relación laboral.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo social, de 9 de enero de 2019 recurso 7/2019.

La fragmentación ocasionada por la descentralización productiva, y en particular mediante la contratación de empresas multiservicio, afecta a la negociación colectiva en dos aspectos centrales. Primeramente, por el elemento de erosión a la acción colectiva que ocasiona la disgregación de los trabajadores; lo que dificulta su organización y negociación conjunta. En segundo lugar, por el desplazamiento de los convenios colectivos con mejores condiciones laborales por otros menos garantistas.

Ocurre de esta forma que se da una heterogeneidad entre los trabajadores subcontractados por una empresa principal y sus propios trabajadores; aun cuando los primeros puedan estar realizando tareas equivalentes debido a la aplicación de diferentes convenios. Esta elusión es posible debido a que las empresas evitan la aplicación de los convenios sectoriales al no dedicarse en exclusiva a una sola actividad delimitada, a lo que contribuye la falta de un “Convenio Colectivo de empresas Multiservicios” -en parte por los problemas que se plantean con respecto a cuáles serían los sujetos negociadores legitimados para negociarlos. Pero incluso la negociación de convenios de empresa en el seno de las EM está reuniendo múltiples escollos dada la ausencia de representatividad sindical o de los trabajadores ya que muchos han venido siendo sistemáticamente anulados por sentencias de la Audiencia Nacional precisamente por esta falta de representatividad ¹²⁸.

En la práctica ocurre que los convenios de empresa reúnen unas peores condiciones que los sectoriales. La reforma laboral de 2012 que vino a convertir en prioritaria la aplicación del convenio de empresa en determinados elementos clave ¹²⁹-como la propia determinación del salario base- ha contribuido al empeoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores subcontractados. En este sentido, existe una abundante literatura en la que la doctrina ha tratado de

¹²⁸VICENTE PALACIO, M. A. *Op cit.* página 69. Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2013 Exeo Gestión integral SLU; 11 de septiembre de 2013 Expertus Servicios Hotelerso y 18 de diciembre de 2013 Externa TEAM entre otras.

¹²⁹ Artículo 84.2 ET: 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.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

forma dispar dar una solución a este problema sobre que convenio colectivo debe ser de aplicación en los casos de las EM que no cuenten con convenio de empresa ¹³⁰.

Por su parte, las organizaciones sindicales mayoritarias están pugnando por incluir en la negociación colectiva de ámbito superior al de la empresa cláusulas que garanticen la aplicación sectorial de los convenios a los trabajadores externalizados o subcontratados. En este sentido, las dos organizaciones sindicales mayoritarias, UGT y CC.OO acordaron en 2015 una estrategia de acción sindical en conjunto que incluye: no promover convenios de empresa multiservicios en tanto no se reforme el marco legal; impugnar aquellos acuerdos de empresa por defectos procedimentales o de legitimación y promover una reforma del marco legal que contemple la aplicación a los trabajadores que presten sus servicios en contratas las mismas condiciones del convenio colectivo de la empresa principal sin perjuicio de que se aplique el principio del convenio más favorable ¹³¹.

Esta estrategia fue reiterada con motivo del Acuerdo inter-confederal para el empleo y la negociación colectiva del periodo (AIENC) 2018-2020 en donde ambos sindicatos plantearon la necesidad estratégica de: vincular la descentralización a la especialización, limitar la competencia desleal del proceso, así como una nueva regulación del artículo 42 ET ¹³².

En definitiva, el empeoramiento de las condiciones laborales fruto de la descentralización productiva no ha venido únicamente del régimen de fragmentado de responsabilidad empresario que supone la descentralización; sino también debido a la creciente individualización de las relaciones de trabajo que ha redundado en la pérdida de poder de la negociación colectiva. Al disminuir el tamaño de las empresas y aumentar la condición temporal de los trabajadores el poder sindical se ve notablemente mermado y la relación empresario-trabajador se vuelve más directa, lo cual redundará en una mayor imposición empresarial de las condiciones de trabajo.

Este fenómeno es especialmente grave en el caso de los “falsos autónomos” los cuales muchas veces son forzados a darse de alta como tales en el régimen de la Seguridad Social para ahorrar costes empresariales dejándose en el camino numerosos derechos laborales¹³⁴. En relación a los falsos autónomos y según datos del Informe anual de 2019 de la Inspección de Trabajo y de la

¹³⁰ Entre otros véase: ESTEVE SEGARRA, A. (2016) *Op cit.* & VICENTE PALACIO, M. A. (2016). *Op cit.*

¹³¹ CAVAS MARTÍNEZ, F “La determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios.” En LÓPEZ BALAGUER, M. (2018). *Op cit.* pág. 143.

¹³² 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. Pág. 9.

¹³⁴ CARRETERO MIRAMAR, J. “Entender la descentralización productiva.” *Confederación Sindical Solidaridad Obrera*. página 28. Disponible en: https://www.solidaridadobrero.org/ateneo_nacho/libros/J.%20L.%20Carretero%20Miramar%20-%20Entender%20la%20descentralizaci%C3%B3n%20productiva.pdf

Seguridad Social en el años 2017 se realizaron 7.543 actuaciones y se regularizaron 1.845 falsos autónomos; en el 2018 estas cifras fueron 9.842 y 18.851 respectivamente y en el 2019 14.132 y 22.383 ¹³⁵. Hay que tener en cuenta que estas cifras son únicamente los datos que han sido aflorados por la labor de la ITSS, pero la realidad, que dista de poder ser conocida en su totalidad, hace pensar que son mucho más numerosos.

3.6 El caso de las camareras de piso o “kellys”

Existe en la actualidad un caso paradigmático que ayuda a ejemplificar el problema de la subcontratación pues reúne elemento de todos los problemas arriba mencionados, el de las camareras de piso o, como son popularmente conocidas, las “kellys”. Las kellys son un colectivo de más de 96.000 trabajadores que lleva años movilizándose para denunciar la precariedad de su situación laboral. Sus protestas se deben a que su actividad ha sido en gran medida subcontratada y han pasado a ser sistemáticamente contratadas mediante contratos de obra y servicio y en condiciones precarias por empresas contratistas para la realización de tareas de limpieza, principalmente en hoteles.

El Tribunal Supremo, ya estableció que la contratación del servicio de limpieza está amparada por la libertad constitucional de empresa -artículo 38 CE- así como que esta actividad es parte de la “propia actividad de un hotel”¹³⁶. Por lo que la protección del artículo 42 del ET de los trabajadores sería extensible a las camareras de piso subcontratadas por hoteles. No obstante, y como veremos, esta regulación no alcanza a tratar muchos de los elementos centrales que han ocasionado la precarización de las condiciones laborales del colectivo de las camareras de piso en España.

Este colectivo de trabajadores ha sido masivamente despedido mediante expedientes colectivos de regulación de empleo y contratados vía contratación del servicio por parte de los hoteles mediante contratos de limpieza o multiservicios. En la mayoría de las ocasiones las trabajadoras que prestan el servicio siguen siendo las mismas e incluso las empresas principales forman parte del mismo grupo empresarial que las contratistas o multiservicios con la que contratan la prestación del servicio de limpieza.

Con esta estrategia empresarial se ha conseguido que a las trabajadoras se les deje de aplicar el convenio sectorial de la hostelería y que se les pase a aplicar el de la empresa de limpieza o multiservicios -en caso de que tales convenios existan- o el del sector de la limpieza, que

¹³⁵ Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2019) Ministerio de Trabajo y Economía Social. página 89. Disponible en:

https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2019.pdf

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2015 recurso 104/2015.

contempla unas inferiores condiciones laborales. Esto se ha traducido en la práctica en reducciones salariales para los trabajadores de entre un 30 y 40%.¹³⁷

La situación de este colectivo se ha visto dramáticamente agravada por la llegada de la pandemia del COVID 19 y la declaración del estado de alarma en marzo de 2020, pues muchos trabajadores se han encontrado sin la prestación por desempleo extraordinaria contemplada por la normativa para los ERTes al no tener personal fijo de las empresas limitándose las empresas a no renovar sus contratos de obra o servicio.

Entre las reivindicaciones del colectivo de las kellys para paliar su precaria situación se encuentra la modificación del artículo 42 ET para que se prohíba la subcontratación de actividades esenciales de un negocio. Desde el gobierno se prestó oído a sus quejas y se anunció que la modificación del artículo 42 ET incluiría entre otras cuestiones, la obligación de garantizar tanto a empresas contratistas como subcontratistas las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo aplicado a la empresa principal. Hoy en día esta reforma, como tratará en detalle más adelante, sigue pendiente de materializarse¹³⁸.

4. Propuestas de *Lege ferenda*

De lo anteriormente expuesto podemos constatar lo deficiente que resulta la actual regulación de la subcontratación laboral en España y la cantidad de problemas sociales y jurídicos a los que da lugar, entre las más graves: el empeoramiento de las condiciones laborales y la inseguridad jurídica. Una exigua regulación para la bastardad social que pretende abarcar y que se ha configurado principalmente entorno al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y su desarrollo jurisprudencial sin que esta regulación haya sufrido apenas modificaciones de entidad en sus más de cuarenta años de vigencia.

4.1 Propuesta de Ley de 9 de septiembre de 2016

En primer lugar, por orden cronológico y por ser la propuesta que estuvo más cercana a materializarse, conviene analizar la proposición de Ley de 9 de septiembre de 2016 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista para reformar el artículo 42.1 ET con vistas a garantizar la igualdad de en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados.

En la exposición de motivos de la proposición se hace mención al necesario equilibrio que considere la libertad de empresa, la cual en el ejercicio de su prerrogativa organizativa hace lícita el recurso a la externalización. A pesar de ello y, tras hacer un repaso de las virtudes

¹³⁷ MOLINA, C. (07-12-2016) La externalización rebaja un 40% el salario en la hostelería. *Cinco Dias* Disponible en: <https://www.proquest.com/newspapers/la-externalización-rebaja-un-40-el-salario-en/docview/1846552916/se-2?accountid=14478>

¹³⁸ MONTOYA MEDINA, D. “Trabajo en contratas e inestabilidad en el empleo.” En LÓPEZ BALAGUER, M. (2018) *Op cit.* pág. 282.

productivas de la descentralización, se señala como la falta de regulación suficiente hace necesaria la reforma para proteger a los trabajadores de las consecuencias indeseadas de la subcontratación. En este sentido los objetivos que plantea la proposición de Ley se pueden dividir en tres:

- Dar seguridad jurídica a la subcontratación definiendo el concepto de “propia actividad”
- Evitar la competencia desleal entre empresas basada en la precarización de las condiciones laborales
- Asegurar que los trabajadores que presten servicios en el mismo sector tengan garantizado el mismo salario y condiciones de trabajo.

De acuerdo con la exposición de motivos, la reforma sería necesaria para garantizar que los trabajadores que realicen servicios dentro de la “propia actividad” de la empresa gocen de las mismas condiciones como si fueran contratados directamente por la empresa -ya sea por estar las condiciones previstas en el Convenio Colectivo de aplicación o en los términos de la contratación.

El único artículo del que consta la propuesta de reforma de Ley se dirige a añadir dos párrafos al artículo 42 ET para determinar que:

“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 la **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”.**

La primera objeción que cabría plantear al proyecto es que, si bien y tal y como establece el propio proyecto de ley en su exposición de motivos, uno de los objetos de la proyectada

reforma es positivizar el concepto de la propia actividad para sustituir su desarrollo jurisprudencial, lo que hace en la práctica es trasladar la visión restrictiva de la jurisprudencia al artículo 42 ET. Con esto lejos de eliminar el alto grado de incertidumbre que el término “propia actividad” tal y como lo ha desarrollado la jurisprudencia se perpetua; algo especialmente grave dado las consecuencias jurídicas que del concepto se desprenden.

Como ya mencionásemos en el apartado dedicado a “la propia actividad”, entender que se da en la realización de obras o servicios cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del ciclo productivo no deja de ser una definición redundante. Al final acabaría correspondiendo, como lo ha venido haciéndolo hasta ahora, a la jurisprudencia determinar caso por caso cuales de estas actividades serán “nucleares” o “principales” en el marco de una empresa dada.

No deja de resultar sorprendente que, pese a que en la exposición de motivos se hable de la escasa regulación del fenómeno de la subcontratación circunscrita al artículo 42 ET y a la propia actividad, no se prevea la reforma de este artículo para proteger a los trabajadores que no se encuentren dentro del indeterminado paraguas jurídico que supone la propia actividad. Es decir, la reforma se centra únicamente en el agravio comparativo entre los trabajadores de la empresa principal y contratista pero únicamente enfocada a los casos de que la subcontratación afecte a la “propia actividad”.

Un trabajador que se encuentre comprendido dentro de esta definición tendrá las garantías aquí estipuladas mientras que uno que no lo esté se irá de vacío. Además, ni de la exposición de motivos del proyecto de reforma ni del texto de la misma responden a la fundamental pregunta de ¿por qué un trabajador subcontratado de una actividad que sea considerada eventualmente accesoria no tiene derecho a gozar de las mismas condiciones de trabajo que si fuera contratado por el empresario principal como ocurre en los casos de subcontratación de la propia actividad?

Una posible respuesta que esto se debe a que la propia actividad supone una línea más difusa con respecto a la cesión ilegal de trabajadores. No obstante, los supuestos de dudosa cesión ilegal no se circunscriben únicamente a labores que deban entenderse como “principales” o “nucleares” pudiendo darse en la práctica que sean cedidos ilegalmente trabajadores para actividades accesorias.

Además, la necesidad de equiparar condiciones laborales entre trabajadores de la empresa principal y contratista por la precarización de las condiciones de estos últimos es un fenómeno que también se da con respecto a actividad que indudablemente podría calificarse como “accesorias” -seguridad, limpieza, mantenimiento, etc-. Por último, pese a las buenas intenciones para equiparar las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, el

proyecto de reforma deja sin incluir de nuevo todas las obligaciones empresariales que no se consideran obligaciones salariales con las consecuencias que ya se señalaron anteriormente¹³⁹.

4.2 Propuesta personal de reforma

En la metodología e introducción del trabajo ya se adelantó que no era la tarea del presente Trabajo hacer un análisis de todos los aspectos de la subcontratación de obras y servicios por ser algo que excedería la extensión de un trabajo de estas características. Es por eso que no se hace mención al régimen de subcontratación en el sector de la construcción más que de forma puntual ni tampoco se entra a valorar la subcontratación con respecto de las administraciones públicas.

Coherentemente con lo anterior, las consideraciones que a continuación se hacen están centradas en los aspectos que han sido objeto de desarrollo durante el trabajo a saber: la responsabilidad empresarial en los supuestos de subcontratación. Esto impone la necesidad de valorar la pertinencia de mantener la responsabilidad empresarial limitada a “la propia actividad” -incluyendo su propia licitud- así como el régimen subjetivo y objetivo de dicha responsabilidad.

Se realizará por tanto una propuesta de reforma en lo referente a las anteriores cuestiones sin pretender ni mucho menos una solución definitiva del asunto. Únicamente se busca contribuir del extenso y copioso debate doctrinal -y hoy día de actualidad- a fin de alcanzar la mejor de las soluciones posibles. A su vez, como se adelantó en la metodología del trabajo, las soluciones aquí planteadas serán personales y algunas veces entrarán inevitablemente en el terreno de lo político sin que en ningún caso puedan considerarse carentes de fundamento. Posteriormente se valorará la propuesta actual de reforma del gobierno para señalar los puntos de convergencia entre esta propuesta y aquella.

Como hemos visto, es casi un lugar común entre la doctrina especializada el desfase actual entre la realidad de la subcontratación y la normativa, que órbita alrededor del artículo 42 ET y que regula el fenómeno¹⁴⁰. Esta normativa ha permanecido casi invariada durante casi sus 40 años de existencia, y hoy en día aún en proceso de negociación, pese al cambio revolucionario que se ha venido dando en el sistema productivo en el que la descentralización y la subcontratación juega un papel central. Es por ello por lo que conviene analizar las distintas propuestas de reformas que se han venido dando por la doctrina a este problema pues,

¹³⁹ Ver págs. 42 – 44.

¹⁴⁰ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

“Descentralización productiva nuevas formas de trabajo y organización empresarial:” *XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Cinca. 2018. Págs. 43-68.

al fin y al cabo, “andamos a hombres de gigantes”. En este sentido, será de gran utilidad el trabajo de recopilación realizado por Calvo Rodríguez¹⁴¹.

A pesar de ello, y pese al valor técnico que pueden tener dichas propuestas, como ya se ha mencionado entramos en un terreno que muchas veces sobrepasa lo estrictamente jurídico. Pese a las mejores o peores razones ofrecidas por los distintos autores al final de ellas radica un poso inevitablemente ideológico. Sin duda hay cuestiones tales como la claridad del lenguaje y la seguridad jurídica que responden a criterios más propiamente técnicos, pero otras dependerán enteramente del posicionamiento del autor.

La Constitución establece un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y la libertad de empresa lo suficientemente amplio como para que sea la coyuntura política y social la que determine como debe legislarse sobre determinadas situaciones y fenómenos sociales. En este sentido, el Tribunal Constitucional, ya se ha pronunciado para admitir la subcontratación como un fenómeno lícito en tanto no vaya en detrimento de los Derechos Fundamentales o sea discriminatorio. No obstante, el Tribunal Constitucional no ha fijado ni mucho menos el régimen de responsabilidades empresariales pues ello supondría una clara extralimitación respecto a unas funciones que corresponden al poder legislativo ¹⁴².

En este trabajo también se ha hecho mención de como el desarrollo del sistema productivo está poniendo en cuestión algunos fundamentos básicos del Derecho del Trabajo, tales como su fin tuitivo o su dimensión colectivo, que están siendo desplazados por una “cierta racionalidad económica” ¹⁴³. El problema se da cuando se intenta hacer pasar una determinada “racionalidad económica” por algo universal de tal forma que ésta tendría en cuenta únicamente criterios técnicos u objetivos para sostener una determinada postura jurídica. Este sería el caso de aquellas posturas doctrinales que sostienen que una regulación más garantista con respecto a las obligaciones empresariales impactaría necesariamente de forma negativa en la economía en contra del interés general, posturas que estarían entrando a valorar cuestiones económico- políticas. En concreto, dichos posicionamientos parten de la premisa liberal según la cual los mayores deberes de las empresas a favor de los trabajadores irían en contra de los propios intereses de éstos últimos al perjudicarse el buen funcionamiento de la economía

En sentido contrario, no faltan reputados economistas que, desde posturas que podrían considerarse keynesianas, sostienen que la mejora de condiciones de vida de la gran mayoría de la población es un requisito para la mejora del sistema económico. Según esta postura, el cortoplacismo y la necesidad inmediata de beneficio de las empresas les impediría ver el bosque que supone que sin un tejido social fuerte el sistema productivo no puede desarrollarse

¹⁴¹ CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op. cit.* págs. 333 y ss.

¹⁴² Ver págs. 25 y 26.

¹⁴³ Ver págs. 15 - 20.

la economía– en esta postura estarían entre otros los premios Nobel de economía Paul Krugman o Joseph Stiglitz. Asimismo, tampoco faltan economistas socialistas que sostienen que la riqueza y el valor son creados en exclusiva por el trabajo de forma que el empresario se aprovecha siempre del plusvalor creado por los trabajadores, por lo que; a más empresarios más “tajada” a repartir a cuenta del valor creado por el trabajo por cuenta ajena.

No es pretensión de este trabajo ni mucho menos entablar una discusión sobre economía política, tan solo se pretende poner de manifiesto que pese a que como juristas tenemos todo el derecho a realizar las consideraciones político-económicas que consideremos pertinentes, este no es nuestro ámbito de trabajo – aunque es cierto que un adecuado conocimiento interdisciplinar que incluya la economía es de lo más necesario en un jurista-. Con esto solo se quiere evidenciar como una postura que sostiene que una determinada regulación laboral tendría necesariamente un impacto negativo en la sociedad responde a un determinado posicionamiento personal y no necesariamente a un saber científico ni jurídico. A pesar de ello, como ya se ha mencionado, llegados a este punto resulta complicado no entrar en este terreno de lo político pues al regular el Derecho del Trabajo el conflicto social éste debe resolver sobre cuestiones referentes a intereses contrapuestos. Es por ello que en ocasiones se hace inevitable tomar partido por una de las partes en conflicto.

No obstante, como ya se ha mencionado, el Derecho del Trabajo parte de presupuestos distintos a los de otras ramas del Derecho. El Derecho Civil y Mercantil supone que individuos iguales jurídicamente acuerdan libremente los términos de una relación contractual dada. Por otro lado, el Derecho del Trabajo parte de la base de que los individuos que forman la relación laboral no están en una situación de igualdad. Una de las partes, la empresarial, se encuentra en una situación de ventaja con respecto de la otra, el trabajo: la materialización de esto sería el principio tuitivo del Derecho del Trabajo y su dimensión colectiva. Además, la especial sustancia en la que se basa la relación jurídica, el trabajo humano por cuenta ajena hace necesaria una regulación especial y más garantista. En definitiva lo que se trata con ello es no tratar a las personas como a las cosas.

a) Concepto de propia actividad

Las garantías previstas por el artículo 42 ET para los casos de subcontratación están contempladas únicamente para los supuestos de la propia actividad. Por ello debería ser labor prioritaria, al margen de establecer el régimen de responsabilidad empresarial oportuno, determinar la utilidad de este concepto y su posible modificación o supresión. En otras palabras, es necesario atender primero al régimen subjetivo de la responsabilidad empresarial. En este sentido, las respuestas ofrecidas por la doctrina han sido variadas.

Aunque son minoría, existen autores que consideran que la actual regulación es suficiente y la interpretación que han venido realizando los tribunales es ponderada y cabal ya que permite

un balance entre las necesidades de la economía y las garantías de los trabajadores¹⁴⁴. Como ya se ha mencionado en el apartado dedicado al análisis del concepto de “propia actividad”, se discrepa totalmente de esta opinión y por ello se plantean las posibles alternativas para paliar los problemas que genera tan polémico concepto¹⁴⁵, Aparte de quienes abogan por mantener el concepto tal y como está cabrían identificarse tres posturas, quienes abogan por: redefinir el concepto, delimitarlo con otros criterios más claros y suprimirlo.

Redefinir el concepto: Entre quienes apuestan por esta postura sostienen que una solución eficaz sería la inclusión de listados ejemplificativos que no supongan un *numerus clausus* ¹⁴⁶. Esta propuesta sostenida por Llano Sánchez se inspira en la Ley italiana 1369/60 para establecer criterios útiles para la confección de dichos listados. No obstante, este planteamiento, aunque interesante plantea un serio problema independientemente de lo precisos o acertados que puedan llegar a ser dichos listados -sean considerados *numerus apertus o clausus*-, la mutabilidad de las relaciones laborales.

Como ya se ha hecho mención, uno de los problemas endémicos del Derecho -y más concretamente del Derecho laboral - es la velocidad a la que los cambios sociales tornan en ineficaces las normas jurídicas. Esto es de mayor aplicación al mundo de las relaciones laborales donde el fenómeno de la especialización y descentralización es constante y acelerado. Es por ello que estos listados están condenados a tener un periodo de vigencia relativamente breve. Tampoco cabría depositar demasiadas esperanzas en una pronta actuación de legislador antes estos cambios. Tal es así pues ya ha quedado acreditado como en cuarenta años de actividad legislativa no se ha emprendido una reforma estructural a todas luces necesaria.

Delimitarlo con criterios más claros: Esta sería la opción buscada con la propuesta de reforma del Grupo Parlamentario Socialista de septiembre de 2016 aquí analizada. La pretensión sería positivizar los criterios jurisprudenciales para definir la “propia actividad” de forma que estos sean más claros y seguros. Los inconvenientes de esta propuesta ya fueron analizados en el apartado dedicado a ello¹⁴⁷ por lo que aquí no serán más que recordados, a saber: la definición que se hace del concepto propia actividad sigue siendo circular y redundante y se acaba acogiendo la visión más restrictiva posible hecha por la jurisprudencia.

¹⁴⁴ Entre ellos estarían PÉREZ DE LOS COBOS, F. “El concepto de “propia actividad” en Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno.” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2000. Pág. 170 y LUQUE PARRA, M. “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000. pág. 211.

¹⁴⁵ Ver págs. 46-48.

¹⁴⁶ LLANO SÁNCHEZ, M. “Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas (1a ed., Relaciones laborales).” Las Roza, Madrid: *La Ley-Actualidad*. 1999. Págs.- 96 y ss

¹⁴⁷ Ver págs. 62-64.

En cualquier caso, ya analizamos como tanto la doctrina restrictiva y la extensiva seguidas por la jurisprudencia adolecen de las mismas imprecisiones e indeterminaciones ¹⁴⁸. Tal es así pues dar una definición a lo que es la actividad propia de una empresa en base a su “indispensabilidad” o “carácter central” es algo sumamente resbaladizo. El carácter de indispensable o central de una actividad dependerá enteramente de las propias empresas además de que dichas actividades están a su vez sujetas a la mutabilidad del sistema productivo a la que se hacía referencia más arriba.

Criterio de dependencia económica entre empresas: Los partidarios de esta solución argumentan que lo que realmente genera desprotección a los trabajadores son los casos en los que la débil situación de las empresas contratistas hace peligrar la satisfacción de sus derechos laborales. Es por ello que es con respecto a la dependencia entre pequeñas contratistas y grandes empresas clientes donde debería darse este control. Esta postura ha sido defendida por Nores Torres¹⁴⁹. El problema radicaría en determinar cuándo se cumple esta situación de dependencia que al entender del autor podría hacerse en base a: la posición, de mercado, volumen de negocio o integración organizativa entre empresas¹⁵⁰. No obstante, y pesar de lo anterior, el problema fundamental respecto a este criterio no radica únicamente en su difícil determinación sino en que pone el foco en las empresas y no en los trabajadores que son la parte que requiere de ser protegida en el Estatuto de los Trabajadores. Se estarían por tanto herrando totalmente el objetivo de la normativa y la función tuitiva de los trabajadores pretendida.

Suprimirlo: Como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, el concepto de propia actividad tiene una naturaleza inaprehensible al ser la propia definición redundante y ambigua pues resulta evidente que una actividad realizada por uno mismo es siempre propia mientras que realizado por otro es impropia. Además, y como se ha ejemplificado, este concepto ha dado pie a una jurisprudencia sumamente errática y contradictoria. Por ello considero que la solución más lógica al nudo gordiano es cortarlo. Esto lo aconseja no solo la falta de claridad y de operatividad de un concepto que está condenado a ser o siempre ambiguo hacen deseable su supresión sino el hecho de que no existan razones para mantener que unos trabajadores deban estar cubiertos por las garantías del artículo 42 del ET y otros en cambio no.

b) Legalidad de la subcontratación de la propia actividad

Es también necesario pronunciarse sobre una de las reivindicaciones de varios colectivos de trabajadores subcontratados, entre ellos el de las Kellys; la prohibición de la subcontratación

¹⁴⁸ Ver págs. 43-46.

¹⁴⁹ NORES TORRES, L.” El trabajo en contratas: La noción de "contrata de propia actividad" Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2004 página 66.

¹⁵⁰ *Ibidem* pág. 116.

de la propia actividad. Esta ha sido una de las reivindicaciones históricas del colectivo y ha estado en el centro de la polémica en las últimas semanas, tanto que la Ministra de Trabajo Yolanda Diez ha tenido que desmentir los rumores de que sea la intención del Gobierno prohibirla ¹⁵¹.

Es indudable que el sistema productivo del país está configurado en torno a muchas pequeñas empresas que en España son predominantes pues es notorio que el principal tejido empresarial nacional está formado fundamentalmente por PYMES. Además, el Tribunal Constitucional ya se pronunció en el sentido de admitir la subcontratación como lícita¹⁵². Es por ello que no parece poco viable, ni recomendable prohibir este régimen de contratación.

Lo que subyace a la reivindicación de las kellys es que lo que sucede en numerosas ocasiones en la práctica mediante la subcontratación de la propia actividad es una cesión ilegal de los trabajadores que se ha tolerado por la práctica jurídica y una jurisprudencia excesivamente laxa. Como ya viésemos, la cesión ilegal de trabajadores, tal y como viene regulada en el artículo 43 ET, es toda aquella que no se dé por medio de las ETT y conforme a los requisitos a éstas exigidos. La razón de ser de esta prohibición es evitar que la confusión con respecto al empresario efectivo impida que estos queden sujetos al régimen de responsabilidades empresariales que les son propios y que de camino, buena parte del valor creado por los trabajadores vaya a parar a manos de empresarios interpuestos cuyo valor adicional en la cadena productiva radicaría únicamente en permitir esta confusión.

Del apartado correspondiente a la diferencia entre la subcontratación y la cesión ilegal ¹⁵³se pudo concluir que, en la práctica, distinguir esta cesión en los casos de la propia actividad se vuelve especialmente complicado cuando no imposible en algunos casos. Se ha pretendido la cuadratura del círculo al establecer que la única cesión legal de trabajadores es aquella operada mediante las ETTs con los requisitos para ellas establecidos y a la vez aceptar en la práctica muchas formas dudosas de contratación y subcontratación de la propia actividad de forma lícita.

Pero si realmente la subcontratación laboral es fundamental para el sistema económico y sus beneficios productivos no derivan del empeoramiento o la elusión de los derechos laborales, no habría tampoco motivos por los que estos deban ser iguales a los que tendrían los trabajadores de la empresa principal y que deban ser garantizados de forma solidaria por ésta

¹⁵¹ NARANJO, E. (26-07-2021) Trabajo desmiente que vayan a prohibir la subcontratación. *La voz de Galicia*. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2021/07/27/trabajo-desmiente-vayan-prohibir-subcontratacion/0003_202107G27P25993.htm#:~:text=%C2%ABE1%20Ministerio%20de%20Trabajo%20en,contra%20los%20golpes%20de%20calor

¹⁵² Ver pág. 25.

¹⁵³ Ver págs. 27 – 32.

última. En otras palabras, si entendemos que el recurso a la subcontratación es legítimo en base a la libertad de empresa y que su razón de ser radica en motivos diferentes al empeoramiento de los derechos laborales, no hay motivo para no blindar estos derechos e igualdad por ley. En este sentido, la reforma propuesta de reforma de 2016 apuntaría en la dirección adecuada, si bien dicha previsión debiera ser extensible a todos los supuestos de subcontratación. Sería conveniente por tanto insertar en el artículo 42 ET un párrafo en sintonía con lo establecido en el artículo 43.3 ET y el artículo 11.1 de la LETT. Una posible redacción sería la siguiente: los trabajadores subcontratados tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las empresas clientes a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

c) *Ámbito material de responsabilidad de la empresa principal.*

Como se ha justificado en el cuerpo del trabajo, y de acuerdo con la opinión de Viquería Pérez, no se encuentra justificado excluir del ámbito de responsabilidad de la empresa principal las obligaciones empresariales que no tienen la consideración de obligaciones salariales¹⁵⁴. Si tal y como razona el Tribunal Supremo en su jurisprudencia,¹⁵⁵ la razón de ser de esta responsabilidad es que la empresa principal se beneficia directamente del trabajo de los trabajadores subcontratados y por ello debe responder de las obligaciones con respecto a ellos, no parece haber ningún argumento de peso que justifique dejar fuera de su ámbito de aplicación conceptos tan relevantes como el preaviso por despido, indemnizaciones, gastos suplidos o los salarios de tramitación.

Además, tampoco parece muy coherente con la realidad social y la evolución del fenómeno de la subcontratación el hecho de que con el Real Decreto del 17 de diciembre de 1970 si se previese la obligación solidaria por todas las obligaciones empresariales en un momento en que la subcontratación era relativamente marginal y pasar con la reforma de la Ley 8/1980, de 10 de marzo a un ámbito de responsabilidad exclusiva por deudas salariales; sobre todo considerando que desde entonces la subcontratación se ha erigido en el eje central del sistema productivo. Esto es tanto más necesario si recordamos que el desarrollo jurisprudencial que ha dejado fuera del ámbito de partidas de naturaleza salarial muchos conceptos. Es por todo ello que se considera que la necesaria reforma del artículo 42 ET y del régimen de la subcontratación debería volver a la previsión original de la regulación de 1970 e incluir como ámbito de la responsabilidad de la empresa principal todas las obligaciones empresariales y no solo las salariales.

¹⁵⁴ Ver págs. 42-44.

¹⁵⁵ Ver pág. 40. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 recurso 2175/2001.

d) Régimen de la responsabilidad: solidaria o subsidiaria

En su trabajo, Calvo Rodríguez ¹⁵⁷sostiene que de darse una ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la cobertura del artículo 42 ET, el equilibrio de intereses en juego impondría la necesidad de tornar la actual responsabilidad solidaria en subsidiaria. Tal es así, razona el autor, pues los motivos para aplicar este régimen de responsabilidad son: por una parte prevenir los incumplimientos ya sean por contratación fraudulenta o insolvencia del empresario y promover la diligencia de las empresas al subcontratar obras y servicios. Al ser así, estos objetivos se verían igualmente satisfechos de preverse una garantía subsidiaria pues la diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad reside únicamente en la posición que ocupan los sujetos obligados. Aunque a renglón seguido el mismo admite que la responsabilidad subsidiaria supone al acreedor – en este caso a los trabajadores- más requerimientos para poder obtener la satisfacción de su deuda; una desventaja compensada por el mayor ámbito de cobertura material.

No se comparte el anterior razonamiento ya que esta propuesta sería especialmente regresiva para aquellos trabajadores que si venían estando protegidos por el paraguas de la “propia actividad” a la vez que supondría un obstáculo para la satisfacción de las obligaciones empresariales para con el resto de trabajadores. Todos los inconvenientes derivados de este cambio en el régimen de obligación empresarial son acertadamente apuntados por el propio Calvo Rodríguez. No obstante, a diferencia del autor, considero que dichas circunstancias no son cuestiones menores y pueden tener un gran impacto sobre los trabajadores, algo que no se ve justificado por la necesidad de mantener un equilibrio de intereses -pues como ya se ha visto este equilibrio está cada vez más que inclinado del lado empresarial con el correspondiente deterioro de las condiciones laborales.

La responsabilidad subsidiaria supone en primer lugar la necesidad de instar a un litisconsorcio pasivo necesario ante una eventual demanda lo que es una carga procesal extra para el trabajador ya que de no demandar a todos los empresarios no podrá reclamar luego contra estos. Este requisito supondría una labor de identificación del empresario principal que, pese al deber de información contenido en el art 42 ET, puede ser complicada dado el cada vez más intrincado tejido empresarial.

Además, se pasaría a imponer como paso previo la necesidad de declarar la insolvencia del contratista para poder reclamar al empresario principal -la persona que directamente se beneficia de la prestación laboral. Un trámite procesal adicional y una dilación en la satisfacción de un eventual impago de cuantías dejadas de percibir por el trabajador. Es por todo lo anterior que se considera que el régimen de responsabilidad debería permanecer como

¹⁵⁷ CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op. cit.* páginas 372-382.

solidario ya que la situación de desventaja en la que se encuentran los trabajadores a la hora de reclamar cuantías dejadas de percibir lo hace necesario. Además, flaco favor se haría a los trabajadores si se previese un régimen material y objetivo de garantía amplio, pero se dificultase su necesaria tutela judicial efectiva. Como ya se ha señalado anteriormente, la responsabilidad por las obligaciones empresariales incumplidas por parte del contratista deriva en primer lugar del hecho de que es la empresa cliente quien se beneficia de la realización del trabajo efectivo y por tanto debe estar dispuesta a responder ante el eventual incumplimiento de las obligaciones empresariales por parte de la empresa contratista.

Por último, cabe recordar que la responsabilidad solidaria no es obstáculo para que los deudores puedan repetir entre ellos para reclamar la deuda satisfecha. Al final la cuestión de fondo radica en determinar sobre quien se debe depositar esta carga procesal extra de solicitar el pago de una deuda no saldada. Y, como se ha mencionado, se considera que esta carga debe soportarla el empresario principal por ser quien se beneficia de la actividad laboral y debe responder de las obligaciones a ello inherentes ya que además está en mejor posición para hacer valer sus derechos e intereses.

e) **Límites legales a la subcontratación**

Asimismo, Calvo Rodríguez aboga por la necesidad de limitar por ley a tres el número máximo los niveles de subcontratación al igual que sucede hoy día con la prohibición establecida por la Ley 32/2006 sobre la subcontratación en el sector de la construcción. No obstante, personalmente considero que la reforma aquí propuesta haría innecesaria esta limitación ¹⁵⁹.

Si, como se ha planteado en este Trabajo, los empresarios principales se tornan en obligados solidarios por todas las obligaciones empresariales durante el año siguiente de la finalización de la contrata, es más que probable que la cadena de subcontratación no se extendiera a más de tres niveles en la gran mayoría de casos. Es más, en el caso de que este raro supuesto se diera, la aplicación de la doctrina jurisprudencial de responsabilidad en cadena, implicaría que los trabajadores tendrían más acreedores sobre los que dirigirse en caso de incumplimiento por parte de la empresa contratista de sus obligaciones empresariales. Se entiende por tanto que no sería necesario establecer un número máximo de subcontrataciones permitidas porque fisiológicamente este número se autorregularía y las consecuencias de su alargamiento no redundarían en perjuicio del trabajador. Además, si como se ha planteado en esta propuesta, se eliminase el concepto de la “propia actividad” la limitación debería hacerse extensible a todos los supuestos de subcontratación y podría entenderse eventualmente por el Tribunal Constitucional como una limitación desproporcionada e injustificada de la libertad de empresa.

¹⁵⁹ Ver CALVO RODRÍGUEZ, E. *Op. cit.* págs. 371-372.

f) Necesidad de una mayor regulación a nivel de la Unión Europea

Por último, es pertinente hacer mención del necesario incremento de la armonización europea en esta materia. Como ya se ha mencionado, en la UE rige el principio de atribución de competencias y no todas las que atañen a cuestiones sociales tienen la misma consideración -exclusiva, compartida o complementaria-. Tal es así pues no existe como tal una base jurídica para la política social de la UE sino que su desarrollo ha venido ocasionado por sucesivas ampliaciones competenciales¹⁶¹. En consecuencia, el poder de actuación de la normativa comunitaria en materia laboral es limitado¹⁶². No obstante, nada impide que en el marco de las competencias atribuidas a la UE en materia social se avance hacia estándares más garantistas de los derechos laborales, algo en consonancia con lo establecido en el artículo 151 del TFUE donde se establece que la UE y los Estados miembros tendrán como objetivo la armonización social de las condiciones de vida y de trabajo por la “vía del progreso”. Y en este sentido, el art 153 TFUE, entre el amplio elenco de las materias complementarias atribuidas a la UE, se encuentran las condiciones de trabajo.

De entre las herramientas de las que dispone el Derecho comunitario son las Directivas -que establecen las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros- la mejor opción para conseguir este objetivo por permitir una regulación flexible en base a las distintas realidades nacionales.

La libre circulación de bienes y capitales del mercado interior impone la necesidad de que la protección social de los trabajadores subcontratados deba ser similar en todos los países para evitar el “dumping social”. Es decir, para evitar se ocasione una competencia desleal a la baja entre los países por establecer regulaciones menos garantistas con los derechos laborales y atraer así capitales e inversión¹⁶³. En este sentido, sería necesaria una Directiva europea específicamente dirigida a elevar el estándar de protección comunitaria en materia de subcontratación para limitar un fenómeno que además de su gran impacto social tienen importantes consecuencias sobre el proceso de cohesión europea. No obstante, el contenido de esta normativa deberá ser emplazado para su concreción en un trabajo posterior ya que esto excedería con mucho los objetivos y dimensiones del presente trabajo de fin de Máster ¹⁶⁴.

¹⁶¹ MIRANDA BOTO, J. “Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro.” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Número 92, marzo 2011. págs. 78-79.

¹⁶² Ver págs. 50 – 54.

¹⁶³ Un fenómeno que es muy notorio con relación al dumping fiscal donde algunos países como Irlanda o Malta mantienen algunos tipos impositivos anormalmente bajos para atraer a sus territorios las sedes de grandes multinacionales.

¹⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. “La subcontratación empresarial: Hacia un nuevo modelo de regulación.” Madrid: *Fundación Alternativas*. 2010.

4.3 Propuesta actual de reforma a debate

Por último, se antoja imprescindible llevar a cabo una labor de análisis y valoración de la propuesta de reforma del ET de gobierno que se está actualmente debatiendo con el resto de los partidos políticos y actores sociales. La misma tiene por nombre provisional Real Decreto-Ley x/2021, de x de septiembre, de modernización de las relaciones laborales.

En esta propuesta se incluyen muchos ámbitos laborales que van desde: la contratación formativa, la contratación a tiempo parcial y de relevo, los contratos fijos-discontinuos, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo hasta la subcontratación de obras y servicios y la duración de los contratos entre otros temas. Son estos dos últimos asuntos los que interesan al objeto del presente trabajo y los que nos detendremos a analizar.

En primer lugar, la propuesta contempla modificar el artículo 15 ET para incluir en su apartado primero un párrafo que estipula que: en ningún caso el contrato de trabajo de duración determinada por razones productivas podrá utilizarse para atender trabajos vinculados a la actividad normal y permanente de la empresa, ni para la realización de trabajos o tareas en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas.

La propuesta introduce en el ET lo establecido por la jurisprudencia del Supremo en su Sentencia de 29 de diciembre de 2020, recurso 4383/2020. La meritada Sentencia ya cuestionaba la licitud de acudir a este tipo de contrato temporal cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros, es decir, el caso de las empresas contratistas. No obstante, la propuesta de reforma va un paso más allá e incluye en la prohibición de realizar este tipo de contratos para los supuestos de concesiones administrativas. Se comparte el razonamiento del Tribunal Supremo de que el recurso a la contratación temporal para los supuestos de contrata desnaturaliza el objeto de la contratación temporal. Sería una buena noticia que tal redacción llegara a materializarse pues como ya se mencionó, la temporalidad es uno de los problemas más acuciados del sistema productivo español ¹⁶⁵.

La propuesta de reforma también aborda el tema de la reforma del artículo 42 ET. Se sustituye la expresión “cabeza de familia” por “una persona” para los supuestos excluidos de la aplicación del artículo 42 en los casos de obras en una vivienda sin razón de una actividad empresarial. El cambio no tiene mayor relevancia práctica pero sirve para renovar un término desfasado.

En otro aspecto más relevante, se suprime la referencia a la propia actividad. De esta forma cabría interpretarse que el régimen de responsabilidad solidaria -que permanece igual en cuanto a su ámbito material- se ampliaría a cualquier tipo de contrata o subcontrata. No

¹⁶⁵ Ver págs. 56 – 58.

obstante, posteriormente se incluye otro párrafo que dice que: la responsabilidad prevista en este apartado será subsidiaria en caso de que la empresa contratista desarrolle una actividad complementaria, que resulte estrictamente desconectada de la actividad productiva de la empresa principal o de su objeto, actual o potencial.

Pareciera como si el legislador hiciera un doble quiebro para llegar al mismo sitio. Tal es así pues de un lado la supresión a la propia actividad da a entender que el régimen de responsabilidad sería solidario para todo tipo de contrata y subcontrata para luego excluir aquellas que sean complementarias y prever para ellas un régimen de responsabilidad subsidiario. Lo que hace en la práctica el legislador con este movimiento es eliminar el problemático concepto de “propia actividad” para pasar definirlo de forma negativa con otro concepto igualmente indeterminado como es “complementaria”. De tal forma que ahora la propia actividad será toda la que no sea “complementaria o estrictamente desconectada de la empresa”. Es cierto que la expresión “estrictamente desconectada” es suficientemente contundente como para dar a entender que el legislador pretende una aplicación reducida del régimen subsidiario en detrimento del solidario pero esto no elimina del todo la incertidumbre e inseguridad jurídica que podría dar pie multitud de erráticos y contradictorios pronunciamientos judiciales.

Además, esta solución que si bien tiene la virtud de prever un régimen de responsabilidad subsidiaria para el caso de los trabajadores de actividades “complementarias” del tal forma que no quedan desamparados por la normativa, no da cuenta de los motivos que justificarían esta distinción de trato con respecto a los trabajadores subcontratados por actividades “nucleares” ya que el presupuesto habilitador de la responsabilidad del empresario principal es el lucro que obtiene del trabajo ajeno; algo que se hace indistintamente en los casos de ambos trabajadores.

El último aspecto relevante en relación con la subcontratación que toca la propuesta de reforma es el relativo al convenio colectivo de aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas. En la nueva propuesta para el artículo 42.6 ET se establece que 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 esta 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.

Aunque creo que la propuesta es un excelente paso en la dirección adecuada su redacción deja diversos problemas sin solucionar como es el caso de los trabajadores dedicados a una actividad desprovista de convenio sectorial o los trabajadores que realizan simultáneamente dos o más actividades insertas en el ámbito funcional de varios convenios sectoriales.

Por ello considero que la redacción debería complementarse con alguna cláusula de cierre al estilo de la establecida en el artículo 43.4 ET lo que generaría mayor claridad “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”. A su vez, el artículo 11 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal ofrece una redacción más contundente: “Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.”

A mi personal entender, una solución en esta línea es más idónea pues elimina cualquier problema de determinación de convenio colectivo de aplicación que pudiera surgir en un futuro a la par de que asegura que los trabajadores subcontractados no lo son debido a unas inferiores condiciones laborales incluyendo en ellas las mejoras voluntarias de las empresas.

Por último, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la propuesta no contempla el ampliar las obligaciones de la empresa principal a todas las obligaciones salariales algo que como ya se ha mencionado no se encuentra justificado si el presupuesto que habilita la responsabilidad empresarial de la empresa contratista es el beneficio del lucro que obtiene de la relación laboral.

Aún con todo, el texto de la propuesta supone un importante avance con respecto a la regulación actual pese a que adolece de una serie de deficiencias importantes tal y como se han hecho notar. Habrá que esperar a ver como se desarrolla la negociación y el resultado definitivo del texto. En cualquier caso, todo lo que sea salir del inmovilismo de los últimos tiempos será una buena noticia.

5. Conclusiones

1. La descentralización productiva es un fenómeno en expansión y que afecta a todas las capas del sistema productivo de forma creciente. El medio predominante por el que se ha manifestado la descentralización productiva en España ha sido mediante la subcontratación de obras y servicios.
2. Las razones empresariales que ayudan a explicar esto son; flexibilidad, especialización, ventajas fiscales y laborales y abaratamiento de costes fijos.
3. Existe una dificultad intrínseca a la subcontratación para delimitar su objeto con respecto a la cesión ilegal de trabajadores especialmente con relación a la subcontratación de la propia actividad.
5. La regulación normativa de la subcontratación en España apenas ha sufrido cambios en cuarenta años pese a pasar de ser un fenómeno marginal a uno dominante.
6. Las garantías previstas en el artículo 42 ET de los trabajadores subcontratados con respecto a las deudas salariales están previstas únicamente para los casos de la subcontratación de la propia actividad; un concepto sumamente indeterminado y que da lugar a interpretaciones jurisprudenciales contradictorias lo que va en detrimento de la seguridad jurídica y protección de los trabajadores.
7. La eclosión de la descentralización a través de las contrata y subcontratas ha tenido una serie de consecuencias negativas para las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados- salarios y condiciones laborales básicas, indemnizaciones, temporalidad, categoría profesional y antigüedad son algunas de las cuestiones afectadas.
8. Este impacto negativo hace patente la necesidad de reforma del régimen de la subcontratación en España, algo que ha sido de manifiesto por varios partidos del arco parlamentario sin que hayan llegado a concretarse ninguna de las reformas hasta la fecha.
9. Es necesaria una reforma integral del régimen de la subcontratación en España que garantice a los trabajadores subcontratados las mismas condiciones laborales que los trabajadores contratados directamente por la empresa principal. Esto debería llevarse a cabo principalmente mediante la reforma del artículo 42 ET en el sentido expresado en este trabajo.
10. El concepto de propia actividad es indeterminado ambiguo y da pie a situaciones contradictorias e injustas por lo que es conveniente su supresión. Tal es así no solo por un criterio de claridad y seguridad jurídica sino porque no se justifica de ninguna forma este agravio comparativo de unos trabajadores con respecto a otros. Sería por tanto necesario

eliminar este concepto y hacer extensible la aplicación del artículo 42 ET a todos los supuestos de subcontratación de obras y servicios.

11. No es posible, ni deseable, prohibir la subcontratación de la propia actividad, pero si la razón de ser de esta práctica radica en causas productivas y organizativas ajenas a la pauperización de los derechos laborales no hay motivos para blindar estos por Ley.

12. Es necesario ampliar el ámbito material de protección del artículo 42 ET para que incluya la responsabilidad solidaria del empresario principal todas las obligaciones empresariales y no únicamente las salariales.

13. Con los parámetros de la reforma propuesta en este trabajo no se considera necesaria una prohibición del número máximo de subcontrataciones al igual de lo que sucede en el sector de la construcción por resultar en la práctica innecesario.

14. Sería deseable, en el marco de una economía cada vez más globalizada, y en el contexto de la Unión Europea, una mayor armonización comunitaria en materia de subcontratación a través de una Directiva específica a tal efecto que eleve los estándares de protección de los derechos laborales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIER, R. & GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F. “Contratas y subcontratas (art. 42 ET) (I) (y II)” *Actualidad Laboral*, N° 7, Sección Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 1 al 15 abr. 2006, pág. 831, tomo 1, Editorial LA LEY.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL “Descentralización productiva nuevas formas de trabajo y organización empresarial” XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Cinca. 2018.

ARIENZA, M. “Sobre la única respuesta correcta” *Universidad de alicante*. 2009.

BARRIOS BAUDOR, G. “El concepto de persona trabajadora por cuenta ajena: 40 años de configuración legal y jurisprudencial. Problemas y propuestas de reforma”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 444 (marzo 2020).

BOBBIO, N. “Teoría General del Derecho.” Madrid: *Debate*. 1999.

BUENAGA CEBALLOS, O. “Metodología del Razonamiento Jurídico-Práctico. Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica.” Madrid: *Dykinson S*. 2016.

CÁCERES CARRASCO, F y GUZMÁN, J. “La dependencia funcional y productiva de las empresas un análisis territorial y sectorial.” *Revista Internacional de la Pequeña y Mediana Empresa* ISSN: 1989 – 1725 Vol.1. nº 3.

CAMPOS RUÍZ, L. “Régimen laboral de la transmisión de la empresa” *Tirant lo Blanch*. Valencia. 1993.

CARRETERO MIRAMAR, J. “Entender la descentralización productiva.” *Confederación Sindical Solidaridad Obrera*. 2010.

CERRILLO VIDA, J. “¿Qué fue de la lucha contra las E.T.T.? Rebelión.” *Rebelión*. 2009. Disponible en: <https://rebellion.org/que-fue-de-la-lucha-contra-las-e-t-t/>

CORREA CARRASCO, M. “El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía.” *Bomarzo*. 2019.

CRUZ VILLALÓN, J. “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva.”, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Paris 5-8 de setiembre de 2006.

CRUZ VILLALÓN, J “La metodología de la Investigación en el Derecho del Trabajo” *Temas Laborales* núm. 132/2016. 2016.

- DE LA PUEBLA, A. “La empresa como objeto de transmisión de la nueva economía: aspectos laborales” *Aranzadi*, Pamplona. 2005.
- DE LA PUEBLA, A. “Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 444 (marzo 2020).
- ESTEVE SEGARRA, A. “Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares (Enfoque laboral 21).” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2016.
- 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.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M, F. “Descentralización laboral: problemas e incidencias.” *Revista de Derecho Social* – Núm 75 julio 2016.
- GALLARDO MOYA, R., & GAETA, L. “Los empresarios complejos: Un reto para el Derecho del Trabajo.” Albacete: *Bomarzo*. 2010.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, F. “La cesión ilegal de trabajadores en actividades contratadas.” *FC Editorial*. 2012. <https://www.digitaliapublishing.com/a/37730>
- GÓMEZ ÁRBOS, J. “Análisis de las contratas y subcontratas como reflejo de la descentralización productiva.” 1999.
- GÓMEZ GORDILLO, R. “Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía” *Temas Laborales* Vol. III. núm. 100/2009.
- GÓMEZ SALADO, M. “Encadenamiento de contratas y responsabilidad empresarial.” *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* Núm.19, enero 2019.
- GORDO GONZÁLEZ, L. “La Representación de los trabajadores en las empresas Transnacionales.” *Tirant lo Blanch*. 2019.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva” Madrid: *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*. 2007.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I. (11-07-2016) Subcontratación y Derecho de la UE. *Cinco días*.
- LLANO SÁNCHEZ, M. “Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas (1a ed., Relaciones laborales).” Madrid: *La Ley-Actualidad*. 1999
- LÓPEZ TERRADA, E. “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español” en AA.VV., [María Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, María Dolores

Mas Badía y María Pilar Montes Rodríguez (coord.): *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín*, Universidad de Valencia. 2009.

LÓPEZ BALAGUER, M. “Descentralización productiva y transformación del Derecho del trabajo (Homenajes y Congresos).” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2018.

LUQUE PARRA, M. (2000): “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000.

MIRANDA BOTO, J. “Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro.” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Número 92, marzo 2011.

MOLINER TAMBOLERO, G. Diario La Ley, Nº 7896, Sección Dossier, 6 de Julio de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley 2799/2012.

MONEREO PÉREZ, J L. “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización. La empresa en transformación permanente” *Relaciones Laborales*, núm. 6, Tomo I. 2011.

MONTOYA MEDINA, D. “Trabajo en contratas y protección de los trabajadores”. Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2004.

NORES TORRES, L. “La Aplicación de las Previsiones Sobre Transmisión de Empresas en el Ámbito de las Contratas.” *Tirant lo Blanch*. 2013.

PCE (2020) “Empresas de Trabajo Temporal y Multiservicios en el marco del COVID19.” Disponible en: <https://madrid.pce.es/empresas-de-trabajo-temporal-y-multiservicios-en-el-marco-del-covid19/>

PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T. “Contratas y empresas de trabajo temporal: Responsabilidades. *Tiran Lo Blanch*, Valencia. 2006.

PÉREZ DE LOS COBOS, F. “El concepto de “propia actividad” en Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno.” Valencia: *Tirant lo Blanch*. 2000.

RAMOS QUINTANA, M. “Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial.” Albacete: *Bomarzo*. 2007.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. “Encadenamiento de contratas y responsabilidad empresarial.” *Universidad de Málaga*. 2019.

RUIZ MIGUEL, A. “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picaz”, tomo IV, Madrid: *Thomson-Civitas*, 2003.

SALA FRANCO, T. “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras y servicios.” *Actualidad Laboral*. 2005.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. y CLARCK SORIANO, H. “La externalización de la actividad de las camareras de piso: entre la cesión ilegal y el fraude de ley.” *Revista de Derechos Social* – Número 77, enero 2017. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/679097149>

VICENTE PALACIO, M. “Empresas multiservicios y precarización del empleo: El trabajador subcedido.” Barcelona: *Atelier*. 2016.

VIERA ÁLVAREZ, C. “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social.” 2013.

Tesis Doctorales

CALVO RODRÍGUEZ, E. “La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”. *Universidad de Valencia*. 2017.

DÍAZ LÓPEZ, M. C. “Estudio sobre la empresa de trabajo temporal y el empleo.” *Universidad de Málaga*. 2016.

SALCEDO BELTRÁN. M. “La responsabilidad y subrogación empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios.” *Universidad de Valencia*. 1997.

MARTÍNEZ GAYO, G. “Precariedad laboral y social en la industria turística española: el caso de las camareras de piso.” *Universidad Nacional de Educación a Distancia*. 2020.

Noticias

RÍOS, D. (27-04-2021) Las condiciones de los trabajadores de subcontratas, primer escollo para derogar la reforma laboral. *20 minutos*. Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4648120/0/las-condiciones-de-los-trabajadores-de-subcontratas-primer-escollo-para-derogar-la-reforma-laboral/>

NARANJO, E. (26-07-2021) Trabajo desmiente que vayan a prohibir la subcontratación. *La voz de Galicia*. Disponible en: <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2021/07/27/trabajo-desmiente-vayan-prohibir->

subcontratacion/0003_202107G27P25993.htm#:~:text=%C2%ABE%20Ministerio%20de%20Trabajo%20en,contra%20los%20golpes%20de%20calor.

MOLINA, C. (07-12-2016) La externalización rebaja un 40% el salario en la hostelería. *Cinco Días* Disponible en: <https://www.proquest.com/newspapers/la-externalización-rebaja-un-40-el-salario-en/docview/1846552916/se-2?accountid=14478>

BAYONA, E. (18-01-2021) La Inspección de Trabajo detecta 50.000 falsos autónomos y ataja un fraude de 300 millones de euros a la Seguridad Social. *Público*. Disponible en; <https://www.publico.es/economia/inspeccion-detecta-50000-falsos-autonomos-ataja-fraude-300-millones-euros-seguridad-social.html>

BLÁQUEZ, P. (25-03-2020) Las ‘kellys’ se enfrentan al drama de una promesa incumplida. *La Vanguardia*: Disponible en; <https://www.lavanguardia.com/economia/20200325/4886560352/kellys-coronavirus-despidos-ertes-hoteles.html>

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1993, recurso 225/1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010, recursos 75/2010 y 76/2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2010, recurso 99/2010.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 1986, C-24.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 1998, C-127/96, 229/96 y 74/97.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2019, C-29/2018.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2003, C-340/01.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de octubre de diciembre de 1993, recurso 3218/1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 1996 recuso 1902/1995.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala lo Social, de 15 de julio de 1996, recurso 1089/1996

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 1999, recurso 1792/1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de julio de 1998, recurso 8544/1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de diciembre, recurso 244/2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de mayo, recurso 455/2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de diciembre 2001, recurso 244/2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2002, recurso 2175/2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2004, recurso 4827/2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de julio 2005, recurso 2160/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 3 de octubre de 2005, recurso 3911/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2006, recurso 66/2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2007, recurso 1048/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 2008, recurso 1210/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2009, recurso 1605/2008.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de abril de 2010, recurso 2259/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2010, recurso 75/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 noviembre 2010, recurso 1722/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2011, recurso 2200/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de noviembre 2015, recurso 104/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2016, recurso 3784/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2016, recurso 2147/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 5 de diciembre de 2017, recurso 978/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de julio 2017, recurso. 3442/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2015, recurso 2294/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2018, recurso 238/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de abril 2018, recurso 3926/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 8 de enero de 2019, recurso 3784/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de enero de 2019, recurso 7/2019.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2020, recurso 2924/2020.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 29 de diciembre de 2020, recurso 4383/2020.