

## **LOS RECIENTES CAMBIOS DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA SUBCONTRATACIÓN Y, OBITER DICTA, ALGUNAS BREVES REFERENCIAS A LAS MUCHAS «ASIGNATURAS PENDIENTES»**

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidade de Santiago de Compostela

ORCID: [0000-0002-1109-7245](https://orcid.org/0000-0002-1109-7245)

[fcojavier.garate@usc.es](mailto:fcojavier.garate@usc.es)

### **RESUMEN**

Se someten a examen los cambios que introduce el Real Decreto-ley 32/2021 en materia de subcontratación, los cuales son de relativa importancia y no satisfacen la modernización de la subcontratación a la que se refiere aquel, en su exposición de motivos. Ninguno de ellos contribuye, en rigor, al avance en «la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas» que propugna el punto III de la referida exposición de motivos. El régimen jurídico-laboral de la subcontratación sigue estando obsoleto y necesitado de una reforma técnico-jurídica de mucho más calado. El que se presenta como cambio «estrella», relativo a la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores destinados a la ejecución de los encargos objeto de descentralización, no garantiza la cabal observancia del principio de igualdad de trato de tales trabajadores en relación con los trabajadores de la empresa cliente o principal. En rigor, se limita a validar los criterios seguidos hasta ahora por la doctrina del Tribunal Supremo.

**Palabras clave:** contrato de trabajo de fijos-discontinuos; contrato de trabajo por circunstancias de la producción; descentralización productiva; determinación del convenio colectivo aplicable; subcontratación.

**ABSTRACT**

The changes introduced by Royal Decree-Law 32/2021 on subcontracting are subject to examination, which are of relative importance and do not satisfy the modernization of subcontracting to which it refers, in its explanatory statement. None of them contributes, strictly speaking, to progress in «the liability of contractors or subcontractors» advocated in point III of the aforementioned explanatory memorandum. The legal-labor regime of subcontracting continues to be obsolete and in need of a much more far-reaching technical-legal reform. The one that is presented as a «star» change, relating to the determination of the collective agreement applicable to the workers assigned to the execution of the assignments subject to decentralization, does not guarantee the full observance of the principle of equal treatment of such workers in relation to the workers of the client or main company. Strictly speaking, it is limited to validating the criteria followed until now by the doctrine of the Supreme Court.

**Keywords:** fixed-discontinuous work contract; work contract due to production circumstances; productive decentralization; determination of the applicable collective agreement; subcontracting.

**RESUMO**

Sométense a exame os cambios que introduce a Real Decreto-lei 32/2021 en materia de subcontratación, os cales son de relativa importancia e non satisfán a modernización da subcontratación á que se refire aquel, na súa exposición de motivos. Ningún deles contribúe, en rigor, ao avance en «a responsabilidade das empresas contratistas ou subcontratistas» que propugna o punto III da referida exposición de motivos. O réxime xurídico-laboral da subcontratación segue estando obsoleto e necesitado dunha reforma técnico-xurídica de moito máis calado. O que se presenta como cambio «estrela», relativo á determinación do convenio colectivo aplicable aos traballadores destinados á execución dos encargos obxecto de descentralización, non

garante a cabal observancia do principio de igualdade de trato de tales traballadores en relación cos traballadores da empresa cliente ou principal. En rigor, limitábase a validar os criterios seguidos ata o de agora pola doutrina do Tribunal Supremo.

**Palabras chave:** contrato de traballo de fixos-descontinuos; contrato de traballo por circunstancias da produción; descentralización produtiva; determinación do convenio colectivo aplicable; subcontratación.

## SUMARIO

**1. INTRODUCCIÓN; 2. LOS CAMBIOS FRUTO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021;** 2.1. El cambio formal; 2.2. Los cambios sustanciales: 2.2.1. La determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista; 2.2.1.1. *La regla general;* 2.2.1.2. *La primera regla de excepción;* 2.2.1.3. *La segunda regla de excepción;* 2.2.2. El empleo del contrato de fijo-discontinuo como instrumento de contratación de los trabajadores destinados a la ejecución de los encargos objeto de subcontratación; 2.2.3. La ejecución de subcontrataciones en el sector de la construcción mediante trabajadores vinculados por contratos de trabajo indefinidos adscritos a obra. 2.2.4. Las limitaciones al empleo de la contratación laboral de duración determinada; 2.2.5. Restricción del uso de la subcontratación durante la vigencia de medidas de regulación temporal de empleo.

## 1. INTRODUCCIÓN

Entre las materias afectadas por las modificaciones que introduce el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre (día de los Santos Inocentes), de medidas urgentes para la «reforma laboral», la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, figura la «subcontratación de obras y servicios», objeto de diversos cambios directos, algunos relacionados entre sí. Tales cambios se localizan en el contenido que reciben determinados preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el

Orden Social (en adelante, LISOS) y de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (en adelante, LSC). Uno de los cambios es de naturaleza meramente formal y de nula o, siendo muy generosos, de apenas relevancia desde una perspectiva jurídica estricta; los demás son de fondo o, lo que es igual, de naturaleza sustancial, lo que no implica que tengan igual importancia y precisen el mismo grado de atención. Por lo que respecta a los cambios incorporados a preceptos del ET, dos (entre ellos el cambio formal) se encuentran en su art. 42, todo él dedicado, como se sabe, a la «subcontratación de obras y servicios»; otro se ubica en la nueva regulación de las modalidades del contrato de trabajo y, en concreto, en la regulación del contrato por circunstancias de la producción que realiza el art. 15.2; otro aparece en la regulación del contrato de fijo discontinuo que realiza el art. 16 y el último está en los art. 47 y 47 bis, dentro, pues, de las muy prolijas normas, técnicamente impropias de una ley, sobre los expedientes de regulación temporal de empleo, tanto los calificables de ordinarios (los del art. 47) como los tramitados al amparo de la activación del mecanismo RED (art. 47 bis). Los referidos cambios, saben a poco. Aun dentro de los que poseen carácter sustancial, su importancia es relativa, máxime si se valoran atendiendo al conjunto de preceptos reguladores de los aspectos laborales de las contrata y subcontratas y, no digamos ya, atendiendo al tratamiento normativo que tiene y merecería tener la regulación laboral del mucho más complejo fenómeno de la descentralización productiva. El régimen jurídico-laboral de la subcontratación sigue estando obsoleto y necesitado de una reforma técnico-jurídica de mucho más calado que la llevada a cabo por el citado Real Decreto-ley, pacato y poco valiente en este punto. Semejante reforma, que no tiene por qué ser incompatible con el modelo de flexibilidad que rige el desarrollo de las relaciones laborales (la flexibilidad no es necesariamente incompatible con un reforzamiento de las garantías laborales de los trabajadores), queda pendiente. A mi juicio, los aludidos cambios, aunque van por el buen camino, distan de

eliminar el desfase general -sobrevenido, no originario- que acusa la legislación española en relación con relevantes aspectos laborales de la subcontratación (especie) como técnica típica y más frecuente de descentralización productiva (género) y la general falta de atención a otras técnicas de colaboración empresarial que también encajan en esta última, salvo que la primera se entienda en una acepción amplia, comprensiva de la colaboración por vías contractuales y no contractuales, lo cual admito aun sin contar con la seguridad jurídica que proporcionaría una disposición normativa que así lo estableciese.

La «modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales», a la que se refiere el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (componente 23) presentado por el Gobierno ante la Comisión Europea en 2021, queda muy lejos de conseguirse a través de los cambios aquí contemplados. Estos no evitan que los tribunales laborales deban seguir recreando, para dar solución a cuestiones no tenidas en cuenta cuando se redactaron, algunos importantes preceptos reguladores de la subcontratación que mantienen el contenido que tenían en 1980, inspirado, a su vez, en la regulación de la subcontratación realizada por el art. 19.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, y por el art. 4 del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores.

No está justificado que siga omitiéndose cualquier aclaración sobre las situaciones que comprende el supuesto de hecho al que se aplica la regulación del art. 42 del ET.

No está justificado que siga haciéndose referencia, sin más, a contrata y subcontrata y se omita cualquier indicación a la inclusión de los encargos de operaciones y tareas por una vía no contractual, como sucede en el sector público<sup>1</sup> y también en el seno de un grupo de empresas, cuando la

---

<sup>1</sup> Véanse arts. 30 a 33, ambos incluidos, y disposición adicional cuadragésima novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público,

empresa matriz procede a la constitución de empresas filiales con el objetivo preciso de traspasarles una parte de las operaciones que precisa para el desarrollo de su actividad o negocio<sup>2</sup>.

No está justificado que siga manteniéndose el concepto de «contrata de la propia actividad» para construir sobre él, omitiendo la inclusión de pautas expresas, claras y seguras que lo precisen y pongan fin a interpretaciones judiciales (y de la doctrina jurídica) poco atinadas, una importante diferenciación entre las obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social de las empresas principales y las de las empresas principales de aquellas contratas que ya no serían de la propia actividad. Es inadmisibles que siga faltando una definición expresa y clara de lo que son encargos de la «propia actividad» que ponga fin a la estrecha interpretación finalmente acogida por los tribunales laborales, con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al frente<sup>3</sup>.

No está justificado que se mantenga el uso de expresiones y pautas confusas que consienten posiciones bien opuestas sobre algunos aspectos de la responsabilidad jurídico-laboral de las empresas principales en las contratas de la propia actividad y, en concreto, de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad social de las empresas subcontratistas o colaboradoras<sup>4</sup>.

Tampoco está justificado, sin que con ello termine la lista de las deficiencias que merecerían ser enmendadas, la falta de reglas que solucionen los problemas de concurrencia entre las garantías laborales y de seguridad social establecidas para un caso con las fijadas para otro, la no poca dispersión de la normativa y la limitación de los avances, las

---

<sup>2</sup> Véase J. GÁRATE CASTRO: «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», en el volumen *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Cinca (Madrid, 2018), págs. 47-49.

<sup>3</sup> *Ibidem*, págs. 49-53.

<sup>4</sup> *Ibidem*, págs. 53-55.

modificaciones y las novedades a los contenidos incorporados por sucesivas leyes al ET<sup>5</sup> -a su art. 42 y también, ahora, a su art. 16-, a una regulación sectorial de la subcontratación en las actividades de la construcción<sup>6</sup>, a las especiales subcontrataciones de fomento del empleo instrumentadas a través de enclaves laborales<sup>7</sup> o, en fin, a un deber del empresario de comprobar, previamente al inicio de la prestación de la actividad que subcontrate y se vaya a ejecutar de forma continuada en sus centros de trabajo, la afiliación y el alta en la seguridad social de cada uno de los trabajadores que los subcontratistas vayan a ocupar en dichos centros<sup>8</sup>.

## **2. LOS CAMBIOS FRUTO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021**

Ninguno de los cambios de que se trata contribuye, en rigor, al avance en «la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas» que propugna el punto III de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021. Tampoco sirven para justificar ante la Unión Europea, de forma seria, la

---

<sup>5</sup>En concreto, por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la Ley 43/2006, la Ley 13/2012 y el Real Decreto-ley 32/2021, de 29, 26 y 28 de diciembre, respectivamente.

<sup>6</sup> Realizada por la LSC, que establece, según declara su exposición de motivos, «una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores».

<sup>7</sup> Se ocupa de ellas el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero. De acuerdo con su art. 1.2, «se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora». El apartado 4 del mismo artículo dispone la aplicación a los enclaves laborales de lo establecido en el art. 42 del ET.

<sup>8</sup> Art. 16.5 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La medida procede del art. 5 del Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, en redacción dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre.

consecución de la «modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales» que se hace objetivo, con lenguaje pomposo en exceso, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

### 2.1. EL CAMBIO FORMAL

Consiste el cambio ahora contemplado, ajeno a la solución de los graves problemas que plantea la regulación de la subcontratación, en la adopción de un lenguaje políticamente correcto, no sexista o inclusivo, a costa de un resultado que, por lo general, hace más pesada la lectura de los preceptos y no siempre es compatible con el buen uso de la lengua española, aparte de que, en algunas ocasiones, el género masculino es reemplazado por el uso exclusivo del femenino. En el art. 42 del ET, las referencias a «los empresarios», al «empresario», a «dichos contratistas», a «los trabajadores», al «cabeza de familia», al «propietario», al «contratista o subcontratista» y a los «representantes legales de los trabajadores» se sustituyen, respectivamente, por las referencias a las «empresas», a la «empresa», a «dichas contratistas», a «las personas trabajadoras», a la «persona», al «propietario o [la] propietaria», a «la contratista o subcontratista» y a «la representación legal de las personas trabajadoras». La perseverancia, por encima de todo, en el lenguaje inclusivo, hubiera sido compatible con el empleo de este de manera más cuidadosa o precisa en algunos pasajes del artículo y, en concreto, en los apartados 4 y 5, que dejan de hacer referencia a la obligación de la empresa principal y de la empresa contratista o subcontratista de informar a «los representantes legales de sus trabajadores» respectivos sobre los extremos que al efecto se indican y pasan a hacer referencia a «la representación legal de las personas trabajadoras»; no se acierta a comprender que razón hay para no haber hecho referencia a «la representación legal de sus trabajadores».

Puestos a prescindir del lenguaje no inclusivo, de uno y otro signo, el punto IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021 bien podría haber hecho mención, al

referirse a «los puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina», en lugar de al grupo de «camareras de piso», al grupo de camareras y camareros de piso (estos últimos también existen) o al grupo de personas trabajadoras como camareras o camareros de piso.

## 2.2. LOS CAMBIOS SUSTANCIALES

Sustanciales, aunque en grado muy diferente, como ya se apuntó. La exposición que sigue los presenta por orden de mayor a menor carácter sustancial.

### 2.2.1. La determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista

A primera vista puede parecer que el nuevo apartado 6 del art. 42 del ET, dedicado a la determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista, es de la máxima importancia y, probablemente, así se tratará de presentar por algunos, igual que pretende presentarlo, con evidente falta de correspondencia con el tenor del referido precepto, el punto IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021. Vaya también por delante que dicho apartado rige con independencia de que la contrata o subcontrata sea o no de la propia actividad.

La indicada determinación se realiza a través de tres reglas, una general y dos especiales, una de ellas de excepción a la general y la otra de excepción a ambas. De acuerdo con la regla general, «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»; ahora bien, ello es así -primera excepción- «salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III» o -segunda excepción- salvo que «la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio», en cuyo caso se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84».

Leídas y releídas las tres reglas y valoradas tanto de acuerdo con los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo sobre el asunto como de acuerdo con el art. 84 del ET, cabe considerar

el cambio que incorporan, siguiendo al poeta Horacio en verso que recuerda el título de una fábula de Esopo, como «el parto de los montes»<sup>9</sup>. También cabe considerarlo, recurriendo al título de conocida comedia de Shakespeare, como productor de «mucho ruido y pocas nueces» («Much ado about nothing»); «assai rumore e poca lana» y «são mais as vozes (do) que as nozes» dirían mis colegas italianos y portugueses, respectivamente.

El cambio que representa el comentado nuevo apartado 6 es muy diferente y alejado del propugnado, de modo bien intencionado, aunque un tanto irreflexivo y limitado a las contratas de la propia actividad, por la «proposición de ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados», presentada por el grupo socialista en el Congreso de los Diputados<sup>10</sup>. De acuerdo con la modificación propuesta, presidida por el claro propósito de embridar a las empresas multiservicios, el citado precepto del ET hubiera pasado a disponer que «las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las [mejores, se sobreentiende] condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal». El objetivo perseguido era, ciertamente, de la mayor relevancia; sin perjuicio de su posible conflicto con la que en aquel momento constituía la normativa de la Unión en materia de los desplazamientos transnacionales<sup>11</sup>, se abogaba por la igualación de los

---

<sup>9</sup> *Parturient montes; nascetur ridiculus mus* (véase *El Arte Poética de Horacio o Epístola a los Pisones*, traducida en verso castellano por T. de Yriarte, Imprenta de la Real Gaceta, Madrid, 1777, pág. 21, verso 135).

<sup>10</sup> Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, núm. 25-1, de 9 septiembre de 2016.

<sup>11</sup> La contenida en la Directiva 96/71/CE en la versión a la sazón en vigor y, por lo tanto, anterior a su importante modificación llevada a cabo por la

trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas con los de las empresas principales en relación con las más importantes condiciones de trabajo y empleo: las «esenciales». Se trataba de una igualación inspirada, claramente, en la establecida para un supuesto bien conocido de descentralización productiva «externa»: la definida por la cesión de trabajadores a través de contratos de puesta a disposición celebrados entre las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias o clientes<sup>12</sup>.

La modificación del ET realizada por el Real Decreto-ley 32/2021 renuncia a una igualación del tipo indicado. Con carácter general, no garantiza la equiparación entre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y los de las empresas principales o clientes. El nuevo apartado 6 del art. 42 del ET ha optado por un camino distinto y, además, poco eficaz desde el punto de vista de la consecución del objetivo que atribuye al referido apartado la exposición de motivos de aquel Real Decreto-ley. Si bien se mira, el precepto es de escasa utilidad para embridar suficientemente a las empresas multiservicios y viene a validar, en el ámbito de la subcontratación, con algún que otro matiz, los principios de la actividad proponderante y de especialidad o especificidad seguidos por la jurisprudencia y la doctrina judicial para resolver el problema de la determinación del convenio colectivo aplicable.

Coincido con la referida exposición de motivos, pues me he pronunciado en el mismo sentido que ella en otro momento

---

Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo e del Consejo, de 28 junio de 2018.

<sup>12</sup> Art. 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: «Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto»; se consideran condiciones esenciales de trabajo y empleo, a tales efectos, «las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos».

y lugar<sup>13</sup>, de modo particular en relación con las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores de que se valen las empresas multiservicios para cubrir los encargos asumidos, en que «es necesario abordar una reforma que impida que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas» (punto III); en que es apropiado y necesario procurar la protección a los trabajadores destinados a la ejecución del encargo propio de la contrata o subcontrata «evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales» o, lo que es igual, en que «la externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas» (punto IV). Como señala la comentada exposición de motivos, se trata de un «objetivo plausible y legítimo». Sin embargo, su consecución en modo alguno se asegura a través de la aplicación del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.

En contra de lo que manifiesta la exposición de motivos (punto IV), la cabal observancia del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores destinados a los encargos objeto de descentralización no se asegura mediante la garantía de la aplicación, sin más, de un convenio colectivo sectorial, cuando resulta que este es el que corresponda a la actividad descentralizada o subcontratada o aquel en cuyo ámbito se encuentre regularmente incluida la empresa colaboradora o subcontratista que asuma la prestación de dicha actividad. En cualquier caso, lo que no consigue la ley -el art. 42.6 del ET- puede llegar a conseguirlo ese convenio colectivo sectorial. En realidad, siempre ha estado a su alcance y no precisa previsión legal, pues la vía a utilizar encuentra cobertura en la libertad de estipulación que

---

<sup>13</sup> Véase J. GÁRATE CASTRO: «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», cit., págs. 31 y 62 y sigs.

constituye contenido esencial del derecho de la negociación colectiva laboral (art. 37.1 de la Constitución). Me refiero a la posibilidad de que un convenio colectivo que incluya en su ámbito funcional de aplicación actividades susceptibles de ser prestadas a otras empresas en régimen de externalización (por ejemplo, un convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales o de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones) se adhiera, en relación con los trabajadores destinados a subcontratas que tengan por objeto las aludidas actividades, a un mayor o menor número de las superiores condiciones de trabajo, entre ellas las salariales, que puedan aparecer previstas en el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas principales o clientes. Para lograr lo anterior no hace falta, como he indicado, previsión legal, ni tampoco vale lo que dispone el art. 42.6 del ET. Se precisa que semejante tipo de adhesión, válida, se incluya en el contenido de las negociaciones a desarrollar en el seno de la comisión negociadora del convenio colectivo, capacidad de persuasión e influencia sobre los representantes de los empresarios en dicha comisión, disposición a la aceptación de contrapartidas y suficiente poder negociador de la parte social. Aunque la consecución de todo ello no es fácil, no resulta imposible.

Téngase en cuenta que las reglas del nuevo apartado 6 del art. 42 del ET, comentadas a continuación, no son aplicables, según establece de forma expresa la disposición adicional vigésimoséptima del Real Decreto-ley 32/2021, a las contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo. Aunque no se diga, se sobreentiende que tales contratas y subcontratas serán las concertadas a través de los «enclaves laborales» que regula el Real Decreto 290/2004<sup>14</sup>. Dicha disposición adicional no hace más que incorporar al texto de una norma, contribuyendo, con ello, a la seguridad jurídica, el tradicional criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que rechaza que las relaciones

---

<sup>14</sup> Véase *supra* nota 7.

laborales de los trabajadores discapacitados destinados a la ejecución de una actividad subcontratada se rijan por el convenio colectivo correspondiente a esta en lugar de por el convenio colectivo específico de los centros especiales de empleo. Para la Sala, tales trabajadores «han de regir sus relaciones por el convenio colectivo propio, sean cuales sean las tareas a las que se dediquen en tanto estén vinculados a esa específica figura empresarial mediante una relación laboral especial que define el ámbito de aplicación del citado convenio»<sup>15</sup>.

#### *2.2.1.1. La regla general*

La regla ahora contemplada, según la cual «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», no conduce, desde luego, a la aplicación de las mejores condiciones de trabajo y empleo disfrutadas por los trabajadores de la empresa principal o comitente, salvo que esta última figure sujeta, por su actividad, al mismo convenio colectivo sectorial que aquellas. Ahora bien, tampoco se opone a la posibilidad de que el convenio colectivo aplicable a las empresas principales o comitentes pueda mejorar la posición de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas obligando a las primeras a incluir en las subcontrataciones que celebren una cláusula en virtud de la cual las segundas se comprometan a cumplir, respecto de los trabajadores destinados a la ejecución de la contrata, las mejores condiciones de trabajo establecidas en aquel, entre ellas las de naturaleza salarial<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Sentencias de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6218), con cita de la de igual Sala de 24 de noviembre de igual año (RJ 2015/6393). En igual sentido, con anterioridad, sentencias de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4959); con posterioridad, en casación para la unificación de doctrina, sentencias de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017/932) y 6 de febrero de 2020 (RJ 2020/830).

<sup>16</sup> Sanciona la validez del expresado tipo de cláusula la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2020 (RJ 2020/2042), en relación con lo dispuesto en el art. 20 del convenio colectivo para el sector de hostelería de la provincia de Alicante para los años 2017 a 2020, del

Por lo que respecta a la irrelevancia del «objeto social» a la hora de determinar tal convenio colectivo sectorial, no es algo nuevo o desconocido hasta ahora. El apartado 6 del art. 42 del ET da aquí por bueno e incorpora en materia de subcontratación el tradicional y conocido criterio judicial que determina el convenio colectivo sectorial aplicable atendiendo a la actividad *real* de la empresa, cuando no coincida con ella la propia de su objeto social, declarada en los estatutos o en la escritura de constitución<sup>17</sup>.

A mi juicio, lo más relevante de la regla examinada, que proporciona fundamento legal a la solución de la jurisprudencia favorable a la aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad subcontratada<sup>18</sup>, es su utilidad para

---

siguiente tenor literal: «A fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que estos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET».

<sup>17</sup> Véanse, entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de junio de 2000 (RJ 2000/6621) y 17 de diciembre de 2001 (RJ 2001/10166), ambas de casación para la unificación de doctrina.

<sup>18</sup> Véanse, últimamente, en casación para la unificación de doctrina, sentencias de 12 de febrero y 11 de noviembre de 2021 (RJ 2021/667 y 2021/5633, respectivamente), relativas a la aplicación del convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales, no del convenio colectivo provincial de hostelería, a los trabajadores destinados a tareas de limpieza y acondicionamiento de habitaciones de establecimientos hoteleros. Se lee en ambas sentencias que, «conforme a nuestra jurisprudencia, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectivo aplicable» a ella, el cual, «en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por -nuestro caso- una empresa hotelera. Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores, de aquella otra empresa que no explota directamente el hotel, sino a la que este último subcontrata parte de su actividad (en nuestro caso, la limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores». De acontecer esto último, «el convenio colectivo aplicable será, no el aplicable

limitar al máximo, en el ámbito de la subcontratación, la aplicación del principio de la actividad preponderante o principal como criterio de determinación del convenio colectivo sectorial aplicable cuando la empresa colaboradora (contratista o subcontratista) aparezca realizando diversas actividades productivas no comprendidas en el ámbito funcional de un único convenio colectivo sectorial. En la situación indicada, típica, aunque no exclusiva, de las empresas multiservicios, la regla impide, con carácter general, que quepa considerar aplicable un único convenio colectivo sectorial y, en concreto, el correspondiente a la que se acredite ser actividad preponderante o principal. La determinación del convenio colectivo sectorial aplicable ha de resolverse entonces, preferentemente, con arreglo al principio de especialidad o especificidad, que lleva a la aplicación, simultánea o, en su caso, sucesiva, de dos o más convenios colectivos sectoriales o, para ser más precisos, de tantos convenios colectivos sectoriales como actividades diferenciadas realice de forma simultánea o sucesiva la empresa colaboradora, cada una preponderante en su respectivo ámbito locativo de ejecución. El problema surgirá cuando una o varias de las actividades asumidas en régimen de subcontratación no encajen en el ámbito funcional de convenio colectivo sectorial alguno. En tal caso, no me parece que devenga incompatible con la regla aquí comentada la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, de determinación del convenio sectorial aplicable de acuerdo con el principio de la actividad preponderante<sup>19</sup>.

---

a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista».

<sup>19</sup> Opta por la indicada solución, en unificación de doctrina, la sentencia de 17 de marzo de 2015 (RJ 2005/8342), relativa a una empresa multiservicios cuya actividad principal o preponderante es la limpieza de edificios y locales. Concluye la Sala que el convenio colectivo sectorial de tal actividad también será de aplicación a los trabajadores destinados a realizar las funciones propias de la cobertura de un contrato de gestión integral de servicios complementarios concertado con otra empresa, consistentes en informar al público sobre los servicios y actividades de esta última, orientar en el acceso

### 2.2.1.2. *La primera regla de excepción*

La determinación del convenio colectivo sectorial aplicable a las empresas colaboradoras atendiendo a la actividad descentralizada rige «salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III». La imprecisión de la regla no puede ser mayor. No acierto a comprender que razón ha tenido el legislador para no especificar qué concretos preceptos del título III son los involucrados en el asunto. Da la sensación de que el redactor de la regla no sabe o no quiere identificar tales preceptos, entre los cuales figuran, creo, los arts. 84.1 (regla general sobre concurrencia de convenios colectivos) y 83.2 del ET y, acaso, también el 83.3.b) (ámbito funcional del convenio colectivo).

Por su ambigüedad, la regla tiene potencial para convertirse en importante fuente de litigios y de soluciones divergentes susceptibles de llegar a casación para la unificación de doctrina. Probablemente, tras esa ambigüedad se esconde la pretensión de favorecer, prestándole un cierto sustento legal del que hasta ahora carecía, la vocación imperialista de determinados convenios colectivos propios de sectores (por ejemplo, hostelería o atención a personas dependientes) comprensivos de actividades (por ejemplo, tareas de gestión, supervisión y control de limpieza y acondicionamiento de habitaciones) que son objeto, con frecuencia, de descentralización productiva (si se prefiere, de subcontratación) y que extiendan su aplicación a las empresas colaboradoras que asuman la realización de tales actividades, aun cuando estas cuenten con convenio colectivo

---

al edificio, abrir y cerrar las puertas de entrada, velar porque las instalaciones queden en estado adecuado en los horarios de cierre, preparar las instalaciones para el acceso y uso en los horarios de apertura, encender y apagar los sistemas de climatización e instalaciones eléctricas, detectar pequeñas deficiencias que pueden aparecer en el edificio comunicándolo al responsable, vigilar la entrada al centro, recibir y distribuir paquetería y correo, manejar aparatos reprográficos, informáticos y cualquier otro necesario y recoger y colocar los contenedores de residuos en el interior de los recintos.

propio o sectorial específico<sup>20</sup>. Si así fuese, debe quedar claro que la regla en cuestión no implica que la inclusión de las actividades descentralizadas en el ámbito funcional de aquellos primeros convenios colectivos no necesite que los empresarios y trabajadores afectados se encuentren debidamente representados por los sujetos negociadores<sup>21</sup>. Interpretada en la forma que he indicado, son escasas las posibilidades de que la regla sirva para conseguir que el convenio colectivo aplicable sea el de la empresa principal.

### 2.2.1.3. *La segunda regla de excepción*

De excepción a la regla general y a la también regla de excepción comentada en el apartado precedente. La aplicación de cualquiera de esas dos últimas reglas se producirá salvo que «la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio», en cuyo caso se aplicará

---

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, art. 3 del convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Sevilla 2017-2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 9 de febrero de 2018): «Al personal que desarrolle su trabajo, total o parcialmente, en las categorías de camareras/os (*sic*) de pisos, camarero/a (*sic*), y ayudantes de camareros/as (*sic*), que sean o estén contratados (*sic*) por cualquier empresa que preste sus servicios a las empresas recogidas en los ámbitos funcional y personal del presente convenio, a partir del 1 de enero de 2019 les (*sic*) serán de aplicación las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el presente convenio que fuesen de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicha empresa principal»; a tales 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». También art. 1 del convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas 2016-2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas de 17 de marzo de 2017): el presente convenio colectivo también «afectará a todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto» a su ámbito funcional, «debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento conforme al anexo I».

<sup>21</sup> Cfr. sentencias del Tribunal Supremo citadas *supra*, nota 17.

este, en los términos que resulten del artículo 84» del ET. Tales términos son los contenidos en los apartados 1 y 2 del citado artículo. Así las cosas:

1) La existencia de convenio colectivo propio de la empresa colaboradora conduce, mientras este mantenga su vigencia<sup>22</sup> y conforme a la regla general de concurrencia de convenios del art. 84.1 del ET, a la inaplicación a dicha empresa del convenio colectivo que se suscriba con posterioridad para el sector de la actividad descentralizada que aquella haya asumido. No juega aquí, pues, ni la regla general ni la primera regla de excepción del apartado 6 del art. 42 de igual texto legal.

2) La suscripción por la empresa colaboradora de un convenio colectivo propio (de empresa, no de ámbito inferior) con posterioridad a la entrada en vigor de un convenio colectivo del sector al que pertenezca la actividad descentralizada asumida es posible y tendrá preferencia aplicativa sobre este último convenio, aunque solo en las materias que relaciona el art. 84.2 del ET, entre las que ya no figura el importe del salario base y de los complementos salariales.

2.2.2. El empleo del contrato de fijo-discontinuo como instrumento de contratación de los trabajadores destinados a la ejecución de los encargos objeto de subcontratación

Dispone el nuevo apartado 1 del art. 16 del ET que «el contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa». Como se sabe, esto último es de esencia en las empresas multiservicios.

Se está ante un cambio que es fruto del nuevo y más amplio objeto que pasa a tener el contrato de fijo discontinuo, en el que se subsume el que con anterioridad constituía el objeto del contrato de obra o servicio determinado. Asimismo, no

---

<sup>22</sup> Tanto la ordinaria como la prorrogada; en su caso, también la ultraactiva. Véase J. GÁRATE CASTRO: *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 3ª edic., Cinca (Madrid, 2021), págs. 86-87.

deja de guardar relación con el antiguo, persistente y generoso criterio jurisprudencial que admitió la licitud de la cobertura de las necesidades de mano de obra generadas por la celebración de contratos o subcontratos mediante el recurso a la indicada modalidad de contrato de trabajo de duración determinada, ahora desaparecida, y la vinculación de tal duración a la del encargo productivo asumido por la empresa colaboradora (contratista o subcontratista)<sup>23</sup>. Aplauzo el cambio, pues se corresponde con lo que tuve oportunidad de manifestar en otro momento y lugar<sup>24</sup>, al sugerir la conveniencia de una reforma del régimen laboral de la subcontratación comprensiva, bien de «la ampliación, con las oportunas adaptaciones, del empleo del contrato fijo de obra, existente en el sector de la construcción, a otros sectores en donde la subcontratación ya constituye, como en aquel, práctica habitual», bien de la modificación del contrato por tiempo indefinido de fijo-discontinuo (el del art. 16 del ET) «para que pueda funcionar como instrumento de incorporación de trabajadores para prestar sus servicios en sucesivas subcontrataciones o encargos que asuma su empresa»<sup>25</sup>.

El empleo de la contemplada modalidad de contrato de trabajo para cubrir las necesidades de mano de obra de las empresas subcontratistas o colaboradoras se encuentra sometida a varias reglas especiales, contenidas en el apartado 4 del propio art. 16. Tales reglas son las siguientes:

---

<sup>23</sup> Así, entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998/ 8551), 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 1422), 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390) y 6 de marzo y 3 de abril de 2007 (RJ 2007/3260 y 3351, respectivamente).

<sup>24</sup> Véase J. GÁRATE CASTRO, «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», cit., pág. 47.

<sup>25</sup> Dicho sea de paso, también sugería, entre otras cosas, el reparar en si las empresas involucradas mantienen vínculos societarios (de grupo, de filialización) que aconsejen reforzar la tutela de los trabajadores destinados a prestar sus servicios en cualesquiera actividades productivas que una de ellas pueda haber encargado o derivado a otra.

1) Los sucesivos períodos de inactividad inherentes a la intermitencia en la prestación de trabajo solo se justifican y admiten cuando respondan a «plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones».

2) Los convenios colectivos sectoriales podrán fijar un plazo máximo para el período de inactividad entre subcontratas y, por lo tanto, entre el final del llamamiento por término de la subcontrata en la que se viniesen prestando los servicios y la reanudación de tal prestación por nuevo llamamiento y subsiguiente incorporación a otra subcontrata, la cual entiendo que puede ser tanto una nueva que haya concertado la empresa como una todavía en vigor y cuya ejecución precise la incorporación de nuevos trabajadores. En caso de que los aludidos convenios colectivos omitan la determinación del plazo máximo de que se trata, este será de tres meses. La regla es supletoria, no de mínimos, por lo que nada obsta a la fijación convencional de un plazo superior.

3) Agotado el plazo convencional o legal al que se encuentre sometido el período de inactividad entre subcontratas, «la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma». En otros términos, procederá, con carácter general, la apertura del procedimiento de suspensión por causas de producción (art. 47 del ET) o, en su caso y según el número de trabajadores afectados, la apertura del procedimiento de despido colectivo (art. 51 del ET) o la extinción de contratos por causas objetivas [al amparo del art. 52.2.c) del ET].

2.2.3. La ejecución de subcontrataciones en el sector de la construcción mediante trabajadores vinculados por contratos de trabajo indefinidos adscritos a obra

La supresión de la modalidad de contrato de trabajo por obra o servicio determinado y, con ella, del contrato de trabajo fijo de obra propio del sector de la construcción<sup>26</sup>, es

---

<sup>26</sup> Véase disposición adicional tercera de la LSC y del ET; esta última ha de entenderse derogada en virtud de lo establecido por la disposición derogatoria.1 del Real Decreto-ley 32/2021. De acuerdo con la disposición

compensada, en este particular sector, con la posibilidad del empleo del contrato de trabajo «indefinido» adscrito a obra, que, en rigor, tiene tanto de indefinido como el suprimido contrato de duración determinada de fijo de obra, larga y masivamente utilizado hasta ahora. La calificación legal de indefinido atribuida a aquel servirá, sin duda, a efectos de presentar unas estadísticas de contratación que muestren un notable descenso de la de duración determinada, igual que sucede, por cierto, con la nueva regulación del contrato de fijos-discontinuos. Sin embargo, no oculta que se trata de un contrato indefinido *ma non troppo* o de indefinido solo formalmente, de modo que cabría considerar que se pretende evitar la apreciación de una sucesión de contratos temporales bajo la ficción legal de la celebración de un único contrato sometido a sucesivas novaciones objetivas; en suma, habrá que ver en qué medida la actuación legislativa resulta compatible con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada<sup>27</sup> y con la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2021, *Acciona Agua* (asunto C-550/19), resolviendo petición de decisión prejudicial construida en relación con el contrato de fijo de obra<sup>28</sup>. El predicado carácter de indefinido se

---

transitoria tercera de igual Real Decreto-ley, la referida supresión no afecta a la vigencia de los contratos para obra y servicio determinado y de los contratos fijos de obra celebrados antes del 31 de diciembre de 2022, los cuales seguirán rigiéndose, hasta el agotamiento de su duración máxima, por la normativa bajo la que se hubiesen celebrado [el art. 15.1.a) del ET, en su versión inmediatamente anterior a la actual, y el art. 24 del VI convenio colectivo estatal de la construcción].

<sup>27</sup> Al que da aplicación la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

<sup>28</sup> Concluye el Tribunal, en la indicada sentencia, que «la normativa nacional no puede ser aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trata de un modo tal que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada "fijos de obra" se considere justificada por "razones objetivas", en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a)» del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, «meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables».

acompaña de un singular régimen de extinción, más ventajoso para la empresa que el ordinario y que, a mi juicio, puede suscitar duda sobre su compatibilidad con la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos [con el párrafo último de su art. 1.1].

La regulación del contrato aquí examinado es proporcionada por la disposición adicional tercera de la LSC, en su nueva redacción dada por el art. 2 del Real Decreto-ley 32/2021. De acuerdo con el apartado 1 de dicha disposición adicional, se entiende por contratos de trabajo «indefinidos adscritos a obra» aquellos «que tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del convenio general del sector de la construcción». Semejante definición se completa con reglas sobre la finalización de la obra en la que preste servicios el trabajador<sup>29</sup>, la obligación de la empresa de efectuar a este una propuesta de recolocación<sup>30</sup> y la posible extinción de su contrato por motivos inherentes a su persona relacionados con dicha propuesta<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> De acuerdo con el apartado 4 de la disposición adicional cit., se entenderá por tal finalización, además de «la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados» en la obra de que se trate, «la disminución real» de su volumen «por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada», así como «la paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad».

<sup>30</sup> Véanse apartados 2 y 4 de la disposición adicional cit.

<sup>31</sup> Apartado 5 de la disposición adicional cit.: «Una vez efectuada la propuesta de recolocación, el contrato indefinido adscrito a obra podrá extinguirse por motivos inherentes» al trabajador cuando: a) este rechace aquella; b) su cualificación no resulte «adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia» o no permita su integración en ellas, «por existir un exceso de personas con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones»; o c) no existan en la provincia en que esté contratado «obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación».

#### 2.2.4. Las limitaciones al empleo de la contratación laboral de duración determinada

Aunque la empresas subcontratistas puedan continuar cubriendo sus necesidades de mano de obra recurriendo a contratos de duración determinada, semejante posibilidad experimenta fuertes restricciones, las cuales se concentran en el empleo del contrato de trabajo «por circunstancias de la producción». En concreto, el párrafo último del art. 15.2 del ET excluye de forma expresa el empleo de tal modalidad de contrato para satisfacer las necesidades de mano de obra motivadas directamente por la asunción de los encargos objeto de subcontrataciones cuando estas constituyan la actividad «habitual u ordinaria» de la empresa y, cabe añadir, resulten «previsibles», según precisa el art. 16.1 de igual texto legal. En tal caso y, probablemente, también en las subcontrataciones que merezcan la consideración de imprevisibles a pesar de formar parte de la actividad ordinaria de la empresa, las únicas necesidades de mano de obra que admiten su cobertura mediante la indicada modalidad de contrato son las ocasionadas por la atención a las circunstancias de la producción que identifica el mismo precepto, en sus párrafos primero y penúltimo, valiéndose de conceptos jurídicos indeterminados<sup>32</sup> y ajenas u opuestas al objeto del contrato de fijos-discontinuos. Por supuesto, concurriendo cualquiera de las aludidas circunstancias, no ofrece duda que las necesidades de mano de obra que afecten a empresas que no tengan por actividad ordinaria o habitual la intervención en el mercado de las subcontrataciones también podrán cubrirse mediante la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción.

Vistos los términos de los citados arts. 15.2 y 16.1, no me parece discutible que la precisión de cuándo la

---

<sup>32</sup> «Incremento ocasional e imprevisible de la actividad»; «oscilaciones» de esta, aun tratándose de la «normal» de la empresa, que generen un «desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere»; atención a «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida».

subcontratación precisa valerse de trabajadores fijos-discontinuos y cuándo consiente la celebración de contratos por circunstancias de la producción es de gran dificultad y, por ello, está llamada a constituir frecuente fuente de litigios y de discrepancias en la doctrina jurídica y también, al menos mientras no haya jurisprudencia y doctrina judicial consolidada sobre el asunto, con las interpretaciones que puedan mantenerse por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

#### 2.2.5. Restricción del uso de la subcontratación durante la vigencia de medidas de regulación temporal de empleo

La restricción de que se trata, dirigida a las empresas principales o comitentes, representa un cambio calificable de meramente aclaratorio o, incluso, no constitutivo, en la medida en que lo expresado resulta obvio y se corresponde con la naturaleza de las cosas. En este sentido, su bondad reside en su contribución a la seguridad jurídica, al zanjar posibles discusiones bizantinas, judiciales y doctrinales, sobre si cabe o no recurso a subcontrataciones, además de durante el período de aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, durante las reducciones de jornada o suspensiones de los contratos de trabajo derivadas de la activación de cualquiera de las dos modalidades del mecanismo RED. La letra d) del art. 47.7 del ET, al que remite la letra a) del art. 47.5 bis, se muestra contundente al respecto: «Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán (...) establecerse nuevas externalizaciones de actividad», salvo que los trabajadores «en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo» en el que se pretendan efectuar tales externalizaciones «no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones» objeto de aquellas, «previa información al respecto por parte de la empresa» a la representación legal de los trabajadores.

La previsión legal se completa con la tipificación del incumplimiento de lo que dispone como infracción muy grave en materia de relaciones laborales. Procede a realizar esa tipificación el apartado 20 añadido al art. 8 de la LISOS por el art. 5.5 del Real Decreto-ley 32/2021.