

NEGOCIACIÓN COLECTIVA + DIÁLOGO SOCIAL = ACUERDO DE GOBERNANZA: LA REFORMA LABORAL 2021 DE LA DEVALUACIÓN SALARIAL DE LA SUBCONTRATACIÓN

LAURENTINO J. DUEÑAS HERRERO

NET21 NÚMERO 8, ENERO 2022

El Derecho del Trabajo requiere de cierto conflicto económico y social, no solo para mostrarlo, pues existe, sino para superarlo mediante dos criterios básicos, basados a su vez en dos binomios, el primero procedimental, negociación+diálogo, y el segundo de resultado, acuerdo+gobernanza. La adición de la acción sindical, que se produce en el día a día de la negociación colectiva, completada con el diálogo social, que le ofrece el marco de actuación, no puede menos que cerrarse en una gobernanza de las relaciones laborales, donde se imbrican ambos fenómenos. El protagonismo de los agentes sociales alimenta de modo positivo la concertación social, siempre que la política legislativa recepcione debidamente los logros alcanzados. Los buenos resultados del diálogo tripartito avalan una idea clave: ni la concertación tripartita puede consistir en el ejercicio de una suerte de derecho de veto de los interlocutores sociales sobre la orientación de las políticas gubernamentales, ni, a su vez, debe significar una sencilla adhesión de los interlocutores a lo decidido por los gobiernos¹. Por este motivo, la exigencia de derogar la reforma laboral de 2012 se desdobló en la reivindicación sindical de adelantar la eliminación inmediata de las medidas “más lesivas”, las que repercutían directamente sobre la negociación colectiva y las prácticas empresariales de la externalización productiva. Después, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Reino de España incorporó a su contenido un amplio repertorio de medidas que exigen la reforma de la, hasta hoy, legislación laboral vigente². Si nos detenemos en el análisis de cualquiera de los principios jurídico-laborales, por ejemplo, en el referido a la correspondencia a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la

¹ Gómez Sánchez, V.: “Diálogo social y mercado de trabajo”, en *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Dirs. Villalón, González-Posada y Molero, Coords. Lahera y Murcia, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 164.

² Baylos Grau, A.: “Derogación y reforma laboral: acuerdos y desacuerdos”, *Revista de Derecho Social*, nº 95/2021, pp. 8-10.

misma retribución (art. 28.1 ET), complementado con el principio de no discriminación e igualdad de trato, comprobamos que para su aseguramiento se necesitan unos cambios avalados por el diálogo social, como es la garantía para las empresas contratistas o subcontratistas de un convenio colectivo sectorial aplicable de referencia, sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva, tal y como se relaciona en la Exposición de Motivos del *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo* (Reforma/2021), que puede identificarse como “la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social”.

El *modus operandi* de la Reforma/2021 no difiere mucho de otros consensos laborales alcanzados al más alto nivel durante la presente Legislatura, pensemos en la regulación del trabajo a distancia por el Real Decreto-ley 28/2020 o en la regulación para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales por el Real Decreto-ley 9/2021. Por su lado, el Real Decreto-ley 32/2021 ha aprovechado el engranaje del diálogo social y propone una serie de reformas cuyo objetivo es “la modernización del Estatuto de los Trabajadores para que plasme las bases de un nuevo contrato social” (Exposición de Motivos). El contrapunto a la Reforma/2021 ya pertenece al pasado. Resulta oportuno recordar lo que ocurrió hace 10 años. Las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las confederaciones sindicales CCOO y UGT suscribían el 25 de enero de 2012, esto es, días antes de la promulgación del Real Decreto-ley de reforma, el *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014* (BOE 6-2). Las partes firmantes aportaban un pacto de *moderación salarial* a lo largo de la vigencia del acuerdo, en el convencimiento de que «para alcanzar la recuperación económica, el crecimiento de las rentas y de los precios constituyen elementos clave para conseguir ese objetivo». Y, en efecto, sin haber sometido los contenidos de su iniciativa reformadora [mantenidos con reserva absoluta hasta el último instante] a negociación con las partes sociales, ni siquiera a consulta previa de las mismas, el Consejo de Ministros aprobaba finalmente la reforma laboral anunciada en su reunión del viernes 10 de febrero, siendo publicado al día siguiente el Real Decreto-ley 3/2012 resultante³. Los cambios sustanciales entre las reformas 2012 y 2021 nos llevan a la conclusión de que en esta última sí estamos ante un verdadero cambio que apuesta por la recuperación de derechos y que coloca a la flexibilidad interna y a la negociación colectiva en el centro de la nueva política laboral⁴. En pocas palabras, en 2012 el Gobierno

³ <http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com/search/label/Reforma%20laboral%202012>

⁴ <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>

saliente de las urnas deslegitimó totalmente a los agentes económicos y sociales y despreció la concertación social.

Cuando se defiende el reforzamiento del papel de los sujetos colectivos, se entiende que se trata del refuerzo del diálogo social y del poder institucional de los interlocutores sociales (art. 7 CE), sin que ello signifique que los representantes del poder político se descarguen de su responsabilidad. Sin embargo, a día de hoy, veníamos comprobando como se producía una corriente de opinión de descolectivización y de negación de una identidad colectiva representada por el sujeto sindical, en otras palabras, se estaba produciendo un “borrado de la dimensión colectiva regulativa” en un panorama en donde la individualización y la negación del conflicto constituían los nuevos principios rectores⁵. Sin duda, se precisaba actuar contra el debilitamiento de la negociación colectiva y la reducida cobertura del convenio colectivo en algunos sectores productivos. No se discute que los instrumentos que han de utilizar los Estados no son otros que las normas, “un conjunto de normas mínimas” sobre el aseguramiento de los niveles básicos de salarios, el acceso a la formación y la promoción, y la protección social. Ahora bien, la inserción en los ordenamientos laborales de los pactos y de los acuerdos sociales es imprescindible para superar el empleo precario y garantizar a los trabajadores un trabajo digno. Ningún país europeo ha acogido un modelo de flexibilización no gobernada por el Estado, por la ley laboral y por los interlocutores sociales⁶. Aunque resulte una obviedad, el resultado final de las reformas laborales no es el mismo cuando se efectúan en el marco del diálogo social, porque deja un poso que, en parte, siempre provoca matices de corrección en la inicial propuesta gubernamental y, a la postre, permite una mayor efectividad en la aplicación práctica de las reformas acometidas⁷. El diálogo social –con mayor o menor grado de institucionalización- puede cumplir un papel importante en la gobernanza de las relaciones de trabajo porque da lugar a un “intercambio político” donde las organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno con un coste; igual para el sindicato, a quien también le entraña el coste potencial sobre su propia identidad colectiva, pues

⁵ Baylos Grau, A.: “Crisis y reconfiguración de la autonomía colectiva en el futuro del trabajo”. En *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTMSS, Madrid, 2019, pp. 312 y 319-321.

⁶ Casas Baamonde, M.ª E.: “El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 7/2015, p. 712.

⁷ Cruz Villalón, J.: “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4/2020, p. 20.

provoca relaciones de tensión con los miembros de la base, así como pérdida de influencia sobre los mismos e incluso pérdida de afiliación⁸.

Lo cierto es que el procedimiento recién mencionado se ha seguido escrupulosamente en la Reforma/2021 para eliminar la devaluación salarial de la subcontratación (nuevo art. 42.6 ET en relación con el art. 84.2 ET). Se puede afirmar que una de las modificaciones clave de esta reforma ha sido la subcontratación, que no asume la propuesta radical de irradiar las garantías del art. 42 ET a toda actividad, no solo la propia, pero sí afronta una cuestión de calado: establecer que las condiciones de los trabajadores empleados en contratas y subcontratas serán las fijadas en el convenio sectorial aplicable a la actividad efectivamente desarrollada, que garantizará la igualdad de los trabajadores que presten servicios en la empresa, con independencia de que formen o no parte de la plantilla, sin olvidar que el convenio de la empresa contratista bien pudiera mejorar el sectorial⁹. No hay duda de que, hasta hoy, el empleo atípico y precario se había visto fortalecido por una organización empresarial que se había adaptado a los cambios de los procesos productivos mediante el fortalecimiento del típico negocio mercantil de la descentralización productiva, fenómeno imparable protegido por la libertad de empresa en las economías sociales de mercado, que buscaba aumentar la producción fragmentada, el empleo a bajo coste y su productividad para competir, beneficiándose de ello las empresas deslocalizadoras, por las diferencias de precios, las peores condiciones de trabajo y particularmente las bajadas en los salarios¹⁰. Además, este proceso de externalización productiva presentaba como característica constitutiva su dimensión global, capaz de gestionar a distancia todas las fases de la producción, permitiendo reducir al máximo el riesgo empresarial¹¹.

La externalización empresarial de riesgos y costes –unido al uso generalizado y abusivo de la temporalidad en los ciclos productivos- supone una clara disrupción del “neoliberalismo” y se expresa de muchas maneras en el ámbito de las relaciones laborales. Por ejemplo, en la laxitud con la que se regulaba

⁸ Moreno Vida, M.ª N.: “La gobernanza de las relaciones de trabajo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTMSS, Madrid, 2019, p. 249.

⁹ Basterra Hernández, M.: “Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021”, *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, p. 3.

¹⁰ Casas Baamonde, M.ª E.: “La calidad del empleo en un mundo en transformación: ¿Qué empleo para el futuro del trabajo que queremos?”, *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*, Universidad de Sevilla, Organización Internacional del Trabajo y Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, p. 76.

¹¹ Trillo Párraga, F.: “Trabajo decente y economía digitalizada”, en AA. VV.: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita-Volumen II*, OIT y MESS, Madrid, 2017, pp. 432-433.

la subcontratación empresarial de actividades, que facilitaba la presión a la baja de los salarios y las condiciones de trabajo, al tiempo que promovía un modelo de competitividad basado estrictamente en la reducción de costes laborales¹². Además, para la Reforma/2021, evitar la utilización de la técnica de la externalización productiva como fórmula de abaratamiento de costes empresariales, está conectado con el respeto a un principio antidiscriminatorio, como ocurre en sectores altamente feminizados como el de las camareras de pisos. Esto es lo que explica la norma según la cual se aplica a los trabajadores de la contrata el convenio sectorial de la actividad de la empresa principal para la que restan sus servicios¹³. Para ello la Reforma/2021 se propone la “modernización” de la contratación y subcontratación de las empresas, porque “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” (Exposición de Motivos).

Una buena reforma debía exigir que quienes fueran trabajadores de empresas contratistas disfrutaran de las mismas condiciones esenciales de trabajo y empleo que los trabajadores de la empresa principal¹⁴. En definitiva, que los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas tuvieran unas condiciones laborales, en particular las salariales, sustancialmente iguales a las de la empresa principal o, al menos, que fueran las del convenio sectorial aplicable a la empresa contratista, aunque dicha empresa tuviera convenio colectivo propio (siempre que este no fuera más favorable)¹⁵. La nueva redacción sigue condicionada por la concurrencia de “propia actividad” y se ha limitado a añadir un nuevo apartado 6 al art. 42, que recoge una regla dirigida principalmente a ciertas empresas contratistas (multiservicio) que no contaban con convenio colectivo propio y apuesta por el criterio de aplicar el convenio de la actividad efectivamente ejecutada por los trabajadores de las empresas contratistas en las empresas clientes (STS 11/06/2020, rec. 9/2019), lo que no deja de ser un “buen criterio normativo”. Sin duda, la supresión del antiguo apartado a) del art. 84.2 ET es la novedad más importante de la reforma, “especialmente porque rompe la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva, especialmente en

¹² Coscubiela Conesa, J.: *La disputa por el control del algoritmo*, *el Diario.es*, 12/05/2021 (https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/disputa-control-algoritmo_129_7927909.html).

¹³ <https://baylos.blogspot.com/>

¹⁴ López Aniorte, C.: <https://www.net21.org/hacia-la-dignificacion-del-trabajo-externalizado/>

¹⁵ García-Perrote, I.: “La reforma del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, *IUSlabor*, nº 1/2019, p. 2.

aquellos sectores de escasa productividad¹⁶. Por otra parte, en dicha letra a) del art. 84.2 ET se recogía una regla de indisponibilidad absoluta de por parte de los sujetos negociadores de convenios colectivos de ámbito superior a la empresa y de aquellos que negocian los acuerdos marco interconfederales, lo cual la convertía en norma de derecho necesario absoluto. Mediante esta operación legislativa, quedaba virtualmente desmantelado el sistema de negociación colectiva, asentado hasta ese momento en la prevalencia y reconocimiento de la negociación colectiva sectorial. Tras la Reforma/2021, en materia salarial, las partes negociadoras en los distintos niveles supraempresariales disponen de un amplio margen de decisión para configurar reglas flexibles que permitan estructurar la negociación colectiva con reglas de concurrencia capaces de asegurar la aplicación prevalente del convenio sectorial que garantice mejores niveles retributivos¹⁷.

La dificultad para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas polivalentes acompañó el proceso de expansión de las empresas multiservicios¹⁸. La reforma de 2012 impuso la aplicación prioritaria del convenio de empresa y facilitó que las empresas multiservicios compitieran con condiciones laborales inferiores a las establecidas en los convenios sectoriales, aplicando su propio convenio de empresa a sus trabajadores. Aquí ha entrado de pleno la Reforma/2021, porque el ahorro de costes había creado distorsiones en la competencia del sector y había introducido diferencias salariales que estaban castigando a las empresas que se habían hecho cargo de su actividad con su propia plantilla de trabajadores. Además, el verdadero conflicto no solo residía en sustituir un coste empresarial más elevado por otro más reducido, sino en introducir un nuevo criterio de gestión empresarial: obligar a la empresa principal a contar con una plantilla estable acorde con el volumen de su actividad ordinaria y permanente¹⁹.

Lo que también se persigue con la Reforma/2021 es abrir una puerta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que pueda aplicar el ordenamiento y evitar que la externalización sea una vía más propicia para los empleadores que la contratación directa de personas trabajadoras. Es fácil constatar que la estrategia descentralizadora era más ventajosa para las

¹⁶ <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>

¹⁷ Ramos Quintana, M.: <https://www.net21.org/salarios-y-negociacion-colectiva-sectorial-el-impacto-de-la-reforma-laboral-de-2021/>

¹⁸ <https://www.net21.org/subcontratacion-y-precariedad-una-relacion-que-se-puede-romper/>

¹⁹ <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2021/03/w-sanguineti-subcontratacion-de-actividades-productivas-y-estabilidad-en-el-empleo.pdf>.

empresas y que se hacía necesario establecer garantías para que ello no lo fuera a costa de precarizar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de las contratas²⁰. Es imprescindible superar el fraude en la contratación ilícita y así terminar con la inseguridad jurídica y el desgaste de la actuación vigilante de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, porque es oportuno recordar que también es frecuente que en el ciclo productivo hasta el cliente interfieran, además de empresas auxiliares, trabajadores autónomos –normalmente sin trabajadores a su cargo- a quienes no se aplican las normas laborales del sector y que no tienen derechos colectivos tan importantes como el de la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo. Estos “falsos autónomos” en ocasiones prefieren el autoempleo a la aplicación del convenio colectivo. Llegados a este punto, ya habría que plantearse qué derechos socio-profesionales deben considerarse básicos, en tanto derechos sociales, para reconocerlos indistintamente a trabajadores subordinados y autónomos²¹.

Los sindicatos españoles han venido trabajando desde hace años contra el uso indebido de la subcontratación en cualquier sector, con el objetivo de conseguir que no hubiera ni una sola persona trabajadora en las cadenas de producción prestando sus servicios sin las garantías de la legislación laboral y bajo la cobertura de un convenio colectivo sectorial. Los acuerdos o compromisos obligatorios logrados para reducir estas prácticas no tenían eficacia vinculante y a través de los convenios colectivos no se podía impedir la subcontratación, que muchas veces se acompañaba de la utilización fraudulenta de falsas cooperativas o de falsos autónomos. El ánimo en las mesas de negociación nos llevaba a pensar que la subcontratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad en su pasada redacción tenía los días contados, pero continuaba pendiente de un acuerdo de reforma en la Mesa de Diálogo Social. A mayor abundamiento, se solicitaba a los negociadores una solución donde se expresará la cobertura por el convenio colectivo del sector correspondiente. Afortunadamente, esto ha llegado con la Reforma/2021 y espero que la convalidación en el Congreso del Real Decreto-ley 32/2021 cierre debidamente el círculo de gobernanza, porque los binomios propios del Derecho del Trabajo se han cumplido de un modo equilibrado.

²⁰ Esteve-Segarra, A.: "Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral, ¿por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?", *Revista de Derecho Social*, nº 94/2021, pp. 39 y 44.

²¹ Cabeza Pereiro, J.: "Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía", *Revista de Derecho Social*, núm. 86/2019, p. 72.