



Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto

La descentralización productiva es, en la actualidad y desde hace tiempo, el modo natural de organización de la actividad productiva en las empresas. El régimen jurídico de la prestación de trabajo en los sistemas productivos descentralizados se articula esencialmente en torno al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores; un precepto cuyas líneas fundamentales apenas han resultado alteradas durante los 40 años de vigencia del estatuto. Los problemas de interpretación y aplicación de la regulación del trabajo en contratas y subcontratas y los desajustes que plantea su conexión con la cesión ilegal o la sucesión de empresas justifican, por sí mismos, la necesidad de un replanteamiento en su configuración. La precarización y la degradación de las condiciones laborales de los trabajadores de las contratas y subcontratas, favorecidas por un marco normativo que posibilita la aplicación de normas convencionales propias y la insuficiencia del régimen de responsabilidades de la empresa principal, reclaman también una revisión del marco normativo. Estas cuestiones se analizan en este estudio, con una referencia final a las distintas propuestas de reforma que se han barajado hasta el momento y una valoración sobre su viabilidad.

Palabras clave: descentralización productiva; contratas y subcontratas; propia actividad; sucesión de empresa; reforma laboral.

Fecha de entrada: 16-01-2020 / Fecha de revisión: 03-02-2020 / Fecha de aceptación: 04-02-2020

Cómo citar: Puebla Pinilla, A. de la. (2020). Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 444, 125-156.





Productive decentralisation and labour law. Problems and proposed reform

Ana de la Puebla Pinilla

Abstract

For a long time, productive decentralisation has been the natural way to organise productive activity in firms. The legal regime governing labour relations in decentralised productive systems centres around article 42 in the Statute of Workers' Rights, a precept whose basic tenets have barely changed in forty years since it was first enacted. However, the problems associated to interpreting and applying these norms to contractors and subcontractors and the disparity with respect to illegal cession or business succession justify the need to reconsider the law. In addition, the precariousness and deterioration of labour conditions for contractor and subcontractor employees, favoured by a normative framework which permits firms to apply their own conventional norms and the deficiency of the legal regime regarding the contracting companies' responsibilities, also demand we re-examine the legal framework. This study specifically analyses these questions, referring in the end to the different labour reform proposals presented thus far and an assessment of their feasibility.

Keywords: productive decentralisation; contractors and subcontractors; principal activity; business succession; labour reform.

Citation: Puebla Pinilla, A. de la. (2020). Productive decentralisation and labour law. Problems and proposed reform. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 125-156.



Sumario

1. Introducción
2. Claves en la regulación de la prestación de trabajo a través de contratas y subcontratas
3. Problemas prácticos en la aplicación del régimen jurídico de las contratas y subcontratas de obras y servicios
 - 3.1. Dimensión estática de las contratas de obras y servicios
 - 3.1.1. Contratación de la propia actividad. Un concepto en permanente debate
 - 3.1.2. El deber de solicitar la certificación negativa de descubiertos. Incertidumbres sobre su alcance y las consecuencias de su incumplimiento
 - 3.1.3. Extensión de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por deudas salariales y de Seguridad Social de la contratista
 - 3.2. Dimensión dinámica de las contratas de obras y servicios
 - 3.2.1. Contrata de obras y servicios y contratación temporal
 - 3.2.2. Fronteras de las contratas con la cesión ilegal
 - 3.2.3. Sucesión de contratas y sucesión de empresas
4. La reforma del régimen legal de la subcontratación, una tarea pendiente e inaplazable
 - 4.1. Propositiones de ley y propuestas para la modificación del artículo 42 del ET
 - 4.2. Consideraciones finales

Referencias bibliográficas

Nota: estudio enmarcado en el proyecto de investigación «Cambio tecnológico e instituciones colectivas, transformaciones y adaptaciones en las fuentes laborales» (referencia RTI2018-094547-B-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. Introducción

La Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) ha sido testigo, durante sus 40 años de vigencia, de una profunda transformación en las organizaciones productivas. Durante las últimas décadas, las empresas se han visto abocadas a un progresivo e imparable proceso de fragmentación o división. El ciclo productivo, antes asumido íntegramente por la empresa, se ha ido segmentando a través de numerosas entidades económicas independientes y autónomas. La gran empresa industrial ha sufrido una profunda transformación y, progresivamente, ha tendido a descomponerse en una pluralidad de unidades empresariales de tamaño mucho más reducido. Las estrategias empresariales se han dirigido a procurar la desintegración de los procesos productivos, «distribuyendo cada una de sus fases entre unidades empresariales menores» (Pérez de los Cobos, 2000, p. 632).

Este proceso de adelgazamiento responde a razones de tipo económico, tecnológico, fiscal o laboral que convergen en la búsqueda de un modelo de organización industrial orientado a la obtención del máximo rendimiento y calidad (Martín, 2003, p. 20). Desde una perspectiva económica, la externalización tiene indudables ventajas: otorga a la empresa una mayor flexibilidad en la gestión de su capacidad productiva y le ofrece la posibilidad de concentrar sus recursos en las actividades que considera esenciales o nucleares y externalizar aquellas que considera subsidiarias. Permite, además, que la empresa se beneficie de capacidades que su propia estructura no posee, que se reduzcan costes en formación o inversión y que se diversifique el riesgo económico. Por otra parte, las nuevas tecnologías han favorecido la externalización de una pluralidad de funciones tradicionalmente desarrolladas por la propia empresa, porque han permitido la aparición de empresas altamente especializadas en actividades como la publicidad, el *marketing*, la asistencia técnica o la comercialización. Además, la normativa fiscal es menos exigente con las pequeñas empresas, lo que ofrece una ventaja añadida a las nuevas unidades económicas. Por ello, las empresas se benefician de la reducción del tamaño, ahorrándose, además, los precios de transferencia. Finalmente, la desintegración del proceso productivo y la disminución del tamaño de la empresa ofrecen ventajas también desde el punto de vista laboral: la gestión empresarial de los recursos humanos se simplifica en las pequeñas empresas, donde, además, la acción colectiva es sensiblemente menos incisiva y, por ello, se incrementa la relación directa empresario/trabajador (De la Puebla, 2005, pp. 31-35).

Pero la transformación de la estructura empresarial no se explica únicamente con este proceso de segmentación de los procesos productivos. El paso siguiente ha sido la articulación de relaciones o vínculos entre las unidades empresariales, motivado, sin duda, por

un contexto económico que impone una mayor interdependencia entre las economías y que dificulta que las empresas en solitario puedan afrontar una estrategia de crecimiento que les permita su desarrollo en mercados cada vez más abiertos y competitivos.

En un esfuerzo por ser más eficientes, las empresas establecen con otras empresas una amplia gama de acuerdos de cooperación cuya naturaleza abarca un extenso campo: desde los consorcios, las *joint-ventures*, las concesiones de licencia de tecnología y las colaboraciones de fabricación hasta los acuerdos de desarrollo, aprovisionamiento y *marketing*. La globalización de la economía, con la consiguiente supresión de los obstáculos institucionales al libre comercio y la liberación de los movimientos de capitales; el incremento de la incertidumbre empresarial ante la rapidez de los cambios en la demanda y el nivel de rivalidad competitiva; y, finalmente, la transformación digital son circunstancias que dan lugar al surgimiento de estructuras organizativas que agrupan a diversas empresas, comunicadas o interrelacionadas entre sí para realizar proyectos en común sin necesidad de crear las superestructuras que implicaría llevarlas a cabo individualmente. El resultado final de estos procesos es un cambio en la filosofía de la organización del trabajo: de la división de tareas en el seno de la empresa se ha pasado a «la división del trabajo entre empresas» (Castillo, 1988-1989).

La influencia de esta realidad en nuestro marco normativo es evidente. Aunque no todas esas fórmulas son reconducibles al supuesto contemplado en el artículo 42 del ET, este precepto sigue siendo el núcleo normativo esencial para articular la regulación jurídica de la prestación del trabajo en el marco de la descentralización productiva, entendida como forma de organización del proceso productivo, ya sea de elaboración de bienes, ya de prestación de servicios, en virtud del cual una empresa opta por no asumir directamente, con su propio personal y su propia organización, la ejecución de determinadas fases o actividades del proceso productivo y encomendarlas a otra empresa mediante el correspondiente contrato de colaboración empresarial.

No puede dejar de señalarse, además, la expansión, prudente pero efectiva, del propio concepto de contrata. Las propuestas doctrinales de ampliación del ámbito de dicho precepto, para reconducir al fenómeno de las contrata otro tipo de relaciones contractuales distintas del clásico contrato de arrendamiento de obras o servicios, como los contratos mercantiles de franquicia, concesión o distribución comercial (Goerlich, 2000), han sido, al menos parcialmente, acogidas por la doctrina judicial que ha abierto el ámbito de aplicación del artículo 42 del ET afirmando que «el dato formal que suministra el tipo de negocio jurídico que discurre entre las empresas no basta para excluir el juego del artículo 42 del ET» (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 21 de julio de 2016, rec. 2147/2014), de modo que el régimen de las contrata regulado en dicho precepto puede resultar aplicable no solo a otros contratos equivalentes, como los contratos y concesiones administrativas (STS de 15 de julio de 1996, rec. 1089/1996), sino también a otros más alejados, como el contrato de agencia.

La descentralización productiva a través del recurso a las contratas es un fenómeno absolutamente generalizado en nuestro sistema productivo. Inicialmente, el recurso a la descentralización productiva a través de esta fórmula era habitual en determinados sectores productivos como el de la construcción y obras públicas y en la construcción naval, pero desde hace tiempo este fenómeno se ha extendido ampliamente en el sector servicios. Además, si bien la contratación de parte del proceso productivo afectaba tradicionalmente a actividades como la limpieza, vigilancia o restauración, es cada vez más habitual que se contrate cualquier fase del proceso productivo. En definitiva, la contrata y subcontrata constituye una fórmula habitual a través de la cual se materializa la descentralización productiva, reconducible, por tanto, al genérico fenómeno de la externalización u *outsourcing*.

Por todo ello, tal y como señalábamos, el artículo 42 del ET constituye la pieza normativa esencial a la hora de analizar la prestación de trabajo en régimen de descentralización productiva, aunque su análisis requiere necesariamente ponerlo en conexión con otras instituciones, como la sucesión de empresa o la cesión ilegal de trabajadores, estrechamente vinculadas a esta, y no por casualidad reguladas en la misma sección del ET.

2. Claves en la regulación de la prestación de trabajo a través de contratas y subcontratas

Aunque, como venimos señalando, la faz de los fenómenos de descentralización se ha venido transformando, esta institución cuenta con larga tradición que, en el plano normativo, se remonta al Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre (BOE de 3 de enero de 1971), por el que se establecieron normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores, y al artículo 19 de la Ley 16/1976, de 8 de abril (BOE de 21 de abril de 1976), de relaciones laborales, que quedaría incorporado a la primera redacción del ET de 1980 (Ley 8/1980, de 14 de marzo) en su artículo 42. Un precepto que, en apenas dos apartados, se limitaba a fijar determinadas obligaciones a cargo del empresario principal en caso de recurrir a la contratación o subcontratación de parte de su propia actividad con terceros (comprobación de que dichos contratistas estaban al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, para lo cual debían solicitar certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora) y a establecer la responsabilidad solidaria de las empresas que participan en la contrata, fijando límites temporales y cuantitativos a tal responsabilidad, y a excluir de tal régimen determinados supuestos de contratación (se establecía la responsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones salariales contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y las referidas a la Seguridad Social durante el periodo 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 puesto de trabajo. A su vez, se excluía la responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiriera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de su actividad).

La regulación contenida en la primera versión del ET se mantuvo sin cambios durante toda la vigencia de esta norma y se trasladó íntegramente al Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Goerlich, 2018b, pp. 13-15).

La primera modificación importante de este precepto se produce con el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma de mercado de trabajo para el incremento del empleo, que incorpora nuevos apartados (3, 4 y 5) dirigidos a «reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación, en particular a través de una mejora de los instrumentos de información de los trabajadores y sus representantes que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica». Con esa finalidad, se imponen a las empresas principal, contratistas y subcontratistas el deber de informar a los representantes de sus trabajadores sobre determinados extremos relacionados con la actividad contratada, la empresa con la que se contrata, el objeto, duración y lugar de ejecución de la contrata; número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, y medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. El Real Decreto-Ley 5/2001 aprovecha para incorporar en el apartado 2 la referencia expresa a que la responsabilidad del empresario principal alcanza a las deudas salariales y de Seguridad Social de los contratistas y subcontratistas, despejando así las dudas que la anterior versión del artículo 42 del ET planteaba, por una parte, respecto de si la responsabilidad solidaria se aplicaba solo a los casos de subcontrata o si afectaba también a la mera contrata y, por otra, sobre su operatividad en casos de encadenamiento de contrataciones (Martín, 1988, pp. 259-263). Además, se incorpora la previsión de desarrollo reglamentario de la certificación negativa por descubiertos y se elimina el límite de la responsabilidad del empresario por salarios adeudados a los trabajadores del contratista; límite que, hasta entonces, estaba en «lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo».

El posterior Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, de mejora del crecimiento y del empleo, modificó el apartado 4 del artículo 42 del ET, para añadir la obligación de la empresa principal de disponer de un libro registro en el que se recoja la información exigida respecto de las empresas contratistas, e incorporó los nuevos apartados 6 y 7 al artículo 42 del ET, referidos a los derechos de representación de los trabajadores de las contrataciones.

Finalmente, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, procedió a ampliar el plazo de exigencia de responsabilidad solidaria por deudas a la Seguridad Social de 1 a 3 años, con la finalidad de posibilitar tales reclamaciones, dado que la anterior regulación, que limitaba tal exigencia a 1 año, dificultaba su efectividad.

Las modificaciones en el régimen de las contrataciones y subcontrataciones se han dirigido, así pues, a mejorar la tutela de los derechos colectivos de los trabajadores, imponiendo a la empresa un deber de información específico cuando se recurre a la descentralización productiva, y a

ampliar el plazo de vigencia de la responsabilidad solidaria respecto de la Seguridad Social. La tutela directa de los trabajadores que prestan servicios a través de contratas, articulada exclusivamente a través de la responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista por deudas salariales, no ha experimentado cambio alguno, salvo el ya mencionado referido al límite cuantitativo de tal responsabilidad. Llama la atención que otros aspectos de la regulación de las contratas que resultan especialmente problemáticos se hayan mantenido inalterados sin que el legislador haya aprovechado alguna de las sucesivas reformas de este precepto para aportar claridad al respecto. Tampoco, por cierto, se ha producido el desarrollo reglamentario de la certificación negativa por descubiertos a que se refiere el artículo 42.1 del ET, a pesar de las numerosas dudas que ha despertado desde su regulación en el ET de 1980 y que sigue despertando en la actualidad.

De esta forma, a lo largo de estos 40 años, la regulación de la descentralización productiva en el artículo 42 del ET se ha asentado sobre varios elementos clave que, en lo sustancial, se han mantenido inalterados. Por un lado, se parte de una consideración de la descentralización a través de la subcontratación como un fenómeno fisiológico (Cruz y Rodríguez, 2016, p. 525) y no patológico del sistema productivo, como una fórmula que favorece la flexibilidad y la agilidad en la gestión empresarial y que se sustenta en la libertad de empresa. Por otro, se impone a la empresa principal una obligación de vigilancia sobre el contratista –articulada a través del deber de solicitar la certificación negativa de descubiertos– que pretende favorecer la competencia leal entre las empresas incentivando la contratación de servicios con empresas que estén al corriente de sus obligaciones. A ello se añade la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas salariales y de Seguridad Social generadas por el contratista respecto de los trabajadores adscritos a la contrata, medida con la que se quiere garantizar la posición de los trabajadores y evitar que esta figura contractual se emplee para eludir y diluir responsabilidades laborales o, en palabras del Tribunal Supremo (TS), «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» (STS de 17 de mayo de 1996, rec. 1902/1995). Finalmente, el régimen legal incorpora un catálogo de derechos colectivos para asegurar un control colectivo en los procesos en los que intervienen plurales empresas.

3. Problemas prácticos en la aplicación del régimen jurídico de las contratas y subcontratas de obras y servicios

La prestación de trabajo a través de contratas es, posiblemente, uno de los ámbitos de las relaciones laborales donde la conflictividad es más elevada. Los problemas que esta forma de organización productiva ha venido suscitando derivan, por una parte, del propio diseño legal del artículo 42 del ET. Los términos en que este precepto delimita su propio ámbito de actuación y las obligaciones y responsabilidades de las empresas implicadas en la subcontratación han generado numerosas controversias resueltas, en

gran medida, por la intervención judicial. El concepto de propia actividad, el alcance y las consecuencias del incumplimiento del deber de la empresa principal de recabar la certificación negativa por descubiertos en la Seguridad Social de la contratista o, en fin, el alcance y extensión de la responsabilidad de la empresa principal han sido los principales ámbitos de conflicto en torno a las contratas.

Junto a ello, circunstancias externas a la concreta regulación legal de la subcontratación, pero inherentes a la propia naturaleza de los contratos civiles o mercantiles que la sustentan, trasladan sus efectos sobre las relaciones laborales que se desenvuelven en la misma. La temporalidad que caracteriza a las relaciones interempresariales ha suscitado la duda de si es legítimo trasladar esa limitación temporal a los contratos de trabajo del personal vinculado a la contrata; duda resuelta hace tiempo por la doctrina judicial, pero que vuelve hoy a estar en cuestión. El dinamismo propio de las relaciones empresariales, que permite la rápida y continua sustitución de las empresas prestadoras de servicios, repercute sobre las relaciones laborales vinculadas a la contrata, en el mejor de los casos permitiendo la continuidad de sus relaciones laborales con un nuevo empleador, en el peor abocando a la extinción de sus contratos. Finalmente, los límites entre la contratación y la cesión ilegal se ponen continuamente a prueba con la proliferación de empresas multiservicios o de gestión integral, que, huyendo de la estricta regulación de las empresas de trabajo temporal, ofrecen a sus clientes una amplia y variada gama de servicios en régimen de subcontratación. Servicios que, en muchos casos, no requieren de una mínima estructura organizativa o productiva, limitándose tales empresas a ceder a sus trabajadores para la prestación de un servicio a favor de la empresa principal en un difícil equilibrio entre la lícita subcontrata y la cesión ilícita de trabajadores.

3.1. Dimensión estática de las contratas de obras y servicios

3.1.1. Contratación de la propia actividad. Un concepto en permanente debate

El ámbito objetivo de las obligaciones y responsabilidades que establece el artículo 42 del ET ha venido siempre referido a las contratas de la «propia actividad», sin que el legislador, en ningún momento, haya aportado una definición de tal concepto. Se trata, sin duda, de un concepto que, con la actual configuración del precepto estatutario, resulta clave, al menos, desde la perspectiva de la empresa principal, en la medida en que, de considerarse que la contratación afecta a su propia actividad, entra en juego la totalidad de los deberes y obligaciones previstos en el artículo 42 del ET.

El TS despejó pronto las dudas sobre la interpretación que de tal concepto debía hacerse a efectos de aplicar o no el régimen del artículo 42 del ET. En la STS de 18 de enero de 1995 (rec. 150/1994), se señala 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 esta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En general, la doctrina es partidaria de una aplicación «in extenso» del concepto de contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa. Solo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma.

Frente a esa interpretación, el tribunal advierte 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. No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de «propia actividad» nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. 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.

A partir de estas consideraciones, el TS ha apostado siempre por un concepto de propia actividad que remite a actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal.

Con ello, en todo caso, solo se resuelve parcialmente el problema, porque la solución solo puede venir dada, a la vista del elevado casuismo que plantea el fenómeno de las contratas, por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto (Gómez, 2019, pp. 381-389).

En aplicación de estos criterios, se ha negado la aplicación del artículo 42 del ET, por no tratarse de contratas referidas a la propia actividad, en supuestos de contratación por un órgano de gobierno de una comunidad autónoma de los servicios de seguridad y protección (STS de 18 de enero de 1995, rec. 150/1994) o la contratación de servicios también de seguridad por una empresa eléctrica (STS de 27 de octubre de 2000, rec. 693/1999) o en caso de actividades de formación desarrolladas por entidades colaboradoras del INEM (STS de 29 de octubre de 1998, rec. 1213/1998) o en supuestos de contratación de servicios de limpieza o restauración, salvo que estos constituyan la propia actividad de la empresa principal, como ocurre en la contratación del servicio de restauración por un colegio mayor universitario entre cuyos fines estaba la formación de los alumnos y su alojamiento y manutención (STS de 24 de noviembre de 1998, rec. 517/1998). Tampoco se ha consi-

derado propia actividad de una empresa inmobiliaria la construcción, de modo que la celebración de una contrata entre una empresa promotora inmobiliaria y una constructora no encaja en el supuesto del artículo 42 del ET (STS de 20 de julio de 2005, rec. 2160/2004), ni, respecto de una empresa de aerotransporte, la contrata dedicada a la explotación comercial de gasolinera y lavado de vehículos (STS de 15 de junio de 2017, rec. 972/2016).

Por el contrario, constituye propia actividad, y, por tanto, es aplicable el régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 42 del ET, la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de un trayecto desde el momento en que esas obras, esas instalaciones, esas labores a realizar constituyen el soporte permanente de la actividad de telefonía, que es la básica de la empresa recurrente (STS de 22 de noviembre de 2002, rec. 3904/2001), o la actividad de transporte sanitario urgente y ordinario de enfermos, subcontratada por un servicio público de salud (SSTS de 23 de enero de 2008, rec. 33/2007, y 24 de junio de 2008, rec. 345/2007). También se ha señalado que:

Valorando el criterio de la inherencia de la actividad subcontratada atendiendo a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado del servicio de telefonía, no es como el mercado de determinados productos donde la empresa comercializadora puede actuar como intermediaria entre la fabricación y el consumidor. Cuando se trata del servicio de telefonía, la empresa comercializadora actúa directamente en nombre de la empresa de telefonía. Las circunstancias del mercado del servicio de telefonía son distintas a las circunstancias del mercado de productos (STS de 8 de noviembre de 2016, rec. 2258/2015).

3.1.2. El deber de solicitar la certificación negativa de descubierto. Incertidumbres sobre su alcance y las consecuencias de su incumplimiento

El artículo 42 del ET impone al empresario que contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad la obligación de comprobar que el contratista está al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social. Para ello, el empresario principal debe solicitar certificación por descubierto a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

La finalidad de este deber es evitar que las empresas contraten la realización de obras o servicios de su propia actividad con empresarios morosos por incumplimiento de sus obligaciones de cotización con el perjuicio que ello supone para sus trabajadores y la posición de competencia desleal que eso les permite ocupar respecto de otros empresarios del mismo sector. Con todo, se trata de una norma que no prohíbe dicha contratación, a diferencia de la normativa de contratos del Estado, que prohíbe la contratación con empresas morosas (art. 60.1 d) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público –LCSP–) y declara la nulidad de los contratos así concluidos (art. 32 b) LCSP).

Para cumplir esta obligación, el empresario principal ha de solicitar a la TGSS certificación por descubiertos de las empresas auxiliares. La Tesorería debe librar dicha certificación en el plazo improrrogable de 30 días en los términos que reglamentariamente se establezcan. A pesar de que esta remisión al desarrollo reglamentario acompaña al artículo 42 del ET desde hace años, nunca ha llegado a producirse, existiendo únicamente un modelo de certificación que la TGSS emplea a estos efectos.

Como ya se ha señalado, los mayores problemas se plantean en torno a las consecuencias y efectos que la existencia o no de certificación y, en su caso, la constancia de deudas generan sobre el empresario principal (Mercader, 2016, pp. 802-804). El artículo 42.1 del ET regula, aunque no con demasiada precisión, los efectos que derivan para la empresa principal del cumplimiento y/o incumplimiento de esta obligación.

En caso de que la empresa principal no solicite la certificación o la solicite y esta sea positiva –lo que significa que la empresa contratista tiene deudas por cuotas con la Seguridad Social–, y decida celebrar la contrata, se convierte en responsable subsidiaria por las deudas del contratista por cuotas anteriores a la celebración de la contrata. En caso contrario, esto es, cuando la certificación es negativa o la TGSS no responde en el plazo de 30 días, la empresa principal queda exonerada de dicha responsabilidad subsidiaria.

Esta es la interpretación que deriva de la literalidad del artículo 42 del ET y la que ha sostenido la doctrina judicial, afirmando que la certificación negativa o la no emisión por la TGSS de dicho documento únicamente producen el efecto de exonerar al empresario principal de las deudas por cuotas que el contratista tuviera con la Seguridad Social antes de iniciarse la contrata. En este sentido se pronunció la STS, Sala Tercera, de 28 de octubre de 1996 (rec. 777/1991), cuando afirmaba que:

[...] resulta claro que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierta en la entidad gestora o del transcurso del plazo de 30 días, que establece el apartado 1 del artículo 42 del ET, se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras subcontratadas, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del estatuto.

También se manifestaba en el mismo sentido la posterior STS de 22 de diciembre de 2000 (rec. 4069/1990), que afirma que la exoneración se refiere «indudablemente a periodo anterior a la contrata».

Otros pronunciamientos, sin embargo, parecen sostener una interpretación distinta y, en mi opinión, cuestionable, cuando señalan que la certificación negativa exonera de la respon-

sabilidad solidaria a que se refiere el artículo 42.2 del ET –responsabilidad que afecta, como se verá a continuación, a las deudas salariales y de Seguridad Social generadas durante la contrata–. En este sentido, la STS, Sala Tercera, de 6 de julio de 2005 (rec. 451/2004), afirma que el artículo 42 del ET:

[...] concede la opción al organismo reclamante, o a los trabajadores, de dirigirse indistintamente contra subcontratante o subcontratista (siempre que la relación se hubiese establecido para la realización de obras de la misma actividad a que se dedique el primero) en reclamación de los salarios debidos por el subcontratista a dichos trabajadores o por el descubierto de las cuotas de Seguridad Social, con el límite –en cuanto al primero– de lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo. El plazo de responsabilidad solidaria del subcontratante se extiende hasta 1 año después de haber concluido la contrata, y se condiciona al hecho de que no se hubiese recabado por el mismo la certificación negativa de descubiertos en la Tesorería de la Seguridad Social, habiendo transcurrido el plazo de 30 días sin que hubiese sido librada, caso de silencio de la Administración.

En cualquier caso, la virtualidad exoneradora de responsabilidad de la certificación negativa de descubierto resulta cuestionable a tenor de la STS, Sala Tercera, de 21 de julio de 2015 (rec. 3561/2013), que, en relación con un supuesto de transmisión de empresas ex artículo 44 del ET, negó tales efectos a un certificado emitido por la Seguridad Social en el que se hace constar que la empresa «no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social», añadiendo a continuación que la certificación «no originará derecho ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción [...]».

3.1.3. Extensión de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por deudas salariales y de Seguridad Social de la contratista

La responsabilidad solidaria de la empresa principal frente a los trabajadores de la contratista o subcontratista aparecía ya en la regulación de las contratas y subcontratas del ET de 1980. Una responsabilidad solidaria que siempre, a pesar de las diversas reformas del artículo 42 del ET, ha estado limitada, objetivamente, a las obligaciones de naturaleza salarial y, temporalmente, en cuanto solo es exigible durante el año siguiente a la finalización del encargo. Sí se modificó, sin embargo, el alcance cuantitativo de esta responsabilidad solidaria de la empresa principal: si en la versión inicial del artículo 42 del ET de 1980 aparecía topada por el salario que le correspondería abonar al empresario principal si se tratase de personal fijo suyo de la misma categoría o puesto de trabajo, el Real Decreto-Ley 5/2001 eliminó dicho tope máximo. Tampoco hay dudas de que la responsabilidad de la empresa

principal se refiere exclusivamente a las deudas por salarios devengados durante la contrata por los trabajadores afectos a ella (STS de 11 de noviembre de 2013, rec. 2674/2012).

Llama, no obstante, la atención que, frente a los supuestos de cesión ilegal o sucesión de empresa, regulados en la misma sección del ET, en los que la responsabilidad solidaria alcanza a todas las obligaciones laborales, en el caso de las contratas, esta se limite a la responsabilidad por deudas salariales, máxime porque en las normas reguladoras previas (Ley 16/1976, de relaciones laborales) la responsabilidad de las contratas se extendía también al resto de obligaciones derivadas del contrato, y no solo a las de carácter salarial. Extensión de la responsabilidad solidaria de la empresa principal que se mantiene, por cierto, en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, cuyo artículo 7.2 establece la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales, no solo salariales, y de Seguridad Social.

Asumida esa limitación del alcance objetivo de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, las dudas se han planteado respecto a qué conceptos retributivos deben incluirse (Nores, 2020, pp. 346-352).

Al respecto, la doctrina de suplicación había optado por una interpretación amplia e incluía en esta responsabilidad todas las obligaciones de naturaleza retributiva, tanto salariales como extrasalariales. Sin embargo, el TS ha aplicado una interpretación rigurosa del ámbito de responsabilidad del empresario principal y ha señalado que el artículo 42 del ET reduce el ámbito de la responsabilidad solidaria a las obligaciones salariales, lo que obliga a interpretar dicho precepto conforme al artículo 26.2 del ET. De este modo, la responsabilidad del empresario principal alcanza a todas las deudas que, conforme al artículo 26 del ET, deban considerarse como salario. Entre ellas deben incluirse las cantidades adeudadas en concepto de gratificaciones extraordinarias o, precisamente por su carácter salarial, de atrasos de convenio, pluses por cantidad y/o calidad, horas extraordinarias y domingos y festivos, así como de vacaciones no disfrutadas, cuyo carácter salarial a efectos del artículo 42.2 del ET ha sido confirmado por la doctrina de unificación (SSTS de 23 de diciembre de 2004, rec. 4525/2003; 9 de marzo de 2005, rec. 6537/2003; 1 de febrero de 2006, rec. 3306/2004, y 24 de abril de 2006, rec. 112/2005).

Por el contrario, de acuerdo también con el artículo 26 del ET, se excluyen del concepto de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. De este modo, la responsabilidad solidaria del empresario principal y de la cadena de contratistas no alcanza a las percepciones extrasalariales (SSTS de 20 de mayo de 1998, rec. 3202/1997, y 19 de enero de 1998, rec. 2030/1997) ni a las indemnizaciones por despido. Tampoco alcanza la responsabilidad solidaria a los salarios de tramitación. Al respecto habían surgido dudas y en algunos pronunciamientos judiciales se mantuvo la responsabilidad solidaria del empresario principal por los salarios de tramitación adeudados por el contratista a sus trabajadores en casos de despidos nulos o

improcedentes (STS de 7 de julio de 1994, rec. 93/1994). No obstante, esta interpretación fue rectificada a partir de la STS de 14 de julio de 1998 (rec. 3482/1997), en la que se afirma que el empresario principal no responde de los salarios de tramitación, dado que estos no pueden ser calificados en sentido estricto como salario. Esta interpretación es la que se mantiene en posteriores pronunciamientos hasta la fecha.

Se trata, en fin, de una responsabilidad que podrá reclamarse durante el año siguiente a la terminación de la contrata; plazo de ejercicio que coincide con el común de prescripción previsto en el artículo 59.1 del ET (STS de 11 de noviembre de 2013, rec. 2674/2012). Sin olvidar que, conforme ha señalado el TS, la responsabilidad que se impone a la empresa principal no deriva del contrato, sino de la ley, de modo que se trata de una solidaridad impropia, lo que determina que el ejercicio por el trabajador de la acción de reclamación de cantidad por deudas salariales frente a su empleador no interrumpe el plazo de prescripción de la acción de la que dispone el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas a la empresa principal que contrató los servicios de la empleadora para la realización de tareas correspondientes a su propia actividad. Y ello porque:

[...] la responsabilidad solidaria de la empresa principal la impone el artículo 42.2 del ET diferenciándola en su nacimiento, duración y exigencia de la de pago de salarios que regulan los artículos 1, 26, 29 y 59 del ET en sus distintos particulares, lo que hace que no sea una obligación solidaria de las que el artículo 1.137 del Código Civil contempla y que tenga un régimen en orden a la prescripción de esa responsabilidad diferente y al que resulta inaplicable el artículo 1.974 del Código Civil en orden a la interrupción de la prescripción por la reclamación a otro (STS de 5 de diciembre de 2017, rec. 2664/2015).

En cuanto a la responsabilidad por obligaciones referidas a la Seguridad Social (Trillo, 2018), esta responsabilidad alcanza a las generadas por los contratistas o subcontratistas con la Seguridad Social en materia de cotizaciones y prestaciones. En este sentido, no cabe duda de que la responsabilidad solidaria se aplica respecto de las deudas por cuotas contraídas por la empresa auxiliar respecto de los trabajadores destinados en la contrata. Tales deudas por cuotas deben haberse generado durante el periodo de vigencia de la contrata, pues la empresa principal no responde de los descubiertos producidos con posterioridad a esa fecha. La responsabilidad solidaria alcanza también a las prestaciones de la Seguridad Social que se impongan a cargo de las empresas contratistas o subcontratistas por descubiertos en la cotización producidos durante la vigencia de la contrata. La adecuada coordinación entre lo previsto en este artículo 42.2 del ET y lo dispuesto en los artículos 142 y 168.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) permite diferenciar los supuestos de contratas de propia actividad de resto de contratas. En el primer caso, la responsabilidad por cuotas y por prestaciones es solidaria ex artículo 42.2 del ET. En el caso de contratas que no son de la propia actividad, la responsabilidad de la empresa principal es subsidiaria, condicionada por tanto a la insolvencia de la empresa contratista que incumplió sus obligaciones.

Mayores dudas suscita la posibilidad de imponer, con amparo en el artículo 42.2 del ET, la responsabilidad solidaria del empresario principal por recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo. El artículo 164 de la LGSS señala que la responsabilidad por el recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor y la doctrina judicial ha entendido que, en efecto, la imposición del recargo sobre la empresa principal deriva de su participación en la producción del accidente, esto es, del incumplimiento de las obligaciones que le corresponden como titular de la actividad y del centro de trabajo donde se produce el accidente. No se trata, pues, de responsabilidad solidaria ex artículo 42 del ET, sino de responsabilidad directa por infracción de las normas de prevención. En definitiva:

[...] es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control (STS de 14 de mayo de 2008, rec. 4016/2006).

Y ello al margen de que la contrata sea o no de la propia actividad.

Por el contrario, el artículo 42 no impone al contratista principal la obligación de responder ni solidaria ni subsidiariamente del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el contratista en materia de mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social (SSTS de 16 de septiembre de 1999, rec. 2587/1998; 14 de febrero de 2000, rec. 181/1999, y 22 de diciembre de 2000, rec. 4069/1999).

Ambas responsabilidades, por obligaciones salariales y por obligaciones de Seguridad Social, corresponden a la empresa principal respecto de los contratistas y subcontratistas, de modo que la responsabilidad se propaga hacia arriba a través de la cadena de contratas y subcontratas. Así lo ha interpretado el TS, incluso cuando la referencia legal –hasta su modificación en el 2001– no era tan clara. Se señaló, en este sentido, que:

[...] lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de Seguridad Social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena. Se entiende, en definitiva, que el artículo 42 del ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que

contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo.

3.2. Dimensión dinámica de las contrata de obras y servicios

3.2.1. Contrata de obras y servicios y contratación temporal

La diversidad de interpretaciones judiciales sobre si la celebración de una contrata o subcontrata es causa suficiente para la celebración de contratos temporales de obra o servicio quedó resuelta a través de la doctrina unificada del TS (SSTS de 15 de enero de 1997, rec. 3827/1995, y 8 de junio de 1999, rec. 3009/1998), conforme a la cual, aunque 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, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, existe, sin embargo:

[...] una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y esa es [es importante subrayarlo] 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 este.

En este sentido, continúa la citada Sentencia de 15 de enero de 1997, no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que este pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y, para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa solo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

Esta vinculación entre el contrato temporal de obra y servicio y la contrata determina que la extinción de esta sea causa válida para la finalización de aquel. Pero, a su vez, ha determinado que las distintas vicisitudes del negocio que soporta la contrata repercutan sobre los contratos temporales a través de los que se ejecuta el servicio o la obra contratada (Rodrigo, 2018, pp. 89-99). Así, la doctrina judicial ha señalado que la extinción de la contrata es causa lícita de extinción del contrato de obra cuando finaliza por transcurso del plazo contractualmente previsto de duración de la contrata o por circunstancias ajenas a

la empresa. Por el contrario, cuando la contrata finalice por voluntad de los contratistas y por causa a ellos imputable (STS de 14 de junio de 2007, rec. 2301/2006), la extinción del contrato temporal supone un despido improcedente, como ocurre en la STS de 2 de julio de 2009 (rec. 77/2007), en la que es la contratista la que pone fin a la contrata.

No puede tampoco extinguirse un contrato temporal vinculado a la duración de la contrata por la circunstancia de que la empresa principal decida que la contratista reduzca el número de trabajadores destinados a la contrata, salvo que esta posibilidad esté prevista en el convenio (como ocurre, por ejemplo, en los convenios de la construcción o de *telemarketing*) (STS de 16 de marzo de 2005, rec. 118/2003) o se haya pactado expresamente en el contrato (STS de 10 de junio de 2008, rec. 1204/2007). Esta doctrina se aplica en la STS de 16 de julio de 2014 (rec. 1777/2013), en la que empresa principal y contratista pactaron la reducción de las tareas encomendadas en la contrata, la contratista procedió al despido de 4 trabajadores al amparo del artículo 49.1 c) del ET y el TS consideró que se trataba de un despido improcedente que debía haberse articulado como despido objetivo (reiterando la doctrina fijada en la anterior STS de 8 de noviembre de 2010, dejando a salvo los casos en que se haya previsto en convenio colectivo o en el contrato).

Finalmente, también ha señalado el TS que, cuando finaliza la contrata, pero se renueva con la misma contratista, por prórroga o por nueva adjudicación, no cabe extinguir los contratos temporales celebrados al amparo de la primera, porque la necesidad de mano de obra que justificó la celebración del contrato temporal subsiste. Por eso, mientras la empresa sea adjudicataria de la contrata, subsiste la necesidad temporal de empleados y, por tanto, la vigencia del contrato continúa al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que, por disposición legal, ha de coincidir con la de las necesidades que satisface (STS de 17 de junio de 2008, rec. 4426/2006; 18 de junio de 2008, rec. 1669/2007; 23 de septiembre de 2008, rec. 2126/2007, y 28 de abril de 2009, rec. 1419/2008).

3.2.2. Fronteras de las contrata con la cesión ilegal

El concepto de cesión de trabajadores regulado en el artículo 43 del ET remite a un fenómeno complejo, en el que, como ha indicado la STS de 17 de enero de 2002 (rec. 3863/2000):

[...] el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre este y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.

La finalidad que persigue el artículo 43 del ET es, en palabras del TS (de la citada STS de 17 de enero de 2002):

[...] que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo –cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real– o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

Siendo la finalidad del artículo 43 del ET la que se acaba de indicar, es claro que los efectos que derivan del reconocimiento de una cesión ilegal no pueden diferir en función de que la cesión haya tenido lugar entre dos empresas reales o entre una empresa real y otra aparente, pues, si de lo que se trata es de que el trabajador no salga perjudicado en estas situaciones, para este es irrelevante la forma en que se comete el perjuicio; lo importante es que el perjuicio exista.

Si atendemos al enorme protagonismo cobrado por la desagregación empresarial en nuestra realidad productiva, la conexión de la figura que analizamos con los fenómenos de descentralización productiva es evidente. La huida de la estructura, la desaglomeración empresarial a través del crecimiento a base de reducir el tamaño, mediante el proceso de satelización de actividades que permiten obtener ventajas competitivas (acceso a innovaciones autónomas, reducción de costes fijos, reducción de riesgos) y ventajas operativas (sistemas *just in time*), y, en suma, el incremento del rendimiento basado en la gestión especializada son factores que explican el citado resultado.

A la anterior realidad se añaden múltiples fórmulas de gestión empresarial que se han ido desarrollando y que, en no pocas ocasiones, bordean, cuando no traspasan, la prohibición de cesión de trabajadores, únicamente permitida por nuestra legislación a las empresas de trabajo temporal, siempre y cuando se realice para atender a necesidades coyunturales de las empresas a través de contratos temporales causales. Es el caso de las llamadas «empresas multiservicios».

Su problemática ha dado lugar a numerosos problemas ligados también a la devaluación salarial y a la negativa sindical a desarrollar la negociación en la empresa (Esteve, 2019). La estrategia sindical fue contundente y se materializó en el seguimiento por las correspondientes federaciones de los nuevos convenios de empresas multiservicios impugnando aquellos en los que se encontraban indicios de vulneración de la legalidad vigente. La reacción judicial fue, también, contundente en la medida en que sobre la base de la aplicación del principio de correspondencia se procedió a la anulación de un gran número de los convenios concluidos. El ejemplo de la actuación de la Audiencia Nacional declarando nulos más de 120 convenios colectivos es elocuente al respecto (Cavas, 2019, pp. 112-119).

3.2.3. Sucesión de contratistas y sucesión de empresas

La relación entre las contratistas y la sucesión de empresas también ha estado marcada a lo largo de los años por una evolución, no tanto normativa, pues nunca ha existido una expresa previsión legal al respecto, como de interpretación judicial. Y, en este particular caso, tal evolución ha venido profundamente determinada por los criterios que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido fijando en la aplicación del derecho europeo.

Si inicialmente la doctrina judicial entendió, con fundamento en la identificación de la contratista con una unidad productiva autónoma, que los supuestos de sucesión de contratistas podían estar comprendidos en la disciplina de la sucesión de empresas (SSTS de 9 de julio de 1987 y 9 de junio de 1989), pronto esta interpretación fue superada para afirmar con rotundidad que el recurso a la contratación con empresas externas, la sucesión de contratistas o la recuperación por la empresa principal de la actividad externalizada a través de contratistas no constituían típicamente un supuesto de transmisión de empresa y, por tanto, no resultan aplicables las garantías que para este fenómeno prevé el artículo 44 del ET. Tan tajante afirmación ha ido, no obstante, completándose con sucesivas excepciones.

Por una parte, porque la doctrina del TS siempre ha advertido que esta regla general se exceptúa cuando el nuevo contratista que sucede al anterior o la empresa principal que continúa con la actividad, en los casos de reinternalización del servicio, lo hace con la misma organización productiva que empleaba el anterior –sin que resulte relevante a estos efectos que los elementos empleados para el desarrollo de la actividad económica sean o no de titularidad del contratista, pues lo relevante es que quien presta la actividad tenga disponibilidad sobre los mismos para ejecutar la actividad contratada–. De este modo, cuando la actividad empresarial que continúa con un nuevo empresario requiere de importantes elementos materiales, instalaciones o infraestructuras, la circunstancia de que el nuevo contratista desarrolle la actividad con esos mismos elementos es suficiente para apreciar la transmisión de empresa y aplicar el régimen legal previsto en el artículo 44 del ET.

Por otra parte, porque si bien el TS interpretó inicialmente que la mera continuidad del servicio por un nuevo contratista con la misma plantilla que empleaba el anterior sin ir acompañada de la transmisión de elementos productivos materiales no podía determinar una sucesión de empresa, tal interpretación ha tenido que modificarse para asumir la doctrina de la sucesión de plantillas del TJUE, conforme a la cual «en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera una actividad común pueden constituir una entidad económica» (Sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sűzen). De tal manera que, cuando se trata de actividades que descansan en la mano de obra y en las que los elementos materiales necesarios para desarrollar la actividad empresarial no resultan relevantes, el TS ha aceptado la aplicación de las garantías inherentes a la sucesión empresarial si la nueva contratista continúa prestando el servicio con un número significativo, en términos cuantitativos y cualitativos, de los trabajadores de la anterior empresa contratista (STS de 5 de marzo de 2013, rec. 3984/2011).

El último episodio en este proceso de delimitación de la aplicación de las garantías del artículo 44 del ET a los casos de creación, sucesión o extinción de contratistas ha venido marcado por la STJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo). Con esta sentencia se pone fin a una interpretación que el TS había sostenido sin fisuras respecto de la sucesión de plantillas y que limitaba su aplicación exclusivamente a los supuestos en los que la incorporación de la plantilla del anterior contratista se produzca como resultado de la libre decisión empresarial (STS de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014). Doctrina que permitía excluir la aplicación del artículo 44 del ET en aquellos supuestos en los que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo derivaba de la aplicación del convenio colectivo. En estos casos, el régimen jurídico de la subrogación operaba, según la doctrina mantenida por el TS, con el alcance subjetivo y el régimen jurídico previsto en la norma convencional, sin que resultasen aplicables las garantías que contempla el artículo 44 del ET. La citada STJUE afirma con claridad que la circunstancia de que la sucesión de plantilla se produzca como consecuencia de una obligación prevista en el convenio colectivo no impide la apreciación de una sucesión. Y así ha acabado aceptándolo el TS (SSTS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/2016, y 12 de noviembre de 2019, rec. 357/2017, entre otras), rectificando su anterior doctrina para afirmar que «el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema». De este modo, si, por aplicación de lo previsto en el convenio, se produce una sucesión de plantilla, resultarán aplicables todas las garantías del artículo 44 del ET y resultarán inaplicables las previsiones del convenio colectivo que las limiten, señaladamente las referidas al no reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores del anterior contratista y a la exclusión de responsabilidad solidaria del nuevo contratista por las deudas salariales del anterior.

Esta solución no deja, sin embargo, de abrir nuevos frentes (De la Puebla, 2018). Porque ahora parece claro que si, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo, la nueva contratista se hace cargo de la totalidad de los trabajadores que prestaban el servicio o actividad contratada con la anterior, no habrá dudas sobre la existencia de la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad. Pero no siempre ocurre así. En muchos casos, los convenios limitan la obligación de subrogación a solo un porcentaje de trabajadores, excluyen de esta garantía a los trabajadores que no alcanzan una determinada antigüedad o se limitan a establecer la obligación de que la nueva contratista incorpore a su proceso de selección a los trabajadores de la anterior. En estos supuestos, la cuestión esencial será determinar si el número y cualificación de los trabajadores en cuyos contratos se subroga la empresa entrante es suficiente para apreciar sucesión legal o no. Así lo apunta el TS cuando afirma que «son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa» y, más adelante, que:

Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

Las consecuencias de esta nueva doctrina, fijada en la STS de 27 de septiembre de 2018, no acaban ahí. Y es que en el caso de que proceda, atendiendo a la cantidad y calidad de los trabajadores transmitidos en aplicación de lo previsto en el convenio colectivo, la apreciación de una sucesión de empresa, el efecto no puede ser otro que el de extender los efectos de la subrogación a toda la plantilla afectada, al margen de si el convenio preveía exclusivamente la subrogación parcial de la plantilla. Cualquier trabajador que, en virtud de las previsiones convencionales, no tuviera derecho a la continuidad de su contrato con el nuevo contratista podrá reclamar, ex artículo 44 del ET, el mantenimiento de su relación contractual y la íntegra aplicación del régimen legal de la sucesión.

No es este el único problema que deriva de la nueva doctrina fijada en la STJUE en el asunto Somoza Hermo. En sectores cuya actividad descansa esencialmente en la mano de obra, la posibilidad de que la subrogación en la plantilla, impuesta por el convenio colectivo aplicable, conlleve la responsabilidad solidaria por deudas laborales y de Seguridad Social del anterior contratista puede retraer el interés en asumir la contrata por parte de empresas solventes del sector, no solo cuando el anterior contratista es una empresa con dificultades financieras, sino también cuando se trata de empresas poco consolidadas o de reciente creación.

Está por ver, en fin, si la negociación colectiva se resentirá de esta nueva interpretación que puede resultar, a la postre, un obstáculo para el mantenimiento de las cláusulas subrogatorias ante la previsible negativa de la representación empresarial a asumir compromisos que pueden conducir a la íntegra aplicación del artículo 44 del ET.

4. La reforma del régimen legal de la subcontratación, una tarea pendiente e inaplazable

4.1. Propositiones de ley y propuestas para la modificación del artículo 42 del ET

No es extraño, a la vista no solo de los problemas interpretativos generados por el artículo 42 del ET, sino, sobre todo, de los efectos que la descentralización productiva genera en las condiciones laborales de los trabajadores (Aragón, 2019), que la reforma del régimen jurídico de las contratas haya sido un objetivo prioritario cuando se han hecho propuestas sobre la reformulación de las normas laborales.

Son numerosos los estudios que, en este sentido, han advertido de los sustanciales cambios que se han producido en los últimos años en relación con la descentralización productiva. Cambios cuantitativos, por la generalización de esta forma de organización empresarial, pero también cualitativos, en la medida en que tal generalización ha desbordado el ámbito original de la descentralización –el sector industrial– para alcanzar significativamente al

sector servicios, a la vez que las nuevas tecnologías han dotado de un potencial multiplicador a la externalización y han agravado, como con acierto se ha señalado, las distorsiones entre el modelo normativo y la realidad (Goerlich, 2018b, p. 17). Desde esta premisa, se han sugerido desde reformas de carácter técnico, que unifiquen y clarifiquen el régimen jurídico aplicable y las medidas de tutela de los trabajadores, hasta reformas que, con mayor o menor alcance, afectan a la propia configuración del concepto de contrata y de la propia actividad, sin olvidar las propuestas referidas a las condiciones laborales aplicables a los trabajadores y al régimen de responsabilidad empresarial (Gárate, 2018; Goerlich, 2018b; Sala, Nores y Calvo, 2018, pp. 184-186).

En esa misma dirección apunta la aplicación e interpretación judicial de las previsiones normativas recogidas en el artículo 42 del ET y de aquellas otras que, fuera de este precepto, inciden en la prestación de trabajo en régimen de descentralización. La doctrina judicial ha debido dar respuesta, a partir de un marco normativo insuficiente y en cierta medida anacrónico, a los retos que la descentralización productiva ha ido planteando. Las matizaciones o correcciones que el TS ha hecho a su propia doctrina sobre la vinculación entre el contrato de obra o servicio y las contratas, la evolución sobre el concepto de contrata y de propia actividad o la aplicación de la doctrina sobre sucesión de empresas, legal y convencional, en el ámbito de las contratas son buena prueba de ello.

Desde el punto de vista político, la preocupación por los excesos derivados de la descentralización productiva y por la situación de los trabajadores que prestan servicios en contratas ha sido también una constante en los últimos años. Hasta el punto de que el planteamiento de propuestas para la modificación del artículo 42 del ET no ha esperado al inicio de los trabajos para la elaboración del prometido ET del siglo XXI.

Ya en el año 2016, el PSOE presentó, durante la undécima legislatura, una Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del ET con la finalidad de garantizar la igualdad de condiciones laborales de trabajadoras y trabajadores subcontratados (BOCG de 1 de abril de 2006, núm. 27-1). Se proponía en aquel documento, con el objetivo de evitar la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, basada en la degradación de las condiciones laborales y de la calidad del servicio prestado, añadir un nuevo párrafo al artículo 42.1 del ET en los siguientes términos:

Las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata y 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 contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales.

Esta proposición de ley se reiteró en los mismos términos tras la disolución de las Cámaras y el inicio de una nueva legislatura. Superados ciertos obstáculos procedimentales (Aragón, 2019, pp. 438-439), su tramitación parlamentaria permitió conocer la posición que sobre este tema mantenían otros grupos parlamentarios, siendo especialmente significativa la posición del grupo Unidos Podemos, que, a través de diversas enmiendas, propuso una regulación mucho más estricta de las contrata y subcontratas, que abarcaba, además, cuestiones no contempladas en el artículo 42 del ET. Se planteaba, en este sentido, una modificación del artículo 15 del ET para impedir que la celebración de una contrata amparase una contratación temporal. También la reforma del artículo 44 del ET para garantizar que cualquier proceso de externalización de actividad o de sustitución de contrata quedase amparado por el régimen legal de la sucesión de empresa, al margen de si tales supuestos resultaban o no reconducibles a una efectiva sucesión de empresa o de plantilla. En relación con el artículo 42 del ET, se proponía prohibir la subcontratación de determinadas actividades, en función de su peligrosidad y riesgo para la salud de los trabajadores; asegurar la equiparación de las condiciones laborales de los trabajadores de la contrata con los de la empresa principal mediante la aplicación del convenio de la empresa principal, en las contrata de la propia actividad, o del convenio sectorial, en el caso de contrata que no sean de la propia actividad; y fijar, en fin, un régimen de responsabilidad solidaria de la empresa principal más riguroso que el ya existente.

La reforma del régimen de la subcontratación está también presente en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (IV AENC) 2018-2020, suscrito por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las sindicales CC. OO. y UGT el 5 de julio de 2018. Los interlocutores sociales ya habían anticipado la necesidad de que el nuevo acuerdo no se limitara, como había ocurrido en los anteriores, a una negociación de las bandas salariales, sino que debía darse entrada a otros temas como la igualdad de trato y no discriminación, la prevención de riesgos laborales, la subcontratación, la formación, el contrato de relevo, el absentismo o la jubilación forzosa. El texto finalmente acordado mantuvo en lo esencial los criterios y recomendaciones del tercer acuerdo, alterando únicamente aquellos elementos que se estimaron necesitados de actualización (tales como los incrementos salariales para cada uno de los años de vigencia del acuerdo). Junto a ello, el IV AENC incorpora un conjunto de acuerdos de alcance bipartito, entre las organizaciones firmantes del mismo, pero a desarrollar en un ámbito tripartito con el Gobierno. Las partes del IV AENC emplazan a abordar una negociación a tres bandas sobre determinados elementos de las relaciones laborales y del mercado de trabajo que remiten a problemas de carácter estructural, que trascienden a los requerimientos del ciclo. Entre las materias que expresamente se identifican como objetivos para su mejora en el marco del diálogo social, se cita precisamente el artículo 42 del ET, instando a su necesaria modificación o reforma. Y ello sobre las siguientes premisas:

Entendemos que los procesos de descentralización y externalización productiva, afectados a través de diferentes modelos de subcontratación, deben ser procesos

fundamentales a la especialización productiva. En este sentido, la regulación de estos procesos de descentralización no debe incentivar una competencia desleal entre empresas, ni un deterioro de las condiciones de empleo. Para ello es necesaria una nueva regulación del artículo 42 del ET, que garantice las condiciones laborales en los procesos de descentralización productiva.

Finalmente, en el Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado 2019. Presupuestos para un Estado Social, suscrito entre PSOE y Unidos Podemos en octubre de 2018, también se recogían diversas referencias al artículo 42 del ET. En concreto, dentro del apartado 4 (Empleo: por un empleo digno, con salarios dignos) se preveía «desvincular el contrato de obra o servicio determinado de la realización de trabajo o tareas en el marco de las contrataciones, subcontratas o concesiones administrativas» (4.4), a la vez que concluir con la mayor urgencia posible la tramitación de las proposiciones de ley referidas, entre otras, a la modificación del artículo 42 del ET para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (4.6).

Desde la fecha de firma de este acuerdo hasta la disolución de las Cámaras el 5 de marzo de 2019, el Gobierno del PSOE procedió a realizar las modificaciones legales necesarias para poner en práctica algunos de los contenidos del mencionado acuerdo. Así ha ocurrido con los compromisos sobre igualdad retributiva, sobre el registro de jornada, la subida del salario mínimo interprofesional, la recuperación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años o, en fin, la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor para ambos progenitores, articulados todos ellos a través de los Reales Decretos-Leyes 6/2019, de 1 de marzo, para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Ninguna medida se ha tomado, sin embargo, en relación con el régimen de la descentralización productiva contemplado en el artículo 42 del ET, probablemente no porque se haya renunciado al objetivo de su modificación, sino porque cualquier reforma del régimen de la subcontratación, esencial como ya se ha visto en el desarrollo de la actividad económica y productiva, requiere una reflexión y un debate pausados, donde se valoren y midan con detalle todas las consecuencias que su modificación puede determinar.

La necesidad de reformar el artículo 42 del ET aparece de nuevo en el Acuerdo Unidas Podemos-PSOE, suscrito a finales de diciembre de 2019 tras las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019, en el que se sientan las bases del Gobierno de coalición que acabaría constituyéndose el 7 de enero de 2020 (Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España). La referencia es ahora mucho más escueta. No se menciona ya la desvinculación del contrato de obra y servicio con la celebración de contrataciones ni se propone modificación alguna del artículo 44 del ET. La única referencia a esta materia, concreta y contundente, prevé que «modificaremos el artículo 42.1 del ET sobre contratación y subcontratación laboral a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa».

En este punto, el acuerdo asume, en lo sustancial, la propuesta que defendió Unidas Podemos en campaña electoral, recogida en su programa (apdo. 166) en términos muy similares a los que contempla el acuerdo. Se proponía allí:

[...] limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa, de manera que los servicios propios de la empresa queden excluidos. Es decir, un hotel no puede subcontratar la limpieza de las habitaciones y una empresa que presta servicios masivos no puede subcontratar su servicio de atención al cliente.

4.2. Consideraciones finales

No parece prudente, dado que las reformas hasta ahora mencionadas, y en particular la recogida en el último acuerdo citado, consisten únicamente en meras propuestas programáticas, que se concretarán seguramente en términos más precisos, abordar en este momento su valoración y análisis detallado. Pero sí ofrecen la ocasión para aportar algunos modestos apuntes sobre la inevitable reforma de la regulación laboral de la descentralización productiva.

En este sentido, debe advertirse que, interpretada en sus términos literales, la última propuesta recogida en el programa electoral de Unidas Podemos supondría una modificación radical, no solo del artículo 42 del ET, sino del entero régimen de la descentralización productiva. De llevarse a cabo, quedarían prohibidas las contrataciones de la propia actividad –en la medida en que solo se permitiría la externalización de servicios «ajenos»– y las contrataciones de servicios que no pertenezcan a la propia actividad solo serían posibles en la medida en que se trate de servicios que requieran una especialización. Y, en esos casos, con la garantía de que los trabajadores y trabajadoras tendrán las mismas condiciones que los de la empresa matriz. Una propuesta que va mucho más allá de la recogida en la proposición de ley del PSOE, cuyo objetivo era el de garantizar la igualdad de derechos entre los trabajadores de la principal y la contratista.

Es indudable que la prestación de trabajo a través de contrataciones es uno de los factores que incide más directamente sobre la precarización del mercado de trabajo. El recurso empresarial a la descentralización productiva genera una desagregación de los trabajadores respecto de la empresa principal, una diversificación del estatuto convencional aplicable a los trabajadores que participan en el proceso productivo –por razón de su pertenencia a la empresa principal o a la contratista– que conduce a la degradación de sus condiciones laborales, y les somete a una intensa rotación y precarización de sus puestos de trabajo. La necesidad, por todo ello, de abordar la modificación o reforma de aquellos elementos que coadyuvan a esos resultados nefastos está fuera de toda discusión.

Pero esa reforma no puede prescindir de la vinculación entre la descentralización productiva y la libertad de empresa, advertida por el TS cuando afirmó que la opción empresarial

por la descentralización de parte de su actividad productiva es «una decisión plenamente lícita que corresponde a la esfera propia del principio de libertad de empresa y de la autonomía privada» (STS de 27 de octubre de 1994, rec. 3724/1993). Recientemente el TJUE, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2019 (asunto C-402/18), analizando la adecuación de una normativa italiana que prevé determinadas limitaciones en la subcontratación en el sector público con el derecho europeo, también ha señalado que la limitación legal en el recurso a la subcontratación es contraria a las directivas sobre contratación pública (Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18) y afecta a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios reconocidos en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por todo ello, la reforma del régimen jurídico de la subcontratación quizás haya de poner el acento no tanto en la limitación o prohibición del recurso a la subcontratación, que además en sí misma no tiene por qué suponer una degradación de las condiciones de trabajo, sino en las circunstancias que permiten que ese efecto se produzca. Sin olvidar, por otra parte, que algunas medidas legales ya en vigor pueden ser eficaces a tales efectos o pueden servir de modelo para una posible reforma.

Así, por una parte, es indudable que la aceptación por la doctrina judicial de la vinculación temporal del contrato de trabajo a la duración de la contrata ha favorecido la temporalidad de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, con los efectos negativos de precarización que ello supone.

No puede dejar de advertirse que dicho efecto ha quedado parcialmente amortiguado, por una parte, por la incorporación de límites legales a la duración del contrato de obra o servicio y al encadenamiento de contratos, y, por otra, por las matizaciones que progresivamente el TS ha incorporado a su doctrina inicial sobre vinculación entre la contrata y el contrato de obra o servicio.

En efecto, la limitación de la duración máxima del contrato temporal por obra o servicio a 3 años (o a 4, cuando lo prevea el convenio colectivo aplicable conforme al art. 15.1 b) ET) permite la conversión del contrato temporal en indefinido no solo en los casos en que la duración de la contrata a la que se vincula el contrato temporal supera desde el inicio dicho plazo, sino también cuando la contrata se prorroga o renueva con la misma empresa, en virtud de la doctrina judicial citada anteriormente que considera que, en estos casos, el contrato se prorroga simultáneamente con la contrata. En el mismo sentido, las previsiones del artículo 15.5 del ET sobre encadenamiento de contratos temporales pueden determinar el mismo efecto de conversión en relación de trabajo por tiempo indefinido cuando el trabajador es destinado por la misma empresa a distintas contratas con sucesivos contratos de obra o servicio.

Es evidente, además, la evolución de la doctrina del TS en relación con esta cuestión. Sin renunciar a la premisa inicial conforme a la cual la celebración de una contrata legítima

la contratación temporal de trabajadores, el tribunal ha ido progresivamente modulando su doctrina para evitar, como se ha señalado anteriormente, que la reducción de la contrata por voluntad de las empresas implicadas, su extinción *ante tempus* o cualquier otra decisión derivada de la mera voluntad de las empresas principal y/o contratista puedan actuar como justa causa de extinción del contrato de obra o servicio. Modulación de su doctrina que se ha expresado incluso con mayor claridad en pronunciamientos más recientes, en los que, aun referidos a contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma que limitó la duración del contrato de obra o servicio, el TS ha apelado al «carácter excepcional de la doctrina sobre contratos temporales por adscripción a una contrata» (STS de 28 de noviembre de 2019, rec. 3337/2017) para recordar que la legitimidad de la contratación temporal vinculada a una contrata no exime de cumplir con los presupuestos generales de esta modalidad, en particular que la obra o servicio que constituya su objeto presente autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, de modo que, cuando tal autonomía se desdibuja al convertirse en una actividad que, por su reiteración, evidencia que la empresa la ha incorporado a su habitual quehacer, se desnaturaliza la contratación temporal y se pervierte su objeto y finalidad (STS de 5 de marzo de 2019, rec. 1128/2017).

Sin restar importancia a estos cambios normativos e interpretativos, subsisten dificultades para asegurar la conversión del contrato de obra en indefinido. Así, la interrupción entre la finalización de una contrata y el inicio de la siguiente, aun con el mismo contratista, puede impedir la aplicación del límite máximo de duración del contrato temporal. Del mismo modo, la renovación de la contrata con el mismo contratista, pero con un objeto diferente, puede también resultar un obstáculo para asegurar la estabilidad de los trabajadores. O, en fin, la contratación del mismo trabajador *ex novo* por el nuevo contratista impide la inaplicación del artículo 15.5 del ET (Montoya, 2018, pp. 286-287). Las matizaciones que el propio TS ha incorporado en su doctrina sobre vinculación entre contrato de obra y servicio y contrata resultan también insuficientes para dotar a los trabajadores afectos a la contrata de la suficiente certidumbre sobre la naturaleza de su contrato.

De ahí que la reforma del régimen de la subcontratación requiera un replanteamiento de esta cuestión, íntimamente conectada con la precariedad del trabajo en contratas. Replanteamiento que pasa probablemente por superar la consideración de la contrata como una obra o servicio dotado de autonomía o sustantividad y, con ello, prohibir la celebración de contratos temporales para cubrir la actividad contratada.

Por otro lado, en la línea de evitar la degradación de las condiciones laborales de los trabajadores de las contratas y subcontratas, la LCSP puede ofrecer un modelo sobre el que reconstruir la regulación del trabajo en contratas. Además de otras referencias expresas, su artículo 122.2 establece como contenido obligatorio de los pliegos administrativos «la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación», imponiendo así a los contratistas la obligación de remunerar a sus trabajadores como mínimo en los términos fijados en el convenio colectivo del sector. La obligatoriedad de que las empresas contratistas apli-

quen el convenio sectorial puede ser una fórmula adecuada para evitar que la competencia en el mercado de las contratas se haga a costa de los salarios de los trabajadores a través de la negociación salarial a la baja en los convenios colectivos de empresa (Gimeno, 2018, pp. 161-169). Esta medida, o la equiparación de derechos entre los trabajadores de la empresa principal y de la contratista a través de la aplicación a estos últimos del convenio colectivo de la principal (Nores, 2020, p. 360), puede actuar, además, como contención para las empresas multiservicios que, en muchos casos, se han dotado de convenio propio para aplicar los salarios allí previstos, amparadas por una doctrina judicial errática y poco concluyente en cuanto a la determinación del convenio aplicable a los trabajadores de estas empresas.

No parece tampoco inoportuno replantearse la posibilidad de extender la responsabilidad de la empresa principal por las deudas de las contratistas respecto de sus trabajadores, al margen de si se trata o no de subcontratación de la propia actividad. Indudablemente, ello supone devaluar el concepto de propia actividad, que perdería relevancia al menos a efectos de la extensión y naturaleza de la responsabilidad de la empresa principal. Y es que, en cualquier caso, sea o no propia actividad, la empresa que descentraliza se beneficia del esfuerzo productivo de los trabajadores de la contratista. La responsabilidad compartida de la empresa principal y la contratista incentiva una elección diligente y una vigilancia constante por la empresa comitente respecto de las empresas contratistas y permite asignar equitativamente los costes laborales y sociales, extendiendo las consideraciones que en su momento se hicieron para las contratas de propia actividad (Martín, 1988, p. 264). Una ampliación de la responsabilidad de la empresa principal que, además, debería extenderse a todas las obligaciones laborales, y no solo a las de carácter salarial, en sintonía con las previsiones aplicables a la cesión ilegal y a la sucesión de empresas.

El convenio colectivo debe seguir jugando, además, un papel esencial en la protección de los trabajadores que prestan servicios en sectores sometidos a contratación y subcontratación. La nueva doctrina judicial sobre la subrogación convencional, de directa aplicación al ámbito de la descentralización productiva mediante subcontratación, puede provocar, como ya se ha señalado, la desaparición de este tipo de cláusulas en los convenios colectivos, con el perjuicio evidente para la estabilidad del empleo de trabajadores en sectores sometidos a una alta rotación y donde ni los requerimientos materiales ni la cualificación profesional son relevantes. Pero la solución contraria, el mantenimiento de las cláusulas de subrogación convencional, con la consecuencia ya conocida de aplicación del completo régimen de garantías del artículo 44 del ET, y en particular la extensión de la responsabilidad solidaria al nuevo contratista por deudas laborales y de Seguridad Social del anterior, está provocando, como se apuntó anteriormente, desajustes en el mercado por la reticencia de empresas solventes y consolidadas a suceder a empresas que no ofrezcan garantías de solvencia y cumplimiento de sus obligaciones. Se mire por donde se mire, ninguna de las alternativas resulta razonable.

Quizás, por ello, puede valorarse la oportunidad de generalizar la solución que apunta, de nuevo, el artículo 130.6 de la LCSP cuando prevé que:

[...] el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.

En defecto de una responsabilidad solidaria aplicable a todo tipo de contrata, la posibilidad de imponer a la empresa principal la obligación de retener temporalmente parte de los pagos que adeude a la contratista para, en su caso, destinarlos al abono de salarios o deudas con la Seguridad Social puede suponer una garantía no solo para los trabajadores, sino para las empresas interesadas en asumir la prestación del servicio con la misma plantilla de trabajadores.

En otro orden de cosas, una reforma del régimen de la descentralización productiva no puede hacerse al margen de una realidad empresarial en la que el valor de la organización económica reside no ya en las infraestructuras, ni siquiera en la propia plantilla, sino en activos intangibles. La STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-194/18, Dodič), aunque referida a un supuesto de sucesión de empresa, ofrece un buen ejemplo de la importancia que estos elementos están llamados a jugar en una sociedad y una economía cada vez más tecnológica, más digital y más virtual. Una regulación de la descentralización productiva en un ET del siglo XXI no puede hacerse al margen de esta realidad.

Llama la atención, finalmente, que haya quedado completamente fuera del debate y de las propuestas de reforma cualquier referencia a los derechos colectivos de los trabajadores que prestan servicios en régimen de contrata y subcontrata. Ciertamente, las previsiones contenidas en el artículo 42 del ET sobre esta cuestión no han generado especial litigiosidad, sin perjuicio de algún pronunciamiento del TS sobre el alcance de los derechos de información de los representantes de los trabajadores (STS de 27 de febrero de 2019, rec. 218/2017). Pero diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) y del TS (STC 75/2010, de 19 de octubre; SSTC de 23 de enero de 2017, rec. 60/2016, y 16 de noviembre de 2016, rec. 59/2016) han puesto de manifiesto las peculiaridades que plantea el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de contrata y subcontrata, revelando así el reto que supone hacer efectivo el derecho de estos trabajadores a ejercer medidas de conflicto colectivo eficaces (Goerlich, 2018a). Un ejemplo más de que la reforma del trabajo en organizaciones productivas descentralizadas excede del marco del artículo 42 del ET.

Referencias bibliográficas

- Aragón Gómez, C. (2019). Trabajo en contratas. Análisis de las circunstancias que han motivado la Proposición de Ley de modificación del art. 42 ET y su urgente necesidad de reforma. En A. de la Puebla Pinilla y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (pp. 401-446). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castillo Alonso, J. J. (1988-1989). La división del trabajo entre empresas. *Sociología del Trabajo*, 5, 19-40.
- Cavas Martínez, F. (2019). *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cruz Villalón, J. y Rodríguez Ramos, P. (2016). Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios. En J. Cruz, I. García-Perrote, J. M.^a Goerlich y J. R. Mercader (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (pp. 522-541). Valladolid: Lex Nova.
- Esteve Segarra, A. (2019). *Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*. Albacete: Bomarzo.
- Gárate Castro, J. (2018). Descentralización productiva y derecho del trabajo. En *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 25-68). Madrid: Cinca.
- Gimeno Díaz de Atauri, P. (2018). Cuan-tía salarial y niveles de contratación. En J. M.^a Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)* (pp. 148-169). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Goerlich Peset, J. M.^a (2000). Determinación del supuesto: la noción de contrata y sub-contrata de obras y servicios. En *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno* (pp. 77-107). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Goerlich Peset, J. M.^a (2018a). Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva. En *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 175-198). Madrid: Cinca.
- Goerlich Peset, J. M.^a (2018b). Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas. En M. López Balaguer (Coord.), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo* (pp. 13-34). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Abelleira, F. J. (2019). El concepto de propia actividad en la regulación laboral de la contrata. En A. de la Puebla Pinilla y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (pp. 377-399). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martín Valverde, A. (1988). Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios. En E. Borrajo Dacruz (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (pp. 209-275). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Martín Valverde, A. (2003). Protección jurídica del trabajo en contratas: la norma y la realidad normada. *Documentación Laboral*, 68, 5-22.
- Mercader Uguina, J. R. (2016). Subcontratación de obras y servicios. En AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*.

- Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 799-809). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montoya Medina, D. (2018). Trabajo en contratos e inestabilidad en el empleo. En M. López Balaguer (Coord.), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo* (pp. 281-296). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nores Torres, L. E. (2020). El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 ET. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1(10), 343-363.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2000). Filiación. Grupos de empresas. En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 627-666). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Puebla Pinilla, A. de la. (2005). *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Puebla Pinilla, A. de la. (2018). Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional. Reflexiones a partir de la STS de 27 de septiembre de 2018. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 48, 108-118.
- Rodrigo Sanbartolomé, F. A. (2018). *Descentralización productiva y estabilidad en el empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sala, T., Nores, L. E. y Calvo, E. (2018). La subcontratación. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 177-186). Madrid: Francis Lefebvre.
- Trillo García, A. R. (2018). Responsabilidades en la subcontratación en materia de Seguridad Social. En *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 121-173). Madrid: Cinca.