

*Revista Internacional y Comparada de*

---

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)  
Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Comité de Redacción*

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales

Anna GINÈS I FABRELLAS\*

---

**RESUMEN:** Las relaciones laborales actuales se encuentran sustancialmente atomizadas y la externalización productiva es una práctica habitual en muchos sectores económicos, generando, en ocasiones, situaciones de evidente desigualdad social entre los trabajadores contratados por la empresa principal y los trabajadores contratados por la empresa contratista. En este contexto, el objetivo de la presente comunicación es analizar la regulación en materia de externalización productiva desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores, a fin de determinar si la actual regulación – tanto comunitaria como la específica del ordenamiento jurídico español – ofrece unos adecuados estándares de protección social y analizar la viabilidad jurídica de introducir a nivel comunitario un principio de igualdad de trato en sede de subcontratación.

**Palabras clave:** Externalización productiva, subcontratación, principio de igualdad de trato, Empresas de Trabajo Temporal.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Protección de los trabajadores en supuestos de subcontratación en la regulación comunitaria y en el ordenamiento jurídico español. 2.1. Ausencia de una regulación comunitaria en materia de externalización productiva. 2.2. Parcial regulación del fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales en el ordenamiento jurídico español: sistema de responsabilidad solidaria. 2.3. Ausencia de un principio de igualdad de trato y sus consecuencias laborales. 3. El principio de igualdad de trato: un principio conocido en el marco comunitario y estatal. 4. Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*: el principio de igualdad de trato para proteger a los trabajadores y evitar elusión de compromisos laborales mediante la externalización productiva. 5. Bibliografía.

---

\* Profesora adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ESADE-Universitat Ramon Llull (Barcelona).

## 1. Introducción

En la actualidad, como es bien sabido, las relaciones laborales se encuentran sustancialmente atomizadas y la externalización productiva es una práctica habitual en muchos ámbitos y sectores económicos. Son muchas las empresas que optan por la decisión estratégica – generalmente fundamentada en el ahorro de costes – de externalizar alguno de sus procesos productivos y contratar a empresas contratistas que, a su vez, subcontratan toda o parte de la actividad productiva.

Esta situación de externalización productiva en ocasiones genera situaciones de evidente desigualdad entre los trabajadores contratados por la empresa principal y los trabajadores contratados por la empresa contratista. Como consecuencia del principio de separación patrimonial entre la empresa principal y contratistas y la ausencia de un principio de igualdad de trato, la externalización puede resultar una vía legal adecuada para la elusión de compromisos laborales adquiridos por parte de la empresa principal mediante la negociación colectiva y llevar a una reducción en las condiciones de trabajo de los trabajadores, especialmente entre las empresas situadas en la parte inferior de la cadena productiva<sup>1</sup>.

La externalización productiva puede jugar – potencialmente – un papel importante en el mercado; esencialmente, la mejora de la productividad por la mayor especialización de las empresas, aprovechamiento de economías de escala, ahorro de costes en gestión de recursos humanos, flexibilidad, etc.<sup>2</sup>. Sin embargo, la externalización como forma de elusión de compromisos laborales o ahorro en, principalmente, costes laborales, impide constatar la verdadera potencialidad de la externalización productiva como aumento de la productividad y competencia de las empresas.

En este contexto, el artículo que se presenta al congreso “La gran transformación del trabajo” es una primera aproximación a un estudio más exhaustivo y tiene por objeto analizar la regulación comunitaria y, específicamente, la existente en el ordenamiento jurídico español en

---

<sup>1</sup> Sánchez-Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global. Estudio de legislación comparada*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. 56.

<sup>2</sup> En relación con la funcionalidad económica de la descentralización productiva, véase del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 1999, pp. 3-7 (versión La Ley Digital).

materia de externalización productiva a fin de determinar su impacto y adecuación en sede de protección de los derechos de los trabajadores; esto es, determinar si la actual regulación en esta materia y sus consecuencias laborales ofrece unos adecuados estándares de protección social.

A efectos de realizar el estudio propuesto, se analizará, a modo de comparación, la regulación europea y española en materia de Empresas de Trabajo Temporal – también un supuesto, no olvidemos, de descentralización –. Y, en especial, el principio de igualdad de trato, configurado en la exigencia de la Directiva 2008/104/CE de reconocer a los trabajadores contratados para ser cedidos a la empresa usuaria las condiciones laborales esenciales que correspondería de haber sido directamente contratados por la empresa usuaria.

El objetivo de este análisis comparativo es determinar la viabilidad jurídica y social de la introducción de un principio de igualdad de trato entre trabajadores de la empresa principal y las empresas contratistas en sede de externalización productiva. Esto es, la obligación de la empresa contratista de equiparar las condiciones y derechos laborales de los trabajadores por ella contratados a los disfrutados por los trabajadores contratados por la empresa usuaria. Y, en su caso, formular una propuesta de *lege ferenda* en este sentido.

El artículo se estructura en tres apartados. En primer lugar, se analiza la regulación – tanto comunitaria como española – en materia de externalización productiva y sus consecuencias laborales. En segundo lugar, la regulación aplicable a la cesión de trabajadores vía Empresas de Trabajo Temporal, en especial el principio de igualdad de trato contenido en la Directiva 2008/104/CE y su fundamentación. Finalmente, el artículo concluye con los resultados más relevantes alcanzados, así como una propuesta de *lege ferenda* de introducción de un principio de igualdad de trato a nivel comunitario en sede de externalización productiva.

## **2. Protección de los trabajadores en supuestos de subcontratación en la regulación comunitaria y en el ordenamiento jurídico español**

A continuación, una vez centrado el objeto del presente artículo, se procede al estudio de la regulación, tanto comunitaria como del ordenamiento jurídico español, en relación con el fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales. En concreto, la regulación existente dirigida a proteger a los trabajadores contratados por empresas (contratistas o subcontratistas) que, a su vez, han sido contratadas para la explotación económica de toda o parte de la actividad productiva de otra

empresa (principal).

### **2.1. Ausencia de una regulación comunitaria en materia de externalización productiva**

En la regulación comunitaria no existe una regulación global en materia de externalización productiva. Existen regulaciones parciales del fenómeno de la descentralización productiva, pero no una regulación global en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales.

Así, existe regulación comunitaria en materia de sucesión o transmisión de empresas – Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad –; movilidad internacional de trabajadores – Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996 y 2014/67/UE de 15 de mayo del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores –; cesión de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal – Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal –; o subcontratación en la contratación pública – Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero sobre contratación pública –.

Así, como se ha apuntado, más allá de estas Directivas que – algunas, incluso, tangencialmente – se relacionan con el fenómeno de la externalización productiva, no disponemos – ¿todavía? – de una regulación comunitaria que establezca estándares de protección mínimos en relación con la subcontratación; que regule el fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales a fin de proteger los trabajadores y evitar que la descentralización productiva redunde en mayor precariedad de los trabajadores.

### **2.2. Parcial regulación del fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales en el ordenamiento jurídico español: sistema de responsabilidad solidaria**

Aunque en el ámbito comunitario no este, como se ha analizado en el apartado anterior, una regulación global en materia de externalización productiva y sus consecuencias, sí que existe no obstante, esta regulación

en sede estatal. Así, en el ordenamiento jurídico español existe una regulación – parcial, como se analiza a continuación – en relación con los efectos laborales de la subcontratación.

La subcontratación de obras y servicios de una parte o toda la actividad productiva es, en el ordenamiento jurídico español, una modalidad lícita de organización de la producción, como se deriva de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española. En este sentido, salvo en el sector de la construcción<sup>3</sup>, no existen limitaciones a la externalización productiva.

No obstante lo anterior, sin perjuicio de tratarse de una modalidad lícita de organización de la producción, la norma española establece un sistema de responsabilidades empresariales en materia salarial, de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales a fin de proteger a los trabajadores de las empresas subcontratistas.

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), que regula la subcontratación desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, establece que las empresas que subcontraten su “propia actividad” responderán solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por las empresas contratistas y subcontratistas durante el período de la contrata<sup>4</sup>.

Como puede observarse de la formulación normativa, el ordenamiento jurídico español no extiende la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y las empresas contratistas y subcontratistas en todos los supuestos, sino únicamente en los supuestos de subcontratación de la “propia actividad”. El Tribunal Supremo, en interpretación de dicho concepto, optó por la teoría de la actividad inherente al ciclo productivo; una teoría más restrictiva que la teoría de las actividades indispensable, según la cual es “propia actividad” las actividades inherentes o nucleares del ciclo productivo de la empresa, excluyendo las actividades que, aunque necesarias o imprescindibles para la actividad económica, puedan calificarse de complementarias.

Según el alto tribunal, si el legislador español en el artículo 42 ET optó por exigir para apreciar responsabilidad solidaria que la externalización productiva se realice en el marco de la propia actividad empresarial es por introducir una limitación razonable que excluya una interpretación

---

<sup>3</sup> Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

<sup>4</sup> Véase Cruz Villalón, J., “Descentralización productiva y responsabilidad por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 1-39 (versión La Ley Digital).

favorable a cualquier clase de actividad empresarial<sup>5</sup>.

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

*Como señala la Sentencia de esta Sala de 18 enero 1995 (RJ 1995\514) «si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente. Por tanto ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, entendiendo, de acuerdo con la sentencia referida que «nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial» (STS, 4ª, 24.11.1998 (RJ 1998/10034)).*

Por consiguiente, la subcontratación de la “propia actividad” da lugar, en el ordenamiento jurídico español, a la responsabilidad solidaria de la empresa principal de las obligaciones salariales y de Seguridad Social respecto de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas originadas durante la duración de la contrata. En sentido contrario, pues, la subcontratación de una actividad complementaria que no pueda calificarse como “propia actividad” en el sentido de inherente o nuclear del ciclo productivo de la empresa, no da lugar a ningún tipo de responsabilidad de la empresa principal en relación con los trabajadores de las empresas por ella contratadas.

La responsabilidad solidaria por las deudas salariales contraídas durante la duración de la contrata se mantiene hasta un año después de la finalización de la misma. Este plazo se amplía hasta tres años en relación con las deudas de la Seguridad Social; la empresa principal durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente

---

<sup>5</sup> En este sentido, véase STS, 4ª, 18.1.1995 (RJ 1995/514), 24.11.1998 (RJ 1998/10034) y 22.11.2002 (RJ 2003/510), entre otras.

de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. No obstante lo anterior, en relación con la responsabilidad por deudas de la Seguridad Social, el artículo 42.1 ET prevé un mecanismo de excepción de dicha responsabilidad. Así, la empresa principal deberá comprobar que las empresas contratistas con las que pretende contratar están al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social, mediante certificación negativa en la Tesorería General de la Seguridad Social. Obtenida dicha certificación negativa o transcurrido el plazo de 30 días, la empresa principal quedará exonerada de toda responsabilidad en relación con deudas de la Seguridad Social de la empresa contratista.

Además de responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social, la regulación española, en su artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, prevé también responsabilidad solidaria de la empresa principal ante la concurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Esta responsabilidad, no obstante, no está ligada a la subcontratación de la “propia actividad” sino a la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales – esencialmente, información, coordinación y vigilancia – que impone a la empresa principal la normativa de seguridad y salud laboral<sup>6</sup>.

*“[E]s, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.” (STS, 4ª, 5.5.1999 (RJ 1999/4705)).*

### **2.3. Ausencia de un principio de igualdad de trato y sus consecuencias laborales**

La regulación comunitaria no incluye una regulación global en materia de externalización productiva y la regulación española vehicula toda

---

<sup>6</sup> En relación con la – compleja – regulación española en materia de prevención de riesgos laborales en supuestos de externalización productiva, véase Luque Parra, M. y Ginés i Fabrellas, A., “Seguridad y salud laboral en España”, *Health and Safety in the Workplace. Comparative Labor Law Dossier*, IUSLabor, n. 2, 2015, pp. 51-55.

protección de los trabajadores en supuestos de externalización productiva al sistema de responsabilidad solidaria por subcontratación de la “propia actividad” analizado en el apartado anterior.

No existe, por consiguiente y a diferencia de los que sucede en el ámbito de la cesión de trabajadores vía Empresas de Trabajo Temporal, un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

Por consiguiente y en aplicación de la relación de fuentes del Derecho del Trabajo, los derechos y obligaciones de la relación laboral entre las empresas contratistas y subcontratistas y los trabajadores por ellas contratados se regulan mediante, además de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, el convenio colectivo aplicable a la empresa con la que mantienen la relación contractual y/o el contrato de trabajo (artículo 3.1 ET), independientemente de la subcontratación de la “propia actividad” o de una actividad accesoria de la actividad nuclear de la empresa.

Esta regulación y la ausencia de un principio de igualdad de trato en sede de externalización productiva pueden dar lugar a importantes disfunciones laborales<sup>7</sup>.

En primer lugar, puede generar – como efectivamente sucede en la práctica – sustanciales diferencias salariales y contractuales importantes entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores contratados para la empresa contratista y subcontratista – especialmente en las zonas inferiores de la cadena productiva –.

Más allá, en segundo lugar, la externalización productiva puede ser observada por las empresas como una vía legal adecuada para la elusión de compromisos laborales. Ciertamente ante la externalización de una parte de la actividad productiva operaría un supuesto de sucesión de empresas y, por tanto, entrarían en juego las garantías de protección de los trabajadores reguladas en el artículo 44 ET. No obstante lo anterior, y a diferencia de la Directiva 2001/23/CE, la regulación española reconoce el mantenimiento de las condiciones laborales de los trabajadores, pero admite su modificación por acuerdo con el trabajador, mediante la aprobación de un nuevo convenio colectivo, por la extinción del convenio colectivo vigente en la empresa cedente o por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En este punto, véase Valdés Dal-Ré, F., “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 2001, pp. 1-6 (versión La Ley Digital).

<sup>8</sup> Véase Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., “Succession and transfer of businesses in

Por consiguiente, aunque ciertamente durante un período de tiempo las consecuencias laborales de la externalización productiva se encontraran limitadas por las garantías por cambio de empresario previstas en el artículo 44 ET, lo cierto es que eventualmente resultará una vía adecuada para el ahorro de costes laborales como consecuencia de la elusión de responsabilidades laborales adquiridas por parte de la empresa principal. En tanto que las empresas contratistas y subcontratistas no se encuentran sujetas a los convenios, acuerdos colectivos o decisiones empresariales unilaterales con efectos colectivos suscritos por la empresa principal, determinarán las condiciones de trabajo libremente, respetando en todo caso, claro está, la regulación estatal y convencional que resulte de aplicación.

Desde mi punto de vista, es necesaria la introducción de un principio de igualdad de trato en supuestos de externalización productiva para proteger adecuadamente a los trabajadores, evitar la elusión de compromisos laborales mediante la subcontratación e impedir, en última instancia, la competitividad empresarial basada en la reducción de costes laborales, centrándola en mayor especialización, economías de escala, etc.

### **3. El principio de igualdad de trato: un principio conocido en el marco comunitario**

La propuesta de *lege ferenda* de introducción de un principio de igualdad de trato en el marco de la descentralización productiva no es, en ningún caso, una propuesta ajena a la regulación comunitaria o estatal. El principio de igualdad de trato es un principio conocido en el marco comunitario y estatal y utilizado en un supuesto especial de externalización productiva como es la cesión de trabajadores vía Empresas de Trabajo Temporal.

Así, como es bien sabido, la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, Directiva)<sup>9</sup> incorporan en su articulado un

---

Spain”, *Succession and transfer of businesses. Comparative Labor Law Dossier, IUSLabor*, n. 1, 2015, pp. 33-42.

<sup>9</sup> Es importante tener presente que, además de esta reciente Directiva relativa a ETT, existen dos Directivas comunitarias que regulan cuestiones referentes a ETT: Directiva 91/383/CEE, del Consejo, de 25 junio 1991 que completa las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal y la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de la ETT en misión<sup>10</sup>.

La Directiva “*establece un marco de protección no discriminatorio, transparente y proporcionado para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*” (considerando 12), con el objetivo de “*garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respeto del principio de igualdad de trato*” y “*establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo*”.

Con esta finalidad, el artículo 5 de la Directiva establece un principio de igualdad de trato entre trabajadores en misión y trabajadores de la empresa usuaria según el cual:

“*Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto*”.

El artículo 3.1.f) de la Directiva define “*condiciones esenciales de trabajo y empleo*” como aquellas “*condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a (I) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos y (II) la remuneración.*” Asimismo, el párrafo segundo del artículo 5 establece que la igualdad de trato también será de aplicación en relación con las normas vigentes en la empresa usuaria en materia de (i) protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, niños o jóvenes e (ii) igualdad de trato entre hombres y mujeres y disposiciones con vistas a combatir todo tipo de discriminación en la empresa<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Véase Gala Durán, C., “La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España”, *Temas Laborales*, n. 102, 2009, pp. 13-49 y Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el derecho español vigente (Comentario de urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)”, *Boletín Laboral*, Abdón Pedradas. Abogados y asesores tributarios, 2009, pp. 1-12.

<sup>11</sup> “*Esto es, la igualdad de trato se predica no sólo respecto de las normas sobre tiempo de trabajo y salarios, sino también respecto de las normas sobre conciliación de la vida familiar y laboral. Y, además, con carácter general, y con enorme trascendencia, se ordena la directa y plena aplicación de las normas vigentes en la empresa (legales, reglamentarias o convencionales) relativas a la igualdad de trato entre mujeres y hombres y a la evitación de toda clase de discriminación, lo que en la práctica equivale a una proclamación general del principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación respeto de los*

El principio de igualdad de trato, no obstante, encuentra con dos excepciones. En primer lugar, los trabajadores indefinidos de la ETT contratados para ser cedidos a otras empresas, cuando “*continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones*”. Y, en segundo lugar, el apartado tercero de este mismo artículo 5 permite a los estados miembros, tras consultar con los interlocutores sociales, ofrecer la posibilidad de, “*siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*” celebrar convenios colectivos con una regulación distinta a la correspondiente por aplicación del principio de igualdad de trato.

La Directiva comunitaria fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante el RDL. 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que, otorgando nuevo redactado al artículo 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, LETT), introdujo el principio de igualdad de trato<sup>12</sup>. Así, el actual artículo 11.1 LETT reconoce a los trabajadores en misión “*las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto*”. Según este mismo precepto, se consideran condiciones esenciales de trabajo y empleo la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

En segundo lugar, también encontramos un principio de igualdad de trato – aunque, ciertamente, no en sentido estricto – en la externalización productiva derivada de una transmisión de empresas. Efectivamente, en los supuestos de externalización de una parte de la producción que hasta el momento estaba incluida en su estructura organizativa de la empresa y la posterior contratación con la empresa adquirente, resulta de aplicación – en cierto modo – un principio de igualdad de trato.

La Directiva 2011/23/CE antes citada reconoce el mantenimiento – no únicamente de los contratos de trabajo – de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión. Aunque no por aplicación de un principio de igualdad de trato sino de un principio de

---

*trabajadores contratados por una empresa de trabajo temporal para ser cedidos a empresas usuarias*”. (Luján Alcaraz, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, *Aranzadi Social*, n. 20, 2008, p. 6).

<sup>12</sup> En relación con esta cuestión, véase Calvo Gallego, F. J. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, n. 21-22, 2010, pp. 1-32 (versión La Ley Digital) y Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, n. 107, 2010, pp. 303-335.

mantenimiento de las condiciones y de forma limitada en el tiempo, se produce, de facto, una igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa principal y la empresa contratista.

En tercer y último lugar, también existe cierto – nuevamente, no en sentido estricto – principio de igualdad de trato en sede de subcontratación en el contexto de un desplazamiento temporal de trabajadores.

La Directiva 96/71/CE prevé, como es bien sabido, un listado de condiciones de trabajo que se determinarán en atención a la legislación del estado miembro de acogida, siempre que estén reguladas en disposiciones legales o convencionales de aplicación general. Sin perjuicio de aplicar de la legislación del estado de origen cuando resulte más favorable para los trabajadores.

Ciertamente, en este contexto no existe un principio de igualdad de trato en sentido estricto, por cuanto los trabajadores desplazados no tienen las mismas condiciones laborales que los trabajadores de la empresa principal. Al exigirse por parte de la Directiva y la jurisprudencia del TJCE, la aplicación general de las disposiciones legales o convencionales del estado de acogida, se excluyen los convenios o acuerdos colectivos a nivel de empresa. Sin embargo, sí que existe una excepción a la norma general que las condiciones laborales son determinadas por la regulación aplicable a la empresa que suscribe el contrato laboral. Y denota cierta preocupación del legislador comunitario de garantizar cierta igualdad en las condiciones laborales entre los trabajadores desplazados y los trabajadores del estado de acogida.

Como puede observarse de estos tres escenarios, el principio de igualdad de trato no es, en ningún caso, un principio desconocido en el marco comunitario. Al contrario, es perfectamente conocido, incluso en el contexto de la descentralización productiva. De hecho, desde mi punto de vista, la introducción de un principio de igualdad de trato en sede de subcontratación es la pieza que falta para completar el círculo de protección de los trabajadores ante el fenómeno de descentralización y externalización productiva.

#### **4. Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*: el principio de igualdad de trato para proteger a los trabajadores y evitar elusión de compromisos laborales mediante la externalización productiva**

En el Libro Verde “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos

del siglo XXI”<sup>13</sup>, la Comisión de las Comunidades Europeas aceptaba la existencia de un riesgo para la protección de los trabajadores en largas cadenas de subcontratación.

No obstante lo anterior, entendió adecuada para evitar este riesgo la opción adoptada en varios estados miembros de establecer un sistema de responsabilidad solidaria de las empresas principales respecto de sus contratistas o subcontratistas, en tanto “*insta a los contratistas principales a vigilar el cumplimiento de la legislación laboral por parte de sus socios comerciales*”. Asimismo, descartó una posible afectación a la libre prestación de servicios en el mercado interior, por entender este sistema resultaba “*una modalidad de procedimiento aceptable que permite salvaguardar el derecho al salario mínimo*” al ser, además, una forma de protección de los trabajadores necesaria, proporcionada y ajustada al interés general.

Ciertamente la regulación contenida en el ordenamiento jurídico español en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales es adecuada para garantizar el cumplimiento de los compromisos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas y, así, proteger a los trabajadores. Las empresas responsables, conocedoras que serán solidariamente responsables por las deudas salariales y de Seguridad Social de las empresas contratistas y subcontratistas con respecto a sus trabajadores, tienen incentivos a contratar únicamente con empresas solventes y con garantía de cumplir con sus obligaciones laborales. En cualquier caso, los créditos salariales y de Seguridad Social del trabajador quedan protegidos mediante la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Sin embargo, como se ha apuntado a lo largo del artículo, no es, a mi juicio, el sistema de responsabilidad solidaria de la empresa principal garantía suficiente. Desde mi punto de vista, es necesaria la introducción de un principio de igualdad de trato en supuestos de externalización productiva, especialmente de subcontratación de la propia actividad empresarial, para proteger adecuadamente a los trabajadores, evitar la elusión de compromisos laborales mediante la subcontratación e impedir, en última instancia, la competitividad empresarial basada reducción de costes laborales, centrándola en mayor especialización, economías de escala, etc.

Los argumentos esgrimidos por la propia Directiva 2008/104/CE para

---

<sup>13</sup> COM(2006) 708. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52006DC0708>

Véase Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., “El debate europeo sobre flexibilidad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, *Lan Harremanak*, n. 16, 2008, p. 167-243.

justificar el principio de igualdad de trato en sede de Empresas de Trabajo Temporal, son también válidos para introducir dicho principio también en los supuestos de externalización productiva mediante la subcontratación. Así, establecer un “marco de protección” transparente y proporcionado para los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, “mejorar la calidad” de la subcontratación garantizando el respeto del principio de igualdad de trato y “establecer un marco apropiado” de utilización de la externalización productiva para “contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo” son, a mi juicio, objetivos también válidos para defender la introducción de un principio de igualdad de trato en la subcontratación.

Así, la igualdad de trato entre trabajadores de la empresa principal y trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas en supuestos de subcontratación de la propia actividad empresarial, permitiría:

- en primer lugar, evitar distorsiones únicamente basadas en costes laborales entre la explotación propia de una actividad económica y su externalización. El principio de igualdad de trato implicaría que las empresas resultarían indiferentes, en términos de costes laborales, entre optar por la explotación propia de una actividad inherente de su ciclo productivo y su descentralización. En tanto que obligada a respetar las condiciones laborales establecidas en la empresa principal, la empresa contratista o subcontratista revertiría en el precio estos costes laborales. Desaparecen, así, los incentivos empresariales de optar por la subcontratación como fórmula de ahorro de costes laborales, primando, por ende, la descentralización productiva basada en mayor productividad, especialidad, economías de escala, etc.;
- en segundo lugar y como se ha apuntado anteriormente, el principio de igualdad de trato en el marco de la descentralización productiva impediría que esta vía fuera utilizada como fórmula para eludir compromisos laborales adquiridos por parte de la empresa principal mediante negociación colectiva o por decisión unilateral con efectos colectivos. Aunque ciertamente y como se ha analizado anteriormente, las garantías por cambio de empresario establecidas en la Directiva 2001/23/CE y el artículo 44 ET reconocerían el derecho de los trabajadores afectados por una cesión el mantenimiento de sus condiciones laborales de origen, éstas eventualmente resultan modificadas por el transcurso del tiempo o por la su modificación por parte de la empresa. Por consiguiente, la introducción del principio de igualdad de trato permitiría, asimismo, garantizar la perdurabilidad del respeto de las condiciones laborales de origen de los trabajadores afectados por una cesión por descentralización productiva;
- y, en tercer lugar, dicho principio de igualdad de trato protege a los

trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, garantizándoles unas condiciones laborales análogas a aquellas disfrutadas por los trabajadores de la empresa principal. Respetando, por consiguiente, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Por todo lo anterior, se concluye la necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales para garantizar una mayor protección de los trabajadores contratados por empresas contratistas y subcontratistas. Así, se propone la introducción de un instrumento – en ningún caso desconocido por el marco comunitario – como es el principio de igualdad de trato.

Efectivamente, el estudio realizado permite concluir la viabilidad jurídica de introducir a nivel comunitario un principio de igualdad de trato; principio, por otro lado, conocido en el marco comunitario, también en el contexto de la descentralización productiva.

La introducción de un principio de igualdad de trato en el marco de la Unión Europea, permitiría completar el círculo de protección de los trabajadores ante el fenómeno de descentralización y externalización productiva.

## 5. Bibliografía

Calvo Gallego, F. J. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, n. 21-22, 2010, pp. 1-32 (versión La Ley Digital).

Calvo Gallego, F. J. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, n. 107, 2010, pp. 303-335.

Cruz Villalón, J., “Descentralización productiva y responsabilidad por contrata y subcontrata”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 1-39 (versión La Ley Digital).

Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 1999, pp. 3-7 (versión La Ley Digital).

Gala Durán, C., “La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España”, *Temas Laborales*, n. 102, 2009, pp. 13-49.

Luján Alcaraz, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, *Aranzadi Social*, n. 20, 2008, pp. 1-11.

- Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., “Seguridad y salud laboral en España”, *Health and Safety in the Workplace. Comparative Labor Law Dossier*, IUSLabor, n. 2, 2015, pp. 37-59.
- Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., “Succession and transfer of businesses in Spain”, *Succession and transfer of businesses. Comparative Labor Law Dossier*, IUSLabor, n. 1, 2015, pp. 33-42.
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., “El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, *Lan Harremanak*, n. 16, 2008, pp. 167-243.
- Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el derecho español vigente (Comentario de urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)”, *Boletín Laboral*, Abdón Pedradas. Abogados y asesores tributarios, 2009, pp. 1-12.
- Sánchez-Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global. Estudio de legislación comparada*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- Valdés Dal-Ré, F., “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 2001, pp. 1-6 (versión La Ley Digital).

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*