

La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre

Section 42 ET Amendment

Luis Enrique Nores Torres*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-6128-8552

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6640>

Resumen: El Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha modificado distintos preceptos del *Estatuto de los Trabajadores*, entre ellos, el art. 42, que impone sobre el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios pertenecientes a su propia actividad una responsabilidad solidaria sobre ciertas obligaciones contraídas por el contratista y el subcontratista con sus trabajadores, siempre que hayan nacido durante la vigencia de la contrata. El objeto de este trabajo es dar cuenta de los cambios introducidos por la reforma en esta institución.

Palabras clave: externalización, descentralización productiva, contratas de propia actividad, responsabilidad solidaria, reforma legislativa.

Abstract: Real Decreto Ley 32/2021, December 28 th, has modified different parts of the *Estatuto de los Trabajadores*, among them, section 42. That section sets up over the employer who outsource his production a joint and several liability on certain obligations contracted by the contractor and the subcontractor with their workers, but just in case that these obligations were born within the term of the outsourcing. The purpose of this paper is to outline the contour and content of the legislative reform on section 42 ET.

Keywords: outsourcing; core business; jointly and several liability; legislative reform.

1. Introducción

1. La reforma del régimen de la contratación y subcontratación de obras y servicios, contenido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), era algo “esperado” desde hacía algún tiempo, tanto en el sentido de “creencia” como en el de “esperanza” según los significados que asigna el diccionario de la RAE al término entrecomillado en sus dos primeras acepciones¹.

*lenores@uv.es

¹ Esperar, del latín *sperare*: 1. Tr. Tener esperanza de conseguir lo que se desea. 2. Tr. Creer que ha de suceder algo, especialmente si es favorable.

1.1. En efecto, debe tenerse en cuenta que el precepto indicado ha tenido una cierta estabilidad normativa a lo largo de su vigencia, sin que los rasgos esenciales del mismo hayan experimentado grandes alteraciones desde el ET de 1980 hasta nuestros días. En este sentido, las previsiones contenidas en dicho cuerpo normativo, procedentes de normas previas, pasaron sin alteraciones al texto refundido de 1995. Con posterioridad, las reformas que incidieron en el artículo señalado, llevadas a cabo en los años 2001, 2006 y 2012², ni modificaron su presupuesto aplicativo (la existencia de una contrata perteneciente a la propia actividad), ni su consecuencia jurídica esencial (el establecimiento de una responsabilidad solidaria del comitente respecto las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por el contratista durante la vigencia de la contrata), sino que tuvieron un alcance mucho más limitado, afectando tan sólo a ciertas cuestiones de carácter técnico-gramatical, al límite “material” de la responsabilidad del principal (supresión de la referencia al límite de “*lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo*”), a los derechos de información, consulta y participación ligados a estos fenómenos y al plazo de exigibilidad de la responsabilidad en materia de Seguridad Social.

1.2. La mencionada estabilidad normativa, desde luego, ha repercutido en que la reforma del marco regulador de la subcontratación se apreciase como algo necesario. Y es que, junto a las habituales dudas aplicativas e interpretativas que genera todo precepto, el tiempo transcurrido desde sus orígenes había ido provocando un profundo distanciamiento entre la norma y la realidad normada, de manera que resultaba preciso ajustarlo, por un lado, al actual panorama productivo, con una descentralización muy distinta a la que había servido de referente al legislador tanto en términos cuantitativos como cualitativos; por otro, a las necesidades derivadas de ese nuevo marco, singularmente, tratando de superar la visión de la norma como un mecanismo protector frente eventuales situaciones de insolvencia o inconsistencia económica, dotándola de medidas que permitieran atajar la precariedad del sector.

2. Esta necesidad de una reforma sistemática del precepto había calado en algunos partidos políticos y en los interlocutores sociales, manifestándose en diferentes propuestas que, con diverso alcance, se habían ido produciendo a lo largo de los últimos años; por supuesto, tampoco el debate doctrinal sobre la materia ha permanecido al margen, sino que, bien al contrario, ha sido muy vivo.

2.1. En todo caso, si nos centramos en el primer terreno³, el repaso a las propuestas más significativas habidas desde la última modificación del precepto en el año 2012 debe tomar como punto de partida la proposición de ley presentada por el PSOE en abril de 2016, durante la XI Legislatura, con

² RDL 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, y posterior Ley 12/2001, de 9 de julio; RDL 6/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, y posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre; Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

³ Las aportaciones doctrinales sobre la materia son muy abundantes por lo que su cita detallada se presenta como algo complejo, con el riesgo de incurrir en lamentables olvidos; no obstante, a mi juicio, los términos del debate se pueden reconstruir con tres grandes aportaciones: por un lado, con las ponencias y comunicaciones presentadas en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la AEDTSS, celebradas en Santiago de Compostela en 2018, publicadas en el volumen coordinado por la AEDTSS bajo el título *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid, CINCA, 2018; asimismo, por su alcance específicamente propositivo, SALA FRANCO, Tomás; NORES TORRES, Luis Enrique; CALVO RODRÍGUEZ, Esteban, “La subcontratación”, en: SALA FRANCO, Tomás, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2018, pp. 177-186; en fin, por su contenido y carácter reciente, resulta ineludible la cita a DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 444, 2020, pp. 125-156.

la que se perseguía redefinir el ámbito de aplicación del precepto, dotando de un significado algo más preciso a la expresión contrata de propia actividad, así como avanzar en la equiparación de condiciones de los trabajadores de la contratista con las aplicadas a los trabajadores de la empresa principal⁴. La iniciativa caducó con la disolución de las Cortes y se volvió a presentar en idénticos términos en septiembre de 2016, durante la XII Legislatura⁵. Esta “segunda” iniciativa, al margen de una tramitación “compleja”⁶, tuvo una serie de enmiendas que proponían, además de una redacción diversa y una delimitación más precisa del supuesto, la adopción de cambios mucho más profundos no solo en materia de responsabilidades (ya no limitadas a la materia salarial) y de condiciones aplicables en los supuestos de descentralización vía contrata (equiparación a los trabajadores de la empresa principal si eran de propia actividad; al convenio de sector de la actividad contratada en caso contrario), sino también a otros aspectos relacionados con la subcontratación, como desvincular la contratación temporal de las contrataciones o la interacción con el art. 44 ET en los casos de sucesión⁷. La reforma del art. 42 ET reaparece en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2018, donde se insta al Gobierno para la modificación del precepto de manera que no se incentive la competencia desleal entre empresas, ni la degradación de las condiciones de empleo, resultando imprescindible la garantía de las condiciones laborales⁸ y desde ahí se retoma en el Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social de octubre de 2018.

No obstante, la legislatura se cerró sin ningún avance en la materia y hay que esperar a los acuerdos alcanzados tras las elecciones generales de noviembre de 2019 para encontrar nuevos movimientos en este terreno. Así, en el Acuerdo “Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España”, suscrito entre Unidas Podemos y el PSOE el 30 de diciembre de 2020 para conformar las bases del gobierno de coalición, está presente la referencia al propósito de modificar el art. 42 ET “*a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa*”, es decir, en unos términos mucho más parcos de lo que se había discutido hasta ese momento y a la vez con una orientación un tanto diversa, asumiendo un tono restrictivo en el uso de la figura. En fin, la reforma del régimen de subcontratación está presente también en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021 y aprobado por las instituciones europeas el 13 de julio de 2021, en concreto, se trata de una de las reformas identificadas en el Componente 23 sobre “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”.

2.2. La lectura de estos materiales, así como de las distintas elaboraciones doctrinales, permite identificar los principales puntos en los que se centraba el debate de la reforma de la institución. El contenido de tales propuestas podría ordenarse sistemáticamente en tres grandes aspectos.

- a) Un primer foco de atención era el relativo a la propia admisibilidad o no del recurso a la descentralización y las eventuales restricciones, más o menos intensas, al empleo de estos

⁴ Proposición de Ley 122/000020, presentada por el Grupo Socialista, sobre modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, BOCG de 1 de abril de 2016, núm. 27-1.

⁵ Proposición de Ley 122/000015, presentada por el Grupo Socialista, sobre *modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados*, BOCG de 9 septiembre de 2016, núm. 25-1.

⁶ Al respecto, debe recordarse el veto del Partido Popular a su tramitación sobre la base de la alteración de su política presupuestaria, el rechazo de la Mesa del Congreso al veto y el conflicto constitucional promovido por el Gobierno que desembocaría en la STC 44/2018, de 26 de abril.

⁷ Enmiendas a la proposición 122/000015 (reforma del art. 42 ET), presentadas por el Grupo Confederal Unidos-Podemos -En Comú Podem-En Marea, BOCG 3 de mayo de 2017, núm. 25-4.

⁸ Resolución de 17 de julio de 2018 de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el texto del IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, BOE 18 de julio de 2018.

- modelos organizativos. En efecto, alguna de las propuestas había pretendido limitarlo a servicios muy específicos y, en todo caso, negarlo en ciertas actividades consideradas como peligrosas.
- b) Una segunda cuestión de gran relevancia ha sido la relacionada con la delimitación del supuesto de hecho, en concreto, la determinación del significado atribuible al término “contrata” y a la expresión “propia actividad”. Aquí, las propuestas barajadas han oscilado desde los intentos definitorios con pretendidas dosis de mayor precisión, más o menos afortunados, hasta el cambio de criterio determinante de la aplicación del precepto o, incluso, la extensión de las previsiones a todo fenómeno de subcontratación.
 - c) En fin, el tercer gran eje era el atinente a la determinación de las consecuencias jurídicas vinculadas al fenómeno. Los términos del debate en este caso parten de la delimitación de la responsabilidad solidaria existente en materia salarial y de seguridad social y la eventual modificación de su naturaleza, alcance y extensión (¿solidaridad o fianza solidaria?; ¿solidaridad o subsidiariedad?; ¿salariales o laborales?), pero también plantean la imposición de una eventual equiparación de las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la contratista con las que se aplican a los trabajadores de la empresa principal, o la garantía de la aplicación del convenio sectorial, bien de la empresa principal, bien de la actividad contratada.

2. La reforma del art. 42 ET: el apartado sexto tras el RDL 32/2021

3. En este contexto, la reforma introducida por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, tiene un alcance mucho menos ambicioso (o, si se prefiere, más limitado) de lo que apuntaban las propuestas previas, incluso, los antecedentes inmediatos.

3.1. De entrada, hay un conjunto de modificaciones en el lenguaje empleado por el precepto que, en gran medida, responden al objetivo de ajustarlo para tratar de superar el uso sexista y no inclusivo del mismo. En este sentido, el término “trabajador/-es” se sustituye por “persona/-s trabajadora/-s”; las expresiones “representantes legales de los trabajadores” o “representación legal de los trabajadores” por “representación de las personas trabajadoras” o “representación de personas trabajadoras”⁹; o, más significativo, la frase relativa a las obras contratadas por “un cabeza de familia” se sustituye por la de las obras contratadas “por una persona” respecto su vivienda, con independencia del género, pero también del tipo de hogar. Igualmente, a este objetivo responde el reemplazo del vocablo “empresario” por “empresa” o, en la misma línea, la de la referencia al (empresario) contratista o subcontratista por “la empresa contratista o subcontratista” (eso sí, con algún olvido, como en el art. 42.2.I ET, donde se mantiene una referencia a las obligaciones contraídas por “los” contratistas y subcontratistas) u otras similares, como la de “aquellos” (empresarios) por “aquellas” (empresas) o “dichos” (empresarios) por “dichas” (empresas).

3.2. Pero, sin lugar a dudas, el cambio más relevante es el nuevo apartado sexto del art. 42 ET que, al margen de desplazar un número los apartados 6 y 7 (ahora 7 y 8), trata de resolver la espinosa cuestión relativa al convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista en unos términos algo complejos:

⁹ En este último caso, la falta del artículo femenino plural “las” antes de personas trabajadoras parece un olvido.

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

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

4. Así pues, ningún cambio se introduce en otras cuestiones de relevancia que, según se ha apuntado, habían integrado el debate previo a la reforma, no solo en el terreno doctrinal, sino sobre todo en el ámbito político y en el parlamentario. En efecto, ninguna restricción aparece en cuanto a los supuestos en los que cabe recurrir a la descentralización vía contrata; ninguna modificación en cuanto al ámbito de aplicación del precepto y su delimitación; ninguna modificación tampoco en la regulación del supuesto “exonerador” de responsabilidades; ningún cambio en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad o su extensión; sin rastro de la imposición de la equiparación de condiciones al estilo de la LETT. En definitiva, el resultado final es mucho más limitado de lo que se pensaba y se ciñe a esa determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista y a esa apuesta por el convenio sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o en la subcontrata, si bien acompañada de una serie de excepciones que están presentes en el propio precepto y en la nueva disposición adicional vigesimoséptima. En todo caso, antes de descender a la interpretación de estas previsiones, resulta preciso afrontar como cuestión previa la relativa al alcance de los mandatos contenidos en el precepto.

2.1. El alcance del art. 42.6 ET: ¿contratas o contratadas de propia actividad?

5. En efecto, una primera cuestión que debe resolverse se relaciona con el alcance material del precepto, en concreto, si resulta aplicable únicamente a las contratadas en las que concurre la nota de la propia actividad o, diversamente, a todo tipo de contrata, sean o no de la propia actividad.

5.1. En el primer sentido, se podría argüir que la tutela dispensada por el art. 42 ET para los trabajadores que prestan servicios a través de una contrata, consistente en la imposición de una responsabilidad solidaria, se prevé tan solo para los supuestos en que la misma pertenezca a la propia actividad; por su parte, las previsiones aplicables a todo tipo de contrata se relacionan con ciertos aspectos “colectivos”, como los derechos de información, las actividades de representación o el ejercicio del derecho de reunión¹⁰. Así las cosas, la nueva previsión entroncaría más con el primer tipo de contenidos y, en consecuencia, requeriría de la concurrencia del requisito de la propia actividad para desplegar su eficacia. En esta línea se han pronunciado algunos autores que aportan argumentos adicionales en defensa de su postura¹¹: por un lado, se ha razonado sobre la base del “*iter legislativo*” del precepto, en concreto, destacan el dato de que en el último borrador del precepto, tras indicarse que a los trabajadores de la contratista se les aplicaría el convenio sectorial de la actividad contratada desarrollada en la contrata o subcontrata, se incluía la frase “*corresponda esta a*

¹⁰ Estas previsiones se introdujeron con la reforma de 2001 y, desde las primeras interpretaciones, se consideró que resultaban aplicables a todo tipo de contrata. Al respecto, *vid.* CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo”, EN: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; CAMPS RUIZ, Luis Miguel; GOERLICH PESET, José M.^a, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 69-72.

¹¹ DE CASTRO MARÍN, Emilio, “La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?”, *Diario La Ley*, 30 diciembre 2021, pp. 14 y ss.

la actividad propia de la principal o a otra distinta”, con lo que la supresión de tal referencia abonaría la tesis de que la previsión se dirige ahora tan solo a las contratadas de propia actividad; por otro lado, también se acude a la nota de prensa sobre la reforma publicada por la vicepresidencia segunda, el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en la que literalmente se indica “*La nueva norma regula, por tanto, en base a la actividad propia de la empresa. En el caso de que realice actividades esenciales para el desarrollo de la empresa se aplicar (sic) a las personas trabajadoras el convenio sectorial de la actividad que desarrolla la contrata o subcontrata*”¹². En fin, la propia Exposición de Motivos del RDL 32/2021, al ejemplificar sobre las situaciones que se pretenden atajar, lo hace recurriendo a un supuesto de propia actividad, como es la labor desarrollada por las “camareras de piso”.

5.2. No obstante, estos razonamientos no son decisivos e, incluso, algunos de ellos también podrían ser empleados en sentido contrario y, de ese modo, sostener que el nuevo apartado resulta aplicable a todo tipo de contrata y no solo a aquellas en las que concurra la nota de la propia actividad. Por lo demás, este segundo entendimiento contaría con argumentos adicionales para su defensa.

- a) De entrada, en el primer sentido, cabe indicar que, si se acude a los trabajos preparatorios, en alguna de las propuestas formuladas no solo se aludía a los “dos tipos de contratadas” (las pertenecientes a la propia actividad y las restantes), sino que además se les dispensaba de un régimen diverso: en las primeras se aplicaba el convenio de la empresa principal; en las segundas, el sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, que es justo la solución que recoge el art. 42.6 ET. Ello pondría sobre la pista de que la solución adoptada es la que se barajaba para las contratadas ajenas a la propia actividad, luego no parece extraño que se aplique a toda contrata. Por lo que respecta a la nota de prensa, al margen de que no tiene un valor jurídico, lo cierto es que contiene diversas imprecisiones; sin ir más lejos, la aplicabilidad del convenio de empresa se vincula al dato de que éste sea más favorable, algo que, aun siendo muy conveniente, no aparece en el texto aprobado. Por último, en cuanto a la exposición de motivos, a pesar de que el ejemplo proporcionado en la misma (camareras de pisos) se relacione con una contrata que tendría acomodo en la noción de propia actividad, lo cierto es que a lo largo de la misma resulta evidente la pretensión del legislador de atajar la precariedad en las contratadas sobre actividades auxiliares, pertenezcan o no al ciclo productivo de la empresa principal.
- b) Ello enlaza con los argumentos adicionales para sostener el alcance general del precepto, pues, precisamente, el primero sería el de la *ratio legis*. Y es que, según se ha avanzado, la finalidad perseguida por la norma sería la de atajar los abusos que se cometen en este tipo de actividades, por lo que no tendría sentido dejarlas al margen. En segundo lugar, la ubicación sistemática del precepto también abona esta interpretación, ya que aparece situado entre dos bloques de apartados cuya aplicación alcanza a todo tipo de contrata (apartados 4 y 5, sobre obligaciones informativas, y apartados 7 y 8, sobre ejercicio de los derechos de representación y el derecho de reunión)¹³.

¹² La nota aparece en: <https://documentacion.eu/notas-de-prensa/2021/20211228-Nota-de-prensa-reforma-laboral.pdf>, [consulta:30 de diciembre de 2021].

¹³ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi, “La nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contratadas y subcontratadas y el “trabajo externalizado” (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)”, en: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratadas-y-subcontratadas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>, [consulta: 29 de diciembre de 2021].

2.2. El contenido del art. 42.6 ET

6. Una vez delimitado el alcance del precepto, se puede descender al análisis de su contenido. Y al respecto, de entrada, cabe señalar que el art. 42.6 ET se estructura sobre una suerte de “regla general” –el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata– y unas excepciones recogidas en el propio precepto, a las que hay que añadir la presente en la nueva Disposición Adicional 27ª ET introducida por el apartado quince del artículo primero del RDL 32/2021. La regulación, a mi juicio, arranca del intento por resolver un problema “concreto” que se presenta en un espacio específico, elevando la solución a categoría general, con los problemas que este método acarrea.

6.1. En este sentido, el punto de partida sería el de la precarización de las condiciones laborales, singularmente, cuando la externalización se efectúa por medio del recurso a empresas multiservicios.

6.2. A partir de ahí, la solución general que intenta proporcionar para atajar el problema –aplicación del convenio sectorial de la actividad contratada– se aplica a todo tipo de contrata, con independencia de que se efectúe a través una empresa multiservicios o no, eso sí, con unas excepciones algunas de las cuales podrían poner en peligro el objetivo perseguido.

2.2.1. La regla general: aplicación del convenio sectorial de la actividad contratada

7. En efecto, tal y como se ha avanzado, el punto de partida que adopta el precepto es el de la aplicación a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista del convenio sectorial correspondiente a la actividad contratada. Así, si se ha encomendado la limpieza, será el convenio de limpieza; si se ha encomendado la restauración colectiva, el de colectividades; si fuese vigilancia, el de empresas de seguridad, etc.; y ello con independencia de la actividad que desarrolle la empresa principal.

7.1. Así pues, la solución escogida se aparta de aquellas propuestas iniciales que apostaban por la aplicación del convenio que regía para la empresa principal o de aquellas otras que matizaban en función de que la contrata fuese de propia actividad (aplicación del convenio de la empresa principal) o no lo fuese (aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata), asumiendo la que había sostenido la jurisprudencia previa para la descentralización efectuada por medio del recurso a empresas multiservicios¹⁴. En este sentido, refrenda las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo que habían atajado las loables maniobras efectuadas desde ciertos convenios de sector dirigidas a extender su radio de acción hacia todas las empresas que actuasen en el mismo, con independencia de la actividad desarrollada, precisamente para poner freno a la precariedad¹⁵. Igualmente, va en línea con las previsiones presentes en la Ley de Contratos del Sector Público, donde también se apuesta por la aplicación de las previsiones contenidas en el convenio sectorial, si bien en dicho terreno se efectúa de un modo más incisivo, a juzgar por las previsiones contenidas en los arts. 122, 149 y 202 de la LCSP. Por lo demás, se trata de una solución que también está presente en algunos modelos de derecho comparado, pertenecientes a sistemas de relaciones laborales de nuestro entorno próximo como, por ejemplo, Italia¹⁶.

¹⁴ STS de 11 de junio de 2020 (Rº 9/2019, Sala de lo Social).

¹⁵ SsTS de 12 de febrero de 2021 (Rº 2839/2019, Sala de lo Social) y de 11 de noviembre de 2021 (Rº 3330/2019, Sala de lo Social).

¹⁶ Al respecto *vid.*, NORES TORRES, Luis Enrique; PENSABENE LIONTI, Giuseppina, “El alcance aplicativo del art. 42 ET: algunas propuestas a la luz del derecho comparado”, en: AEDTSS, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Vol. 2, Madrid, CINCA, 2018.

7.2. Con todo, en términos de lucha contra la precariedad, todavía queda lejos de la aspiración a la eliminación de la desigualdad en trabajos de igual valor y a la equiparación de condiciones, presentes en algunas propuestas iniciales y en la propia exposición de motivos, pues la medida aprobada es mucho más limitada, ya que se ciñe a apostar por la aplicación del convenio correspondiente al sector de la actividad desarrollada, lo que no es necesariamente negativo; con todo, ello se acompaña de una serie de excepciones que pueden restar efectividad a la medida y al objetivo pretendido.

2.2.2. Las excepciones al mandato general

8. Y es que, la aplicación del mandato general contenido en el art. 42.6 ET cede en una serie de circunstancias previstas en el propio precepto a las que hay que añadir otra recogida en la nueva Disposición Adicional 27ª ET.

8.1. La primera excepción aparece en el primer apartado del art. 42.6 ET, donde se alude como salvedad a la existencia de “...otro convenio sectorial conforme a lo establecido en el título III”. La alusión, tildada de “enigmática” por algunos autores, permite que se aplique un convenio sectorial diverso al de la actividad contratada o subcontratada, eso sí, en la medida en que así resulte de “lo establecido en el título III”, algo que cabrá interpretar como una referencia, fundamentalmente, a los arts. 83, 84 y 86 ET. A partir de ahí, surge la duda relativa a qué convenio se refiere.

En este punto, en principio, cabría entender que ese otro convenio sectorial podría ser el del sector al que pertenece la empresa principal o comitente, si bien ello iría en contra de las últimas soluciones alcanzadas en sede jurisprudencial y a las que ya se ha aludido en otro lugar de este trabajo¹⁷: externalizada la actividad de limpieza por un establecimiento hostelero, se considera aplicable a los trabajadores afectos a la contrata el convenio colectivo de limpieza y no el de hostelería.

Así pues, cabe apostar por una segunda posibilidad, de conformidad con la cual ese otro convenio sectorial bien podría ser un convenio de sector que fuese aplicable a las contratistas o subcontratistas. Desde esta perspectiva, la previsión apenas tendría trascendencia para aquellas empresas que desarrollan exclusivamente la actividad cuya ejecución han recibido como encargo, pues “su” convenio sectorial, sería el mismo convenio sectorial de la actividad contratada o subcontratada; en cambio, sería relevante para aquellas empresas que desarrollan diversos tipos de actividades auxiliares, como las multiservicios o los centros especiales de empleo, si bien estos últimos quedan al margen de la aplicación del precepto por acción de lo establecido en la nueva DA 27ª ET. Por lo tanto, la finalidad de la excepción casi quedaría limitada a dejar la puerta abierta a un eventual futuro convenio sectorial para empresas multiservicio.

8.2. Los términos de la segunda excepción (*No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del art. 84*) determinan que se pueda aplicar el convenio propio de la empresa contratista, eso sí, en los términos del art. 84 ET. Esta previsión, contenida en el párrafo segundo del art. 42.6 ET, se está interpretando como que, teniendo en cuenta la nueva regulación de la prioridad aplicativa del art. 84.2, los aspectos salariales serán siempre los del sector. Y, sin embargo, por hipótesis, ello no tiene por qué ser necesariamente así, pues no hay que olvidar que el art. 84.2 ET aparece como una excepción a lo

¹⁷ SsTS de 12 de febrero de 2021 (Rº 2839/2019, Sala de lo Social) y de 11 de noviembre de 2021 (Rº 3330/2019, Sala de lo Social).

establecido en el art. 84.1 ET, donde se prohíbe la concurrencia y se concede prioridad al convenio anterior en el tiempo¹⁸.

Así las cosas, a mi juicio y con las cautelas oportunas, si el convenio de empresa fuese previo, se aplicaría este sobre el sectorial (incluidos los aspectos salariales), según se deriva del art. 84.1 ET, con independencia de su contenido; diversamente, si el convenio de empresa fuese posterior, podrá resultar aplicable, pero teniendo en cuenta el juego limitado que tiene ahora la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET. Y ello a pesar de que en la nota de prensa de la Vicepresidencia y el Ministerio se indique que “*El convenio de empresa solo podrá aplicarse por la contratista si determina mejores condiciones salariales que el sectorial que resulte de aplicación*”, algo que hubiera sido conveniente introducir en el texto aprobado. Por lo demás, para aquellos convenios de empresa aprobados por la vía del 84.2 ET tras la reforma de 2012, habrá que tener en cuenta el régimen transitorio introducido por el RDL 32/2021.

8.3. En fin, la última excepción se contiene en la nueva disposición adicional 27ª ET, de conformidad con el cual el art. 42.6 ET no se aplica a los centros especiales de empleo.

La previsión conecta con el problema relativo a la sujeción de tales centros a las cláusulas subrogatorias establecidas en determinados convenios sectoriales (en concreto, limpieza) cuando tales centros concursan en la adjudicación de una contrata. El TS había entendido aplicables tales cláusulas, a pesar de que los centros especiales de empleo contasen con un convenio sectorial propio¹⁹.

La comentada disposición adicional obligaría ahora a revisar esta solución, salvo que se entendiese que la exclusión de la aplicación del art. 42.6 ET para estos centros solo rige a efectos de las condiciones aplicables a los trabajadores inmersos en la contrata, pero no respecto la subrogación, algo que, por lo demás, no tendría demasiado sentido. En todo caso, la solución legislativa resulta criticable, pues estamos en un terreno donde hay amplias bolsas de precariedad en las condiciones de trabajo.

3. Un pequeño balance final

9. Al principio de este trabajo, aludía a que la reforma en materia de subcontratación era una reforma esperada tanto en el sentido de creencia de que era algo que iba a suceder, como en el de tener esperanza de que algo ocurra. Pues bien, aunque resulta obvio que ha sucedido, no es tan claro que las “esperanzas” depositadas se hayan visto colmadas. En efecto, los resultados alcanzados han sido inferiores o más limitados de lo que se esperaba. Algunos planteamientos, como determinadas restricciones en el recurso a la subcontratación, resulta lógico que se hayan abandonado, pues eran difícilmente conciliables con el reconocimiento de la libertad de empresa en el texto constitucional, dada la conexión del recurso de la subcontratación con la misma, según ha indicado el TS²⁰. En cambio, seguramente se podría haber incidido en otros aspectos anunciados en distintos momentos, como la naturaleza de la responsabilidad, el alcance de las obligaciones asumidas, la equiparación de condiciones o el deber de comprobación.

9.1. De entrada, por lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad, al margen de la discusión sobre la oportunidad o no de sustituir la actual responsabilidad solidaria por la subsidiaria²¹,

¹⁸ Sobre el tema *vid.* LÓPEZ TERRADA, Eva “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 48, pp. 70 y ss.

¹⁹ STS de 21 de octubre de 2010 (Rº 806/2010, Sala de lo Social).

²⁰ SsTS 17 de diciembre de 2001 (Rº 244/200), de 2 de marzo de 2009 (Rº 1605/2008), de 21 de enero de 2020 (Rº 159/2018) o de 18 de marzo de 2020 (Rº 209/2018), todas de la Sala de lo Social.

²¹ Al respecto, *vid.* Sala Franco, Tomás; Nores Torres, Luis Enrique; Calvo Rodríguez, Esteban, “La subcontratación”, *op. cit.*, p. 185.

resultaría conveniente aclarar que, en realidad, estamos ante una fianza solidaria, con lo que ello implica en términos de régimen jurídico, de manera especial, en lo relativo al cálculo de los plazos y a la interrupción de la prescripción, así como en cuanto a las acciones con las que cuenta el comitente frente al contratista en los supuestos en que haya asumido la responsabilidad.

9.2. Un segundo aspecto relacionado con los efectos en el que se podría haber incidido es el relativo al alcance de obligaciones asumidas. Y, en este punto, más allá de la posibilidad de acercar el régimen del art. 42 ET al del art. 44 ET, en el sentido de no limitarlo a las obligaciones de “naturaleza salarial” –con las dificultades exegéticas que ello genera al tiempo de su concreción– y extenderlo a todo tipo de obligaciones, sigo considerando que sería conveniente una regulación más ambiciosa que incluyese, adicionalmente, la equiparación de derechos entre los trabajadores de la empresa contratista y los de la empresa principal²² por diferentes razones: por un lado, una previsión de este tipo podría repercutir en el abandono de las razones “*patológicas*” que muchas veces influyen en el recurso a la descentralización productiva, ayudando a que esta técnica organizativa se emplease de una forma más pura, vinculada a razones de carácter “*fisiológico*”, saneándose así el mercado de las contrata; por otro lado, una medida de este corte, unida a la reformulación del supuesto de hecho, se presenta como un importante correctivo a la proliferación de empresas multiservicios cuyas actuaciones quedan claramente al margen de las previsiones contenidas en la Ley 14/1994 y habitualmente también de las establecidas en el art. 42 ET, algo que sería beneficioso no sólo para los trabajadores implicados, sino también para una competencia leal entre ETs y empresas multiservicios.

9.3. Finalmente, por lo que respecta al deber de comprobación de descubiertos en materia de Seguridad Social y los efectos de la certificación emitida por la TGSS, debe señalarse que el sistema vigente, al margen de las deficiencias técnicas que presenta, resulta abiertamente mejorable en distintos aspectos. Así, por ejemplo, la propia exoneración de responsabilidades en los supuestos de silencio por parte de la TGSS o, incluso, en los de certificación negativa, carece de sentido; en tales casos, sería más acertada su subsistencia, sin perjuicio de que las empresas hacia las que se ha extendido la responsabilidad pudieran dirigirse contra la Administración cuando el defectuoso funcionamiento de esta les hubiese generado responsabilidades. Por otra parte, un correcto funcionamiento de este deber de comprobación exigiría que tuviese un carácter cíclico, esto es, que se desarrolle de modo regular a lo largo de la vigencia de la contrata, como sucede en el ámbito tributario; de ese modo, la exoneración sería por el período certificado; e igualmente se podría pensar en buscar algún mecanismo exonerador respecto las obligaciones “salariales” (o, laborales, si se extendiese a todas ellas), potenciando la inclusión de cláusulas contractuales que permitiesen rescindir la contrata cuando se detectasen los incumplimientos laborales.

10. Al inicio de este trabajo, aludía a que la reforma en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios era una reforma esperada, tanto en el sentido de “creencia” de que algo iba a suceder, como en el de “esperanza” de que algo suceda. Pues bien, aunque resulta obvio que ha sucedido, no es tan claro que las “esperanzas” depositadas se hayan visto colmadas; ciertamente, la voluntad de alcanzar un amplio consenso que planea en todos los aspectos tocados por la reforma despliega sus efectos también en esta materia; a pesar de tan loable propósito, a mi juicio, es tiempo de seguir esperando... en las dos acepciones.

²² Nuevamente, *vid.* SALA FRANCO, Tomás; NORES TORRES, Luis Enrique; CALVO RODRÍGUEZ, Esteban, “La subcontratación”, *op. cit.*, pp.184 y 186.