

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras Clave: Descentralización, Negociación Colectiva, Andalucía**

La descentralización productiva, generalizada en el conjunto de los sectores económicos en la CCAA de Andalucía, es un fenómeno complejo que reduce la eficacia de la normativa laboral. La negociación colectiva puede ser un instrumento eficaz para la mejora de las condiciones en que se producen los procesos de descentralización productiva, garantizando el mantenimiento de los derechos de los trabajadores y el éxito de las medidas de reestructuración organizativa de la empresa. Las medidas promocionales previstas en la legislación vigente avanzan en el sentido de mejorar los derechos de información y participación de los trabajadores y de sus representantes en dichos procesos, pero la timidez y el escaso recorrido temporal de alguna de ellas constituyen serios obstáculos. Estudiar el reflejo que las medidas de externalización productiva proyectan en la negociación colectiva andaluza permite conocer de manera más detallada el marco jurídico del que han de hacer uso trabajadores y empresarios, estudiar de qué manera reciben los negociadores los estímulos introducidos por el legislador, analizar las posibles desviaciones normativas y proponer nuevas medidas de impulso.

ABSTRACT **Key Words: Decentralisation, Collective Bargaining, Andalusia**

Productive decentralisation, which has become generalised in all economic sectors of the Autonomous Community of Andalusia, is a complex phenomenon which reduces the efficacy of labour regulations. Collective bargaining can be an efficient instrument to improve the conditions in which the productive decentralisation processes take place, guaranteeing that the rights of workers are maintained and that business restructuring measures are successful. The promotional measures established in current legislation advance in the sense of improving the right to consultation and information of workers and their representatives in these processes; however, timidity and the short time during which some of them have been enforced lead to obstacles. By studying the reflection of productive outsourcing measures on collective bargaining in Andalusia, that is, analysing how collective agreements face conventional regulation of certain aspects of industrial relations that are mostly affected by these processes, allows us to gain detailed knowledge of the legal framework used by workers and employers, studying how negotiators receive the stimuli introduced by legislators, analysing possible legal deviations and proposing new legal promotion measures.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional SEJ 2007-65814 sobre eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA INEXISTENCIA DE UN CONCEPTO JURÍDICO LABORAL DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA
3. EL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO Y LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN ANDALUCÍA
 - 3.1. El empleador y el poder de organización de la empresa
 - 3.2. Centro de trabajo y lugar de trabajo
 - 3.3. Contrato de trabajo de obra o servicio determinado
 - 3.4. Subcontratación de trabajadores y cesión ilegal
 - 3.5. Grupo de empresas
 - 3.6. Transmisión de empresa
 - 3.7. Empresas de trabajo temporal

1. INTRODUCCIÓN

El papel de la negociación colectiva como instrumento normativo que permite complementar o suplementar la regulación legal tiene una tradición en el ordenamiento jurídico laboral¹, aunque la potencialidad de este recurso para adaptar la ordenación de una materia determinada a las necesidades reales de cada empresa, sector o territorio depende fundamentalmente de numerosos aspectos como la complejidad de la materia objeto de normación, la relación de fuerzas en presencia y el protagonismo promocional que asuma la norma legal. El protagonismo que en la realidad económica andaluza han cobrado fenómenos como el de la descentralización productiva durante los últimos años justifica la realización de un estudio sobre la atención prestada a las medidas descentralizadoras en nuestros convenios colectivos o, más correctamente desde un punto de vista técnico, sobre el uso que la autonomía colectiva ha hecho de su poder normativo para adaptar la regulación de este instrumento de organización empresarial a las necesidades específicas en nuestra Comunidad Autónoma. Los efectos sobre las relaciones laborales del fenómeno empresarial denominado descentralización productiva han sido objeto de numerosos esfuerzos de sistematización por parte de la doctrina laboral española e internacional², como igualmente frecuentes han sido las resoluciones de los Tribu-

¹ Martín Valverde, A. y otros: "Derecho del Trabajo", 17ª edición, Tecnos, 2008, pp. 135 ss.

² AA.VV.: "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", MTAS, 2000; AA.VV.: "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno", Tirant lo Blanch, 2000; AA.VV.: "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Del Rey Guanter (Coord.), Lex Nova, 2001; AA.VV.: "Descentralización productiva", Gil Suárez, L. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2000.

nales españoles y comunitarios sobre sus más polémicas manifestaciones³. Desde un punto de vista descriptivo, el concepto agrupa las decisiones empresariales que tienen por objeto encomendar a otras empresas la realización de parte de las actividades que conforman su actividad económica, reduciendo con ello el número de éstas realizadas directamente, es decir, con personal al que le une un contrato de trabajo por cuenta ajena.

La decisión de acudir a recursos personales externos a la propia empresa para completar la producción de un bien o la prestación de un servicio se encuentra en la esfera de facultades del empresario quien, en virtud de la libertad que le otorga el art. 38 CE, no sólo puede decidir sobre la oportunidad de crear una empresa con el objetivo de poner un determinado bien o servicio a disposición del mercado; adicionalmente, la libertad de empresa atribuye al empresario una amplia autonomía organizativa, de la que podrá disponer para elegir a los trabajadores que desee contratar (libertad de contratación), para sancionarlos cuando incumplan con sus obligaciones laborales (poder disciplinario) y, sobre todo, libertad para fijar la estructura organizativa de la empresa de la forma que considera más adecuada, tanto al inicio de la actividad como durante todo el tiempo que ésta se mantenga en el mercado, para adaptarse a la evolución de éste (poder de autoorganización)⁴. Una de las manifestaciones de este poder de autoorganización, o poder de dirección general, es la capacidad para decidir sobre el grado de centralización de los procesos productivos o de prestación de servicios de la empresa, recurriendo en cada caso a los mecanismos admitidos en derecho, ya sea a partir de la encomienda de la actividad a otras empresas propias, participadas o extrañas (contrata o subcontrata de obras y servicios, transmisión de parte de la empresa, configuración de grupos de empresa), o incrementando materialmente el personal de la empresa sin incorporarlos formalmente a la plantilla de ésta (Empresas de Trabajo Temporal o trabajadores autónomos). Más allá de la referencia constitucional,

³ Recientemente, Fernández López, M.F.: “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2009.

⁴ Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Coord), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005. En otras palabras: “Al que llamamos poder directivo general pertenecen decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa, tales como la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo de modo directo –mediante contratos laborales– o a través de procedimientos de «externalización» del trabajo –mediante contrataciones, empresas de trabajo temporal, etc.– los sistemas de selección y clasificación del personal, de retribución y tiempos de trabajo, la opción en cuanto a modalidades contractuales, la reducción del número de trabajadores de la empresa, etc.” Montoya Melgar, A.: “El poder de dirección del empresario en empresas de estructura compleja” *RMTAS*, núm. 48, pp. 135 a 145.

a nivel legal el art. 20 ET regula el aspecto singular del poder de dirección, como manifestación de la posición subordinada del trabajador en el contrato de trabajo, pero no se ocupa de regular la vertiente general de dicho poder, ordenación que corre a cargo de otras disciplinas jurídicas. De lo que sí se ocupa la normativa laboral es de la regulación de algunos efectos que la adopción de dichas decisiones producen en las condiciones de trabajo de los afectados por éstas, pues es evidente que cuando las decisiones organizativas de descentralización afectan a un porcentaje importante de la plantilla de la empresa o a una parte relevante de su actividad empresarial, las condiciones de trabajo se verán afectadas de forma global.

A pesar de que como ha quedado dicho, la relevancia laboral del fenómeno resulta evidente, no parece que la atención dispensada por el legislador haya sido especialmente intensa y, lo que estimo de mayor gravedad, dotada de una adecuada sistemática y visión global. La regulación tradicional de la materia se encuentra en los arts. 42 a 44 ET. Con posterioridad, se otorgó una regulación específica a, lo que puede considerarse una figura de uso excepcional, como es el caso de las Empresas de Trabajo Temporal⁵ y, más recientemente, se ha adoptado una regulación más general, pues engloba en su conjunto el fenómeno de contrata y subcontrata, eso sí, aplicable únicamente al sector de la construcción⁶, sector que se encuentra en el origen de la regulación legal de la materia. Junto a las anteriores afirmaciones, conviene recordar que los preceptos estatutarios que tradicionalmente han regulado la materia han sido invariablemente modificados en las últimas reformas laborales, aunque en todos los supuestos las alteraciones introducidas no han tenido como objetivo la reforma de aspectos estructurales, por el contrario en la modificaciones de mayor calado han perseguido mejorar la eficacia de las normas existentes mediante la introducción de mecanismos de información y participación de los trabajadores afectados y de sus representantes. La escasa intervención del legislador en materia de descentralización productiva, los reenvíos que la normativa legal realiza a la autonomía colectiva para la ordenación de determinados aspectos y el interés del legislador por potenciar la información y participación de trabajadores y representantes resultan estímulos para el estudio de la regulación convencional de los procesos de descentralización productiva, materia que en este trabajo se circunscribe al ámbito territorial andaluz y únicamente a la regulación contenida en los convenios colectivos estatutarios.

⁵ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, BOE de 2 de junio.

⁶ Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción, BOE de 19 de octubre.

2. LA INEXISTENCIA DE UN CONCEPTO JURÍDICO LABORAL DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Es conocido que no existe una definición jurídica de qué debe entenderse por descentralización productiva y, por consiguiente, no existe un tratamiento conjunto de los efectos que tales decisiones pueden producir, y de hecho producen, en las relaciones entre el empresario y los sujetos colectivos⁷ e individuales⁸ protagonistas de las Relaciones Laborales en la empresa, ni por supuesto, respecto de otros aspectos concretos de la relación de trabajo, materias cuya relevancia a efectos del interés general merecen la intervención de las Administraciones Públicas⁹. La necesidad de una ordenación del fenómeno por la disciplina laboral podría justificarse con algunas afirmaciones que muestran evidencias poco discutibles. La adopción de medidas descentralizadoras supone la reducción de la eficacia de la normativa laboral, obstaculiza la efectividad de la normativa de promoción de la actividad sindical, altera los procesos y ámbitos de negociación colectiva, modifican las bases para la organización de conflictos colectivos, y dificultan la identificación del sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones empresariales. Las anteriores afirmaciones

⁷ Iglesias Cabero, M.: “La descentralización productiva y el derecho colectivo del trabajo: Incidencias y efectos en relación con las representaciones unitaria y sindical de los trabajadores, con las elecciones sindicales y con los convenios colectivos”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2000, pp. 91 a 122; Solá Monell, X.: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva.” Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales”: problemática jurídica actual Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M (Coord), Lex Nova, 2001, pp. 165 a 214.

⁸ Cruz Villalón, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, núm. 1, 1992, pp. 114-162; Fernández López, M.F.: “Descentralización productiva, contrata y despido por causa organizativa”, Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, 2000, pp., 407 a 420; Sempere Navarro, A.V.: “Descentralización productiva: contrata o subcontrata, ETTS y cesión de trabajadores” en La reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, Luján Alcaraz, J. (Coord.), 2006, pp. 123-186.

⁹ Gil Suárez, L.: “La descentralización productiva y la seguridad social”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2000, pp. 123 a 158; Valverde Asencio, A.: “Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales”, Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M (Coord), Lex Nova, 2001, pp. 303 a 360; González Ortega, S. y otros: “La descentralización productiva y su repercusión en el terreno de la seguridad social”, Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto, Miguel Carlos Rodríguez-Piñero Royo, M. y Pérez Guerrero, M.L. (Coord.), 2006, pp. 2006 a 270; Martínez Lucas, J.A.: “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: Contratas y subcontratas”, REDT, núm. 96, 1999, pp. 565-586; Lázaro Sánchez, J.L.: “Descentralización productiva, infracciones en materia de seguridad y salud laborales y determinación del sujeto responsable en el ámbito administrativo”, Temas Laborales, núm. 67, 2002, pp. 229-240.

no presuponen que las decisiones empresariales de descentralización productiva persigan ese objetivo, no se trata en este caso de realizar un juicio, o más bien un prejuicio, sobre las motivaciones que laten bajo tan complejos procesos de organización empresarial, lo que digo es que independientemente de la voluntad del empresario, los efectos negativos enumerados se producen a partir de un marco normativo que no ha estado suficientemente atento a la evolución del modelo de organización empresarial, a partir de un par de datos indiscutibles; los procesos de descentralización productiva, como anteriormente he dicho de etiología plural, poseen un elemento común: producen de manera inmediata la reducción formal del volumen de empleo de la empresa originaria y la intervención en el proceso de producción de bienes y servicios de un número superior de empresarios que convierten relaciones tradicionalmente bilaterales en relaciones multilaterales. La dificultad de conciliar la realidad material con la regulación jurídica podría ser un elemento que abriese la puerta a la intervención de la autonomía colectiva, como instrumento de corrección de la falta de adecuación denunciada. Pero lo que a priori puede considerarse un impulso, parece que en la práctica se convierte en un obstáculo, pues la complejidad del fenómeno, la velocidad a la que evoluciona y la variedad de los efectos que produce sobre el sistema de relaciones laborales impiden un tratamiento colectivo adecuado, según veremos seguidamente. Esta realidad aconsejaría una decidida intervención legislativa de fomento que permitiera a los negociadores contar con bases más firmes que permitan adoptar las medidas convencionales que devuelvan eficacia a la normativa laboral, aunque para ello no sea preciso homogeneizar el tratamiento normativo al conjunto de los sectores. Este planteamiento, global en cuanto a la consideración del fenómeno descentralizador pero a su vez sectorializado para atender las específicas necesidades en cada ámbito, debiera impulsar la reflexión sobre la idoneidad del marco normativo laboral vigente en la materia, objetivo más general que puede comenzar a abrirse camino a la luz de las correcciones que, ante la ausencia de eficacia de dichas normas, han comenzado a producirse desde la negociación colectiva.

3. EL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO Y LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN ANDALUCÍA

Corresponde en este momento estudiar los rastros que los procesos de externalización de actividades han dejado en los convenios colectivos estatutarios vigentes en el ámbito de negociación andaluz, es decir, en los convenios colectivos autonómicos, provinciales y empresariales acordados en nuestra CC. AA. La materialización territorial de la negociación colectiva en nuestro país

limita las posibilidades de realizar un estudio más fiel a la realidad convencional andaluza, en el que pudiéramos incluir los convenios colectivos que afectan a centros de trabajo ubicados en nuestra Comunidad Autónoma pertenecientes a empresas que superan el ámbito territorial andaluz. Con toda probabilidad estas experiencias negociadoras, por desarrollarse en empresas o grupos de gran tradición convencional, se encuentran entre las más notables del panorama convencional español, por lo que su ausencia puede resultar relevante. A pesar de ello, permaneceremos fieles a la distribución formal más tradicional.

Si en los apartados introductorios, hemos imputado al legislador el error de afrontar la regulación de la materia desde una visión patológica y parcial, es obligado realizar un esfuerzo superior en este estudio, y analizar la descentralización productiva de una manera más general que englobe también los aspectos fisiológicos de las prácticas que conforman el objeto de estudio. El presente estudio toma como referencia central los preceptos tradicionalmente identificados con el concepto de externalización (art. 42 a 44 ET), pues aunque la fórmula más frecuentes de descentralización productiva tiene lugar mediante la materialización de contratos o subcontratos de obras y servicio, la descentralización puede producirse también de una forma más definitiva, mediante la transmisión de un centro de trabajo, o una parte de la empresa o, a la inversa, mediante la creación de varias empresas que conforman un grupo de empresas. En paralelo, se estudian los efectos de la descentralización productiva sobre otros aspectos de la normativa laboral no regulados en tales preceptos, que en mi opinión contribuyen a dimensionar adecuadamente la complejidad e intensidad de la vertiente jurídico laboral del fenómeno descentralizador, como la identificación del empleador y el ejercicio del poder de organización de la empresa, el concepto legal de centro de trabajo, la modalidad contractual temporal de obra o servicio determinado y las empresas de trabajo temporal. Otros aspectos, como la representación de los trabajadores, la representación sindical en la empresa o la estructura de la negociación colectiva, aunque no serán tratados monográficamente por la inexistencia de referencias expresas en los textos convencionales, serán objeto de comentario al hilo de otras cuestiones conexas. Con todo, el número de efectos en la normativa convencional es mucho más amplio, y con toda probabilidad seguirá creciendo en los próximos años pues el concepto descentralización productiva no es más que una denominación de naturaleza descriptiva que puede aplicarse a una pluralidad de instrumentos jurídicos que permiten dotar de mayor flexibilidad a la organización empresarial.

3.1. El empleador y el poder de organización de la empresa

Entre las normas más habituales que sirven de muro de contención a la generalización de las prácticas descentralizadoras que tienen como objetivo la

reducción de las garantías del trabajador, la interpretación que los órganos judiciales vienen haciendo del art. 1.2 ET ha permitido diferenciar entre el empleador formal y el verdadero empleador, doctrina que toma como referencia la institución del fraude de ley. Si el precepto considera empleador al sujeto receptor de la prestación laboral, no resulta excesivamente complejo asumir que debe considerarse empresario a quien realmente adopta la posición material que a éste le corresponde en la relación de trabajo, al margen de la voluntad de otros sujetos que pretendan aparecer formalmente como tales. Aquel que ejercita las facultades directivas será considerado empresario real, debiendo responder de cuantas obligaciones se desprendan de la relación laboral. El problema fundamental que limita la eficacia aplicativa de este mecanismo de atribución de responsabilidades, conocido como doctrina del levantamiento del velo¹⁰, reside en la exigencia de un intenso instrumental probatorio, mostrándose únicamente hábil para solventar los supuestos más graves, aquellos en que la descentralización productiva tiene como objetivo claro la elusión de responsabilidades empresariales, mediante la utilización de un testaferrero, normalmente *impecune*, poco cuidadoso de su apariencia, lo que facilita la apreciación del juez¹¹. En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce a la Jurisdicción Laboral la labor de identificar al empresario verdadero “frente a quien opera como empresario aparente para eludir gravosas consecuencias de orden laboral, y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos”¹². Al principio de primacía de la realidad se refiere también el Tribunal Supremo, para afirmar que la “responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociales subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir, y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad”¹³. En idéntica línea se expresa el mismo Tribunal, cuando relaciona la técnica del levantamiento del velo con la obligación de dispensar la tutela efectiva que consagra

¹⁰ Al respecto de la aplicación de dicha doctrina por la jurisprudencia laboral, García Vicente, J.: “Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social”; Hurtado Cobles, J.: “El levantamiento del velo y los grupos de empresas” Bosch, 2005; Moliner Tamborero, G.: “El levantamiento del velo de las personas jurídicas en la relación laboral”, Martínez Calcerrada y Gómez (coord.) Homenaje a A. Hernández Gil, 2001, pp. 3251-3264; Molina Navarrete, C.: “El levantamiento del velo jurídico en el ámbito de un mismo grupo de sociedades: ¿Un falso debate?”, Anuario de Derecho civil, núm. 3, 2000, pp. 751-836.

¹¹ STS de 1 de diciembre de 1982, RJ 1982/7454.

¹² STC 46/1983, de 27 de mayo.

¹³ SSTs de 3 de marzo de 1987 (RJ 1321), de 8 de octubre de 1987 (RJ 6973) y de 30 de junio de 1993 (RJ 4939).

el art. 24.1 de la Constitución, “penetrando en el *sustratum* personal de dichas entidades, levantando su velo en protección de los derechos de quienes, de otro modo, resultarían perjudicados, pues su respeto es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 CE”¹⁴.

La evolución de la figura del empresario no ha sido seguida por el legislador laboral que, con carácter general, ha negado la posibilidad de que dicha posición sea desempeñada por una pluralidad de sujetos. En el momento presente no cabe desconocer que la evolución de la organización empresarial ha superado este esquema de bilateralidad, las relaciones triangulares cobran protagonismo en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, mientras el Derecho del Trabajo anclado en sus principios tradicionales permanece, salvo en el caso de las Empresas de Trabajo Temporal, de espaldas a la evolución organizativa empresarial y a los efectos que produce sobre la prestación de servicios por cuenta ajena¹⁵. En ausencia de apoyo normativo, la negociación colectiva se encuentra con importantes límites de acción, no pudiendo modificar previsiones legales que son consideradas de orden público laboral, como la que vincula la noción de empresario, y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, al ejercicio efectivo de los poderes empresariales.

En paralelo, el ordenamiento jurídico reconoce al empresario, como titular de la actividad, la facultad de adoptar la decisión de fragmentar el proceso de producción en tantas partes como considere conveniente e incluso, si así lo considerase necesario, acometer el proceso inverso de centralización del conjunto de las actividades productivas, haciendo uso de la libertad empresarial, que con manifiesta amplitud contempla el art. 38 CE en el marco de la economía de mercado. A nivel legal, la referencia no resulta igualmente amplia y rotunda; el derecho reconocido por el art. 20 ET pone en manos del empresario las facultades de dirección y control de la actividad laboral, pero en ningún caso hace expresa referencia a la organización de la actividad empresarial. Junto a ello, los trabajadores y a sus representantes colectivos puede limitar el ejercicio concreto de estas facultades empresariales haciendo uso de las tradicionales derechos de información, consulta y participación, desde hace ya algún tiempo agrupados por influencia comunitaria europea bajo el término implicación, reconocidos por el ordenamiento laboral español. En otras palabras, la

¹⁴ STS de 25 de septiembre de 1989 (RJ 6488).

¹⁵ Partiendo de esa disparidad, la doctrina recientemente se pregunta: “¿Se está elaborando, a raíz de la interpretación de los arts. 43 y 44 ET un concepto de «empresario laboral» de mínimos, que superponer a los apuntados en los arts. 1.2 y 8.1 ET?, y ¿válido para extenderlo a todos los supuestos en que haga falta un concepto de empresario laboral?” Fernández López, M.F.: “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave”, op. cit., p. 3.

adopción de decisiones organizativas en el seno de una empresa incumbe sobre todo al empresario y a sus trabajadores, quienes deben velar por la buena marcha de la empresa, garantía de beneficios empresariales y de continuidad en el empleo. Cuando las decisiones empresariales afecten o puedan afectar al empleo o a las condiciones de trabajo, circunstancia que se verificará en la mayoría de los supuestos, junto a la libertad de empresa entrarán en juego todo un conjunto de normas laborales que tienen como objetivo la puesta en marcha de mecanismos de salvaguarda del empleo y de las condiciones de trabajo, que han dado lugar a la disciplina jurídica sindical, y cuya máxima expresión es la contenida en el art. 7 CE, la defensa y la promoción de los intereses sociales y políticos que le son propios, y recibe desarrollo legal en la LOLS y en el ET.

Siendo esto así, resulta técnicamente incorrecto que la negociación colectiva andaluza mantenga en el texto de numerosos convenios preceptos que otorgan con exclusividad las facultades de organización al empresario, para posteriormente condicionar el ejercicio de dichas facultades a mecanismos más o menos intensos de participación. Es claro que existe una cierta lógica, los empresarios buscan aquí el apoyo normativo que no encuentran en la ley, pues como ha quedado dicho más arriba, el art. 20 ET hace referencia al control de la actividad de los trabajadores y no al ejercicio de las facultades organizativas en la empresa, de las que dicho control no es más que una parte. Por tanto, allá donde es posible, el empresario se procura un apoyo convencional suficientemente sólido para ejercitar estas facultades de manera discrecional. Con ligeras variaciones, los convenios suelen contener un precepto del siguiente tenor:

“La organización técnica y práctica del trabajo, con sujeción a las normas contenidas en este convenio colectivo y las leyes vigentes, es facultad exclusiva de la dirección de la empresa.”¹⁶

Conforme a dichos preceptos, corresponde al empresario no sólo el control de la actividad laboral, forman parte también de las facultades que el ordenamiento jurídico reconoce al empleador la adopción de todas las decisiones organizativas, entre las que de manera clara se encuentran las relacionadas con cual-

¹⁶ “La organización del trabajo es facultad de la empresa, correspondiendo especialmente a la misma fijar el sistema de trabajo y la distribución del personal.” Art. 24 C.C. del Convenio Colectivo de Trabajo para los años 2003 al 2006 de la empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A., CENTRO DE TRABAJO DE CARBONERAS, BOP de Almería de 12 de junio de 2003; “La organización del trabajo es facultad exclusiva de los órganos directivos de la Empresa de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.” Art. 8 del XXVII Convenio Colectivo de ACERINOX, S.A., BOP de Cádiz de 17 de junio de 2008; “La organización del trabajo es facultad exclusiva de la dirección de la empresa, que la ejercerá con arreglo a lo previsto en el presente Convenio colectivo y la legislación actual...” Art. 9 del Convenio Colectivo del Diario de Córdoba, S.A., BOP de Córdoba de 11 de mayo de 2007;

quier medida encuadrable dentro del concepto de descentralización productiva. Dicho lo anterior, reiterarse que tanto la normativa legal como la convencional, esta última con mayor intensidad, reconocen a los representantes de los trabajadores determinadas facultades de participación que limitan el ejercicio de esa libertad. Aunque según se ha podido comprobar permanecen vigentes un buen número de convenios colectivos que incluyen preceptos del anterior tenor, dicho mandato debe interpretarse de manera compatible con las previsiones legales y las contenidas en los propios convenios de referencia, esto es, atribución de facultades al empresario, que deberá compartir con los representantes de los trabajadores, que, en cada caso y a partir de la regulación aplicable, ostentarán un protagonismo más o menos relevante e incisivo.

La autonomía colectiva puede considerarse cauce privilegiado para introducir limitaciones al poder organizativo del empresario, ya sea por expresa remisión legal o bien por iniciativa de los negociadores. En la práctica, los convenios colectivos incluyen limitaciones al ejercicio por el empresario de sus poderes de organización de la actividad empresarial mediante la utilización de dos tipos de cláusulas: prohibitivas las primeras, procedimentales las segundas. En algunos supuestos, los menos frecuentes, la limitación se produce mediante prohibición expresa que impide al empresario acudir a determinadas fórmulas descentralizadoras, es decir, el empresario se compromete a mantener un nivel determinado de centralización en su organización empresarial, mediante la utilización de determinadas alternativas y la exclusión de algunas otras permitidas por la norma legal¹⁷. De esta manera, el empresario puede colocarse en una situación de desventaja frente a la competencia, pues los empresarios no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio sí podrían hacer uso de las figuras prohibidas a los incluidos en el convenio. Es por ello que estas cláusulas prohibitivas, al menos desde un punto de vista conceptual, encontrarán mejor acomodo en convenios sectoriales, acuerdos cuyo ámbito superior permite limitar este efecto negativo, situando al conjunto de los empresarios que por razones territoriales pueden competir de manera más directa en condiciones similares. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo es un acuerdo transaccional, de forma que debe entenderse que la inclusión de cláusulas prohibitivas es compensada con otro tipo de medidas que puedan equilibrar el efecto negativo que para la competitividad de la empresa pudiera generar su estricto cumplimiento. Frente a las prohibitivas, las cláusulas procedimentales suelen permitir al empresario acudir al conjunto de las alternativas

¹⁷ El art. 17 del C.C. de las industrias del Vidrio de la provincia de Huelva, BOP de 21 de enero de 2008, establece: “Se prohíbe la subcontratación en este sector salvo fuerza mayor, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la Ley”.

descentralizadoras, pero establecen como requisito previo a la adopción de dichas decisiones el respeto a un determinado procedimiento de información, consulta y negociación con los representantes de los trabajadores, normalmente más intenso y exigente que los procedimientos previstos en la normativa legal¹⁸. Tanto la renuncia convencional del empresario a ejercitar facultades que la ley le reconoce como la decisión de compartir el ejercicio de tales poderes con la representación de los trabajadores exigen que dicha representación posea un alto poder contractual, circunstancia de la que no siempre pueden hacer gala las representaciones de los trabajadores; incluso en los supuestos en los que el poder contractual de los representantes de los trabajadores resulta particularmente intenso, resulta difícil para éstos convencer al conjunto de la plantilla de la trascendencia de dichas cláusulas para el desarrollo futuro de las relaciones laborales en la empresa, como suele suceder en la justificación de todas aquellas reclamaciones cuya consecución no produce efectos inmediatos sobre las condiciones de trabajo. No resulta por tanto particularmente extraño el escaso número de previsiones convencionales vigentes en Andalucía sobre la materia, si exceptuamos las que se limitan a reconocer de manera general que las facultades organizativas de la actividad corresponden en exclusividad al empresario.

A pesar de lo dicho, y sin perjuicio de lo que se comentará más adelante en el estudio de otras figuras, la existencia de algunos preceptos convencionales permite aventurar posibilidades futuras de crecimiento, que sirvan para explorar todas las alternativas y determinar su eficacia. En cualquier caso, vaya por delante la mayor atención que, desde mi punto de vista, debiera prestarse a

¹⁸ Un supuesto particularmente detallado es el previsto en el art. 43 del Convenio Colectivo del organismo autónomo local Patronato de la Residencia de Ancianos San Luís (BOP de Granada de 22 de junio de 2007), que bajo la rúbrica general reorganización y reestructuración establece:

“Las partes, reconociendo la capacidad auto-organizativa de la Empresa, coinciden en introducir los cambios necesarios que puedan suponer innovaciones que afecten a las condiciones de empleo del personal para la mejora en la gestión que respondan a criterios de calidad, eficiencia y eficacia.

La modificación organizativa tendrá el siguiente tratamiento:

a) La Empresa negociará, previamente con los representantes sindicales, de los proyectos de cambios organizativos que impliquen transformaciones de determinados servicios, sin perjuicio de las competencias atribuidas al propio Consejo.

b) En la fase de elaboración de proyectos que afecten al marco jurídico de la prestación del servicio o reasignación de efectivos, la Empresa consultará con las organizaciones representativas sobre la repercusión que tales procesos tengan en las condiciones de trabajo del personal afectado.

c) La Empresa se compromete a dimensionar adecuadamente los efectivos de personal. Será objeto de negociación las normas y criterios generales sobre selección, nombramiento y contratación de personal laboral no permanente.”

las cláusulas que establecen procedimientos de consulta y negociación en la implementación de medidas de descentralización productiva, pues permiten a las representaciones de empresarios y trabajadores confrontar las distintas posiciones y encontrar equilibrios entre los intereses empresariales (incrementar la productividad acudiendo a la modificación de aspectos organizativos), y las aspiraciones de los trabajadores (que la mejora de la productividad de la empresa no redunde en el deterioro de las condiciones de trabajo). No recibe similar valoración positiva las cláusulas que establecen renunciaciones absolutas al ejercicio de prerrogativas empresariales. Bien es cierto que tales renunciaciones, siempre escasas en su número, suelen producirse en el ámbito de las administraciones públicas; pero conviene tener presente que la realidad del mercado suele sobreponerse a la normativa convencional, por lo que tales preceptos suelen tener una escasa eficacia real.

3.2. Centro de trabajo y lugar de trabajo

El art. 1.5 ET define el centro de trabajo como el lugar donde se realiza la prestación laboral, salvo en supuestos de centros de trabajo itinerantes, pero es bien conocido que las medidas de descentralización productiva han producido una desmaterialización del concepto, que en numerosos supuestos supone la pérdida de eficacia de un buen número de normas laborales que en su aplicación precisan de esta referencia geográfica. La definición contenida en el art. 1.5 E.T. y las consecuencias normativas que de ella se derivan muestran toda su potencialidad en el marco de la empresa tradicional, pero pierden eficacia de manera proporcional al número de empresas presentes en un mismo centro de trabajo, tras cuyos muros cada vez más virtuales, colaboran en la prestación de un servicio o en la elaboración de un bien¹⁹. El marco jurídico laboral vigente de manera general parte de la adscripción de un trabajador a un determinado centro de trabajo, en el que son de aplicación una serie de normas que condicionan tanto los aspectos individuales como los aspectos colectivos de la relación de trabajo. Cuando los trabajadores de una misma empresa y pertenecientes a un mismo centro de trabajo realizan su prestación de servicios en lugares de trabajo distintos

¹⁹ En el mismo sentido, “Este entorno organizativo modifica los tradicionales presupuestos de hecho de los sistemas pluralistas de relaciones laborales. Los procesos de vaciamiento y dislocación de las empresas, por lo pronto, dificultan la implantación de los sujetos que agregan los intereses colectivos de los trabajadores. Y en segundo lugar, abren nuevos escenarios en la acción colectiva, de fronteras funcionales más difusas (Grupo de empresas, sectores descentralizados o empresas auxiliares) y a menudo privadas de la tradicional nota de cohesión social. La cohesión social, fundamento de la acción colectiva, tiende a erosionarse” Valdés Dal-Ré, F.: “Descentralización productiva y desorganización...”, op. cit., p. 87.

y distantes geográficamente, las normas que integran el marco normativo laboral pierden una referencia fundamental en ausencia de la cual se reduce de manera notable su eficacia. Desde el punto de vista inverso, el marco jurídico laboral vigente de manera general ha sido proyectado en la hipótesis del empleador que gobierna un centro de trabajo en el que desarrollan su prestación de servicios los trabajadores adscritos al mismo, frente a los que ejerce su poder de dirección y ante los que responde de una serie de obligaciones. Cuando un mismo centro de trabajo es lugar de trabajo para trabajadores de distintas empresas frente a los que ejercen su poder de dirección una pluralidad de empresarios de forma más o menos coordinada, el marco normativo laboral pierde eficacia.

Esta distorsión del modelo tradicional, provoca efectos en el plano individual de la relación de trabajo, pues las relaciones de coordinación que las empresas que colaboran en la materialización de la actividad empresarial no pueden llevarse lógicamente a cabo sin afectar la bilateralidad típica del contrato de trabajo. Las decisiones de unos empresarios condicionan el ejercicio del poder de dirección de otros empresarios, pudiendo alterar las condiciones de trabajo en la que desarrollan su actividad los trabajadores que prestan servicio para estos últimos. Calendarios, vacaciones, permisos, horarios, jornada deben coordinarse para el buen fin de la empresa proyectada, objetivo a cuyo servicio deberá hacerse un uso coordinado de los poderes empresariales que, al menos desde el punto de vista formal, corresponden en exclusiva ejercitar a cada uno de los empresarios implicados. En la práctica, las necesidades de coordinación suelen afectar al ejercicio material de estos poderes, limitando la facultad de decisión del empresario y, al límite en supuestos en los que existe un alto grado de integración, vaciando de contenido dichas facultades en lo relativo a alguna de las materias más arriba relacionadas sin pretensiones de exhaustividad. Téngase finalmente también presente que, aunque cabe pensar que el éxito comercial obtenido por el producto manufacturado o el servicio suministrado debe afectar al conjunto de los trabajadores, independientemente del empleador para el que trabajen, las decisiones relacionadas con posibles incrementos en la contratación, renovación de contratos, suspensiones e incluso extinciones que, desde un punto de vista formal adoptará cada empresario, quedarán condicionadas de manera importante por las decisiones que adopte el empresario principal, por más que para su adopción no haya contando con la participación de los empleadores jurídicamente responsables de la adopción de las medidas que en cada caso sea preciso adoptar.

Sin embargo, la distorsión se produce de manera más palmaria si se atiende a los aspectos colectivos, pues tanto la regulación de la representación sindical como la ordenación de la representación unitaria parten una misma referencia geográfica: el centro de trabajo. La proliferación de empresas de servicios ha incrementado de manera notable el número de trabajadores para quienes el

centro de trabajo no supone más que una referencia administrativa, una adscripción a efectos formales que poco tiene que ver con el tradicional espacio geográfico determinado al que de manera diaria debe desplazarse para realizar su prestación laboral y en el que deberá pasar la totalidad de su jornada de trabajo. Es en este espacio donde tiene lugar de manera presencial su prestación personal, pero también donde se desarrollan materialmente el conjunto de las relaciones que configuran el sistema de relaciones laborales. La presencia de los trabajadores en un espacio determinado constituyó, en su momento, un elemento esencial para la configuración de representaciones sindicales no estables y, posteriormente, para la creación y desarrollo de organizaciones sindicales que hoy conocemos. Pero no sólo eso, sin la agrupación de trabajadores en un espacio concreto, el centro de trabajo tampoco sería imaginable el desarrollo de procesos de conflictos colectivos, ni las importantes experiencias de negociación colectiva a nivel de centro de trabajo y de empresa. Insisto, el centro de trabajo es un elemento estratégico para el movimiento sindical, la pérdida de su referencia, la distribución de los trabajadores de la empresa por una pluralidad de centros de trabajo ajenos, y la presencia en el centro de trabajo de trabajadores de una pluralidad de empresas son obstáculos materiales para el desarrollo de los derechos colectivos de los trabajadores, que impiden el desarrollo de la cohesión social. El cambio en el paradigma de empresa ha provocado importantes efectos sobre las facultades organizativas de los trabajadores, induciendo a la pérdida del sentido de pertenencia a un mismo grupo, y dificultando la fijación de intereses comunes por los que resulta imperativo acudir a medidas de conflicto colectivo.

Como una excepción a todo cuanto se ha dicho más arriba, en materia de prevención de riesgos laborales se han introducido normas específicas que establecen obligaciones de cooperación, coordinación, información y vigilancia entre los distintos empresarios que concurren en un mismo centro de trabajo en la aplicación de las normas que regulan dicha materia (art. 24 LPRL). Llama poderosamente la atención que esta visión más global del centro de trabajo no se haya trasladado a otros ámbitos de la disciplina laboral, excepción hecha de la previsión contenida en el art. 42.6 y 7 ET. Por el contrario, el legislador laboral ha permanecido particularmente inactivo, incapaz de prever que la evolución de la morfología de las nuevas empresas provocaría una importante alteración en la eficacia con que las normas que regulan la representación de los trabajadores y la negociación colectiva cumplen su papel. Dicho lo anterior, convendría modificar la regulación de alguna de las instituciones que toman como referencia el centro de trabajo, particularmente las instituciones básicas del derecho laboral colectivo, lo que de forma indirecta y progresiva permitiría actuar sobre los aspectos individuales de la relación de trabajo. A la espera de que esa modificación normativa de gran calado se produzca y en la seguridad

de que por afectar a las bases del sistema requerirá un largo periodo de maduración, es preciso enfocar nuestro análisis sobre la escasa actividad que en esta materia se ha producido vía negociación colectiva. Por más que los datos indiquen una importante actividad negocial a nivel de centro de trabajo²⁰, en la práctica estos convenios únicamente serán aplicables a los trabajadores dependientes del titular del centro de trabajo, a los que deben sumarse los de las empresas de trabajo temporal, no así al resto de trabajadores que prestan sus servicios en dicho centro para otros empresarios.

Es cierto que la ausencia de regulación legal limita el poder contractual de los negociadores; pero no resulta menos evidente que el amplio reconocimiento de la autonomía colectiva y de las libertades sindicales en nuestro ordenamiento permiten a las organizaciones empresariales y sindicales modificar sus estrategias tradicionales para adaptarse a la nueva realidad económica. En otras palabras, la nueva regulación contenida en el art. 42.7 y 81 ET²¹ facilita a los representantes de los trabajadores de las empresas principal y contratistas coordinar actuaciones haciendo uso de los locales en la empresa principal, y abren la puerta a la posibilidad de negociar créditos de horas específicos para tales fines; pero la relevancia de las medidas de promoción como ésta, no puede hacernos olvidar que hasta la fecha de aprobación de esta reforma, las representaciones sindicales o unitarias de los trabajadores podían coordinar sus actuaciones en ejercicio de sus prerrogativas. La regulación de la acción colectiva sindical permite la coordinación entre representantes de distintas empresas en búsqueda de un interés común, en el caso de la participación en un mismo proyecto empresarial, la coordinación de actividades no es sólo una posibilidad lícita sino a todas luces deseable. Lo mismo cabe decir de las facultades de autoorganización sindical, si bien es cierto que la posibilidad de elegir a un delegado sindical con las prerrogativas previstas en el art. 10 LOLS hace referencia al centro de trabajo, nada impide a los sindicatos establecer secciones sindicales o estructuras de coordinación que superen el ámbito empresa. A partir de lo dicho, la posibilidad de establecer medidas de presión e, incluso en los casos más graves, acudir al ejercicio de derecho de huelga de manera coordinada resulta también una opción que no encuentra obstáculos en la norma reguladora. En el mismo sentido, la fijación de la unidad de negociación es una competencia de los negociadores, según establece el art. 83.1 ET, y nada impide el establecimiento de unidades de negociación que atiendan al fenómeno de la descentralización productiva, como en algunos supuestos se ha puesto de manifiesto con los convenios colectivos de grupo de empresa.

²⁰ Informe sobre la Negociación Colectiva de Andalucía 2008, CARL, 2009, p. 81.

²¹ Modificación introducida por Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

El estudio de los convenios colectivos andaluces arroja un resultado escasamente favorable en esta materia. Ni la estructura de la negociación colectiva, caracterizada históricamente por la presencia de un mayor número de convenios de ámbito de empresa aunque son los convenios sectoriales los que afectan a un mayor número de trabajadores²², ni las cláusulas que regulan la acción sindical y la mejora de las prerrogativas y facultades de secciones sindicales y delegados sindicales en los convenios, atienden de manera directa las exigencias del fenómeno descentralizador²³. Es posible que existan todo tipo de prácticas de colaboración y coordinación informales, pero ningún rastro al respecto en los textos de los convenios vigentes. Podría plantearse que respecto a los procesos de descentralización que tienen como objetivo la externalización de actividades propias, en palabras del art. 42 ET “pertencientes a la propia actividad de la empresa principal” la estructura tradicional del sindicato, agrupado por sectores, no precisa ser modificada, y similares argumentos pueden ofrecerse para justificar el mantenimiento de la negociación colectiva sectorial; pero no es menos cierto, que al margen de la propia actividad se producen la mayoría de los procesos de externalización productiva y, en cuanto a la negociación colectiva, que en numerosos casos las grandes empresas poseen convenio propio quedando al margen de la aplicación del convenio sectorial.

3.3. Contrato de obra o servicio determinado

La modalidad contractual prevista en el art. 15.1.a ET, que permite la contratación temporal de trabajadores para la realización de una obra o servicio determinados, ha sido utilizada de manera generalizada por las empresas contratistas y subcontratistas, convirtiéndose en el contrato típico que vincula a dichos empresarios con los trabajadores a su servicio, al menos, para aquellos

²² Según establece el informe Negociación Colectiva de Andalucía 2008, de los 848 convenios vigentes en Andalucía durante dicho período, el 79,25% son de ámbito de empresa o inferior, mientras que los de ámbito sectorial suponen sólo el 20,75 % del total. Por el contrario, los convenios de empresa afectan únicamente al 7,47 % de los trabajadores andaluces. Informe sobre la Negociación Colectiva de Andalucía 2008, pp. 78 a 80, CARL, 2009.

²³ Y ello a pesar de que esta materia es extensamente tratada en la mayoría de los convenios colectivos vigentes. Al respecto, “Los datos generales muestran una apabullante presencia de tales cláusulas en los convenios colectivos andaluces, dado que casi el 90% de los mismos presenta una estipulación de este tipo. Hay que reseñar de hecho que el 87,97% de los convenios andaluces así lo hacen, siendo algo más frecuente en los convenios de sector que en los de empresa, repercutiendo todo ello en una enorme afectación personal” Informe sobre la Negociación Colectiva de Andalucía 2008, p. 337, CARL, 2009.

empleados en la ejecución de la obra o el servicio que da lugar a la contrata²⁴. La anterior afirmación permite vincular la duración de los contratos laborales a la vigencia de la contrata, de forma que la finalización de la misma por cualquiera de los motivos admitidos en derecho, determinará, tras la oportuna comunicación, la finalización de estos por alcance de su término final. Dicha práctica ha sido considerada lícita por la jurisprudencia laboral²⁵, siempre que, como establece la propia norma, la obra o el servicio de duración temporal posean autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, requisito de naturaleza objetiva cuya superación, al menos esa parece la práctica más extendida en nuestro sistema de relaciones laborales, resulta sencilla a partir de la materialización entre empresario principal y empresario auxiliar del negocio jurídico que soporta la realización de la contrata. Téngase en cuenta que en este tipo de trabajos no cabe realizar la tradicional diferenciación entre la actividad normal o temporal de la empresa, porque esa normalidad, en opinión de la doctrina judicial, no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo. Tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cober-

²⁴ Al menos hasta la fecha, no parece probable que se cumpla alguna de las predicciones realizadas por la doctrina, aunque sí parece cierto que esta modalidad contractual ha sido la más solicitada durante el mes de enero de 2009, superando a la modalidad eventual. No comparto por tanto, la verosimilitud de hipótesis como la siguiente, aunque si sus probables consecuencias: “Pues bien, si el contrato para obra o servicio determinado se convierte en el contrato tipo de nuestro sistema de relaciones laborales, las consecuencias en términos de precariedad laboral que ello puede producir son realmente alarmantes”, vid. Rodríguez Fernández, M.L.: “Algunas garantías frene a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajeneidad en el mercado”, *Relaciones Laborales*, II, 2004, p. 593

²⁵ Sobre la posibilidad de que esta modalidad contractual haya sido utilizada fraudulentamente y con efectos sustitutivos de la, ya lejana en el tiempo, contratación en fomento del empleo, vid. Ballester Pastor, M.A.: “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas” Tirant lo blanch, 2000, pp. 386; de práctica “santificada” es calificada por la doctrina, vid. Rodríguez Fernández, M.L.: “Algunas garantías frene a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajeneidad en el mercado”, *Relaciones Laborales*, II, 2004, p. 593; Para una revisión de la evolución de la doctrina sobre la materia, vid. Olarte Encabo, S.: “Los contratos temporales estructurales: Aspectos jurídico-prácticos”, *Comares*, 2000, pp. 21 a 31; Por su parte la doctrina judicial en la materia queda claramente expuesta, entre otras, en las SSTs de 7 de octubre de 1992 (RJ 7621), 24 de septiembre de 1993 (RJ 8045); de 10 de junio de 1994, (RJ 5422), 3 de noviembre de 1994 (RJ 8590), de 10 de abril de 1995 (RJ 3038) de 11 de noviembre de 1998 (RJ 9623); 18 de noviembre de 1998 (RJ 307); 28 de diciembre de 1998 (RJ 387) y 8 de junio de 1999 (RJ 5209).

tura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato²⁶. Siendo así, al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, será igualmente ajustada al mandato del art. 49. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquella se refería; por último, la eficacia de esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, con la misma finalidad²⁷. Pues bien, la aceptación de la tesis judicial más arriba resumida permite la contratación temporal de dichos trabajadores durante largos periodos de tiempo, superiores a los permitidos en otras modalidades contractuales de carácter temporal. Por esta vía, se produce una importante debilitación del poder contractual de los trabajadores que prestan servicios en empresas de servicios, cuyas plantillas son mayoritariamente ocupadas por trabajadores con contratos de duración determinada, de manera que en dichas empresas el contrato tipo deja de ser el contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Por lo que respecta a la negociación colectiva andaluza, entre las cláusulas convencionales que regulan aspectos relacionados con la contratación, la denominada contratación de duración determinada ha concitado el mayor interés de los negociadores. Así lo reflejan los datos ofrecidos por el CARL²⁸, según los cuales en el 68% de los convenios colectivos vigentes durante el año 2008 se realiza algún tipo de mención sobre estos tipos contractuales, afectando al 99,01% de las empresas cubiertas por la negociación colectiva andaluza y, aproximadamente, al 97,57% del total de trabajadores. Este tipo de cláusulas es más frecuente en los convenios de sector que en los de empresa (el 89,2% de los primeros regula esta cuestión, frente al 62,5% de los de ámbito funcional inferior), y supone un cierto incremento sobre la situación del año precedente.

²⁶ Lo que la doctrina ha calificado como temporalidad externa, vid. Rodríguez Fernández, M.L.: "Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajeneidad en el mercado", *Relaciones Laborales*, II, 2004, p. 593.

²⁷ "Solución a priori no exenta de conflicto, no sólo por su cuestionable fundamento teleológico, sino también en relación a su delimitación y a su perversa incidencia sobre otras modalidades de contratación como la de fijo-discontinuo", vid. Sánchez Torres, E.: "Los efectos de la descentralización productiva sobre el contrato de trabajo", en *Descentralización productiva y relaciones laborales. problemática jurídica actual* Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M (Coord), Lex Nova, 2001, p. 122; Criticando el formalismo la doctrina judicial preponderante, vid. López López, M.F.: "La contratación temporal y el fraude de ley", *Relaciones Laborales*, 1990, II; Ballester Pastor, M.A.: "El contrato temporal condicionado a la duración..." op. cit., p. 387.

²⁸ "Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008", CARL, 2009, p. 174.

Dentro de este marco de especial atención convencional, el contrato de obra o servicio ocupa el primer lugar si se tiene en cuenta el número de convenios que se ocupan de esta materia, pues dicha modalidad contractual aparece regulada en el 23,23% de los convenios vigentes, afectando dicha regulación a un total de 77.600 empresas y a número no inferior a 630.000 trabajadores²⁹. También en este caso, la regulación es más frecuente en los convenios de sector que en los de nivel inferior, registrando asimismo un ligero aumento con respecto a los datos del año anterior. Por sectores productivos, los negociadores más activos se encuentran en Siderometalúrgica, Construcción, Madera, Cemento y Comercio, frente o Sanidad, frente al escaso interés en otros sectores como Saneamiento, Agricultura o Administración. Como en otras materias, la mayoría de los convenios realizan una innecesaria remisión a la normativa laboral sobre contratación temporal, con expreso compromiso empresarial de cumplimiento de lo dispuesto en la misma³⁰. En otros supuestos, la normativa convencional ni siquiera hace uso de dicho recurso, conveniente a efectos de economía normativa, reiterando el texto literal del precepto correspondiente. Tratándose en ambos casos de un esfuerzo innecesario y conocida la frecuencia con que se producen reformas normativas en la materia, la introducción del texto legal en la norma convencional resulta una solución técnicamente desaconsejable, pues el mantenimiento de la normativa derogada o alterada en el cuerpo del convenio aunque no produzca efectos jurídicos genera confusión. Por otra parte, resulta generalizado el retraso en la adaptación de las modificaciones introducidas en materia de contratación, particularmente el límite temporal a la concatenación de contratos previsto en el artículo 15.5 ET, introducido por Ley 43/2006 de 29 de diciembre³¹. Menos eficaz aún parece hasta la fecha la remisión prevista en el mismo precepto, que encomienda a los convenios colectivos la tarea de establecer “requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva” de contratos temporales con diversos trabajadores para

²⁹ “Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008”, CARL, 2009, p. 190.

³⁰ El art. 9 del C.C. de empresa para los trabajadores de la Entidad “Sociedad Agraria de transformación número 2130 – Campo de Níjar”, BOP de Almería de 17 de diciembre de 2008, establece: “Se podrá suscribir esta modalidad de contrato de conformidad con lo dispuesto por la legislación en cada momento vigente”

³¹ El art. 26.A.2 del C.C. Provincial del Sector de la Madera de Córdoba (2008-2011), BOP de 20 de noviembre de 2008 establece: “No obstante lo anterior, previo acuerdo de las partes, el personal afectado por esta modalidad de contrato podrá prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo de una misma provincia, durante un periodo máximo de tres años consecutivos, sin perder dicha condición y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos. En este supuesto, la empresa deberá comunicar por escrito el cese al trabajador /a antes de cumplirse el periodo máximo de tres años fijados en el párrafo anterior, cumplido el periodo máximo de tres años si no hubiere mediado comunicación escrita del cese, el trabajador/a adquirirá la condición de fijo de plantilla. ...”

ocupar un mismo puesto de trabajo. Quizás pudiéramos incluir entre estos instrumentos preventivos los que vinculan la conversión en indefinidos de los contratos de trabajadores con contratos de obra o servicio determinado, cuando se produzcan extinciones de contratos de naturaleza indefinida por cualquiera de las causas previstas en la Ley³².

Sí resulta habitual la fijación de las específicas obligaciones de los empresarios en materia de información a los representantes de los trabajadores (art. 8.3 ET). En concreto, algunos convenios se detienen a exigir la transmisión de determinados datos, relacionados fundamentalmente con la identificación de la obra o el servicio, pero que, con el objetivo de permitir a la representación de los trabajadores visualizar una imagen conjunta del efecto que la contratación de dicha actividad provoca en la plantilla de la empresa, también se extienden a otros detalles como el número de trabajadores afectados por la contratación de dicha obra o servicio, las condiciones de trabajo y la duración estimada³³. En el mismo sentido innovador, cabe destacar aquellos acuerdos que limitan de manera directa el recurso a esta modalidad contractual por el empresario, estableciendo porcentajes del total de la plantilla, que funcionan como límites a la libertad de contratación empresarial. En cualquier caso, conviene tener presente que en algunos supuestos los umbrales establecidos resultan excesivamente amplios, por lo que su virtualidad limitadora no parece que pueda producir efectos materiales notables³⁴. También podemos calificar como frecuentes, las

³² El art. 35 del C.C. Provincial del Sector de Industrias de Panadería y Expendeduría de Pan de Huelva, BOP de 3 de diciembre de 2007 establece: “En aquellas empresas donde se realicen estos contratos de obras o servicios determinados, motivado por la circunstancia anteriormente expresada, cuando se produzca un cese de trabajadores fijos sea cual sea el motivo del mismo, de manera automática a los trabajadores que tengan contrato de obra o servicio se le reconocerá la condición de fijo en igual número que trabajadores fijos hubieran cesado, El trabajador fijo sería sustituido por un trabajador temporal bajo esta modalidad contractual, No se realizaría dicha sustitución si en la empresa afectada no se utilizase tal modalidad temporal de contratación, salvo que en los dos meses precedentes al hecho causante del cese del trabajador fijo se hubiese utilizado en dicha empresa la modalidad del contrato por obra o servicio determinado, en cuyo caso deberá realizarse tal sustitución.”

³³ El art. 14.1 del C.C. del Sector de Derivados del Cemento de la Provincia de Córdoba (2007-2009), BOP de 4 de julio de 2008 establece: “La utilización de esta modalidad contractual requerirá, en todo caso, la confección de una copia básica del contrato, que además del contenido que las copias básicas del contrato han de reunir con carácter general, expresarán, necesariamente: la causa objeto del contrato, las condiciones de trabajo previstas en el mismo, la especificación del número de trabajadores y trabajadoras que se prevea intervendrán en la obra o servicio, el grupo o categoría profesional asignado al personal contratado y la duración estimada de la obra o servicio. De dicha copia básica se dará traslado dentro de los plazos legales a los representantes de los trabajadores y trabajadoras”

³⁴ El art. 3 del C.C. Provincial del Sector del Industrias del Aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba (2007-2009), BOP de 6 de julio de 2007 establece: “Los contratos eventuales o de duración determinada que se detallan seguidamente en este punto bajo los apartados

cláusulas convencionales que prevén el incremento de la indemnización por finalización del contrato de duración determinada, prevista en el art. 49.1.c ET³⁵. Al respecto es preciso llamar la atención sobre la práctica, a nuestro juicio contraria a la prohibición de discriminación en atención a la duración del contrato prevista en el art. 15.6 ET, de establecer bases para el cálculo de la indemnización por finalización del contrato distintas en función de la mayor o menor duración del contrato temporal³⁶.

Por el contrario, sí parece que ha comenzado a calar en la práctica convencional la llamada realizada por el art. 15.1 a) ET, en virtud de la cual los convenios colectivos, independientemente de su ámbito, “podrán identificar dichos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”. El 10,61% de los convenios colectivos vigentes y el 9,27% de los originarios identifican de forma más o menos amplia el objeto posible de esta modalidad contractual, haciendo uso de la habilitación realizada por el último inciso del precepto citado³⁷, aunque de la lectura de alguno de los preceptos que regulan la materia no pueden extraerse conclusiones particularmente positivas. De una parte, es claro que la individuación de tareas es una labor de estricta aplicación del supuesto previsto en la norma, lo que a todas luces impide a los negociadores realizar operaciones de ampliación del supuesto normado. En otras palabras, los convenios colectivos no tienen facultades de ampliación de la causa prevista en la letra a) del art. 15.1 ET, pues la labor de identificación de tareas debe realizarse sin perjuicio de la causa legal que habilita la contratación temporal por obra o servicio determinado, a mayor abundamiento, prevista en el primer inciso del mismo precepto. Por tanto, cualquier tarea debe mantener las notas de incertidumbre temporal, autonomía y sustantividad que caracterizan esta modalidad contractual, en caso contrario, por más que los negociadores legítimos al efecto hayan acordado la posibilidad de realizar contratos de obra o

a); b); c) y d), en su conjunto, no podrán rebasar el 60% de la contratación total de la empresa, considerada en cómputo anual”

³⁵ El art. 23 del C.C. de la empresa Grupo Hispatec, Informática Empresarial SAU, BOP de la provincia de Almería de 29 de agosto de 2006, establece: “A la finalización del contrato, siempre que el mismo tuviese una duración superior al año, el trabajador percibirá una indemnización equivalente de la cantidad que resultara de abonar 15 días de salario por cada año de servicio, prorrateándose los periodos trabajados inferiores al año.”

³⁶ El art. 20 del C.C. Provincial de trabajo de la Industria de la Madera de Almería, BOP de 3 de febrero de 2009, establece: “A efectos de indemnización, si la duración ha sido igual o inferior a cuatro meses, la empresa vendrá obligada a satisfacer una indemnización de 15 días de salario por año de servicio; si la duración es superior a cuatro meses, la indemnización será de 20 días de salario por año de servicio. Ambas indemnizaciones surtirán efectos desde el primer día.”

³⁷ “Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008”, CARL, 2009, p. 191.

servicio, dichos preceptos deben entenderse inaplicables, y los contratos realizados en aplicación de los mismos realizados en fraude de ley, presumiblemente indefinidos por aplicación de lo previsto en el art. 15.3 ET³⁸.

Entre este tipo de desviaciones aplicativas, podemos situar los preceptos convencionales que parecen sustituir el tradicional contrato fijo discontinuo previsto en el art. 15.8 ET, periódico o no, por la posibilidad prevista en el convenio, según se ha dicho antes fraudulenta, de realizar tareas que con toda claridad se repiten año tras año mediante contratos de obra o servicio determinados³⁹. Reiteramos que dicha posibilidad aparece vedada a la negociación colectiva. Algunos convenios, sin duda reflejo del efecto sustitución que se estudia, prevén para los contratos realizados bajo su cobertura un tratamiento similar al que la norma legal dispensa a los contratos fijos discontinuos no periódicos, incluyendo las obligaciones derivadas del derecho a llamamiento reconocido en la Ley a los trabajadores vinculados por contratos de dicha naturaleza⁴⁰. Por último, a la vista de algunas previsiones convencionales, parece que puede concluirse que en esta materia la negociación colectiva pudiera estar protagonizando una labor defensiva que, superando los límites legales, persigue limitar el recurso del empresario a recursos externos⁴¹, aunque el precio que

³⁸ El art. 35 del C.C. Provincial de Industrias de Panadería y Expendeduría de Pan de la Provincia de Huelva, BOP de 20 de febrero de 2008, establece: "Las empresas afectadas por este convenio podrán realizar contratos de trabajo en la modalidad de obras o servicios determinados cuando se dé la siguiente causa: que la necesidad de contratar esté motivada por la necesidad de aumentar la plantilla, como consecuencia de tener que atender demandas de clientes nuevos que supongan un incremento de producción sobre el habitual de al menos la cantidad mínima de producción exigible establecida para cada año en el artículo 12 de este convenio"

³⁹ El art. 17 del C.C. de la Vid de la Provincia de Cádiz, BOP de 7 de noviembre de 2007, prevé entre otras como actividades susceptibles de contratación por obra o servicio determinado la "Preparación de la Campaña de Navidad" y las "Faenas propias de la Vendimia".

⁴⁰ El art. 10 del C.C. de empresa Dimoba Servicios, S.L., BOP de Almería de 29 de marzo de 2006, establece: "... A efectos de determinación de los trabajadores afectados por esta situación, se elegirán primero los de menor antigüedad, y caso de tener la misma, se valorarán las cargas familiares, informando en todo caso a la representación de los trabajadores"

⁴¹ El art. 35 del C.C. Provincial de trabajo de Comercio Textil de Almería, BOP de 30 de septiembre de 2008: "De conformidad a lo previsto en dicho artículo, se identifican como trabajos o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de las empresas del sector, que pueden cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios determinados, los siguientes:

Las campañas específicas.

La consolidación comercial en los casos de creación o ampliación de un establecimiento.

Las ferias, exposiciones y ventas especiales

Las promociones de productos o servicios propios o de terceros

Los aniversarios

Y cualquiera otra tarea comercial que presente perfiles propios o diferenciados del resto de la actividad".

deba pagarse resulte en algunos casos extremadamente alto, como sería el intento de legitimación de contrataciones temporales fraudulentas⁴². Téngase en cuenta que para los representantes de los trabajadores el dilema puede resultar difícil de resolver, admitir contratación temporal fraudulenta interna *versus* permitir que el empresario realice dichas contrataciones, en este caso con posibilidades materiales de realizar dicha operación conforme establece la legislación vigente, con recursos empresariales externos, aunque también de naturaleza temporal. En el primer caso, aunque de manera temporal, los trabajadores podrán beneficiarse de las condiciones de trabajo de la empresa principal, habitualmente en su cómputo global de mejor calidad; mientras que en el segundo caso, los trabajadores de la empresa auxiliar, sobre los que no ejercerá actividad representativa relevante, seguramente gozarán de condiciones de trabajo de nivel inferior⁴³.

3.4. Subcontratación de trabajadores y cesión ilegal

La represión del fraude de ley preside también la regulación del art. 42 ET, que realiza un importante esfuerzo diferenciador entre figuras muy cercanas, como es el caso de las contrataciones de obras y servicios y la cesión de trabajadores. La regulación prevista en dicho precepto puede considerarse central para el fenómeno descentralizador, a partir de la amplia interpretación que doctrina y jurisprudencia han realizado del ámbito de aplicación del precepto de referencia⁴⁴. Pero no puede obviarse que las garantías previstas en el art. 42 ET amparan únicamente a las contrataciones referidas a la propia actividad del empresario, quedando fuera del ámbito de protección de la norma una gran cantidad de prácticas de externalización de actividades⁴⁵. Conforme lo que

⁴² Fraudulenta considero la identificación como tarea con sustantividad propia a cubrir con contratos para la realización de obras o servicios determinados “La consolidación comercial en los casos de creación o ampliación de un establecimiento”, vid. art. 43.1.b) del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo del sector Dependencia Mercantil de Almería, BOP de 2 de julio de 2007.

⁴³ Un ejemplo de cuanto se dice puede verse en el art. 17 del C.C. de la Vid de la Provincia de Cádiz, BOP de 7 de noviembre de 2007, donde expresamente puede leerse:

“A fin de potenciar la utilización de las modalidades de contratación previstas por la Ley laboral, y evitar al máximo la utilización de formas externas a las empresas, particularmente ETT, se acuerda crear un contrato de obra o servicio determinado, que se regirá conforme a las estipulaciones que siguen...”

⁴⁴ Moliner Tamborero, G.: “Las contrataciones y subcontratas desde la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones: estudios en recuerdo de F. Blat Gimeno*, 2000, pp. 421 a 439; Salinas Molina, F.: “Contratas y subcontratas: Jurisprudencia unificadora” RMTAS, 38, 2002, pp. 201-228.

⁴⁵ En el mismo sentido, se ha dicho: “Fraccionamiento del proceso productivo por la sistemática externalización a través de contrataciones y subcontratas con otras empresas diferentes, no

debemos considerar como doctrina jurisprudencial suficientemente asentada, la noción de propia actividad está relacionada con la realización de las labores que configuran el ciclo productivo de la empresa; haciendo suya la aceptación restringida de lo que debe entenderse por dicho concepto conforme a la elaboración doctrinal, sin que la reiteración de dicha tesis permita eliminar todas las dudas que dicho concepto provoca, particularmente si tenemos en cuenta la diversidad de posibilidades que en la actualidad permite la incorporación de las tecnologías de la información⁴⁶. La aplicación de esta doctrina ha permitido considerar propia actividad la de transporte sanitario de urgencia⁴⁷ y ordinario⁴⁸ respecto de la Administración Pública Sanitaria, el desmontaje de los conductores y postes de madera de una línea de baja tensión respecto de la actividad de distribución de energía eléctrica⁴⁹, el montaje del tendido aéreo de líneas telefónicas respecto de la actividad de la compañía de telefonía⁵⁰, el servicio de comedor de un colegio mayor⁵¹, servicio de atención domiciliar prestado en régimen de concesión administrativa con un ente local⁵²; por el contrario, se viene rechazando la consideración de actividad propia la del promotor de una obra respecto a la del contratista que la realiza⁵³; las tareas de vigilancia de las instalaciones respecto de empresa de distribución eléctrica⁵⁴, la actividad de entidades dedicadas a la formación respecto del INEM que actúa como financiador de dichos cursos⁵⁵. De todo lo dicho, cabe concluir la dificultad de aplicación práctica del concepto propia actividad, la inseguridad jurídica que puede derivarse de la misma y, en cualquier caso, la imposibilidad de establecer líneas claras que impidan la determinación caso por caso.

siempre relevantes para el Derecho del Trabajo (sólo las «pertenecientes a la propia actividad»), lo que posibilita excluir apartados enteros de esta ligazón entre empresas. Se trata de un fenómeno tan extenso y generalizado que el problema ya no es sólo cuantitativo, sino cualitativo, de evaluación de la razonabilidad y los efectos de las nuevas fórmulas de organización empresarial.” Fernández López, M.F.: “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave” Relaciones Laborales, núm. 4, 2009, p. 3.

⁴⁶ Entre otras, las SSTS 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514), 29 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9049), 24 de noviembre de 1998), 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 5595).

⁴⁷ SSTS 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7366), 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 5595).

⁴⁸ STS 4 de junio de 2008 (RJ 2008, 4233).

⁴⁹ STS 11 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6026).

⁵⁰ STS 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 510).

⁵¹ STS 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10034).

⁵² SSTS 18 de marzo de 1997 (RJ 1997, 552), 3 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2194), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9867).

⁵³ STS 2 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6728).

⁵⁴ STS 27 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9656).

⁵⁵ STS 29 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9049).

Por otra parte, si en un primer momento, el legislador laboral se ocupó de garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas que el subcontratista mantiene con sus trabajadores en supuestos de propia actividad, la redacción vigente desde el año 2001⁵⁶, sugiere una regulación más completa del fenómeno, aunque se trataba de una regulación que respondía en demasía a los planteamientos originales. Los derechos de información reconocidos a los representantes de los trabajadores de las empresas afectadas pretenden la utilización de técnicas diversas, tratándose ahora de poner en manos de la representación de los trabajadores una información cuyo conocimiento permite a sus miembros adoptar en cada momento mejores decisiones; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el reconocimiento aislado de derechos de información, que aunque con menor extensión y detalle ya estaban presentes en el art. 64 ET, no resulta un instrumento particularmente eficaz para combatir los efectos negativos de la descentralización productiva. Quizás por ello la redacción del precepto ha sido nuevamente modificada en el año 2006 para introducir algunas medidas de impulso de la colaboración entre las representaciones de los trabajadores⁵⁷. La nueva regulación, aunque en mi opinión puede ir en el sentido adecuado, resulta un paso tímido hacia el objetivo de reponer el poder contractual de la representación de los trabajadores. Las limitadas facultades de representación de los trabajadores de las empresas auxiliares por los representantes de los trabajadores de la principal que prestan servicios en un mismo centro de trabajo, que el legislador reduce a supuestos de ausencia de representación, y la posibilidad de coordinar actuaciones entre las representaciones de los trabajadores de las distintas empresas que coinciden en un mismo centro de trabajo, aunque resultan iniciativas interesantes, no parece que resulten suficientes para afrontar los efectos negativos que venimos comentando y, sobre todo, no resultan suficientemente eficaces para solucionar el conflicto de intereses que sin duda se produce entre trabajadores que participan en la elaboración de un producto o en la prestación de un servicio bajo condiciones de trabajo diversas.

⁵⁶ Aprobada por Ley 12/2001, de 29 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad; sobre la misma: Monereo Pérez, J.L. y Alvarez Montero, A: "La reforma del art. 42.1 del ET: ¿se ha operado una verdadera reforma de envergadura en virtud de la Ley 12/2001?", *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, pp. 271-328.

⁵⁷ Aprobado por Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la misma: Rodríguez-Piñero Royo, M. y Pérez Guerrero, ML: "Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral 2006", *Temas Laborales*, núm. 85, 2006, pp. 103 a 140; Cruz Villalón, J. (Coord.): "La reforma laboral de 2006 (Real decreto Ley 5/2006, de 9 de junio)", *Lex Nova*, 2006.

Por su parte, la regulación del art. 43 ET contiene una valoración negativa sobre determinadas actividades empresariales, considerando fuera del tráfico jurídico alguna de ellas, que únicamente será permitida cuando se realice en determinadas condiciones. El ordenamiento jurídico protege el conjunto de las actividades empresariales, pero niega esta protección a quienes pretenden comerciar con la mano de obra, entendiéndose que la fuerza de trabajo no es un bien susceptible de tráfico jurídico, no ha de ser un bien más objeto de comercio en el mercado de bienes y servicios. La preocupación por limitar las posibilidades de eludir la prohibición legal ha impulsado la reciente reforma normativa⁵⁸, que apunta directamente a corregir prácticas prohibidas de interposición habitualmente disimuladas mediante la celebración de una contrata o subcontrata de obras y servicios, con empresas inexistentes o creadas a tales fines. Los indicios de fraude introducidos en la nueva redacción del precepto no suponen un cambio cualitativo, pues ya venían siendo utilizados por los Tribunales españoles. A partir de ahora, estos indicios cobran mayor protagonismo pero difícilmente puede esperarse un cambio en las relaciones laborales. Los supuestos más complejos son aquellos en los que la interposición ilícita se realiza por medio de una empresa con actividad propia y dotada de los medios adecuados para el desarrollo la actividad acordada.

Pero más allá de los supuestos de fraude, la general utilización del recurso previsto en el art. 42 ET provoca una importante reducción de las condiciones de trabajo de los trabajadores que toman parte en la ejecución de la actividad empresarial. Desde un punto de vista colectivo, la exclusión del convenio colectivo aplicable a la empresa principal suele determinar la aplicación de un convenio colectivo de inferiores condiciones, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo. La reducción del ámbito de aplicación del convenio colectivo, la posible transferencia de trabajadores del sector industrial al sector de servicios, un sector de menor tradición sindical, son otras consecuencias que actúan sobre el sistema de relaciones laborales. Por la vía de la reducción del volumen de empleo de los centros de trabajo, se produce también una reducción del número de representantes unitarios de dicho centro de trabajo, lo que puede ser interpretado como una reducción de su poder contractual. Por otra parte, la reducción del número de trabajadores del centro de trabajo incide también negativamente en el número de delegados sindicales en las empresas, circunstancia que debilita notablemente el desarrollo de las representaciones

⁵⁸ Rodríguez Ramos, M.J.: “La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación tras las últimas reformas laborales” RGDTS, núm. 15, 2007; Molero Manglano, C.: “De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?”, AL, núm. 21, 2006, pp. 2546 a 2558.

sindicales de empresa. Fragmentado el procedimiento de negociación colectiva, obstaculizado el acceso a medidas de conflicto colectivo, diseminada la representación unitaria de los trabajadores, correspondería al sindicato asumir la labor de unificar los intereses del conjunto de los trabajadores y sus actividades reivindicativas. El proceso de fragmentación de plantillas siembra la semilla de la diferencia y del conflicto en su seno. En no pocas ocasiones, la estrategia empresarial consiste en hacer depender el mantenimiento o mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa principal de la negativa a la mejora e incluso de la reducción de las condiciones de trabajo de las empresas filiales. De alguna manera, los trabajadores de la empresa principal se convierten en rehenes de su propia posición, enfrentados a un falso *desideratum*, si pretenden la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa auxiliar, deben consentir el empeoramiento de las propias condiciones de trabajo.

Ante este panorama un tanto desolador, cabe preguntarse qué protagonismo asume la negociación colectiva en Andalucía. Al contrario de lo que sucede en la regulación legal de la modalidad contractual para obra o servicio determinado, según hemos visto en apartados precedentes, la regulación de la contrata y de la cesión ilegal no realiza reenvío alguno a la negociación colectiva, salvo en materia de representación y crédito horario (art. 43.7 ET). Es claro que los negociadores no son competentes para declarar lícita la cesión prohibida por el art. 43 ET, ni para limitar la responsabilidades del empresario principal por las deudas salariales y de seguridad social del empresario auxiliar. Por otra parte, parece que aún es pronto para estudiar los efectos que la reforma de diciembre del año 2006 ha producido en los convenios colectivos andaluces. A pesar de todo, considero que en materia de subcontratación la negociación colectiva tiene abierto un inmenso espacio de expansión no suficientemente explorado, particularmente a partir de las facultades de información reconocidas en la norma legal. En la práctica, y aunque debe reconocerse la escasa presencia de este tipo de cláusulas en los convenios andaluces, los esfuerzos de las representaciones de los trabajadores han abierto una serie de vías de penetración que afectan a materias diversas. Las cláusulas de extensión de la responsabilidad del empresario principal, amplían a conceptos no previstos en el art. 42.2 ET, particularmente los relativos a seguridad social voluntaria, operación que permite garantizar de una manera más completa las percepciones reales de los trabajadores de las empresas auxiliares⁵⁹. Las cláusulas obligacionales esta-

⁵⁹ El art. 18.2 CC de Obras Públicas y Construcción de la Provincia de Granada, BOP de 28 de octubre de 2008, establece: "Asimismo, se extenderá la responsabilidad a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en este convenio, quedando limi-

blecen compromisos de creación de comisiones específicas de estudio de la materia o conciertan reuniones entre las partes en momentos posteriores a la firma del convenio, muestra inequívoca de la preocupación de las partes y de la imposibilidad de cerrar acuerdos en la materia durante el periodo de negociación del convenio⁶⁰. Las cláusulas de empleo estable, que fijan cuantitativamente el volumen mínimo de empleo indefinido en la empresa, de manera indirecta limitan el recurso a la subcontratación computando como empleo de duración determinada el realizado por las empresas subcontratadas, aunque los objetivos de contratación indefinida comprometidos en algunos supuestos resultan escasamente ambiciosos⁶¹. Las cláusulas prohibitivas, por las que el empresario se compromete a no acudir a la subcontratación salvo en supuestos de fuerza mayor, preceptos de dudosa aplicabilidad a los que ya nos referimos en apartados anteriores⁶². En otros supuestos muy específicos, lo que se prohíbe es el pluriempleo de los trabajadores de la empresa principal en la subcontratista, limitando la libertad de contratar de los trabajadores de la principal; es decir, establecen una especie de pacto de exclusividad parcial referido únicamente a las actividades que la empresa decide subcontratar⁶³. Como

tado el ámbito de esta responsabilidad exclusivamente respecto de los trabajadores de las empresas subcontratadas obligadas por este convenio.”; en el mismo sentido, vid. art. 24 del C.C. para las industrias de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Huelva, BOP de 16 de junio de 2008.

⁶⁰ La disposición transitoria segunda del C.C. para el sector de la Hostelería de la provincia de Granada, BOP de 2 de junio de 2006, establece: “las partes acuerdan reunirse en un plazo no superior a tres meses, desde la firma de este acuerdo, para regular en el convenio la subcontratación de servicios.”

⁶¹ El art. 10 del C.C. para el sector de la Hostelería de la provincia de Granada, BOP de 2 de junio de 2006, establece: “A los efectos de conseguir una mayor estabilidad en el empleo, a la fecha del 1/3/2000 se establece para los hoteles de 3, 4, 5 estrellas que los contratos de duración indefinida supondrán un porcentaje de la totalidad de los trabajadores de la empresa en base a la escala siguiente:

Para el primer año de vigencia el 30%, para el segundo año el 33%; para el tercer año 35%.

En los hoteles de temporada no se aplicarán dichos porcentajes durante el periodo sin actividad.

Para calcular este porcentaje se tendrá en cuenta todas las jornadas realizadas durante un año, por todos los trabajadores de ese establecimiento, incluidos los de prestación de servicios y subcontratación, dividido por 360 días naturales, estarán excluidos los trabajadores “extras”; más o menos con el mismo contenido regulador, vid. art. 32 del C.C. del sector de Industrias de Hostelería de la provincia de Huelva, BOP de 23 de julio de 2008.

⁶² El art. 17 del C.C. de las industrias del Vidrio de la provincia de Huelva, BOP de 21 de enero de 2008, establece: “Se prohíbe la subcontratación en este sector salvo fuerza mayor, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la Ley”. En el mismo sentido, vid. disposición transitoria del C.C. de la empresa Fundovel, BOP de la provincia de Huelva, de 23 de noviembre de 2007.

⁶³ El art. 14 del C.C. de Atlantic Cooper, S.A., BOP de la provincia de Huelva, de 3 de abril de 2006, establece: “La Empresa se compromete a introducir una cláusula en sus peticiones de oferta a Empresas Contratistas, en la que se exigirá, como condición de obligado cumplimiento,

puede verse, las cláusulas convencionales en materia de subcontratación ni desde el punto de vista cuantitativo ni cualitativo suponen un avance relevante en la materia, lo que pone de manifiesto que, al menos, hasta el presente momento la negociación colectiva, al menos la estatutaria, no supone una vía adecuada para devolver a las normas laborales la eficacia perdida por los procesos de descentralización productiva en Andalucía; si bien, ya he comentado que es pronto para analizar el efecto de la reforma de 2006 en la materia, no estimo aventurado afirmar que los nuevos instrumentos puestos en manos de las representaciones de los trabajadores pueden mejorar la situación, pero difícilmente producirán un cambio radical en materia de subcontratación y cesión ilegal.

3.5. Grupo de empresas

La dinámica de las relaciones comerciales durante los últimos decenios, ha ganado en complejidad por la vía de estimular la competitividad de las empresas en mercados cada vez más abiertos, mediante la creación de figuras con relevancia jurídica⁶⁴. Desde el punto de vista de la organización empresarial, los denominados grupos de empresas han desarrollado un notable protagonismo en este periodo, con incidencias en el conjunto de las disciplinas jurídicas. También en esta ocasión, el Derecho ha reaccionado lentamente a remolque de la realidad social, que en esta materia ha desbordado el marco jurídico tradicional, en buena medida limitado a respetar su libre desarrollo, sin que se haya producido hasta la fecha una nítida delimitación y posterior normación de las relaciones en ella surgidas. Los grupos de empresas se caracterizan por su compleja y variada morfología, manifestación de la riqueza de motivaciones que puede impulsar a sus creadores. La necesidad de abrir nuevos mercados o de fortalecer la implantación en los ya conocidos, aunar esfuerzos o experiencias o conocimientos, uniformar producciones para reducir costes, son motivaciones que pueden estar en la base de la voluntad empresarial de constituir un

que no podrán enviar a trabajar a las instalaciones de Atlantic Copper, S. A. a aquéllos que estén en plantilla de esta Empresa (Atlantic Copper, S. A.).

El incumplimiento de esta norma comportará la rescisión de contrato a la Empresa contratista infractora.”

⁶⁴ Cruz Villalón, J.: “Descentralización productiva, grupos de empresas y transmisión de empresas en el concurso”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 21, 2005, pp. 207 a 248; Cruz Villalón, J.: “Notas acerca del régimen contractual laboral de los grupos de empresa”, Temas Laborales, núm. 38, 1996; Terradillos Ormaetxea, E.: “La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresa: modernas formas de regulación”, CES, 2000; Cruz Villalón, J.: “La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente” Trotta, 2002

grupo de empresas, aunque de forma simplista puede afirmarse que, como en casi todas las decisiones empresariales, la de constituir un grupo de empresas suele justificarse en el objetivo general de maximizar el beneficio empresarial. La forma grupo encuentra plena legitimidad al amparo del art. 38 CE en nuestro ordenamiento positivo; la constitución de un grupo de empresas forma parte del ejercicio de la libertad de empresa en dicho precepto reconocida. Como complemento de este principio constitucional, han surgido diversas normas mercantiles reguladoras de tal institución, aunque también han sido objeto de regulación por otras disciplinas jurídicas. Las relaciones entre las diversas empresas que forman el grupo son, a su vez, diversas: en unos supuestos las empresas mantienen relaciones de coordinación, mientras que en otros supuestos dichas relaciones se desarrollan bajo un régimen de subordinación, mediante el sometimiento de las sociedades a una dirección única ejercida por la sociedad matriz o dominante con relación a las sociedades filiales.

La incorporación a este estudio sobre los efectos de los procesos de descentralización productiva en la negociación colectiva andaluza de un apartado relativo a la regulación legal de los grupos de empresa podría calificarse de superflua, no en vano, excepción hecha de las normativas sobre empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria⁶⁵ e implicación de los trabajadores en la sociedad europea⁶⁶, las leyes laborales españolas hasta la fecha han ignorado toda posibilidad de regulación del fenómeno desde la perspectiva laboral. Desde hace años la doctrina viene reclamando, particularmente desde un plano colectivo⁶⁷, algún tipo de normativa que ampliase el ámbito de las representaciones unitarias, actualmente vinculadas al centro de trabajo (comité de empresa o delegados de personal) y a la empresa (comité intercentro), mediante la creación de una nueva representación a nivel de grupo de empresa (comité de grupo). La creación de dicho órgano representativo permitiría mejorar la interlocución de los trabajadores con al máximo nivel de decisión en la empresa, permitiendo desarrollar prácticas de negociación colectiva de grupo de empresa, objetivo para el que sería también deseable la modificación del Título III ET, que hasta el presente reconoce la negociación colectiva de centro de trabajo, de empresa o de sector, pero a pesar de reconocer la libertad de los contratantes para elegir la unidad de negociación, ignora la posibilidad de nego-

⁶⁵ Ley 10/97, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

⁶⁶ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

⁶⁷ Cruz Villalón, J.: "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente" Trotta, 2002.

ciar convenios colectivos de grupo de empresa. La utilidad de dicha reforma queda puesta de manifiesto por la numerosa jurisprudencia en torno a dicha posibilidad⁶⁸, y el creciente número de convenios colectivos que a partir de la consagración de la permisividad por el TS han sido acordados a nivel de grupo de empresa.

Desde la perspectiva individual, en ausencia de normativa específica, la jurisprudencia laboral ha abordado la cuestión adaptando criterios y técnicas tomados de otras ramas del derecho. Aunque inicialmente algún pronunciamiento⁶⁹ rechazaba la consideración del grupo como un empleador único por la existencia de personalidad jurídica en cada una de las empresas, podemos considerar más que consolidada la doctrina que defiende el criterio favorable. En concreto, desde hace más de tres décadas⁷⁰, y a pesar de que el art. 1.2 ET únicamente alude a personas físicas o jurídicas y a comunidades de bienes, la jurisprudencia viene delimitando las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la constitución de un grupo de empresas, para garantizar la defensa de los intereses del más débil, llegando en este sentido a declarar la responsabilidad solidaria de la empresa fuerte y económicamente solvente respecto a aquella otra que surge de ella sin patrimonio propio y sin otro propósito que el de eludir el cumplimiento de sus responsabilidades laborales. De esta forma, aunque desde una perspectiva jurídico formal los componentes del grupo gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas y como empresas diferentes, en el ámbito laboral pueden actuar como si se tratara de una sola regida por el principio de la responsabilidad solidaria de todas las empresas que conforman el grupo. En definitiva, los criterios jurisprudenciales para derivar de la pertenencia a un grupo de empresas una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, pueden sintetizarse en las siguientes notas: Confusión patrimonial⁷¹; Funcionamiento integrado o unitario⁷²; Prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva a favor de varios empresarios⁷³. Progresivamente, la imposición de responsabilidad solidaria a las empresas que forman parte de un grupo ha ido recubriéndose de nuevos matices, exigiendo la

⁶⁸ Por todas, SSTS de 30 de mayo de 1991 (RJ 5233), de 15 de febrero de 1993 (RJ 1165), de 27 de abril de 1995 (RJ 3273), de 30 de octubre de 1995 (RJ 7930).

⁶⁹ STCT de 28 de marzo de 1983 (RJ 1595).

⁷⁰ STS de 29 de junio de 1989 (RJ 4854).

⁷¹ SSTS de 28 de marzo de 1983 (RJ 1207); de 24 de julio de 1989 (RJ 5908); 30 de enero de 1990 (RJ 233); 8 de junio de 1988 (RJ 5256); 12 de julio de 1988 (RJ 5802) y de 3 de mayo de 1990 (RJ 3946).

⁷² SSTS de 6 de mayo de 1981 (RJ 2103); 8 de octubre de 1987 (RJ 6973); 9 de mayo de 1990 (RJ 3983).

⁷³ SSTS de 11 de diciembre de 1985 (RJ 6094); 3 de marzo de 1987 (RJ 1321).

jurisprudencia, la concurrencia acumulativa de los anteriores indicios y, conforme exige el fraude de ley, siendo cada vez más exigente en la prueba de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los derechos de los trabajadores. Hasta el punto que cuando esto no se produce o no puede ser acreditado, el compartimiento del grupo de empresa se considera lícito. Se proyectan sobre esta materia, problemas de prueba similares a los más arriba reseñados en los anteriores apartados. Ahora bien, una cosa es que el fraude de ley deba ser suficientemente acreditado, quedando en caso contrario intactas las personalidades jurídicas de las empresas que forman un grupo, y otra cosa bien distinta es que por esta vía se permita a los grupos de empresa, actividades que quedan prohibidas al resto de las empresas. Nos referidos a los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo, para cuya ilicitud la jurisprudencia exige una voluntad de interposición ilícita en el contrato, con el objetivo de ocultar al empresario real. En caso contrario, cuando la circulación de trabajadores obedece a razones técnicas y organizativas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas, dichas prácticas se consideran lícitas, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador⁷⁴. Por tanto, ante la contrata o subcontrata de obras o servicios, las facultades de las empresas que forman parte del grupo no quedan mermadas, pero en ningún caso puede entenderse que queden ampliadas por pertenecer todas a un mismo grupo, deberán por tanto cumplir con el régimen jurídico previsto en el art. 42 ET y, en caso contrario, podrán ser sancionadas por cesión ilegal tal y como establece el art. 43 ET.

En un estudio como el presente, limitado territorialmente a los convenios de ámbito no superior al autonómico, las posibilidades de estudiar convenios colectivos de grandes grupos de empresa, cuyo ámbito territorial suele ser cuando menos nacional, se reducen notablemente, en cualquier caso, procederemos a estudiar los escasos ejemplos andaluces actualmente vigentes⁷⁵. En primer lugar, resulta desilusionante comprobar que muchos convenios que en su denominación hacen referencia a un determinado grupo de empresas, son aplicables a empresas que aun portando dicha denominación social no pueden

⁷⁴ STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 8605).

⁷⁵ La escasa incidencia del ámbito negocial de grupo en Andalucía ha sido puesto de manifiesto por las Instituciones que se dedican a su estudio, al respecto vid. "Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008", CARL, 2009, p. 81; Entre los consultados, vid. C.C. de las empresas Grupo Renta Todo Carpas, S.L. y Grupo Renta Todo Sonido, S.L., BOP de la provincia de Almería de 18 de septiembre de 2003; III C.C. de Las Lomas Comasa, Conalgrasa, La Torre de Benalup, S.A., BOP de Cádiz de 15 de febrero de 2007; C.C. de la empresa Oleícola el Tejar Nuestra Señora de Araceli, SCL y empresas del Grupo Oleotear SA e Ibérica de Carbones Activos, SA, BOP de Córdoba de 4 de diciembre de 2003.

considerarse grupo de empresas desde el punto de vista jurídico. En otros casos, aunque se trata de grupo de empresas, los convenios colectivos reducen su ámbito de aplicación a un determinado centro de trabajo de alguna de las empresas del grupo. En ambos casos, y a los efectos de este estudio, no pueden ser considerados convenios colectivos de grupo de empresas. Tampoco resultan particularmente interesantes, a los objetivos del presente apartado, los escasos convenio colectivos de grupo de empresas que realmente hacen honor a dicha calificación, pues a pesar de que unifican la negociación colectiva y, por tanto, las condiciones de trabajo de todos los trabajadores que forman parte de las distintas plantillas de las empresas que forman parte del grupo, pero más allá de este aspecto mantienen de una manera clara la separación de las organizaciones y de las plantillas que la forman, sin que se establezcan previsiones que permitan agrupar formalmente a los componentes de la plantilla en materia de contratación, movilidad, representación colectiva o salud laboral, sin perjuicio de que tales prácticas puedan producirse de manera informal⁷⁶. Lo que no ha sido posible es encontrar en convenios colectivos de empresa o centro de trabajo cláusulas que hagan referencia a materias relacionadas con procesos de descentralización productiva dentro de un mismo grupo de empresas, a pesar de que en algunos supuestos las denominaciones de estos convenios sugieren la pertenencia de la empresa afectada a un grupo de empresas.

3.6. Transmisión de empresa

La descentralización productiva se produce también mediante la cesión de una actividad productiva determinada que se descuelga del ciclo productivo de la empresa, para pasar a formar parte del ciclo productivo de otra empresa. Esta cesión puede producirse por abandono de la actividad, cuando se cede en su totalidad, aunque en numerosas ocasiones la empresa cedente mantiene el núcleo de su actividad, mientras cede una parte a otras empresas con las que celebra contratos de colaboración. Pues bien, la generalidad de los procesos de transmisión de empresas, de centros de trabajo o de unidades productivas autónomas queda regulada en el cada vez más extenso art. 44 ET, transposición al derecho español de la Directiva 2001/23, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en tales supuestos⁷⁷. Es este su principal objetivo, el que el

⁷⁶ Vid. III C.C. de Las Lomas Comasa, Conalgrasa, La Torre de Benalup, S.A., BOP de Cádiz de 15 de febrero de 2007.

⁷⁷ Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativos 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.

proceso de transmisión de la empresa no suponga la reducción de las condiciones de trabajo de los empleados afectados. Este nuevo enfoque rompe con el instrumental jurídico tradicionalmente utilizado para garantizar los derechos de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva, según hemos visto hasta ahora. No se trata de que la legislación laboral no persiga los supuestos de fraude de ley en este terreno, las transmisiones fraudulentas, es decir las que tengan como objetivo principal la reducción de las garantías económicas de los trabajadores afectados, mediante la cesión de una determinada actividad a un empresario insolvente o con menor capacidad económica, son igualmente rechazadas por el ordenamiento jurídico. A tales efectos, el art. 44.3 ET hace responder a ambos empresarios de las deudas contraídas con carácter previo a la cesión durante un periodo de tres años, y de las nacidas con posterioridad cuando la cesión fuese declarada delito. Lo que sucede es que en materia de transmisión de empresa, el legislador laboral ha decidido ser más ambicioso, exigiendo a la empresa cesionaria el mantenimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la cesión. Estos trabajadores mantendrán dichas condiciones durante un determinado periodo de tiempo, finalizado el cual deben acordar con su nuevo empresario las condiciones de trabajo aplicables, pero esta nueva regulación se iniciará con el suelo firme que constituye la regulación precedente. De esta manera, con una intervención legislativa fuerte, se garantiza que el proceso de descentralización vía transmisión no suponga, al menos de forma automática, la reducción de las condiciones de trabajo.

El supuesto previsto en el art. 44 ET se produce cuando la cesión contractual tiene por objeto una entidad económica susceptible de mantener su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, situación que debe diferenciarse de la mera transmisión de una serie de elementos patrimoniales que anteriormente sirvieron para la materialización de una actividad empresarial, o de la transmisión de una actividad económica sin sustento material. Es en esta última posibilidad la que ofrece mayores dificultades interpretativas, en la medida en que el desarrollo de determinadas actividades empresariales, intensivas en mano de obra, requieren la utilización de escasos recursos materiales. En tales supuestos, la jurisprudencia comunitaria, con notable resistencia de la jurisprudencia española, entiende que se ha producido el supuesto de hecho previsto en la Directiva sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, cuando en ausencia de elementos patrimoniales la empresa cesionaria procede a la contratación de un número relevante de los trabajadores que anteriormente realizaban la actividad objeto de transmisión⁷⁸. El supuesto cobra especial relevancia cuando la transmisión

⁷⁸ Por todas, la vertida sobre el asunto conocido como Hernández Vidal, STJCE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97.

afecta a actividades productivas externalizadas, en los que el traspaso de empresa puede producirse vía transmisión de contrata. De esta forma, los trabajadores de la empresa auxiliar pueden permanecer realizando la misma actividad, aunque el empresario principal decida contratar con otro empresario auxiliar la realización de dicha actividad, vía subrogación empresarial. Pero el problema no ha sido resuelto en su totalidad, pues si el requisito *sine qua nom* es que el nuevo contratista asuma a los trabajadores empleados por el anterior, basta con que dicho extremo no se verifique para eludir la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa. De alguna forma nos encontramos ante una paradoja, el objetivo de garantizar el mantenimiento de las relaciones laborales se convierte a su vez en el requisito impuesto por la jurisprudencia, de manera que en ausencia de cesión de elementos patrimoniales el empresario cesionario tiene relativamente fácil evitar la aplicación de la norma.

Mucha más eficaz parece ser la intervención de la autonomía colectiva en la consecución del objetivo de mantener los derechos de los trabajadores, y particularmente la continuidad de la relación de trabajo, en los supuestos de sucesión de contratas; por esta vía se ha tratado de solucionar las dificultades de aplicación del art. 44 ET a estos supuestos, por aplicación de los criterios jurisprudenciales más arriba comentados. Donde dicho precepto se convierte inaplicable, los convenios colectivos del sector suelen introducir la obligación del empresario cesionario, es decir del contratista entrante, de subrogarse en los contratos de los trabajadores afectados por el cambio de contratista. De forma general, y salvo que el precepto convencional lo prevea expresamente, la sucesión empresarial que se produce por aplicación de una previsión convencional no determina la aplicación del conjunto de consecuencias previstas en el art. 44 ET, por el contrario, la subrogación empresarial convencional seguirá el régimen jurídico previsto en el propio convenio. Esta circunstancia deja en manos de los negociadores un amplio margen de autonomía, permitiéndoles establecer, más allá de la continuidad de los contratos, distintas estipulaciones en lo referente a la extensión del ámbito de aplicación de la norma convencional y las obligaciones de los empresarios entrante y saliente. A pesar de lo dicho, la mayoría de los convenios consultados establecen regulaciones muy similares. La intensa actividad comercial en la materia, particularmente en el sector servicios, a día de hoy nos permite gozar de una amplia experiencia que ha puesto de manifiesto algunos puntos críticos que conviene comentar. En primer lugar, por aplicación de lo previsto en el art. 82.3 ET, los convenios colectivos que prevén cláusulas de subrogación obligatoria del contratista entrante únicamente obligan a los empresarios afectados por el convenio colectivo⁷⁹. Son los convenios colectivos de sector los

⁷⁹ Algún convenio de empresa parece obligar a los subcontratistas que presten servicio para la empresa, lo que, al menos desde el punto de vista técnico jurídico, considero una norma inapli-

llamados a establecer este tipo de previsiones, mientras que en los de nivel inferior únicamente podrán establecer el compromiso del empresario principal de exigir al contratista entrante, como contenido esencial de la oferta, la asunción del personal del saliente. En segundo lugar, la mayoría de las cláusulas de subrogación prevén el cumplimiento de determinadas obligaciones de carácter formal por el empresario saliente, básicamente información de los datos fundamentales de los trabajadores afectados por el cambio de contrata, ante el incumplimiento de las cuales el empresario entrante quedaría liberado de su obligación de subrogación. En estos supuestos, y aunque alguna jurisprudencia limita los efectos negativos para los trabajadores, el fin perseguido por la norma convencional queda frustrado⁸⁰. La mayoría de las cláusulas de subrogación estudiadas garantizan el mantenimiento de las condiciones de trabajo, individuales⁸¹ y colectivas⁸², de los trabajadores afectados, con expresa referencia a los convenios o acuerdos vigentes, y al mantenimiento de los derechos de representación de los trabajadores que, formando parte de la representación

cabale: El art. 40 C.C. del Organismo autónomo local "Patronato de la Residencia de Ancianos San Luís, BOP de la provincia de Granada de 22 de junio de 2007, prevé la subrogación obligatoria de los contratistas entrantes "en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional del presente Convenio", lo que resulta una cierta paradoja por tratarse de un convenio de empresa. Por su parte, el art. 35 del C.C. del sector de las agencias de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huelva, BOP de 11 de octubre de 2007, pretende obligar también a los trabajadores autónomos que tomen a su cargo el servicio, y a las empresas que se hagan cargo directamente de la limpieza y contraten nuevo personal a tal fin, en ambos casos sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

⁸⁰ El art. 53.2 del C.C. del Sector de Ayuda a Domicilio de la provincia de Sevilla, BOP de 31 de agosto de 2006, establece: "2) Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar, fehaciente y documentalente, por la empresa saliente a la empresa entrante, en el plazo de tres días hábiles a partir del momento de la subrogación mediante la documentación siguiente: ..."

⁸¹ El art. 30 del C.C. del Sector de la Limpieza de Edificios y Locales de Centros no Hospitalarios de la provincia de Granada, BOP de 13 de junio de 2005, establece: "Los trabajadores de un contratista de servicios de limpieza que con arreglo a la normativa aplicable quedasen desvinculados laboralmente al vencimiento de una concesión, pasarán a estar adscritos al nuevo titular de la contrata de limpieza, respetando antigüedad categoría y en general las condiciones de trabajo que tuviesen adquiridas".

⁸² El art. 53.2 del C.C. del Sector de Ayuda a Domicilio de la provincia de Sevilla, BOP de 31 de agosto de 2006, establece: "En caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato (tanto miembros del Comité de Empresa, como Delegados de Personal o miembros de la Sección Sindical), la empresa entrante respetará las garantías sindicales establecidas en el presente Convenio y demás legislación vigente.

Los Delegados de Personal o los miembros del Comité de Empresa que hubieran sido elegidos en proceso electoral referido al centro objeto de subrogación, mantendrán su condición de representantes del personal a todos los efectos en la nueva empresa concesionaria, siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla. En el caso de discrepancia, se acudirá a la Comisión Paritaria".

unitaria, se vean afectados por el cambio de contratista. En algunas ocasiones, los preceptos convencionales prevén situaciones de suspensión temporal del servicio de pequeña duración, por decisión de las empresas afectadas; en tales supuestos, y siempre que se produjese la reanudación del servicio, los preceptos convencionales obligan al empresario entrante a subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores empleados en la realización del mismo por el empresario saliente. A falta de previsiones expresas, debe entenderse que durante el período de suspensión del servicio los trabajadores quedarían en situación legal de desempleo, hasta el momento en que se reanude la actividad. La anterior circunstancia puede suponer una mejora de la regulación legal de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 ET, que vincula la subrogación contractual a la vigencia de los contratos de trabajo, aunque en supuestos excepcionales la jurisprudencia viene admitiendo la continuidad de las relaciones laborales con el empresario entrante cuando los períodos de cese de actividad se deben a las actividades habituales de relevo que deben realizarse cuando se produce un cambio de contratista o, en supuestos de fraude, cuando se pretende eludir la aplicación de la normativa legal. Por último, las cláusulas de subrogación suelen excluir de su cobertura a los trabajadores con menor antigüedad, comprometiéndose el empresario entrante a contratar únicamente a los trabajadores de mayor antigüedad, circunstancia que debe ser criticada por constituir una diferencia, en mi opinión no suficientemente justificada, en los derechos de trabajadores atendiendo a la duración de su contrato⁸³.

El art. 44.4 ET mantiene vivo para los trabajadores afectados por el traspaso de empresa los convenios vigentes en el momento de la cesión, hasta tanto no se acuerde un nuevo convenio en la cesionaria o finalice la vigencia del convenio en cuestión, siempre que tras la cesión no se llegue a un acuerdo diverso. En algunos supuestos, las diferencias salariales entre colectivos de trabajadores originariamente procedentes de empresas diversas obligan a los negociadores a establecer periodos transitorios durante los cuales y de manera progresiva debe procederse a la equiparación salarial, sin que se vean particularmente perjudicados los intereses de ninguno de los colectivos afectados⁸⁴.

⁸³ El art. 85 del C.C. de la empresa Aguas y Servicios de la Costa Tropical de Granada, BOP de 18 de mayo de 2005, establece: "Serán requisitos necesarios para tal sucesión de empresas y subrogación, que los trabajadores del centro que se absorba lleven, al menos, prestando sus servicios en el mismo, doce meses antes de la fecha de resolución o conclusión del contrato que se extingue. El personal o trabajadores que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser absorbidos, debiendo permanecer al servicio y en la plantilla de la empresa sustituida".

⁸⁴ El art. 30 del C.C. de la empresa Aguas Vega Sierra Elvira, BOP de la provincia de Granada de 27 de marzo de 2007, establece: Producto de la legalidad vigente en materia de subrogación de empresas, existen diferencias salariales significativas entre los trabajadores encau-

En algún caso marginal, el supuesto de hecho descrito en la norma convencional es, desde mi punto de vista, similar al previsto en el art. 44 ET lo que debe interpretarse como una muestra de inseguridad jurídica en la aplicación de las normas que regulan la sucesión de contratos⁸⁵.

3.7. Empresas de Trabajo Temporal

Como más arriba se ha indicado, la cesión de trabajadores entre empresas es una actividad prohibida de forma general desde las primeras regulaciones de la materia, entendiéndose que dichas prácticas de intermediación lucrativa conculcan los derechos fundamentales de los trabajadores. La reforma de 1994 introdujo una excepción a dicha regla general, entonces justificada en la conveniencia de adaptar el ordenamiento laboral español a instituciones ya presentes en la mayoría de los ordenamientos del resto de los Estados miembros, como presupuesto para alcanzar una convergencia real⁸⁶. Pues bien, la LETT permite a los empresarios un mayor margen de decisión, pues la cobertura de necesidades coyunturales de mano de obra puede realizarse mediante la contratación directa de trabajadores mediante contratos de duración determinada, haciendo uso de las modalidades previstas en el art. 15 ET; pero también puede optar por cubrir esta necesidad formalizando un contrato de puesta a disposición con una ETT (art. 6 LETT), por el que ésta asume la obligación de suministrar trabajadores por ella contratados para satisfacer la necesidad temporal de mano de obra de la empresa usuaria.

drados en el mismo grupo profesional. Es voluntad de las partes firmantes del presente acuerdo la reducción y equiparación salarial de los mismos, estableciendo mecanismos que produzcan lo anterior en un plazo de tiempo razonable, sin que por ello dejen de garantizarse subidas salariales a aquellos trabajadores que en la actualidad mantienen salarios más altos que los contemplados en el convenio colectivo para su grupo profesional, y respetando las diferencias entre grupos profesionales.”

⁸⁵ El art. 25 del C.C. del Sector de la Hostelería para Sevilla y provincia, BOP de 24 de agosto de 2006, establece: “En las concesiones administrativas del Estado, caso de no venir recogido en el pliego de condiciones, cuando la concesión lleve aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular, que se subrogará en todos los derechos y obligaciones de los mismos”.

⁸⁶ “no puede olvidarse que el mercado de trabajo español no debe, ni puede, funcionar sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en la Unión Europea, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras instituciones sean homologables” Exposición de Motivos de la Ley 14/1994 de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 1 de junio).

En esta ocasión, la garantía de los salarios de los trabajadores afectados por el proceso de descentralización productiva no se limitan al establecimiento de las herramientas tradicionales, solidaridad entre empresarios en supuesto de fraude de ley, aunque también están presentes⁸⁷; por el contrario, los salarios de estos trabajadores son garantizados mediante un estricto sistema de autorizaciones administrativas, para cuya obtención es preciso constituir importantes garantías financieras. Por otra parte, si bien en un principio la irrupción de estas empresas en el mercado de trabajo español provocó importantes efectos sobre las condiciones de trabajo en las empresas usuarias, en la medida en que el trabajador en misión quedaba al margen del ámbito de aplicación del convenio colectivo de la empresa usuaria, la reforma de 1999 permitió corregir de manera eficaz dicha perversión, impidiendo que los empresarios acudieran a esta herramienta con el único objetivo de reducir los costes de personal⁸⁸. El propio legislador toma nota de que los trabajadores contratados para ser cedidos a las empresas usuarias añaden al perjuicio que supone la ausencia de estabilidad laboral, la que se deriva de prestar servicios en distintas empresas por períodos cortos de tiempo, a cambio de salarios que en la mayoría de los supuestos se encuentran muy por debajo de los salarios devengados por los trabajadores de la empresa usuaria que efectúan los mismos trabajos o trabajos de igual valor. Siendo así, el legislador laboral opta por una medida contundente, por una intervención que se aleja en su naturaleza de las medidas que hasta ahora hemos visto, particularmente centradas en la promoción de la coordinación de representaciones laborales o en el incremento de las facultades de información y consulta. En esta ocasión se introduce un nuevo precepto que establece un mandato de igualdad en las condiciones de trabajo, a partir de establecer el término de comparación en las condiciones de que disfrutaban los trabajadores de la empresa usuaria que desarrollan las mismas tareas o tareas de igual valor, técnica ya ensayada para los trabajadores sujetos a contratos de

⁸⁷ El art. 16.3 LETT establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria por los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social no satisfechos por la ETT durante la duración del contrato de puesta a disposición, responsabilidad que será solidaria cuando el contrato de puesta a disposición se realice contraviniendo las limitaciones establecidas en el norma legal.

⁸⁸ “transcurridos más de tres años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal en nuestro país, éstas han incrementado notablemente su actividad a la vez que los derechos laborales y la protección social de los trabajadores han ido disminuyendo. Según el Consejo Económico y Social, el elevado grado de aceptación de la contratación a través de esta vía, deriva no sólo del hecho de ser un medio más flexible de contratación, sino también de los menores costes salariales que implican la contratación de trabajadores de empresas de trabajo temporal, siendo éste el principal incentivo para su utilización” Exposición de Motivos de la Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE de

trabajo atípicos (tiempo determinado o tiempo parcial). La obligación de paridad de retribuciones es independiente del tipo de fuente que fija las condiciones de trabajo, siendo así igualmente exigible tanto si éstas han sido establecidas por norma legal como si han sido acordadas vía negociación colectiva. Por último, el legislador ha querido delimitar la extensión del concepto retribución, evitando en buena medida la sucesión de los tradicionales litigios de acotación de la garantía normativa; en esta ocasión, la garantía de igualdad se extiende al conjunto de retribuciones, incluyendo las partes proporcionales correspondientes al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones.

Este marco jurídico especialmente garantista ha reducido el interés empresarial por la utilización de este recurso de manera notable. En parte porque se trata de un recurso externalizador que, en las actuales circunstancias, resulta menos utilizado como mecanismo descentralización, pero también porque formalmente los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria sólo excepcionalmente pueden realizar labores de representación para los trabajadores en misión, que de manera general quedan al margen de su ámbito de actuación, las previsiones en la materia no son frecuentes en la negociación colectiva en general, y en la Andalucía en particular. A pesar de lo dicho, pueden encontrarse previsiones convencionales que obligan a la empresa usuaria a garantizar que la empresa de trabajo temporal cumple respecto del trabajador en misión las obligaciones impuestas por la normativa laboral y convencional, aunque debe entenderse que desde un punto de vista formal a la empresa usuaria, en caso de incumplimiento, sólo le cabría denunciar el contrato⁸⁹. En algún otro supuesto, el convenio establece una serie de actividades de duración determinada para las que se autoriza el recurso a esta figura, entendiéndose que para el resto de los supuestos autorizados en la norma por remisión al art. 15 del ET, el empresario renuncia a contratar con empresas de trabajo temporal⁹⁰. En otros casos, la labor de vigilar el cumplimiento de la

⁸⁹ El art. 17 del C.C. para el sector de la Madera de la provincia de Huelva, BOP de 28 de mayo de 2008, establece: "La empresas afectadas por este Convenio, cuando contraten los servicios de empresas de trabajo temporal, garantizarán que los trabajadores puestos a su disposición tengan los mismos derechos laborales y retributivos que les corresponden a sus trabajadores en aplicación de su correspondiente Convenio Colectivo. Esta obligación constará expresamente en el contrato de puesta a disposición celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria que esté vinculada por el presente Convenio"

⁹⁰ La disposición transitoria segunda del C.C. de la empresa Fundovel, BOP de la provincia de Huelva de 23 de noviembre de 2007, establece: "La utilización de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, tendrá como finalidad atender las acciones que sean imprevisibles o excepcionales, como consecuencia de la actividad puntual. En este supuesto y para adecuar el marco legal vigente a las características de la empresa, se establecen los siguientes acuerdos:

legalidad en la materia y, particularmente, que los puestos de trabajo ocupados por esta vía tienen carácter temporal se encomienda a alguna comisión específica o a la propia comisión paritaria del convenio⁹¹. La mayoría de las ocasiones, se trata de una actuación defensiva de los derechos de los trabajadores de la empresa que, con el objetivo de mantener el mayor volumen de empleo posible, exigen al empresario que renuncie a esta posibilidad⁹². Nos remitimos a cuanto se ha dicho sobre las cláusulas prohibitivas en apartados precedentes.

Se podrá utilizar trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en los siguientes supuestos:

- Para cubrir bajas por I.T. o accidente.
- Para atender períodos de actividad punta.
- Para cubrir períodos de vacaciones.
- Por razones excepcionales derivadas del mercado de trabajo, comunicándolo al Comité de Empresa.”

⁹¹ El art. 6.5.4 C.C. de la empresa Reciclados del Tinto y del Odiel, S.L., BOP de la provincia de Huelva de 11 de agosto de 2005, establece como competencia de la comisión negociadora: “Cuidar que la contratación de personal a través de Empresas de Trabajo Temporal tenga carácter excepcional y por causas justificadas”

⁹² El art. 22.5 del C.C. de la Diputación de Granada, BOP de 30 de noviembre de 2006, establece: “Las necesidades de contratación temporal se realizarán de forma sistemática recurriendo a la las bolsas de trabajo internas o externas, y a falta de éstas se realizarán convocatorias específicas conforme a las bases negociadas y en todo caso se excluye la contratación con empresas de trabajo temporal reguladas por la Ley 14/1994 de 1 de junio, modificada por la Ley 29/1999 de 16 de julio”; En el mismo sentido, vid art. 5 del C.C. de la empresa Isolux Corsan Servicios, S.A., BOP de la provincia de Huelva de 4 de diciembre de 2008.