

Margarita Tarabini-Castellani Aznar

LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES EN TIEMPO DE CRISIS: **PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

II Premi d'Investigació del Consell Econòmic i Social
de les Illes Balears



**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:**

PROBLEMAS DE LEGALIDAD

© Consell Econòmic i Social de les Illes Balears
La reproducció d'aquesta publicació està permesa citant la seva procedència

Edita:



Palau Reial, 19
07001 Palma
Tel. 971 784432 - Fax 971 784333
Web: ces.caib.es
E-mail: ces@ces.caib.es

ISBN: 978-84-613-7288-1
Depòsit Legal: PM-3137-2009

Disseny i maquetació:
Natalia Riera
Tel. 619 73 72 83

Impressió i producció:
Gráficas Salas, S.L.
C/ Juan Burgués Zaforteza, 19
07005 - Palma
Tel. 971 27 33 22
www.graficas-salas.com

El jurat del **II Premi d'investigació del Consell Econòmic i Social** va decidir, el 17 de novembre de 2009, concedir el primer premi a aquest treball, d'acord amb els criteris expressats a les bases i atesa la seva gran qualitat tècnica, el seu rigor i metodologia i la transcendència econòmica i social de la matèria que tracta.

La responsabilitat de les opinions expressades en aquesta publicació correspon exclusivament al seu autor i la seva publicació no implica que el Consell Econòmic i Social s'identifiqui amb aquestes.

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:**

PROBLEMAS DE LEGALIDAD

Margarita Tarabini-Castellani Aznar

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universidad de les Illes Balears*

Índice:

Abreviaturas utilizadas	13
-------------------------------	----

I. INTRODUCCIÓN

1. La crisis como oportunidad y la negociación colectiva como instrumento privilegiado para afrontarla.	19
2. Las cláusulas de empleo como contenido negocial idóneo en tiempos de crisis.....	19
3. Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva de la CAIB objeto de estudio.....	20
4. Estructura y contenido del estudio.....	21

II. UN POCO DE HISTORIA. EL ORIGEN DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO COMO CONTENIDO NEGOCIAL

1. Los difíciles inicios en los ochenta.	25
2. El cambio de contexto.	26
3. Los cambios en la negociación colectiva y la relevancia de las cláusulas de empleo.....	27

III. LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS ISLAS BALEARES

1. Las cláusulas relativas a la política de ocupación y contratación.....	31
1. 1. Garantía de un mínimo de fijeza	31
1. 2. Las condiciones o limitaciones a la contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal	33
2. Las cláusulas relativas al mantenimiento o a la estabilidad del empleo	35
2. 1. Mantenimiento de la plantilla	35
2. 2. Transformación de contratos temporales en fijos	36
2. 3. Sucesión de contratatas	37
2. 3. 1. Los supuestos que dan lugar a la subrogación del personal	37
2. 3. 2. Las condiciones a cumplir por los trabajadores para ser objeto de subrogación	40
2. 3. 3. Las condiciones de trabajo que se mantienen tras la subrogación	43
2. 3. 4. El mandato de los representantes de los trabajadores	45
2. 3. 5. Las obligaciones entre las empresas implicadas.....	45
3. Las cláusulas relativas a la creación de empleo	47
3. 1. Jubilación forzosa	47
3. 2. Jubilación especial a los 64 años	49

IV. LOS PROBLEMAS DE LEGALIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO

1. Una cuestión previa. Los problemas que generan estas cláusulas en el plano jurídico.	53
2. La ilegalidad y lesividad de las cláusulas de empleo.	54
3. La reserva de ley en materia de derechos fundamentales y las cláusulas de empleo.....	55
4. Las cláusulas sobre política de contratación y ocupación.....	62
4. 1. Las condiciones o limitaciones a la contratación a través de empresas de trabajo temporal.....	62
4. 1. 1. La razón de ser de la previsión de cláusulas que condicionan la externalización.	62
4. 1. 2. El debate sobre la legalidad de las cláusulas convencionales que condicionan la externalización.....	66
4. 1. 3. El debate sobre la lesividad de las cláusulas limitativas de la actividad de externalización.	69
4. 1. 4. Reflexiones en torno a la vulneración de la libertad de empresa	70
4. 1. 5. La extralimitación del poder representativo y dispositivo de los negociadores y del ámbito de lo laboral	76
5. Las cláusulas relativas al mantenimiento o a la estabilidad del empleo	80
5. 1. El mantenimiento de la plantilla	80
5. 2. La transformación de los contratos temporales en indefinidos.....	82

5. 3. La subrogación en caso de sucesión de contratas.....	85
5. 3. 1. Los problemas de legalidad y lesividad que suscitan las cláusulas subrogatorias.	85
5. 3. 2. La legalidad y lesividad de las cláusulas subrogatorias en relación con la libertad de empresa y el poder de disposición de los sujetos negociales.	85
5. 3. 3. La legalidad de las cláusulas subrogatorias y el art. 44 ET sobre sucesión de empresas.	88
5. 3. 4. La incidencia de la Ley 12/2001	89
5. 3. 5. La jurisprudencia del TJCE.	93
5. 3. 6. La lesividad de las cláusulas subrogatorias.....	96
6. Las cláusulas relativas a la creación de empleo	98
6. 1. La jubilación forzosa	98
6. 1. 1. Los problemas de legalidad de las disposiciones negociales sobre jubilación forzosa.....	98
6. 1. 2. La etapa previa a la derogación de la DA 10ª ET por la Ley 12/2001. Las condiciones de las cláusulas de jubilación forzosa para no vulnerar los arts. 14 y 35 CE.	99
6. 1. 3. La derogación de la DA 10ª ET por la Ley 12/2001. El problema de la reserva de ley y las distintas posiciones doctrinales.....	103
6. 1. 4. La Ley 14/2005.....	109
6. 1. 5. El Derecho Transitorio en la Ley 14/2005.....	115
6. 2. La jubilación a los 64 años	120

V. CONCLUSIONES

1. Las cláusulas de empleo en los convenios colectivos de la CAIB	123
2. Los límites del sistema negocial y del ordenamiento jurídico españoles para hacer efectivo el cumplimiento de las cláusulas de empleo	123
3. Un problema eterno: la literalidad de las disposiciones convencionales.....	124
4. Las limitaciones del diseño de la estructura negocial.....	125
5. Las limitaciones derivadas del contenido material de la negociación.	127
6. Los límites en la articulación ley-convenio. La reserva de Ley.....	129
7. Algunas propuestas para la negociación de las cláusulas de empleo.....	130
CONVENIOS CITADOS.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	141

A.L.	:	Actualidad Laboral
AA.VV.:		Autores varios
art.	:	artículo
AS	:	Aranzadi Social
BOE	:	Boletín Oficial del Estado
BOIB	:	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BJC	:	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
Cc	:	Código civil
CC	:	Código Colectivo
CA	:	Cláusula Adicional
CAIB	:	Comunidad Autónoma de las Islas Baleares
CE	:	Constitución Española
CES	:	Consejo Económico y Social
CGPJ	:	Consejo General del Poder Judicial
DA	:	Disposición Adicional
DD	:	Disposición Derogatoria
DL	:	Documentación Laboral
DT	:	Disposición Transitoria
Ed.	:	Editorial

ET	:	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo del Estatuto de los Trabajadores
ETT	:	Empresa de Trabajo Temporal
EU	:	Empresa Usuaría
FJ	:	Fundamento Jurídico
LETT	:	Ley 14/1994, modificada por la Ley 29/1999, de Empresas de Trabajo Temporal
LGSS	:	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS	:	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social
LO	:	Ley Orgánica
LOLS	:	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical
LPL	:	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
MTAS	:	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
pág.	:	página
R.L.	:	Relaciones Laborales
RD	:	Real Decreto
REDT	:	Revista Española de Derecho del Trabajo
RIT	:	Revista Internacional de Derecho

RJ	:	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RL	:	Relaciones Laborales
RMTAS:		Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS	:	Revista de Política Social
RT	:	Revista de Trabajo
ss.	:	siguientes
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT.	:	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STJCE.	:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	:	Tribunal Constitucional
TCT	:	Tribunal Central de Trabajo
TJCE	:	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TL	:	Temas Laborales
TS	:	Tribuna Social

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:
PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

I. INTRODUCCIÓN

1. La crisis como oportunidad y la negociación colectiva como instrumento privilegiado para afrontarla

Dicen que el hambre agudiza el ingenio. Y toda crisis, y la actual es la que nos lo evidencia, es vista como una oportunidad para utilizar la creatividad que permita afrontar la situación con armas nuevas. La negociación colectiva es, paradójicamente, un instrumento antiguo que bien utilizado puede convertirse en la vía para responder a la crisis desde el campo inmejorable del diálogo entre las dos partes sociales más afectadas por ella: trabajadores y empresarios. Pues bien, sin perjuicio de las innumerables vías que la negociación colectiva posibilita para encarar la crisis, algunas muy tradicionales relacionadas con los salarios, uno de los caminos más apropiados es el del desarrollo de las llamadas cláusulas de empleo.

2. Las cláusulas de empleo como contenido negocial idóneo en tiempos de crisis

¿Qué son estas cláusulas? Desde luego, no constituyen en modo alguno una realidad homogénea sino más bien lo contrario. Hacen referencia, en efecto, a una realidad muy variada y variable. Variada porque dan cobijo a cualquier disposición que discipline el empleo en el ámbito del convenio. Variable porque nacen y mueren al compás de los cambios legislativos y socioeconómicos y, sobre todo, al ritmo de una negociación colectiva cada vez con miras más amplias. Hasta ahora no se ha ofrecido un concepto que las aúne a todas o que incluya o excluya aquéllas que han considerado como tales los diversos autores. Y mi intención no es tampoco el darlo, me interesa

más analizar la realidad negocial balear en esta materia que tratar de conceptualizar una realidad esencialmente movable. Cláusulas de empleo serían todas las así consideradas por la doctrina iuslaboralista como, por ejemplo, las que gobiernan la entrada en la empresa a través de las preferencias; las que procuran una calidad en el empleo a través del establecimiento de un sistema de formación profesional; las que desarrollan los artículos estatutarios relativos a la contratación temporal; las que prohíben reducir plantillas o imponen la jubilación forzosa condicionándola a cubrir la vacante con un desempleado, como medio de mantenimiento del empleo; las que obligan a realizar nuevas contrataciones o a transformar los contratos temporales en indefinidos; las que tratan de establecer una política de contratación en las empresas condicionando su recurso a la externalización, etc.

3. Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva de la CAIB objeto de estudio

Partiendo de la base de la amplitud conceptual de estas cláusulas, el estudio se centra en las que inciden en la creación o estabilidad del empleo y excluye aquéllas que lo disciplinan en el seno de la relación laboral. No me detendré, en consecuencia, en las relativas a la formación profesional o las que desarrollan el art. 15 ET y determinan las prestaciones que pueden ser objeto de los contratos de trabajo temporales. Se trata, en definitiva, de analizar el contenido de estas cláusulas en los distintos ámbitos funcionales de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, lo que nos dará un diagnóstico de cómo se utiliza la negociación colectiva en tiempos de crisis. Insisto en que las cláusulas de empleo pueden ser muchas más, pero las estudiadas son las correspondientes a la realidad balear. Así, en particular, el estudio enfoca en primer lugar, a los pactos relativos a la política de contratación, entendiéndose que en los mismos se integran las previsiones sobre un porcentaje máximo de contratos temporales o uno mínimo de fijeza y las cláusulas relativas a la relación de las empresas con las ETT.

En segundo lugar, a los pactos sobre mantenimiento o estabilidad en el empleo, que incluyen las cláusulas sobre mantenimiento del empleo, las que establecen la transformación de los contratos temporales en fijos y las previsiones relativas al mantenimiento del empleo en los supuestos de subrogación de contratos. Por último, en tercer lugar, serán también objeto de estudio, los pactos generadores de empleo dentro de los cuales se analizarán las cláusulas las disposiciones sobre la jubilación forzosa o voluntaria como medida de fomento del empleo¹.

4. Estructura y contenido del estudio

Con este fin el presente trabajo parte, tras esta introducción (I), de la evolución histórica de las cláusulas de empleo (II), a lo que le sigue el análisis la realidad negocial en esta materia en nuestra Comunidad Autónoma (III), para posteriormente hacer referencia a los problemas que plantean estas cláusulas en el plano jurídico y evaluar uno de ellos, el de su legalidad y lesividad (IV). Para finalizar, se efectuarán una serie de conclusiones que buscarán reflejar los límites de nuestro sistema negocial en esta materia, límites que inspiran una serie de propuestas que se realizarán a continuación.

1 Para otras clasificaciones véase MARTÍN VALVERDE, A., y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., "Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva en España", RL II/1986, págs. 279 y ss.; DE MIGUEL LORENZO, A. M^a., "Un estudio sobre los pactos de empleo establecidos en los convenios colectivos del año 1988", RL, II/1989, págs. 1015 y ss.; GARCÍA BLASCO, J., "Las técnicas de creación y fomento del empleo en la negociación colectiva", RL, n^o 10, 1989, págs. 77 y ss., y "Los compromisos sobre empleo en la concertación social y el papel de la negociación colectiva" en AA.VV (OJEDA AVILÉS, A., dirección y coordinación) *La concertación social tras la crisis*. Ed. Ariel, Madrid, 1990, pág. 119 y ss.; LÓPEZ MORA, F., *La política de empleo, su sistema de fuentes y su proceso de aplicación*., Valencia, 1994. Ejemplar multicopiado, págs. 236 y ss.; GAUDU, F., "Le contrôle de l'execution des engagements en matière d'emploi", Droit Social, n^o 4, 1998, pág. 369 ; PRADOS DE REYES, F., "Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva", DL, n^o 64, 2001, págs. 21 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V., y NICOLÁS FRANCO, A., "Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva", RMTAS, n^o 33, págs. 123 y ss. ; AA. VV., *El estado actual de la negociación colectiva en España*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 45 y ss.

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:
PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

**II. UN POCO DE HISTORIA.
EL ORIGEN DE LAS
CLÁUSULAS DE EMPLEO
COMO CONTENIDO NEGOCIAL**

1. Los difíciles inicios en los ochenta

Es hacia finales de los años ochenta cuando la doctrina española empieza a hacerse eco de la existencia de cláusulas que se introducen en la negociación colectiva como vías de creación de empleo. Los análisis son, en su mayoría, pesimistas. La escasa creatividad de los negociadores para introducir cláusulas que creen efectivamente empleo -que no salían de la jubilación forzosa, de la limitación de las horas extraordinarias y del pluriempleo- y su sistemático incumplimiento, eran razones suficientes para ello². No obstante, lo cierto es que la negociación colectiva de estos años no estaba para atender a mucho más que lo que constituye su contenido tradicional. La crisis económica recomendaba asegurar determinados territorios antes que adentrarse en otros nuevos. Y tampoco los agentes sociales y económicos tenían la madurez negocial necesaria para hacer del convenio un instrumento de empleo³.

- 2 Véase, por todos, GARCÍA BLASCO, J., "Las técnicas de creación ...", *op. cit.*, págs. 77 y ss., y "Los compromisos sobre empleo ...", pág. 119 y ss.; SALA FRANCO, T., y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El incumplimiento empresarial de las cláusulas convencionales de empleo. A propósito de la STCT de 21 de agosto de 1988" en PODER JUDICIAL, nº 12, 1989, págs. 175 y ss. Véase también, OJEDA AVILÉS, A., "El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo" en *Empleo contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1999, págs. 131 y ss.
- 3 Sobre los pasos que se dieron en esta época en el ámbito negocial, véase OJEDA AVILÉS, A., "El contenido de la negociación colectiva...", *op. cit.*, págs. 132-133. Sobre la evolución del contenido de la negociación colectiva, BORRAJO DACRUZ, E., "convenios colectivos de trabajo: de los contenidos tradicionales a las nuevas materias", AL, nº 5, 2001, págs. 85 y ss.

2. El cambio de contexto

Finalizan los ochenta y con la llegada de los noventa pronto se comprueba que la crisis no es coyuntural y que la avalancha globalizadora no ha dejado nada en su sitio⁴. Nada es lo mismo, ni el poder estatal, ni el poder sindical, ni la empresa⁵. Tampoco pueden serlo ya las articulaciones entre ellos. En nuestro país es el momento de las reformas laborales. El Estado confía su poder normativo a los agentes sociales y económicos que han cambiado su estrategia de conflicto por la de la cooperación⁶. La empresa tampoco es la misma. Desaparece su estructura jerarquizada para transformarse en una estructura red, tanto interna como externamente. Las grandes empresas abren paso a las redes de empresas⁷.

- 4 CARUSSO, B., "Gli esiti della globalizzazione: desintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro" en AA.VV., STEFANIA SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e Diritto del Lavoro. Il ruolo degli ordnamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001, pág. 208.
- 5 Un análisis de estos cambios desde la perspectiva del Derecho del Trabajo pueden verse en RIVERO LAMAS, J., "El trabajo en la sociedad de la información", AS, nº 16, 2001, págs. 47 y ss.
- 6 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., Diez años de "Relaciones Laborales", RL I/1996, ejemplar de la Base de Datos en Internet, pág. 2.; In extenso, RIVERO LAMAS, J., "Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)", RL II/1997, pág. 300 y ss; CARUSSO, B., "Gli esiti della globalizzazione..", *op. cit.*, pág. 210.
- 7 REICH, R. B., *El trabajo de las naciones*, Ed. Vergara, Madrid, 1993, pág. 200, 87-88, 98 y ss, 108, CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. I, Alianza, Madrid, 1998, págs. 183 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo ", RL nº 22, 2001, pág. 8.

3. Los cambios en la negociación colectiva y la relevancia de las cláusulas de empleo

En este nuevo contexto, la negociación colectiva, por fuerza, también cambia. Se convierte en un instrumento vital para llevar a cabo el nuevo Derecho del Trabajo español pero también las directrices comunitarias en materia de empleo y en un pilar fundamental del modelo social europeo, en el que se le reserva una función esencial en la modernización y adaptación de la organización del trabajo que concilie las exigencias de flexibilidad de las empresas y de seguridad de los trabajadores⁸. La negociación está llamada a ser uno de los elementos de la "multilevel governance", del Derecho red⁹ con el que responder a la globalización. El convenio deja –o debe dejar- de ser un instrumento que sólo mira por los intereses de los trabajadores en la empresa para ser un vehículo de ejercicio de poder de dirección empresarial¹⁰ y de relación con la sociedad¹¹ y muy en particular con los que buscan empleo. El convenio pasa, de este modo, a ser no sólo "bidireccional"¹² sino "tridireccional". Y en este marco es donde las cláusulas de empleo son más apropiadas para concretar estas nuevas exigencias de la negociación colectiva¹³. Pues bien, la actual crisis económica podría ser el escenario idóneo para la actuación de una negociación colectiva que cogiera las riendas y se poblara de contenidos

8 CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la Unión Europea" en *Empleo, contratación y negociación colectiva*. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. MTAS, Madrid, 1999, pág. 85.

9 TREU, T., "L'influenza dei processi di globalizzazione sulla trasformazione del sistema delle fonti" en AA.VV., STEFANIA SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e Diritto del Lavoro...*, *op. cit.*, pág. 125.

10 CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Nuevas tendencias de la negociación colectiva..." , *op. cit.*, pág. 88.

11 SUPIOT, A., "Introducción a las reflexiones sobre el trabajo", RIT, vol. 115, nº 6, 1996, pág. 664

12 BORRAJO DACRUZ, E., "¿Reforma Laboral o nuevo Derecho del Trabajo?", AL, nº 34, 1994, pág. 544, señala que el Derecho del Trabajo tras la Reforma de 1994 es bidireccional.

13 Se trata de un contenido negocial en aumento. Véase CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral 2002*, CES, Madrid, 2003, págs. 420 y ss.

nuevos que materializaran las diversas vías de protección o estabilidad del empleo. Sin embargo, ha de admitirse que si la crisis evidencia la necesidad de cambios y, en consecuencia, es un escenario apropiado para idear y crear estas nuevas vías, es también, paradójicamente, un tiempo caracterizado por el temor a los cambios. En tiempo de tribulación, no hacer mudanza. Sin duda todo ello quedará reflejado en los convenios colectivos de la CAIB.

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:
PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

**III. LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO
EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
DE LAS ISLAS BALEARES**

1. Las cláusulas relativas a la política de ocupación y contratación

1. 1. Garantía de un mínimo de fijeza

Al menos cuatro convenios de carácter sectorial establecen en su articulado alguna previsión referida a un porcentaje máximo de contratos temporales o un porcentaje de fijeza mínimo. Así, el art. 21 del CC para el Sector del Transporte Discrecional y Turístico de Viajeros por Carretera de las Islas Baleares (BOIB de 25 de octubre de 2007) señala que los centros de trabajo con más de 10 trabajadores deberán cumplir el porcentaje de plantilla promedio anual de 80 por 100, mínimo, de trabajadores fijos y fijos discontinuos y el 20 por 100 máximo de contratos eventuales. Quedan exentos de esta obligación los centros de trabajo de hasta 10 trabajadores y las empresas o centros de trabajo, cualquiera que sea el número de trabajadores, durante los tres primeros años de inicio de sus actividades.

Otro ejemplo lo tenemos en el art. 34 del CC para el Transporte Regular de viajeros por Carretera de las Islas Baleares (BOIB de 27 de octubre de 2007), que no contempla tanto un porcentaje de fijeza o de temporalidad como la necesidad de determinar claramente los puestos de carácter permanente en la plantilla. Señala el precepto que las empresas que presten el servicio regular de viajeros durante todo el año estarán obligadas a determinar los puestos de trabajo de carácter permanente, convirtiendo en fijos a los trabajadores fijos discontinuos o eventuales que ocupen dichos puestos y que ello se hará con participación de los representantes de los trabajadores. El mismo precepto se encarga de aclarar que se entienden de carácter permanente los puestos que se mantienen durante todo el año por ser viajes de autocares entre pueblos y mantenimiento.

Por su parte, el art. 16 del CC del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta y Asistencia de las Islas Baleares, (BOIB de 28 de mayo de 2009), contempla un volumen de empleo fijo y la

plantilla total de la empresa de al menos un 70 por 100 de plantilla fija de promedio en cómputo anual. También el CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de las Illes Balears (BOIB de 29 de octubre de 2005) en su art. 11 prevé el mismo porcentaje de fijeza anterior, si bien se circunscribe al año 2006. El porcentaje estará integrado tanto por trabajadores fijos, fijos discontinuos, y fijos de centro, que son los contratados por obra o servicio determinado. Ello implica que la contratación temporal media no pueda superar el 30 por 100. Un aspecto interesante de este convenio es que excluye de este porcentaje a los contratos de interinidad, los formativos, los de sustitución por adelanto de la edad de jubilación a los 64 años y a los contratos de relevo por jubilación parcial anticipada. De esta manera, y paradójicamente, el cumplimiento de esta cláusula se adecua más a la realidad en el sentido de que se determina claramente su ámbito de aplicación y se evitan problemas interpretativos, cuando menos en este punto. Y es que cuanto más concreta es la disposición menos conflictivo puede ser su cumplimiento. Dos de estos convenios, este último y el de Transporte Discrecional, instituyen elementos de control del cumplimiento de la cláusula. Instrumentos que, dada la “volatilidad” de muchas de estas previsiones y las dificultades a la hora de exigir su cumplimiento, como se verá más adelante, no son nada desdeñables. Así, el CC del Sector de Transporte Discrecional establece que la Comisión Paritaria hará un seguimiento de los porcentajes de contratación para lo que podrá solicitar a las empresas la información necesaria el efecto y para ello se determina la celebración de dos reuniones anuales una en el mes de enero y otra en el mes de septiembre. También en el caso del CC del Sector de la Limpieza el control corre a cargo de la Comisión Paritaria, a la que le faculta para pedir cuantos informes considere oportunos y para denunciar a las empresas incumplidoras ante la Autoridad Laboral o acudir a la vía judicial pertinente, así como para someterse a la intervención del TAMIB o la Autoridad Laboral.

En el plano empresarial es posible igualmente encontrar cláusulas en este sentido, como sucede con el CC de la empresa CEPSA (BOIB de 8 de septiembre de 2009), cuyo art. 9 indica que la empresa se compromete a mantener el mismo número de trabajadores fijos para la realización del servicio según las condiciones en que a la empresa le fue otorgada la concesión de prestación de servicio del Ayuntamiento de Ibiza.

Merece mencionarse en este punto que bajo la rúbrica de fomento a la contratación indefinida o al empleo estable se incluyen declaraciones de principios sin eficacia jurídica alguna. Un ejemplo es el art. 5 del CC de los Laboratorios de Prótesis dentales de la CAIB (BOIB de 22 de noviembre de 2001), por el que la política de empleo de las empresas incluidas en el convenio se basará en el principio de estabilidad y como criterio general se utilizarán fórmulas de contratación indefinida para cubrir puestos de trabajo estables. Otro ejemplo puede constituirlo la DA cuarta del CC del Sector de la Industria de la Madera y del Mueble de la CAIB (BOIB de 27 de marzo de 2008), por la que se indica la posibilidad de concertar contratos de fomento a la contratación indefinida. En otros casos la previsión carece de relevancia práctica como la contenida en el art. 13 del CC del Sector de la Exhibición Cinematográfica de les Illes Balears (BOIB de 15 de noviembre de 2008), por el que las partes firmantes convienen en fomentar la contratación indefinida para los cual se podrá establecer para esta modalidad de contratación un período de prueba de cuatro meses que de no superarse lleva aparejada una indemnización. Por último, en el ámbito empresarial, el CC de la empresa Comercial Citroën, SA (BOIB de 14 de mayo de 2009) contiene un preámbulo en el que se menciona la necesidad de compatibilizar el desarrollo económico de la empresa con los derechos y aspiraciones del entorno en particular, entre otros, en los aspectos sociales.

1. 2. Las condiciones o limitaciones a la contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal

La reforma legislativa de la que fue objeto la regulación de las empresas de trabajo temporal con la Ley 29/1999 acabó con la beligerancia con que desde el banco social de la negociación se buscaba limitar su actividad. Aún así, es posible encontrar disposiciones que limitan o modalizan la contratación a través de estas empresas y las vías para hacerlo son variadas. Hay convenios colectivos que establecen una serie de condiciones para contratar con ETT, como sucede con el art. 22 del CC de las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo en las Islas Baleares (BOIB de 24 de febrero de 2009), que establece, y de un modo bastante equívoco, que sólo se podrá contratar en el

Sector del Bingo los servicios de ETT que apliquen a sus trabajadores/as el presente convenio colectivo o, en su caso, el vigente en cada momento y que los representantes de los trabajadores de la empresa organizadora del juego del bingo tendrán atribuida la representación de los trabajadores/as de la empresa de trabajo temporal en misión. Todas las demás referencias del precepto son una transcripción literal de la Ley 14/1994, reguladora de las ETT (LETT). El CC del Sector de la Industria de la Madera y el Mueble de la CAIB (BOIB de 27 de marzo de 2008) sólo establece en su art. 23 la obligación de que la equiparación de derechos laborales y retributivos de los trabajadores en misión con los trabajadores de las empresas usuarias quede reflejado en el contrato de puesta a disposición, pues dicha equiparación ya está prevista por la LETT, si bien el art. 23 habla de los mismos derechos y la LETT no utiliza estos términos. En otros se determinan las condiciones en las que se pueden contratar con ETT, como, con una redacción un tanto tortuosa, establece el art. 16 del CC del Sector de la Exhibición Cinematográfica de les Illes Balears, por el que sólo se podrá contratar con ETT cuando los trabajadores fijos discontinuos no puedan cubrir las eventualidades. Otros convenios, fuera del ámbito balear, establecen también porcentajes máximos de contratación con ETT, y también los hay que determinan los supuestos en los que cabe la contratación con las mismas, como el CC de la empresa "Kraft foods España" SLU, que en su anexo VIII, con una redacción de difícil interpretación, limita la contratación con ETT a la menor cualificación de actividades y trabajos a desarrollar, que concreta en las siguientes necesidades: a) recuperación de restos; b) procesos de selección para la cobertura de vacantes hasta un máximo de tres meses; y c) el número de horas perdidas dentro del mes natural a los doce meses inmediatamente anteriores al que se efectúan las contrataciones, excluyendo de dichas horas de absentismo las derivadas de tiempo sindical, maternidad e incapacidad temporal superior a tres meses. No se ha encontrado, en cambio, en la CAIB una presencia significativa de previsiones dirigidas a limitar la subcontratación. Y es interesante señalarlo porque en una sociedad de servicios, como la nuestra, a través de esta forma de externalización se están disfrazando en ocasiones cesiones ilegales de trabajadores. El protagonismo creciente de las empresas multiservicios es un fenómeno a tener en cuenta y en el que la negociación colectiva podría tener una incidencia especial.

2. Las cláusulas relativas al mantenimiento o a la estabilidad del empleo

2. 1. Mantenimiento de la plantilla

En los tiempos que corren difícil era encontrar una cláusula por las que las empresas se comprometen a mantener la plantilla o a no amortizar puestos de trabajo. Sin embargo, en el ámbito sectorial dos convenios, si bien uno de ellos de fechas anteriores al comienzo de la actual crisis, contienen previsiones de este tipo. Así, la DA tercera del CC del Sector Estibadores Portuarios del Puerto de Ibiza (BOIB de 13 de septiembre de 2005) determina que las partes se comprometen a no presentar expediente de regulación de empleo o amortizaciones de puestos de trabajo durante la vigencia del convenio, salvo que el nivel de actividad de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba de Ibiza descienda por debajo del 75% durante seis meses y a tal efecto se reunirá la Comisión Mixta del III Acuerdo Marco Sectorial para adoptar los acuerdos que procedan. Otra modalidad de cláusulas, y ésta sí que adoptada durante la crisis económica, es la del art. 29 del III CC del Sector de Ayuda a Domicilio de las Islas Baleares (BOIB de 21 de marzo de 2009), por el que las empresas afectadas por el convenio se comprometen a suplir con contrataciones a los trabajadores y trabajadoras que por razón de incapacidad temporal, vacaciones, excedencia, defunción, cese, jubilación y despido del trabajador, dejen temporal o definitivamente de prestar sus servicios en la empresa, excepto en los casos que puedan sustituirse con trabajadores y trabajadoras de la plantilla que no tuvieran la jornada máxima legal. Dichas contrataciones se formalizarán en un máximo de siete días.

Otras formas que pueden adoptar estas cláusulas, de las que la negociación colectiva a nivel nacional da muchos ejemplos, son las que establecen el compromiso de mantener el mismo volumen de empleo, las que disponen un límite de amortización de puestos de trabajo y las que contemplan la reincorporación de los trabajadores en caso de finalización del trabajo en alguno de los otros centros, entre otras.

2. 2. Transformación de contratos temporales en fijos

Otra modalidad de cláusulas de empleo es la que impone la obligación de transformar los contratos temporales en indefinidos y que en la realidad negocial balear se ha concretado en tres convenios sectoriales. El primero de ellos es el CC de Autotaxis (BOIB de 27 de mayo de 1997), en su art. 17, que con una redacción difícil indica los trabajadores fijos o eventuales más antiguos que ocupen puestos de trabajo de carácter permanente, entendiéndose como tales los que se mantienen inalterables durante todo el año conforme a la licencia de Auto taxi, pasarán a ser fijos. Si la licencia es de temporada, el puesto se puede cubrir con trabajadores fijos discontinuos. El segundo es el art. 34 del CC de Transporte regular de viajeros por carretera antes citado, por el que se convertirán en fijos discontinuos los trabajadores eventuales contratados temporalmente por segundo año consecutivo. Y el tercero es el CC del Sector de la Exhibición Cinematográfica de les Illes Balears, cuyo art. 14 indica que todos aquellos contratos temporales que superen 12 meses de duración se convertirán en contratos indefinidos si, una vez finalizada su última prórroga o, en su caso, la duración actualmente prevista, el/la trabajador/a continuara prestando servicios en la empresa. Además, si extinguido el contrato de trabajo por expiración del término de su vigencia, la empresa procediera a contratar a otro/a trabajador/a para cubrir el puesto dejado vacante, el/la nuevo/a trabajador/a se considerará contratado por tiempo indefinido.

A nivel nacional también es posible encontrar previsiones que en vez de convertir en indefinidos a aquellos trabajadores que llevan un tiempo determinado desarrollando la actividad, como son los anteriores, la conversión es de un número de contratos temporales o de un porcentaje de los mismos.

2. 3. Sucesión de contratistas

Junto con las previsiones de jubilación forzosa, las disposiciones relativas a la subrogación en materia de contratistas son las mayoritarias entre las cláusulas de empleo de Baleares. A través de ellas y con las condiciones que en las mismas se establecen, la empresa contratista entrante, o la principal en caso de reversión de la actividad, queda obligada a asumir la plantilla de la saliente o parte de ella.

En algunos casos no se trata de un régimen específico de subrogación como de un recordatorio -digamos que pedagógico- de la aplicación del art. 44 del ET en los casos de sucesión de empresa, es lo que sucede en el art. 57 del CC de Autotaxis. En los más de los casos se trata de la articulación de un verdadero régimen jurídico de subrogación de variados matices. Así, se suelen contemplar los supuestos que dan lugar a la subrogación del empresario entrante; las condiciones que han de cumplir los trabajadores para formar parte esta última; las condiciones de trabajo que se mantienen; qué sucede con el mandato de los representantes de los trabajadores de la contratista saliente y cuáles son las obligaciones que entre ellas tienen las empresas implicadas. Veamos cada uno de estos requisitos.

2. 3. 1. LOS SUPUESTOS QUE DAN LUGAR A LA SUBROGACIÓN DEL PERSONAL

En primer lugar, los supuestos que encienden el mecanismo subrogatorio pueden ser:

1. La sucesión de contratistas, esto es, que en la prestación del servicio o la actividad cese una empresa contratista y entre una nueva (art. 38 del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales y art. 28 del III CC del sector de ayuda a domicilio).
2. La reversión de la actividad a la empresa o institución principal, como establece el art. 38 del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales, siempre que para ello precise contratar personal adicional al de su propia plantilla, o en su defecto contratar exteriormente

dicho servicio. En estos casos deberá incorporar los trabajadores que vienen realizando el servicio por cuenta del mencionado contratista. De otra forma dicho, cuando para realizar este servicio ya cuente con personal propio no operaría el mecanismo subrogatorio. Ahora bien, el propio convenio se encarga de aclarar que en el caso de que la empresa o institución principal rescindiera el contrato de arrendamiento de los servicios de limpieza con la idea de realizarlo con su propio personal y posteriormente contrate con otra empresa el mencionado servicio de limpieza, siempre que se contrate a dicha empresa en el plazo de un año a contar desde la rescisión del anterior, la nueva empresa tendrá que incluir en su plantilla a todo el personal afectado de la primera empresa como si de una subrogación normal se tratara.

También en el ámbito empresarial encontramos cláusulas de idéntico contenido como el art. 8 del CC de la empresa amarradores del puerto de Palma, SL (BOIB de 8 de septiembre de 2009), por el que los cambios de titularidad de los servicios implican la aplicación del art. 44 ET y que puede ser entendido como una obligación de sucesión en todos los casos, con independencia de que operen los elementos para hablar de una sucesión de empresa. Del mismo modo, el art. 41 del CC de la empresa CEPESA contempla que en caso de que la actual empresa concesionaria cesara de prestar sus servicios totales o parciales, la empresa o entidad que se hiciese cargo de alguno o de total de los servicios absorberá a los trabajadores afectados por tales servicios subrogándose en sus contratos y en los derechos y obligaciones derivados del mismo y en particular respecto del convenio colectivo que tuviera vigente en el momento de la subrogación. En lo no previsto por el artículo, las partes se remiten al art. 49 del Convenio Sectorial Estatal de Limpieza Pública Viaria, Riesgos y Recogida de Residuos.

3. La entrada de un segundo u otros operadores de “handling” (asistencia en tierra a compañías transportistas) supone, con relación al servicio de limpieza y trabajos complementarios, una sucesión en la actividad que tenía contratado el servicio de limpieza con cualquiera de los operadores de “handling” (salientes). Y en parecido sentido, cuando una compañía aérea sea autorizada a crear su auto “handling” o a hacer la limpieza y/o trabajos complementarios de sus aeronaves en propio (o de otras compañías), tanto esta compañía aérea como la empresa que realmente realice el servicio por haber sido subcontratado por aquélla, se subrogarán en la plantilla de la empresa afectada por la pérdida parcial del servicio (art. 39 del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales).
4. La pérdida de la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, y la concesión de la misma a otra empresa (art. 9 del III CC para las Empresas y Trabajadores del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares [BOIB de 5 de septiembre de 2007]).
5. En el caso del CC de las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo en las Islas Baleares, su art. 14 especifica los siguientes supuestos de sucesión o sustitución empresarial:
 - a) Los supuestos de cambio de titularidad derivados de la falta de renovación de la autorización al término de la misma o, la rescisión de la autorización por infracción grave de la empresa adjudicataria como consecuencia de una decisión administrativa o judicial que resuelve la autorización, recayendo la misma en nueva adjudicataria.
 - b) En los supuestos de fusión o absorción empresarial en los que al menos una de ellas posea autorización para la apertura y funcionamiento de Salas de Juego y den lugar a una nueva sociedad.
 - c) Supuestos de transmisión derivados de una intervención judicial, como puede ser una suspensión de pagos.

- d) Restitución de la autorización o contrato de prestación de servicios a su primitivo titular de la autorización como consecuencia de una decisión judicial que resuelve un contrato.
- e) En los supuestos de que los concesionarios de los permisos, autorizaciones o licencias gubernativas rescindieran los contratos suscritos con la Empresa de Servicios, pero siguieran desarrollando directamente la actividad del juego
- f) En el supuesto de que una entidad titular de licencia que viniera explotando directamente su licencia, contrate o ceda la explotación de la Sala de Juego a una Empresa de Servicios.
- g) Si la empresa, titular de la licencia gubernativa o arrendataria de la misma, solicita plazo para contratar con una nueva Empresa de Servicios o para hacerse cargo directamente de la explotación, responderá frente a los trabajadores y trabajadoras, y durante el plazo que se le conceda de las obligaciones contraídas por la anterior empresa (pago de salarios, Seguridad Social y demás obligaciones laborales).

2. 3. 2. LAS CONDICIONES A CUMPLIR POR LOS TRABAJADORES PARA SER OBJETO DE SUBROGACIÓN

En segundo lugar, en cuanto a las condiciones que han de cumplir los trabajadores para formar parte de la empresa entrante, puede contemplarse que todos los trabajadores que, dependiendo del concesionario saliente, lleven prestando sus servicios en las dependencias de la empresa o institución principal que contrata un mínimo de cuatro meses anteriores a la fecha de aquel término, pasarán a depender de la nueva empresa, sea cual fuese la modalidad del contrato de trabajo (art. 38 del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales). En parecidos términos, el art. 9 del III CC para las empresas y trabajadores del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares indica que la nueva empresa adjudicataria estará obligada a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores que venían prestando ese

servicio, respetando en todo caso la modalidad de contratación de los mismos que hayan disfrutado en los siete meses anteriores a la adjudicación en la empresa sustituida. El art. 28 del III CC del Sector de Ayuda a Domicilio de las Islas Baleares prevé que el 100% de los/as trabajadores/as de la empresa saliente imputables directamente y exclusivamente a la gestión del servicio y que dispongan de tres meses de antigüedad en la empresa así como de la formación que marca la Orden de la Consejería de Bienestar Social en materia del servicio de Ayuda a Domicilio, serán subrogados por la empresa entrante en dicha gestión, cualquiera que sea su modalidad de contratación. El art. 16 del CC de las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo en las Islas Baleares no establece una antigüedad mínima de los trabajadores por lo que la subrogación se aplica a todos ellos.

En ocasiones se encuentran referencias a los trabajadores con el contrato suspendido o se particulariza el régimen jurídico aplicable a algunos trabajadores. El art. 38 del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales indica al respecto que los trabajadores que en el momento del cambio de concesionario que llevasen cuatro o más meses en el centro y que estuviesen de baja por incapacidad temporal, accidente de trabajo, excedencia, invalidez permanente o cualquiera otra causa legal que obligue a la empresa a reservar su puesto de trabajo, pasarán al nuevo concesionario igual que el resto del personal, aunque se reincorporarán cuando legalmente les corresponda. Los trabajadores interinos pasarán a la nueva empresa concesionaria hasta la incorporación del trabajador sustituido correspondiente, independientemente del tiempo que llevasen en la empresa saliente, excepto cuando el trabajador al que sustituyen llevase menos de cuatro meses en el centro. En similar sentido, el art. 9 del III CC para las empresas y trabajadores del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contempla que también quedan incluidos los trabajadores con derecho a reserva a puesto de trabajo, que en el momento de la adjudicación de la actividad tengan una antigüedad mínima de siete meses en la misma y se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia, vacaciones, permiso, descanso maternal, o situaciones análogas; así como los trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de éstos. Este precepto también incluye a los trabajadores de nuevo ingreso que por exigencias del cliente se hayan

incorporado a la actividad como consecuencia de una ampliación, en los siete meses anteriores a la nueva adjudicación de aquélla. Y a aquellos que sustituyan a otros que se jubilen, habiendo cumplido 64 años dentro de los siete últimos meses anteriores a la adjudicación de la actividad y tengan una antigüedad mínima en la misma de los siete meses anteriores a la jubilación, en los términos y condiciones del Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio.

En algunos casos lo que sucede es que el trabajador trabaja para varias empresas por lo que la sucesión entre contratistas puede sólo afectarle parcialmente. Por ello el art. 38 del CC de Limpieza señala que los trabajadores a los que sólo les afecte el cambio de empresa en una parte de su jornada laboral, recibirán con relación a dicha parte de su jornada, el mismo tratamiento y derechos que los trabajadores respecto de los que existe subrogación plena. Además, tanto la empresa saliente como la sucesora, respetarán el tiempo de desplazamiento desde el local de una contrata al de otra y el tiempo de descanso para el bocadillo, en su caso, que el trabajador tuviera que recibir en el caso de depender de un solo contratista. En parecido sentido, en el caso de entrada de un segundo u otros operadores de Handling, el art. 39 de este mismo convenio dispone que la plantilla a subrogar se determinará en proporción a la disminución que en la cuota de producción implique la pérdida del servicio con la compañía asistida, tomando como cifra un porcentaje representado por el número de módulos atendido a dicha compañía asistida, referido al número total de módulos atendido respecto al primer concesionario de "handling" en el aeropuerto, contado durante el año natural anterior al cambio en la prestación del servicio. Dicha adscripción de personal se realizará proporcionalmente entre categorías profesionales y dentro de éstas, entre trabajadores fijos, fijos de trabajos discontinuos y temporales. Para ello, la empresa afectada por el cambio, ponderará por categorías profesionales la antigüedad media de la plantilla destinada al servicio de limpieza de aeronaves y, con presencia de los representantes de los trabajadores y de la nueva empresa adjudicataria, si así lo pidieren, mediante la realización de un sorteo, determinará los trabajadores que han de ser subrogados hasta llegar al porcentaje arriba referenciado. Las posibles discrepancias que se produzcan entre las partes, habrán de ser sometidas a la Autoridad Laboral, que emitirá informe no vinculante.

Los convenios colectivos hacen referencia también a exclusiones de esta garantía, como el art. 38 del CC de Limpieza por el que en el caso de que conste por escrito o se evidencie que la relación laboral entre algún trabajador afectado y la empresa concesionaria saliente debió resolverse antes de la fecha en la que se debiera hacer efectivo el ingreso de tal trabajador en la plantilla del nuevo adjudicatario, dicho trabajador permanecerá en la plantilla del concesionario saliente. Por su parte, el art. 9 del III CC para las Empresas y Trabajadores del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia excluye a aquellos empleados que sean directivos de su empresa, así como aquellos unidos por vínculos de consanguinidad y afinidad, salvo que acrediten la existencia de relación contractual. Este último precepto contempla la posibilidad de que por acuerdo mutuo de la cesante y el trabajador, podrá éste permanecer en la antigua empresa adjudicataria. Y, por si acaso, aclara que, en este caso, la cesante no podrá ceder a ningún otro trabajador que no prestara su trabajo en la actividad objeto del contrato, si la cesionaria no lo aceptara.

2. 3. 3. LAS CONDICIONES DE TRABAJO QUE SE MANTIENEN TRAS LA SUBROGACIÓN

En tercer lugar todos los convenios hacen referencia al mantenimiento de todas las condiciones de trabajo que disfrutaban los empleados en el momento de finiquitar su relación con el empresario saliente, siempre y cuando, se encarga de aclarar el art. 9 del III CC para las Empresas y Trabajadores del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia, que los derechos y obligaciones provengan de pactos y acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento junto con la documentación pertinente. En la misma línea, el art. 38 del CC del Sector de Limpieza indica que cualquier movimiento salarial, contractual y social habido en la empresa saliente durante los seis meses, en el caso salarial, y cuatro meses en el resto de situaciones, anteriores a la fecha de sustitución de un concesionario, como norma general, no serán respetadas. En todo caso, en el supuesto de discrepancia, ésta será sometida por cualquiera de las partes implicadas al criterio de la Comisión Paritaria, cuya resolución será vinculante, para lo cual ha sido facultada expresamente por la mesa negociadora con la firma de este convenio.

El disfrute de las vacaciones es uno de los aspectos que con mayor detenimiento han regulado los convenios. Así, en el de Limpieza (art. 38) se aclara que los trabajadores tendrán derecho a los días de vacaciones todavía no disfrutados que han sido devengados, a prorrateo, durante su relación laboral con el contratista saliente. Dichos días de vacaciones los disfrutarán en las fechas que reglamentariamente les correspondan, durante su relación laboral con el nuevo concesionario, respetándoles el calendario de vacaciones que tuvieran ya establecido en su caso. Y en el mismo sentido en el caso de trabajadores que prestan servicios para distintas empresas, las fechas de disfrute de las vacaciones se establecerán con aquélla de las empresas en la cual preste la mayor jornada laboral. En caso de igualdad de horario, con aquélla en la cual tenga mayor antigüedad el trabajador, siendo las fechas del disfrute de obligado cumplimiento para las restantes empresas donde el trabajador preste sus servicios. En el CC de Ambulancias (art. 9) se determina que los trabajadores que no hubiesen disfrutado de sus vacaciones reglamentarias al producirse la subrogación, las disfrutarán con la nueva adjudicataria del servicio, que sólo abonará la parte proporcional del período que a ella corresponda, ya que el abono del otro período corresponde a la empresa cesante, que deberá efectuarlo en la correspondiente liquidación. El art. 28 del III CC de Ayuda a Domicilio indica al respecto que las empresas saliente y entrante respetarán siempre el calendario vacacional, concediéndose el disfrute total del período de vacaciones tal y como esté asignado en dicho calendario y con independencia de la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado en cada empresa. En el supuesto de que se produzca la subrogación una vez comenzado el año natural, la empresa entrante y la saliente realizarán las compensaciones económicas necesarias para el cumplimiento de lo anterior. Caso de que no se produjera acuerdo entre ambas empresas en la compensación económica, la empresa en cuyo seno se haya disfrutado el período vacacional completo descontará en la nómina del trabajador o, en su caso, en la liquidación la cantidad correspondiente al período devengado en la otra empresa; la empresa en cuyo seno no se disfruten vacaciones abonará al personal la parte proporcional de vacaciones que le corresponda junto con la liquidación o en la primera nómina, según el caso.

2. 3. 4. EL MANDATO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

En cuarto lugar, se hace referencia al mandato de los representantes de los trabajadores. Y el art. 38 del CC de Limpieza señala que en aquellos centros en los que se hubiere realizado elecciones sindicales de centro, en el supuesto de subrogación de empresas, los representantes de los trabajadores pasarán como tales y en idéntica situación a la nueva empresa adjudicataria. Y algo parecido contemplan el art. 16 del CC de las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo y el art. 28 del CC de Ayuda a Domicilio. El art. 9 del III CC de Ambulancias indica, en cambio, que los miembros del Comité de Empresa, los Delegados de Personal y los Delegados Sindicales, podrán optar, en todo caso, entre permanecer en su empresa o subrogarse en la empresa adjudicataria, salvo en el supuesto que hubiera sido contratado expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación, o que la subrogación afecte a la totalidad de los trabajadores.

2. 3. 5. LAS OBLIGACIONES ENTRE LAS EMPRESAS IMPLICADAS

Por último ya, estas cláusulas también regulan las obligaciones entre las empresas implicadas que en su mayoría son de índole documental. La empresa saliente debe facilitar en un plazo y a través de medios de comunicación que varían según convenio una serie de documentos que vienen a ser los siguientes:

- a) Relación del personal afectado por la transmisión de titularidad empresarial.
- b) Recibos de salarios del personal afectado correspondiente a los meses anteriores a la fecha de cambio de titularidad que en cada caso se hayan establecido como límite para que opere la subrogación.
- c) Modelos TC2 de cotización a la Seguridad Social de los meses anteriores, en el mismo sentido que la letra anterior, donde consten los trabajadores afectados.

- d) Relación de vacaciones pendientes de realización y fechas programadas para dicho disfrute del personal subrogado, así como el período a que corresponde.
- e) El contrato o contratos de trabajo establecidos con el personal del centro de trabajo en el que se opere la subrogación.
- f) Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador afectado, en los que se haga constar que éste ha recibido de la empresa cesante su liquidación de partes proporcionales, no quedando pendiente cantidad alguna.
- g) Copia de los pactos de empresa suscritos con la plantilla que estén vigentes.
- h) Certificado de la empresa saliente de que está al corriente de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, relativas al personal afectado por la subrogación.

El art. 38 del CC de Limpieza prevé que en el caso de que se evidencie, con relación a la plantilla afectada, impagos, descubiertos o irregularidades en salarios o en afiliación o cotización a la Seguridad Social que sean imputables al concesionario saliente o anteriores concesionarios, los trabajadores afectados pasarán a la nueva empresa aunque ésta quedará eximida de la responsabilidad sobre cualquiera de los mencionados impagos, descubiertos o irregularidades que se hubieran cometido antes de la fecha de la sustitución de la empresa concesionaria saliente. Serán responsables de dichas anomalías el concesionario saliente y subsidiariamente con éste la empresa o institución principal contratante del servicio.

3. Las cláusulas relativas a la creación de empleo

3. 1. Jubilación forzosa

Las disposiciones sobre jubilación forzosa son sin duda las preferidas de los negociadores, aunque curiosamente no todas tienen la vertiente de fomento del empleo para la que fueron creadas. Un ejemplo en este sentido puede ser el art. 19 del CC de Empleados de Notarías (BOIB de 11 de noviembre de 1993), por el que la jubilación forzosa será a dicha edad sin mayores condiciones, y el art. 35 del CC del sector de Oficinas y Despachos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB de 1 de noviembre de 2003) que simplemente indica que la edad máxima para trabajar serán los 65 años siempre que se tengan completados los períodos de carencia necesarios para la pensión de jubilación. Y admite la posibilidad de prolongar más allá de esta edad el servicio activo a través de un acuerdo entre empresa y trabajador. El art. 34 del CC del Sector de la Hostelería de les Illes Balears también permite que se continúe trabajando más allá de dicha edad a través de un acuerdo cuyo contenido regula, pero indica al respecto que la jubilación forzosa pactada lo es sin perjuicio de que la empresa global y anualmente, y en condiciones homogéneas, deberá mantener la misma plantilla, con el fin de que se produzca un reparto y redistribución de trabajo dirigido a la integración de jóvenes trabajadores a la empresa, mejora de la estabilidad del empleo, transformación de contratos temporales en indefinidos o cualesquiera otras medidas que de dirijan a favorecer la calidad del empleo. Texto que se parece mucho a la DA 10ª del ET. No en vano la norma sectorial indica que el artículo se pacta de conformidad con la Ley 14/2005, que restituyó la citada DA 10ª en el ET. Similar es el contenido del art. 32 del CC para el Sector de Vehículos de Alquiler sin Conductor de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB de 28 de diciembre de 2007); el del art. 28 del CC del Sector de la Industria de la Madera y del Mueble de la CAIB; el del art. 30 del CC del Sector de Transporte Discrecional y Turístico de viajeros por carretera de la Islas Baleares y el del art. 20 del CC del Sector de Transporte regular de viajeros por carretera de las Islas Baleares. Más concreta en su vinculación con objetivos de fomento del empleo es,

en cambio, el art. 29 del CC del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta y Asistencia de las Islas Baleares. Así, la jubilación forzosa junto al requisito de tener cubierto el período de carencia y la posibilidad de pactar la continuación de los servicios, se vincula al compromiso de estabilidad en el empleo determinado en el art. 16 del convenio, así como el resto de medidas dirigidas a favorecer la calidad del empleo, y la incorporación de trabajadores y trabajadoras jóvenes, así como mujeres trabajadoras en aquellas categorías donde estén subrepresentadas. Lo mismo se puede decir del art. 34 bis del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Las Illes Balears, que anuda la medida a que la empresa cumpla con el compromiso de estabilidad en el empleo regulado art. 11 del convenio y alcance al menos los porcentajes de plantilla fija pactados en el mismo. En la mayoría de los preceptos anteriores se establece, para el caso de no tener cubierto el período de carencia, que la jubilación forzosa lo será al cumplimiento del mismo. Una mención específica merece también el art. 55 del CC de las empresas organizadoras del juego del Bingo que, además de remitirse a la DA 10ª del ET, indica que la jubilación forzosa sólo tendrá lugar a dicha edad cuando se tenga derecho al 100 por 100 de la correspondiente base reguladora.

En el ámbito empresarial tampoco son extrañas estas cláusulas que, en ocasiones, son las únicas disposiciones en materia de fomento del empleo, si es que pueden calificarse así pues, por ejemplo, en el caso del art. 20. 15 del CC de la empresa "Aqualia Gestión Integral del Agua, S. L" (BOIB de 10 de mayo de 2005), simplemente instituye la jubilación forzosa, si el trabajador tiene cubierto el período de carencia, pero no lo relaciona con objetivos de política de empleo. El art. 43 del CC de la empresa "Comercial Citroën, SA" prevé la jubilación forzosa con el fin de propiciar la consolidación de la empresa y sus puestos de trabajo, así como la posibilidad de creación de nuevos empleos, pero su lectura evidencia la nula eficacia jurídica de dichas compensaciones. Por su parte, el art. 53 del CC de la empresa "Kraft foods España, SLU" señala que la jubilación tiene por objeto fomentar el empleo y la contratación de nuevos trabajadores y al efecto señala que la empresa se compromete a sustituir al trabajador jubilado por otro trabajador por un período de hasta un año y si a la finalización del citado año el puesto no ha sido objeto de amortización, la empresa se compromete a suscribir un contrato indefinido. Destaca que estas disposiciones

son comunes a la jubilación forzosa y a la jubilación especial a los 64 años, a pesar de que son muy parecidas al régimen jurídico que el RD 1194/1985 determina para ésta última.

3. 2. Jubilación especial a los 64 años

Muchos son igualmente los convenios sectoriales que se acogen a la posibilidad prevista en el RD 1194/1985 sobre jubilación a los 64 años en el que se obliga a que la empresa que jubile por esta vía a trabajadores de dicha edad, a los que no se aplica coeficiente reductor alguno por la anticipación en la edad de jubilación, contraten a un nuevo trabajador desempleado por el plazo de al menos un año. Así se pronuncian el art. 8 del CC del Sector de Derivados del Cemento de la CAIB (BOIB de 27 de marzo de 2008); el art. 25 del CC del Sector de Bebidas refrescantes, jarabes y horchatas de les Illes Balears (BOIB de 16 de agosto de 2003) –que se remite a una normativa desconocida–; el art. 28 del CC del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta y Asistencia de las Islas Baleares; el art. 55 del CC de las empresas organizadoras del juego del Bingo; el art. 34 del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Las Illes Balears; el art. 31 del CC del Sector de Transporte Discrecional y Turístico de viajeros por carretera de la Islas Baleares; el art. 21 del CC del Sector de Transporte regular de viajeros por carretera de las Islas Baleares y la DA 3ª del CC del Sector de la Hostelería de les Illes Balears. El art. 52 del CC del Metal (BOIB de 24 de agosto de 1993) reconoce la posibilidad de pactar esta jubilación anticipada cuando el trabajador tenga el 100 por 100 de sus derechos. Parecida previsión se encuentra en el art. 53 del CC de Autotaxis y en el art. 31 del III CC para las empresas y trabajadores del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Ya en el marco empresarial, el art. 30 del CC de la empresa “Asociación General Agraria Mallorquina” (AGAMA) (BOIB 13 de septiembre de 2009) contempla el pacto de esta jubilación con los trabajadores que hayan consolidado el 100 por 100 de sus derechos en la Seguridad Social¹⁴. Por último, me remito al epígrafe anterior respecto del

14 Una previsión idéntica contiene el CC del Metal de eficacia limitada (BOIB de 9 de septiembre de 2008).

régimen jurídico de la jubilación a los 64 años que en el CC de la empresa "Kraft Foods. SA" se equipara a la jubilación forzosa.

Merece la pena destacar las previsiones específicas para los casos de los trabajadores fijos discontinuos que se contienen en los dos CC de Transporte por carretera y la DA 3ª del CC de Hostelería. En los primeros parece indicarse que en caso de quedar vacante el puesto, el mismo se cubrirá por el trabajador fijo discontinuo más antiguo. En el CC de Hostelería se establece que el contrato de trabajo del trabajador que sustituya a un trabajador fijo discontinuo será de un año de duración a lo largo de los doce meses siguientes de actividad, intermitente o cíclica, por lo tanto interrumpida, a partir del momento que se produzca dicha sustitución.

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:
PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

**IV. LOS PROBLEMAS DE LEGALIDAD
DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO**

1. Una cuestión previa. Los problemas que generan estas cláusulas en el plano jurídico

Junto a la cuestión de su legalidad o su carácter lesivo, que constituye el objeto de este estudio, las cláusulas de empleo plantean dos órdenes de problemas que sólo presentaré y que merecen un estudio pormenorizado, que excede de las dimensiones de este trabajo. Estos problemas son su calificación como contenido jurídico u obligatorio del convenio y, muy relacionado con ello, la exigibilidad de su cumplimiento. Sin perjuicio de otras consecuencias que tiene la inclusión en el contenido normativo u obligatorio del convenio, por lo que aquí interesa, sólo si estas previsiones son calificadas como normativas su incumplimiento, aun limitadamente, podría ser sancionable por vía administrativa en virtud del art. 5 LISOS, que dentro de su ámbito material nombra a las cláusulas normativas de los convenios colectivos. Del mismo modo, sólo si son normativas los trabajadores afectados pueden exigir su cumplimiento en vía judicial y no únicamente las partes firmantes. Si la cláusula normativa se define como aquella que va dirigida a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación o terceros siempre que contengan un mandato preciso de aplicabilidad inmediata, es evidente que las cláusulas de empleo forman parte en su mayoría de este contenido. En este sentido no cabe confundir, como se hace en no pocas ocasiones, el contenido obligatorio con la falta de eficacia jurídica, con declaraciones de intenciones o con previsiones de difícil cumplimiento. Este contenido está formado por auténticas obligaciones que asumen las partes firmantes. Por ello que una cláusula de empleo contenga un mandato de difícil cumplimiento no implica su inclusión en el contenido obligatorio del convenio. El que vaya dirigida a los trabajadores o terceros con un mandato, que incluso pueda ser de difícil cumplimiento, implicará su integración en el contenido normativo.

Pero el otro problema es el de su exigibilidad y aquí voy a plantear únicamente una serie de cuestiones, ¿Qué incumplimientos cabe sancionar por la vía del art. 5 LISOS? ¿Quién puede exigir el cumplimiento por vía judicial, por ejemplo, cuando se trata de previsiones relativas a un porcentaje máximo de temporalidad? En esta línea, ¿es posible en todo momento concretar los trabajadores frente a los que se ha incumplido la norma? (Piénsese en el porcentaje máximo de temporalidad) ¿Pueden los representantes de los trabajadores exigir el cumplimiento de todas las cláusulas? ¿Es siempre viable el proceso de conflicto colectivo? ¿Puede o tiene sentido exigir el cumplimiento de estas obligaciones *in natura*? ¿Tiene sentido la indemnización por daños y perjuicios? ¿A quien se indemniza? Pues estas son sólo algunas de las cuestiones planteadas que quedan pendientes de futuras investigaciones.

2. La ilegalidad y lesividad de las cláusulas de empleo

La cuestión a analizar en el presente trabajo es la validez de las cláusulas de empleo, esto es, si éstas pueden ser objeto de impugnación por ilegalidad o lesividad en virtud de lo dispuesto en el art. 90.5 ET, en relación con los arts. 161 y ss. LPL. A tenor del primero, se legitima a la autoridad laboral para dirigirse de oficio a la jurisdicción competente cuando estime que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros. Los arts. 161 y ss LPL regulan, por su parte, el procedimiento especial de impugnación de convenios colectivos y junto a la autoridad laboral incorporan más sujetos legitimados activos, entre los que se encuentran los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios, en caso de que se trate de impugnación por ilegalidad, o los terceros lesionados, en caso de que la causa fuera la lesividad del mismo. Ésta exige la existencia de un tercero que ve lesionado con el convenio un interés jurídicamente protegido que sólo remite con la nulidad de la disposición negocial en cuestión.

Las cláusulas que pueden presentar problemas de ilegalidad o lesividad son varias. Así, respecto del primer bloque, las relativas a la política de contratación y ocupación, merecen atención las que condicionan la contratación con ETT. Entre las referidas al mantenimiento del empleo, se estudiará la ilegalidad o lesividad de las cláusulas subrogatorias en materia de contrata, las que imponen la transformación de contratos temporales en fijos, en particular, los contratos por obra o servicio determinado y aquellas por las que el empresario se compromete a no extinguir contratos. Por último, en el tercer bloque, las que se centran en creación de empleo, se analizarán tanto las que establecen una jubilación forzosa como las relativas a la jubilación especial a los 64 años.

3. La reserva de ley en materia de derechos fundamentales y las cláusulas de empleo

Una constante en este apartado va a ser la cuestión de la reserva de ley que respecto de los derechos fundamentales impone el art. 53. 1 CE. En efecto, la mayoría de las disposiciones sectoriales en esta materia, principalmente, las limitaciones a la contratación a través de empresas de trabajo temporal o las empresas contratistas, las garantías de mantenimiento del empleo, las cláusulas subrogatorias en materia de contrata y las que establecen una jubilación forzosa, afectan a diversos derechos del Capítulo segundo del Título I de la CE como el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo o la libertad de empresa y van a enfrentarnos con una pregunta previa, la de si la negociación colectiva puede adoptar previsiones normativas que afecten a los mismos sin que una ley previamente lo autorice¹⁵. El art. 53. 1 CE señala

15 Este y otros problemas que suscitan estas cláusulas, como su inclusión en el contenido normativo u obligacional del convenio, no se plantearían de seguir la interesante tesis del profesor Lahera Forteza sobre la eficacia contractual real de los convenios colectivos, que dejarían de ser fuente de Derecho para ser fuente de obligaciones y por tanto no entrarían en colisión con las reglas que afectan a las relaciones entre las normas entre las que están la reserva de Ley. Véase LAHERA FORTEZA, J., "La negociación colectiva no es fuente de Derecho en el Ordenamiento Laboral español", RL, nº1, 2008, págs. 5-35.

que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Un sector de la doctrina y el Tribunal Supremo, en determinados supuestos, se han posicionado claramente en favor de la incompetencia de la negociación colectiva para regular cuestiones que afecten a los derechos fundamentales¹⁶.

En cambio, el Tribunal Constitucional en su STC 58/1985, de 30 de abril, realizó una serie de afirmaciones contradictorias que resulta curioso comprobar cómo son utilizadas para defender la sujeción de la negociación colectiva a la reserva de ley y lo contrario. Así, puede leerse en el fundamento jurídico tercero que “no resulta posible (...) asimilar las relaciones entre ley y convenio a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada¹⁷. A los efectos de la resolución de la cuestión, (...) conviene indicar, no obstante, que el mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la Ley de garantizar «la fuerza vinculante de los convenios» no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una

- 16 RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo” en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E., (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*. Tomo IV, EDESA, pág. 465; GARCÍA MURCIA, J., “Las preferencias en el empleo de los convenios colectivos y el principio de no discriminación” en VV. AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1985, pág. 778; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid, 1987, pág. 269; PÉREZ DE LOS COBOS, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa” en AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (coord) *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*”, IES, Madrid, 2005, pág. 200, CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., “La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva”, TL, nº 83, 2006, pág. 57; STS de 21 de junio de 1994, RJ: 5465 y, por todas, las SSTs de 9 de marzo de 2004, RJ: 841 y 973, que determinaron que la desaparición de la DA 10ª ET implicó la imposibilidad de seguir pactando cláusulas de jubilación forzosa.
- 17 Idea en la que han insistido nuestros Tribunales cuando resolvían cuestiones de jubilación forzosa, véanse STS de 28 de febrero de 1990, RJ: 1250; STS de 7 de noviembre de 1994, RJ: 9065; STSJ Baleares de 10 de marzo de 1998, AS: 1464; STSJ de Galicia de 7 de julio de 1998, AS: 1927; STSJ Cataluña de 10 de mayo de 1999, AS: 2124.

facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional". Y todo ello sin perjuicio de que la integración de los convenios colectivos en el sistema de fuentes del Derecho supone que éstos respeten el derecho necesario establecido por la ley y que ésta por su superior rango jerárquico puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva, lo mismo que reservarse determinadas materias¹⁸. Ya más en particular sobre la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, el fundamento quinto advierte "que del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales"¹⁹.

Ahora bien, tampoco pueden olvidarse estas otras afirmaciones que componen el séptimo de sus fundamentos jurídicos. "En el presente caso, no se trata de analizar una concreta disposición de un convenio colectivo, enfrentada con la autonomía individual de cada trabajador afectado, y cuya validez resulta dudosa, sino un precepto legal que, modificando la situación preexistente, autoriza a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma. Quiere decirse que es el propio legislador quien, en ejercicio de una competencia que no puede negársele, ha realizado el ajuste entre los principios aludidos ponderando las circunstancias concurrentes en un momento determinado de evolución de la negociación colectiva y de equilibrio de los intereses afectados por la permanencia en los puestos de trabajo o la jubilación forzosa. Siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación".

18 Véanse STS de 28 de febrero de 1990, RJ: 1250; STS de 7 de noviembre de 1994, RJ: 9065; STSJ Baleares de 10 de marzo de 1998, AS: 1464; STSJ de Galicia de 7 de julio de 1998, AS: 1927; STSJ Cataluña de 10 de mayo de 1999.

19 Véase sobre ello, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva...*, *op. cit.*, pág. 135.

Con todo, el Tribunal Constitucional, en las siguientes ocasiones en las que se ha enfrentado a este asunto, aun manteniendo en suspenso un pronunciamiento expreso respecto de la necesidad o no de habilitación legal para que la negociación colectiva pueda afectar derechos fundamentales, parece inclinarse a favor de que ésta no sea necesaria. Así, en el fundamento quinto de la STC 280/2006, de 9 de octubre de 2006, indica que “el convenio, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación”. Repárese en que evita en todo momento pronunciarse acerca una eventual necesidad de habilitación legal. Es más, en el siguiente de los fundamentos, tras exponer la doctrina del equilibrio de derechos que emana de las SSCT 22/1981 y 58/1985, sobre las condiciones de constitucionalidad que deben cumplir las cláusulas de jubilación forzosa, señala que “la posibilidad de establecer la jubilación forzosa en convenio colectivo –pese a estar entonces vigente la disposición adicional quinta de la Ley del estatuto de los trabajadores- no se consideró habilitada por el legislador a los agentes sociales negociadores, sino que se calificó como una expresión o manifestación propia derivada del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37. 1 CE). Y se entendió en segundo lugar, que su determinación no era contraria a los arts. 14 y 35 CE caso de establecerse con los condicionamientos señalados anteriormente, esto es, siempre que quedase vinculada a las políticas de empleo, se asegurase al perjudicado la cobertura social reseñada, y no implicara, sin más, la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad”. A pesar de que, insito no se pronuncia expresamente sobre el tema, parece que el máximo intérprete de la Constitución estaría inclinándose hacia la capacidad de los convenios de entrar a regular estas cuestiones sin necesaria habilitación legal.

Con “temor y temblor”, porque las implicaciones son extensas y considero que se trata de una de las cuestiones clave del Derecho del Trabajo, en mi opinión la reserva de ley enunciada en el art. 53. 1 CE busca vetar la entrada en esta materia a los reglamentos pero no a la negociación colectiva²⁰. Esta afirmación no contradice la sumisión de la negociación colectiva a la ley, en este punto los arts. 3.1 y 85.1 ET son claros, pero donde ésta no se pronuncie no puede negarse la intervención de aquélla, de modo que los convenios colectivos dentro de sus propios límites fijados por ley tendrán su espacio normativo. En esta línea, una cosa es garantizar que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales haya de hacerse por ley y otra que la negociación colectiva no pueda afectar el ejercicio de los mismos. De hecho, el art. 53. 1 CE se refiere a la regulación, no a la afección. Afirmar lo contrario conllevaría una constricción excesiva de la libertad negocial que en muchas de sus opciones estaría obligada a verificar la existencia de una norma habilitante, lo que no casaría con las previsiones del art. 37. 1 ET. De otra forma dicho, en un ámbito como en el de las relaciones laborales, donde el derecho al trabajo, la libertad de empresa o el derecho a la igualdad y no discriminación están en la base de numerosas instituciones o principios que la negociación colectiva –que constituye otro derecho- trata de armonizar, considerar que ésta únicamente puede actuar en este campo con cobertura legal sería, y más conforme las relaciones entre los agentes sociales y económicos evolucionan hacia una mayor autonomía, cortarle las alas. La negociación colectiva es el excipiente perfecto para combinar derechos como el derecho al trabajo y la libertad de empresa, con sus múltiples manifestaciones, concretados en los diversos sectores y empresas a los que la ley por definición nunca puede llegar. Es, por otra parte, el ámbito idóneo para contrastar la justificación objetiva y razonable de determinadas opciones negociales de carácter limitador, esto es, en el propio convenio colectivo se encontrarán las razones

20 Véase, por todos, PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., “Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa”, RL nº 11, 2004, ejemplar de la Base de datos, págs. 4-5; LAHERA FORTEZA, J., “Prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes de derecho (Comentario a la STS 4ª de 9 de marzo de 2004) RL nº 11, 2004, ejemplar de la Base de datos, pág. 4; SEMPERE NAVARRO, A.V., “Libertad de empresa y limitaciones la subcontratación constructiva”, AS nº 19, 2006, ejemplar de la Base de datos, págs. 5-6.

que llevan a dichas opciones, pues por su esencia transaccional es donde mejor puede realizarse el equilibrio de derechos. Incluso, el segundo párrafo del fundamento jurídico 7 de la STC 58/1985, anteriormente transcrito y utilizado en no pocas ocasiones para indicar la existencia de reserva de ley, puede ser interpretado en sentido contrario. Recuérdense sus palabras: “Siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación”. ¿No admite una interpretación en el sentido de que la Ley en este caso es la que establece la posibilidad de imponer límites a los derechos en cuestión, con las compensaciones necesarias, pero sin prejuzgar que la negociación colectiva pueda proceder en idéntico sentido? Esto es, podría interpretarse que la legitimidad de la negociación colectiva para limitar estos derechos proviene “en este caso” de una previa actuación del legislador, que pondera los derechos afectados, pero no prejuzga que la misma pueda, por si misma, limitar derechos siempre que se realicen las compensaciones necesarias.

En esta línea, no son extrañas a nuestra realidad negocial opciones que implican una limitación a derechos fundamentales, sea el de igualdad de trato, el derecho al trabajo o la libertad de empresa, que no provienen de habilitación legal alguna y que han sido juzgadas por la jurisprudencia desde la óptica de la justificación objetiva y razonable y no desde la imposibilidad de negociar sobre ellas por afectar a un derecho fundamental. Y me refiero a toda la problemática, zanjada por el art. 15. 6 ET, en torno a la posibilidad de que los convenios colectivos establecieran diferencias de trato entre trabajadores temporales e indefinidos. Cuando el Tribunal Supremo juzgó las cláusulas convencionales que establecían dichas diferencias, lo hizo desde la óptica de la falta de justificación. En modo alguno se valoró la existencia de una previa habilitación legal, y cuando se consideraron ilegales, lo fueron por vulnerar los arts. 14 CE y 17 ET,

no por carecer de aquella²¹. Del mismo modo, es la existencia de una justificación objetiva y razonable la que está detrás de la evolución de la jurisprudencia en torno al establecimiento de la doble escala salarial. Es, precisamente, dicha justificación y no una habilitación legal la que ha incidido en su progresiva admisión y no puede caber duda acerca de cómo afecta al derecho a la igualdad de trato del art. 14 CE²². Tampoco hay habilitación legal para introducir en la negociación colectiva cláusulas subrogatorias en casos de sucesión de contratados y en la valoración de su legalidad no se ha calibrado la existencia de reserva de ley para afectar a un derecho como la libertad de empresa. Por ello extraña la argumentación del TS en materia de jubilación forzosa que exige la habilitación legal para negociar dichas cláusulas. *A fortiori*, carece de sentido impedir en virtud de la reserva de ley que, por ejemplo, cuando menos en el ámbito empresarial y en el marco de la autonomía colectiva, los empresarios puedan renunciar al ejercicio de su libertad de empresa en pro de los acuerdos necesarios para el fin de la negociación y la firma del convenio colectivo. Tendremos ocasión de analizarlo a lo largo del presente trabajo.

- 21 Véanse, entre las sentencias que negaron esta posibilidad, junto a la doctrina consolidada del TCT, la STS de 28 de septiembre de 1993, RJ: 7085; STS de 11 de noviembre de 1994, RJ: 8606; STS de 22 de enero de 1996, RJ: 479. Respecto de esta problemática y la postura de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional, véase, SENRA BIEDMA, R., "Igualdad de trato y contratación temporal" en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 249 y ss.; CAMPS RUIZ, L. M., *La contratación laboral temporal*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 136 y ss.; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma". RL, I/1997, págs. 250 y ss. En todo caso, el TJCE se pronunció sobre la no admisión de diferencias de trato entre trabajadores temporales o a tiempo parcial y los indefinidos o a tiempo completo en, por todas, SSTJCE 13 de septiembre de 2007, Asunto C 307/2005 y 15 de abril de 2008, Asunto C 268/2008. Nuestro TC consideró igualmente inconstitucional este tipo de prácticas si no iban acompañadas de una justificación objetiva y razonable, véanse, STC 52/1987 de 7 de mayo; STC 136/1987 de 22 de julio; STC 170/1988 de 19 de octubre; STC 177/1993 de 31 de mayo.
- 22 Véanse, por todas, STC 104/2004, de 28 de junio; STS de 18 de diciembre de 1997, RJ: 9517; STS de 31 de octubre de 2001, RJ: 2002\1511; STS de 17 de junio de 2002, RJ: 7909; STS de 25 de julio de 2002, RJ: 9904; STS de 20 de septiembre de 2002, RJ: 2003\500; STS de 24 de octubre de 2002, RJ: 2003\458 (también puede consultarse en AL, nº 6, 2003, ref. 155); STS de 12 de noviembre de 2002, RJ: 2003\1026; STS de 3 de octubre de 2000, RJ: 8659; STS de 21 de enero de 2004, RJ: 1936; STS 14 de marzo de 2006, RJ: 2307. Un análisis de la misma en PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Problemas laborales de la deslocalización de empresas", AL nº 3, 2006, págs. 5 y ss. ejemplar de la Base de datos. Véanse también, SSTS de 16 de enero de 2006 y 5 de marzo de 2007.

4. Las cláusulas sobre política de contratación y ocupación

4. 1. Las condiciones o limitaciones a la contratación a través de empresas de trabajo temporal

4. 1. 1. LA RAZÓN DE SER DE LA PREVISIÓN DE CLÁUSULAS QUE CONDICIONAN LA EXTERNALIZACIÓN

Como se ha anticipado en epígrafes anteriores, la aprobación de la LETT, trajo consigo las cláusulas negociales a través de las cuales se trataba de modalizar, cuando no prohibir, la contratación con las ETT. Y aunque estas cláusulas tienen una tendencia a la baja, se ha comprobado su subsistencia.

La razón de estas previsiones era, fundamentalmente, la diferencia salarial de los trabajadores de las ETT respecto de los trabajadores de las EU. El art. 11 LETT-1994 remitía a los convenios de las ETT a efectos de remuneración de sus trabajadores y, en caso de no existir éstos, se aplicaba el de la EU. Con tal motivo, las ETT se afanaron en negociar convenios para determinar los salarios de sus trabajadores, salarios que se situaban por debajo de los percibidos por los trabajadores de las EU que realizaban la misma prestación. Consecuencia de lo anterior fue una estrategia negociadora por parte de los bancos sociales de ámbito empresarial y sectorial en favor de la inclusión de cláusulas relativas a la equiparación salarial y/o a la prohibición o condicionamiento de la contratación con las ETT²³. Ante esta situación los convenios sectoriales de las ETT previeron una progresiva equiparación salarial, que provocó, a su vez, una nueva estrategia negociadora de los demás sectores: el de incorporar cláusulas convencionales por las que se imponía a los empresarios contratar con las ETT a las que les fueran aplicables estos convenios.

23 LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 125 y ss.

Aparte de ello, otro problema que surgía con las ETT derivaba de los arts. 6.2 y 7 LETT. El primero de ellos determinaba los supuestos que permitían la celebración de los contratos de puesta a disposición que coincidían con las modalidades contractuales previstas en el art. 15 ET, pero sin que hubiera en la LETT una remisión a esta norma. El segundo establecía una duración de los contratos que se separaba de lo establecido en el art. 15 ET. Ello impedía que las disposiciones convencionales sobre la duración de los contratos del citado precepto estatutario o sobre los supuestos que permitían su celebración y, en general, todas las llamadas a la negociación del art. 15 ET y de sus normas de desarrollo, vincularan a las ETT.

La situación cambia notablemente cuando se aprueba la Ley 29/1999, de 16 de julio. El art. 11.1 LETT, en su nueva redacción, establece lo siguiente: “Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria(...) A tal efecto, la empresa usuaria deberá consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador”. El art. 6.2 LETT, por su parte, queda redactado como sigue: “Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”. Por último, el art. 7 LETT también se remite, a efectos de la duración de los citados contratos, al art. 15 ET. Con ello, los principales focos de desacuerdo de los representantes de los trabajadores con la regulación legal desaparecen.

Podría pensarse que las anteriores modificaciones han terminado con este tipo de disposiciones convencionales, sin embargo, estos cambios no excluyen el establecimiento de cláusulas similares, de algún modo, a las pactadas con anterioridad a la reforma²⁴. Y ello por varias razones. Por una parte, la lucha sindical contra la precariedad laboral tiene en las ETT, a pesar de las modificaciones operadas, uno de sus blancos -si bien en los últimos años se ha diluido esta estrategia, como se verá seguidamente-. Lo que, probablemente, conllevará cláusulas que pretendan modalizar los contratos de puesta a disposición. Por otra parte, la limitación a la contratación con estas empresas debe entenderse incluida en las limitaciones generales a la temporalidad,

- 24 En esta línea, resultaba de especial interés el documento relativo a los *“Criterios para la negociación colectiva en el año 2000”* de CC.OO, de 16 de noviembre de 1999, págs. 21 y ss, por cuanto reflejaba que se iba a potenciar la inclusión de cláusulas referidas a las ETT. En dichos criterios se proponían, entre otras, las siguientes directrices. De un lado, delimitar las actividades y puestos de trabajo susceptibles de contratación con ETT y, en particular, excluir de la posibilidad de contratar con ETT a las empresas subcontratistas. De otro lado, se llamaba a incluir en los convenios colectivos, una cláusula que, a la vista de la estructura salarial pactada, precisase las percepciones económicas que la empresa usuaria debía consignar como integrantes de la *“retribución total”* establecida por el convenio colectivo para el puesto de trabajo a desarrollar por el trabajador puesto a disposición en cumplimiento de la obligación que le ha impuesto la nueva redacción del art. 11 LETT. Todo ello, con el fin de garantizar la equiparación salarial y evitar conflictos de interpretación respecto a los conceptos retributivos que deben configurar dicha *“retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar”* de la que habla dicho precepto de la LETT. El documento confederal agregaba que debían incluirse todas las percepciones económicas que establece el convenio colectivo, salariales y extrasalariales. Solo podían excluirse los complementos personales que tuvieran su causa en una condición personal, pero no cuando tal condición personal fuera también una exigencia de puesto de trabajo (plus de idioma, plus de titulación, etc). Además, en este último criterio se contemplaba una excepción. Así, se potenciaba la negociación de las anteriores cláusulas *“a excepción de los convenios en los que la empresa asuma la obligación de no utilizar ETT”*, lo que implicaba que dicha obligación va a tratar de insertarse en los convenios. Tres años después los criterios anteriores variaron notablemente y en los *“Criterios para la negociación colectiva”* de CC.OO en 2003 las directrices eran totalmente diversas. Respecto de las ETT se proponía el identificar las actividades y los puestos de trabajo de contratación con las mismas; vigilar la aplicación de la ley y del convenio colectivo de ETT en las condiciones laborales de estos trabajadores; garantizar una atención sindical desde la EU, establecer relación con la representación sindical de la ETT, si la hubiera, y establecer criterios de preferencia para estos trabajadores en el caso de puestos vacantes de la EU. Se observa un claro alejamiento de la postura beligerante anterior y una tendencia a aceptar la realidad de estas empresas, si bien, claro está, porque la Ley 29/1999 supuso una clara mejoría de las condiciones de los trabajadores de las mismas. La desaparición de toda mención a las ETT en los criterios de 2007. 2008, y los de 2009 junto con UGT, confirma las tendencias señaladas. La estrategia es ahora una búsqueda de la estabilidad y seguridad en el trabajo a través de una lucha contra la temporalidad de modo global, no circunscrito a las ETT.

que está llamada a ser una estrategia negociadora cada vez más potente a la luz de las sucesivas reformas estatutarias. Por último ya, porque el art. 11 LETT hace referencia al derecho del trabajador cedido a, "como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria", que no implica la equiparación salarial²⁵, lo que podría ser tenido en cuenta por los representantes de los trabajadores para imponer condiciones salariales iguales entre los trabajadores de las ETT y las EU, como queda reflejado entre los convenios estudiados. Hay que tener en cuenta, además, que el art. 11 LETT no prevé la aplicación del convenio aplicable a la EU en materia salarial a los trabajadores de las ETT sino que perpetúa su inaplicación. Esto es, se sigue diferenciando claramente los ámbitos negociales que no se entrecruzan. No en vano, la Dirección General de Trabajo consideró en un informe inmediatamente posterior a la reforma²⁶, que dicho precepto "no determina en ningún caso la aplicación al trabajador de la ETT del convenio de la empresa usuaria, ni siquiera en materia salarial. Es la Ley, que establece una garantía mínima para cuya determinación acude a un convenio colectivo, la que se aplica al trabajador en cuestión, no propiamente el convenio colectivo".

Y es que, otra de las grandes cuestiones que debe abordar el Derecho del Trabajo español –otra era la relativa al alcance de la reserva de ley en la negociación colectiva– es precisamente el de la relación entre los distintos ámbitos convencionales y de representación en las empresas con vínculos entre ellas o, más llanamente, la acomodación de la estructura negocial a la realidad empresarial, que ya no es posible dividir tan claramente en sectores de actividad. Se volverá sobre ello más adelante. Los agentes sociales han sabido ver esta necesidad y así en los "criterios para la negociación colectiva" de CC. OO de 2003, se contemplaba que los representantes de los trabajadores de la EU se pusieran en contacto con los representantes de los trabajadores de la ETT con el fin de que velaran por la aplicación del convenio de las ETT

25 Por todos, CABEZA PEREIRO, J., "Las empresas de trabajo temporal tras las reformas de 1999", AL, nº 13, 2001, pág. 312.

26 SALA FRANCO, T., "Las empresas de trabajo temporal tras cuatro años de su implantación legal" en AA.VV., PEDRAJAS MORENO, A., (dir.) *Las reformas laborales. Análisis y aplicación práctica.*, Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 102 y ss.

a sus trabajadores. El ámbito balear no se ha mantenido ajeno a esta sensibilidad y ya se han mostrado previsiones, como la del Convenio colectivo de empresas organizadoras del juego del Bingo, que con independencia de su legalidad, buscan que los representantes de trabajadores de la EU lo sean de los trabajadores de las ETT. Ciertamente que en los “criterios para la negociación colectiva” posteriores no se han mantenido estas previsiones en concreto, pero sí más generales en torno a la necesidad de introducir cambios en la estructura y articulación de la negociación colectiva y se centra la atención en la subcontratación de actividades y cesión ilegal. Por ello sólo me detendré en las cuestiones que pueden considerarse vigentes²⁷.

4. 1. 2. EL DEBATE SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES QUE CONDICIONAN LA EXTERNALIZACIÓN

Los términos en los que se concretan las dudas en torno a la legalidad de estas cláusulas, muchos de ellos centrados en las disposiciones convencionales relativas a las ETT, pero extrapolables a cualquier otra limitación a la actividad de las contratadas, son los siguientes. Se considera que estas cláusulas son, en primer término, atentatorias contra la libertad de empresa, tanto de las EU y de las principales como de las ETT y contratistas²⁸. En segundo término, en relación con ello, que estas cláusulas vulneran la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia²⁹. En tercer término, exceden de las materias que pueden regularse a través de los convenios colectivos. La libertad negocial del art. 85.1 ET puesta en relación con lo dispuesto

- 27 Dejaré de lado toda la conflictividad surgida en torno a las cláusulas de los convenios de las EU que establecían una determinada duración de los contratos de puesta a disposición o las que delimitaban los conceptos de eventualidad u obra o servicio. Véase al respecto LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de...* *op. cit.*, pág. 82 y ss., que considera que son ilegales. La sentencia de 12 de junio de 1997, del juzgado nº 2 de Valencia (AL, nº 44, 1997, Ref 1672) aduce que el art. 7 LETT en su versión anterior a la Ley 29/1999, señalaba el límite máximo temporal de los contratos de puesta a disposición, luego no existía obstáculo legal para que la negociación colectiva fijase topes inferiores a los citados.
- 28 SALA FRANCO, T., “Las empresas de trabajo temporal tras...”, *op. cit.*, págs. 102-103; PÉREZ DE LOS COBOS, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, *cit.*, págs. 200 y 205-206.
- 29 SALA FRANCO, T., “Las empresas de trabajo temporal tras...”, *op. cit.*, pág. 102.

en el art. 82.2 y 3 ET limita las materias negociables en un doble sentido. De un lado, a lo "laboral", que excluye la relación entre la EU y la ETT por ser ésta de carácter mercantil. Por tanto, las normas convencionales que establecen condiciones a la contratación con las ETT exceden del contenido posible de la negociación colectiva³⁰. Y en el mismo sentido habrá que concluir respecto de las empresas subcontratistas. Por último, en relación con lo anterior, las materias deben ser disponibles por las partes negociadoras. Éstas sólo pueden convenir sobre las condiciones de trabajo y productividad en su ámbito funcional y territorial correspondiente, luego disponer de empresas terceras excede de ello³¹.

En sentido opuesto, se consideró esta práctica negocial legal³² y constitucional³³ y se adujo que, si bien el convenio colectivo no puede incidir directamente en el contrato de trabajo de la ETT con sus trabajadores, sí que puede imponer obligaciones a la EU y determinar el contenido del contrato mercantil de puesta a disposición y, a través del mismo, regular indirectamente las condiciones laborales y salariales

- 30 CRUZ VILLALÓN, J., "Empresas de trabajo temporal y negociación colectiva", AA. VV., CRUZ VILLALÓN, J (coord.) *Los efectos en la negociación colectiva de la reforma del mercado de trabajo. I Curso de Otoño de la Universidad de Cádiz*. Servicio de Publicaciones del Ayuntamiento de Jerez y Universidad de Cádiz, Cádiz, 1996, págs. 102 y ss.; LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición ...*, *op.cit.*, pág. 166 y ss. y págs. 240 y ss; SALA FRANCO, T., "Las empresas de trabajo temporal tras...", *op. cit.*, pág. 102; PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Descentralización productiva y libertad de empresa", *cit.*, pág. 200. Véanse también STSJ Región de Murcia de 8 de octubre de 1998, AS: 6760; STSJ Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999, AS: 195; STSJ Andalucía/ Granada de 10 de junio de 1999, AS: 4042; STSJ Castilla y León/ Burgos, de 23 de febrero de 1999, AS: 630; STSJ País Vasco de 2 de noviembre de 1999, AS: 4213 y ref. AL: 362/2000; STSJ Cataluña de 13 de enero de 2000, AS: 1587; STSJ Región de Murcia de 5 de junio de 2000, ref AL: 1700/2000; STSJ Comunidad Valenciana de 31 de octubre de 2001, AS: 1000; STSJ Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 2001, JUR: 2002\267074.
- 31 CRUZ VILLALÓN, J., "Empresas de trabajo temporal ..", *op. cit.*, págs. 105 y ss.; LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición...*, *op. cit.*, págs. 179 y 180.
- 32 RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO. M., "Empresas de Trabajo Temporal y negociación colectiva" en *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS. Madrid, 1996, págs. 193 y ss; LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 104 y ss.
- 33 GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*. Ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 79, considera que no vulneran la libertad de empresa en cuanto no supongan un límite excesivo.

del trabajador cedido³⁴. También se defendió la validez de estas cláusulas por no repercutir ni en el contrato de puesta a disposición ni en la propia cesión de trabajadores³⁵. Incluso, se argumentó que, para el caso de que el convenio que estableciera estas cláusulas fuera sectorial, la representación sindical que lo había negociado representaba también a los trabajadores futuros en misión³⁶.

También hubo pronunciamientos sobre la posibilidad de limitar la celebración de contratos de puesta a disposición a casos excepcionales. Se señaló que no había traba legal ya que el art. 6 LETT contemplaba que “podrán concertarse contratos de puesta a disposición...” con lo que nada impediría que se limitasen, aunque nunca prohibirse³⁷. En la misma dirección, se consideró, en un proceso de conflicto colectivo, que la empresa vulneraba el convenio cuando incumplía la preferencia establecida en el mismo en favor de los trabajadores fijos discontinuos frente a la contratación de trabajadores de ETT y contrataba con éstas³⁸.

34 LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva...*, *op. cit.*, pág. 106.

35 Las EU que deberán indemnizar por daños y perjuicios si incumplen. Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., Ampliación y reducción por convenio colectivo de las modalidades y términos de los contratos temporales de trabajo” AL, nº 6, 1998, ref. VI, pág. 91; GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones...**op. cit.*, pág. 78.

36 MARÍN CORREA, J. M^a, en comentario a la sentencia de 7 de septiembre de 1998 del juzgado de lo social nº 1 de Castellón, AL, nº 44, 1998, Ref. 1853. En particular, sobre las cláusulas de los convenios de las EU que exigían que las ETT con las que se contratase aplicasen a sus trabajadores los convenios sectoriales de ETT, se adujo que permitían una ordenación negociada del sector y aseguraban el establecimiento de unas condiciones mínimamente uniformes, Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO. M., “Empresas de Trabajo Temporal...”, *op. cit.*, pág. 194.

37 Sentencia de 12 de junio de 1997, del juzgado nº 2 de Valencia, AL 1997 nº 44, Ref. 1672. Por su parte, algunas sentencias de juzgados de lo social, que resolvieron diversas reclamaciones de los trabajadores derivadas de las cláusulas convencionales que establecían la equiparación salarial, salieron al paso de algunos de los argumentos relativos a la ilegalidad de las mismas, considerando que un pacto de este tipo obligaba a los firmantes del acuerdo y por tanto, serían las empresas afectadas por el convenio las deudoras del abono de las diferencias que pudieran existir entre lo que los trabajadores en misión percibieran de acuerdo al convenio propio de las ETT y las tablas retributivas del convenio aplicable a la EU. En consecuencia, el convenio no afecta a las ETT que no quedan obligadas a mantener condiciones superiores a las previstas en su propio convenio y, por tanto, no se les perjudica. Véase la sentencia anterior y el comentario de LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición...*, *op. cit.*, págs. 173 y 177 y ss. En la misma línea, la sentencia de 13 de febrero de 1998, del juzgado nº1 de Donostia, AS: 1866 y la sentencia de 7 de septiembre de 1998, del juzgado de lo social nº1 de Castellón, AL, nº 44, 1998, Ref. 1853.

38 STSJ Galicia de 16 de julio de 1999; véase sentencia y comentario de GÁRATE CASTRO, F. J., en AL nº 3, 2000, pág. 187 y ss.

A pesar, insisto, de que el protagonismo de estos pronunciamientos es de las ETT, su contenido es perfectamente aplicable a las previsiones sobre las empresas contratistas.

4. 1. 3. EL DEBATE SOBRE LA LESIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA ACTIVIDAD DE EXTERNALIZACIÓN

La condición de terceros de las ETT y las empresas contratistas implica la sospecha de lesividad de las cláusulas convencionales aplicables a las EU o principales que modalizan la contratación con las mismas. Así lo ha visto un sector doctrinal, pues las ETT, las empresas contratistas y los trabajadores temporales o internos, fijos o de duración determinada de las mismas son los terceros. Su interés jurídicamente protegido, en el caso de las ETT por la Ley 14/1994, es su libertad de contratación, su actividad en el mercado laboral, en definitiva, su libertad de empresa. Esta libertad se lesiona a través de las cláusulas limitativas que van más allá de lo que la ley permite a los convenios pues perjudican a las ETT y a las contratistas con el encarecimiento de costes del contrato que las vincula con las EU y principales, respectivamente, con la consiguiente reducción del volumen de negocio ante la ausencia de estímulos para que estas últimas contraten con ellas. Y, por último, sólo la nulidad de la cláusula convencional en cuestión repara el daño causado por estas normas³⁹. Frente a esta posición, todos aquellos que consideraban legales estas disposiciones, no vieron en ellas ningún problema de lesividad.

39 Véanse estos argumentos respecto de las limitaciones a las ETT en SALA FRANCO, T., "Las empresas de trabajo temporal tras...", *op. cit.*, pág. 103; LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral...*, *op. cit.*, págs. 180 y ss; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., "La lesión a terceros en la contratación colectiva: el control de lesividad en los convenios colectivos" en *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*. IELSS, Madrid, 1985, págs. 506; CABEZA PEREIRO, J., "La impugnación por lesividad de los convenios colectivos" REDT nº 69, 1995, pág. 27. En general estos argumentos son defendidos por quienes consideran estas cláusulas ilegales. Véase también la doctrina judicial citada anteriormente.

4. 1. 4. REFLEXIONES EN TORNO A LA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Sin duda estas posiciones doctrinales y judiciales suscitan varias reflexiones. La primera es en torno a la eventual lesión a la libertad de empresa y la vulneración de la ley de libre competencia por parte de estas cláusulas, que son motivos tanto de ilegalidad como de lesividad. El art. 38 CE garantiza la libertad de ejercer y dejar de ejercer la actividad empresarial⁴⁰, la libertad de acceso al mercado⁴¹ y la capacidad para iniciar y organizar el proceso productivo, buscando el máximo beneficio privado⁴², con autonomía de dirección⁴³; lo que incluye, entre otras facultades, la libertad de contratación⁴⁴. La libertad de empresa abarca, además, el mantenimiento de dichas actividades en condiciones de libertad o igualdad respecto de las demás actividades empresariales en el mismo ámbito de mercado⁴⁵.

Para un sector doctrinal la vulneración de la libertad de empresa se produce no tanto porque se atenta contra su contenido como porque no se respeta la reserva legal que, ex art. 53. 1 CE, existe sobre la regulación de su ejercicio y que imposibilita la entrada sin previa habilitación legal a la negociación colectiva en este ámbito, lo que torna irrelevante la diferencia entre las diversas cláusulas y los distintos ámbitos negociales, pues todas vulneran dicha reserva legal⁴⁶. Ya he señalado previamente que no comparto la tesis de la reserva legal por lo que a los argumentos defendidos anteriormente me remito. En

40 DE JUAN ASENJO, O., *La constitución económica española*, CEC, Madrid, 1984, págs. 160-161; ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*. Ed. MC Graw Hill, Madrid 1995, pág. 33; ARIÑO ORTÍZ, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. IDELCO, Madrid, 1995, pág. 85.

41 PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Descentralización productiva..." *op. cit.*, pág. 192.

42 ARAGÓN REYES, M., *Libertades...*, *op. cit.*, pág. 15

43 ARAGÓN REYES, M., *Libertades ...*, *op. cit.*, pág. 33; ARIÑO ORTÍZ, G., *Principios ...*, *op. cit.*, págs. 88-89.

44 DE JUAN ASENJO, O., *La constitución ...*, *op. cit.*, págs. 154, 155 y 157

45 RUBIO LLORENTE, F., "La libertad de empresa en la Constitución" en BORRAJO DACRUZ, E., (Dir), *La reforma del mercado de trabajo*. Ed. Actualidad, Madrid, 1993, págs. 39 y ss.; ARAGÓN REYES, M., *Libertades ...*, *op. cit.*, pág. 38.

46 PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Descentralización productiva..." *op. cit.*, pág. 207.

este punto considero esencial, una vez salvado este escollo, y con el fin de analizar la eventual vulneración de este derecho fundamental, diferenciar entre las distintas cláusulas y entre los distintos ámbitos de negociación. En primer término, las que prohíban la contratación con ETT o contratistas, o condicionen la contratación a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, son claramente vulneradoras de su libertad de empresa, tanto cuando se trata de un convenio de ámbito empresarial como de ámbito supraempresarial. La particularidad reside en que cuando se trate de uno sectorial, se atentará también contra la libertad de empresa de las EU y empresas principales incluidas en su ámbito. En efecto, en el marco de una negociación colectiva empresarial, cualquier empresa puede autolimitar su libertad, en la medida en la que se produce en el seno de un proceso negociador que implica renuncias por ambas partes con el fin de llegar a un acuerdo, de ahí que carezca de sentido que la reserva legal impida renunciar a un derecho. Pero, en el ámbito supraempresarial, el poder de decisión de los sujetos negociadores sobre la política de contratación de las empresas incluidas en su ámbito debe ser limitado. No puede suprimir la libertad de contratación que forma parte del contenido de la libertad de empresa, sólo podría modularlo y siempre con una justificación objetiva y razonable y no existe tal justificación cuando se prohíbe la contratación con ETT o contratistas por cuanto se veta una actividad legal. Eso sí, para cualquiera de los dos casos, las ETT o contratistas que se vieran afectadas por este tipo de cláusulas podrán alegar la lesividad de las mismas; lesividad que se relaciona con la intensidad de la prohibición y que, en el caso de un convenio de empresa, puede encontrar dificultades probatorias por cuanto demostrar el daño sufrido en su actividad por la cláusula de un único convenio empresarial no será tarea sencilla⁴⁷. Por su parte, las EU o principales que consideren vulnerada su libertad de empresa ante las limitaciones del convenio sectorial podrán impugnar la cláusula por la lesión producida y también, como veremos más adelante, por extralimitación del poder de disposición de los negociadores. Cuestión

47 En este sentido la STS de 8 de noviembre de 1999, RJ:9586, considera que los argumentos de lesividad señalados en la STSJ Región de Murcia de 8 de octubre de 1998 no están suficientemente fundamentados en la demanda y que, por tanto, deben reponerse las actuaciones al momento de admitirse la demanda para que el tribunal *ad quo* notifique a los demandantes la necesidad de subsanar este defecto.

aparte será la ruptura del equilibrio interno del convenio que se produce con la eventual declaración de nulidad de esta cláusula⁴⁸.

En cuanto a las que limitan la contratación con ETT determinando los supuestos que permiten su celebración, las que imponen un porcentaje máximo de los contratos de puesta a disposición o fijan el período máximo de los mismos, trasgredirán la libertad de empresa de aquéllas en la medida en la que efectivamente se refieran exclusivamente a los contratos de puesta a disposición y no a cualquiera de los contratos temporales. Ha de recordarse que el art. 6 LETT, relativo a los primeros, se remite por entero al art. 15 ET; precepto que, por su parte, transfiere a la negociación colectiva la regulación de alguno de sus extremos. En concreto, se posibilita la identificación de los supuestos que permiten la celebración de los contratos para obra o servicio determinados y los eventuales; la determinación de la duración de estos últimos, así como de los criterios relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa. Del mismo modo, tras la reforma de 2006, el art. 15. 5 ET indica que la negociación colectiva establecerá, de acuerdo con las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubiertos anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. A ello se añade, a tenor del art. 15. 7 ET, que también los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos. La normativa del convenio aplicable a las EU sobre la contratación temporal vinculará, ahora claramente, a las ETT que con ellas contraten⁴⁹. Sólo cuando se trate de disposiciones exclusivas de los contratos de puesta a disposición y no de todos los

48 Véase lo que señala GÁRATE CASTRO, F. J., en el comentario de la STSJ Galicia de 16 de julio de 1999, AL, nº 3, 2000, pág. 187 y ss.

49 En el mismo sentido, CABEZA PEREIRO, J., "Las empresas de trabajo temporal...", *op. cit.*, pág. 307.

contratos temporales, las EU en el caso de establecerse en convenios supraempresariales podrán impugnar por ilegalidad y las ETT podrían impugnar el convenio por lesividad, tanto si se trata de uno de ámbito sectorial como empresarial, con las dificultades señaladas cuando se trata de estos últimos convenios.

Pero al margen de esto, aunque en íntima conexión, debe llamarse la atención sobre las cláusulas que limitan la contratación temporal, por ejemplo, a través de un porcentaje máximo. El art. 15 ET sólo refiere esta posibilidad a los contratos eventuales. Entonces ¿podrían las ETT considerarlas lesivas e impugnar los convenios colectivos que contuvieran este tipo de cláusulas? ¿Podría la EU contratar con ETT haciendo caso omiso de esta limitación –salvo en lo relativo a los contratos eventuales-, que se ceñiría únicamente a la contratación directa? Lo cierto es que admitir la lesividad de estas cláusulas posibilita al banco empresarial de la negociación una vía para el incumplimiento de un objetivo legítimo de la negociación colectiva⁵⁰ que es no sólo la limitación de la contratación temporal sino la concreción en su ámbito de lo que es su necesidad temporal de mano de obra. A mi modo de ver, estas cláusulas son legales en la medida en la que su justificación objetiva y razonable es una política contra la temporalidad y no contra las ETT. Sin duda la última reforma del art. 15 ET en 2006, en el que se han incrementado las llamadas a la negociación colectiva, confirma esta interpretación. La negociación colectiva se convierte en garante de una utilización adecuada de la temporalidad en la que quedan incluidas también las ETT, en el sentido de que las limitaciones a aquella serán también limitaciones a la contratación con éstas. No en vano, como se ha señalado, el nuevo art. 15. 5 ET contempla que la negociación colectiva establecerá los requisitos para prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal, incluidos los contratos de puesta a disposición. Y la previsión normativa es lo bastante abierta para abarcar cualquier limitación a la contratación temporal.

50 En este sentido, la STSJ Galicia de 16 de julio de 1999, AL 1849/1999, considera legal una cláusula que establece que no se contrate personal temporal ni por tanto con ETT, sino con personal fijo discontinuo. En el mismo sentido, STSJ Andalucía/ Granada de 10 de julio de 2002, AS: 880.

Los párrafos anteriores se han centrado en las ETT sin mencionar a las empresas contratistas, pero no ha sido por un olvido. Ciertamente es que en la negociación colectiva balear apenas hay referencia a ellas, pero aún así, por su relevancia, querría tratar de las mismas. La problemática que estas previsiones presentan se parece a la que se generaba con las ETT antes de la reforma de la LETT de 1999 y la última reforma del art. 15 ET por la Ley 43/2006. Incluso se podría decir que se ha incrementado después de éstas. La ajenidad de estas empresas respecto de los convenios colectivos que son aplicables a las empresas principales es semejante a la de las ETT y EU antes de las reformas señaladas. Reformas que han provocado un incremento de los fenómenos de huida de la regulación de las ETT⁵¹ a través del recurso a empresas de servicios o multiservicios con las que se concierta, bajo la forma de una contrata, la prestación de un servicio cuyo objeto no suele tener mayor sustantividad que la de cubrir la necesidad de mano de obra. Se escapa de esta forma de la estricta regulación de las ETT y de la disciplina normativa de la temporalidad que fijan los convenios colectivos. Me explico, que se huya de las exigencias impuestas a las ETT en torno a su constitución y régimen jurídico es claro, pero no lo es tanto que a estas empresas, por ser terceras al convenio que rige en la empresa principal, no les afectan las limitaciones a la temporalidad que tras la reforma de 1999 sí afectan a las ETT por la vía de los arts. 6. 2 y 7 LETT, como se ha visto, y tampoco las condiciones que pueden introducirse en los convenios colectivos ex art. 15. 5 ET por cuanto se refieren a los contratos temporales y a los de puesta a disposición.

Y es que el legislador va detrás de los tiempos y queriendo abarcar todo el "mercado" de la temporalidad ha nombrado a las ETT pero no a las empresas contratistas. Cuanto antecede implica, a salvo de lo que se dirá más adelante, que los límites convencionales a la temporalidad no vinculan a estas empresas y que por tanto, estas cláusulas, si así lo pretendieran, podrían impugnarse por lesividad o

51 Véase sobre ello, LLANO SÁNCHEZ, M., "Empresas multiservicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo", RL, nº 2, 2006, págs. 1 y 2 (ejemplar de la base de datos); MOLERO MARAÑÓN, M^a L.: "Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores", RL, nº 23-24, 2006, pág. 41; LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a C., "Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores", AL, nº 7, 2007, págs. 2 y 7 (ejemplar de la base de datos).

ilegalidad. La ilegalidad podrían alegarla las empresas que vieran que su convenio sectorial les limita su libertad de empresa sin justificación. No así si se tratara de uno empresarial, por cuanto la limitación a esta libertad habría sido consentida por el propio empresario. La lesividad la defenderían las empresas de servicios también por vulneración de su libertad de empresa, con la dificultad probatoria de dicha lesividad cuando proviniese de un convenio de ámbito empresarial.

Cierto es que muchas de estas empresas de servicios incurrir en cesión ilegal⁵², a pesar de que en suplicación no se mantiene un único criterio⁵³, y aunque la ilegalidad o lesividad de una cláusula sólo la podrán reclamar quienes ejerzan su actividad en los márgenes del ordenamiento jurídico⁵⁴, su condición de falsas contratistas no tendría por qué verificarse en una reclamación por lesividad y menos en una impugnación por ilegalidad del convenio en que los sujetos legitimados activos son las empresas principales.

Las reflexiones anteriores requieren, sin embargo, ser matizadas. Como se sabe, por lo conflictivo de su utilización, el contrato base que vincula a las empresas contratistas con sus trabajadores es el de obra o servicio determinado, lo que permite que la vida de este contrato se anude a la de la contrata. Las disposiciones contenidas en el convenio aplicable a la empresa principal en materia de limitaciones a la temporalidad y particularmente respecto del contrato por obra o servicio ¿serían aplicables a las empresas contratistas? En principio la independencia de los ámbitos negociales implicaría una respuesta negativa a esta pregunta. Sin duda el tema es complejo y vuelve a ser un ejemplo, y no será el último, de la inadecuación de la estructura de la negociación colectiva a la organización actual empresarial, pero en este caso, la jurisprudencia puede haber permitido una nueva conexión entre ámbitos negociales. El Tribunal Supremo ha considerado que el

52 Véanse SSTs de 19 de noviembre de 1996, R^o 446/1996; 14 de septiembre de 2001, R^o 2142/2000; 20 de septiembre de 2003, R^o 1741/2002; 26 de abril de 2004, R^o 3790/2002; 14 de marzo de 2006, R^o 66/2005 y 5 de febrero de 2008, R^o 4713/2006.

53 Véanse, por todas, SSTSJ de País Vasco de 24 de febrero de 1992; Cantabria 5 de febrero de 2002, R^o 988/2000; Madrid de 14 de septiembre de 2001, R^o 2708/2001 y de 12 de mayo de 2003, R^o 4864/2002.

54 PÉREZ DE LOS COBOS, F., *"Descentralización productiva..."*, *op. cit.*, págs. 212-213.

concepto de obra o servicio con sustantividad propia que permite la utilización de estos contratos entre empresa contratista y trabajador es el de la empresa principal⁵⁵, pues de otra forma la vinculación entre los dos sujetos contratantes habría de ser, en principio, de carácter indefinido, ya que el objeto de la empresa contratista es la realización de servicios. Si ello es así, nada impediría que lo concerniente a este contrato en el convenio colectivo aplicable a dicha empresa fuera aplicable, en pura lógica, a la empresa contratista. No habría más remedio que admitir, en consecuencia, la intersección entre ámbitos negociales y el poder de los sujetos negociadores de los convenios aplicables a las empresas principales para modalizar, indirectamente al menos, los contratos entre éstas y las empresas contratistas. Con ello, el convenio colectivo aplicable a las empresas principales estaría vinculando la política de contratación de éstas y las empresas contratistas.

4. 1. 5. LA EXTRALIMITACIÓN DEL PODER REPRESENTATIVO Y DISPOSITIVO DE LOS NEGOCIADORES Y DEL ÁMBITO DE LO “LABORAL”

La segunda reflexión se suscita en torno a los motivos que se centran en la extralimitación del poder representativo y dispositivo de los firmantes cuando negociaban sobre estas materias y en el carácter no laboral de estas cláusulas por cuanto se trata de la relación entre ETT y EU o empresa contratista y principal. Dada la estructura comercial en nuestro país, la negociación en el ámbito de la EU o principal sobre las condiciones de trabajo de los empleados de las ETT o contratistas sería una negociación ilegal por exceder del ámbito de negociación de la EU. Ahora bien, de un tiempo a esta parte se ha asistido, como se ha dicho, a una progresiva apertura de vías para que las disposiciones sobre la contratación temporal de los convenios de las EU fueran aplicables a los contratos de puesta a disposición. Una primera vía es

55 Véase por todas, la STS de 15 de enero de 1997, R^o 3827/1995, RJ: 497. Véase también, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^o L., “Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado”, RL, n^o 19, 2004, pág. 1, ejemplar de la base de datos.

el art. 6. 2 ETT por el que estos contratos se celebrarán en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones en que la EU puede contratar directamente ex art. 15 ET. La segunda consiste en que el nuevo art. 15 ET, en las llamadas a la negociación colectiva para limitar la contratación temporal, hace expresa mención a los contratos de puesta a disposición. Así, recuérdese cómo el 15. 5 ET en su segundo párrafo indica que “Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”. Esto significa que cae ante este diseño legal la tradicional incompetencia de los convenios aplicables a las EU para regular las condiciones de trabajo, en particular la temporalidad de sus contratos, de los trabajadores de las ETT cedidos a la EU, tanto directa como indirectamente. Indirectamente porque podrá regular aspectos de los contratos regulados en el art. 15 ET que éste remite a los convenios colectivos. Directamente también porque podrá establecer límites al abuso de la contratación temporal incluidos los contratos de puesta a disposición según el art. 15. 5 ET. Obviamente, las posibilidades de los convenios colectivos se acaban ahí, no podrían afectar otras condiciones de trabajo, únicamente por vía indirecta las condiciones salariales, pues el art. 11 LETT señala que los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho durante la prestación de servicios en la EU a percibir como mínimo la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a ésta⁵⁶. Por ello, en el caso de los convenios analizados, las previsiones del CC del Juego del Bingo sobre su aplicación a los trabajadores de las ETT o sobre la representación de los representantes de las empresas del sector a los trabajadores de las ETT, excede de las previsiones de la LETT y por esta vía podrían impugnarse por ilegalidad.

56 Recuérdese que, según la interpretación realizada por la DGTSS, no prevé tanto la aplicación del convenio en sí como que el contrato de puesta a disposición al establecer el salario tome como referencia lo establecido en el convenio de la EU.

Con las empresas contratistas el tema, como se ha visto, no está tan claro. Pero en mi opinión, no cabría hablar de extralimitación en el contenido negocial si, de acuerdo con el art. 15 ET, se imponen condiciones al contrato de obra o servicio en el convenio aplicable a la empresa principal. Si la jurisprudencia considera que la sustantividad propia de la obra o el servicio, requisitos para poder realizar este contrato, se predicán de la empresa principal, habría que entender que en virtud de ello, estas condiciones fueran aplicables al contrato que celebra la empresa contratista con sus trabajadores.

En cuanto al carácter no laboral de esta materia, el art. 85 ET concibe con gran amplitud los contenidos negociables y menciona a las cuestiones económicas junto a las laborales, pero además señala que “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular (...) cuantas otras (materias) afecten a las condiciones de empleo...”. En principio, el convenio colectivo podría regular todo lo que no fuera lesivo e ilegal e hiciera referencia a las condiciones de trabajo en su ámbito. Sólo se exigiría el respeto a las leyes y la circunscripción de las materias tratadas al ámbito funcional y territorial en el que se negocia, lo que nos remitiría a lo tratado anteriormente. Así, respecto de los contratos de puesta a disposición, la posibilidad de negociar sobre estas materias excluye que se trate de cuestiones no laborales pues a pesar de afectar a contratos entre empresas está permitida por parte del ET y de la LETT.

Sin embargo, como se ha dicho, hay otra limitación, explícita en el art. 37 CE, por la que la negociación colectiva sólo puede ser laboral y hay materias que exceden de dicho ámbito. Sucede, no obstante, que lo laboral y lo económico se entrecruzan de tal forma que no siempre es posible deslindar uno y otro. Y menos aún cuando están de por medio relaciones triangulares como las que tienen lugar entre las empresas de las que se trata y el trabajador. Ello lleva a cuestionar hasta qué punto resulta coherente con la realidad empresarial actual que el convenio de la EU o principal no pueda disciplinar las relaciones

entre ésta y la ETT o contratista cuando los trabajadores de esta última prestan sus servicios en aquélla. Por otra parte, conforme el contenido material de la negociación colectiva se abre a nuevos ámbitos, puede que la distinción entre lo laboral y lo económico se haga cada vez más tenue.

El Tribunal Supremo, a pesar de ello, parece tenerlo claro. En su STS 14 de abril de 1999⁵⁷ adopta una tesis reductora del ámbito material de la negociación colectiva⁵⁸, a la que considera incompetente para condicionar la validez de unos Acuerdos a que la empresa proceda a una ampliación de capital. Se considera que la ampliación de capital es algo, por su propia naturaleza, ajeno a las condiciones de trabajo, productividad y paz laboral, y que únicamente es capaz de afectar a los trabajadores, en cuanto pueda significar una consolidación de la empresa que garantice su permanencia en el trabajo, pero en principio es materia que compete a la dirección empresarial y en consecuencia, dicha ampliación es algo ajeno al convenio que sólo manifiesta una intención y propósito de la empresa, pero que son pactos no controlables por el orden social de la jurisdicción.

Parece, por tanto, que todavía no es el momento de ampliar el ámbito material de la negociación colectiva. En la línea seguida por esta sentencia, aún no se puede, en sede negocial, condicionar la relación entre estas empresas más allá de lo señalado y no ya por la posible vulneración de la libertad de empresa, principalmente de la ETT o contratistas, sino porque constituye una materia no laboral. Con todo, el tema sugiere muchas cuestiones, como se verá en el apartado de conclusiones.

57 Rº 3374/1998, Ref. AL: 1028/1999. Véase igualmente STS de 1 de julio de 1996, Rº 2579/1995, RJ: 5622.

58 BORRAJO DACRUZ, E., "convenios colectivos...", *op. cit.*, pág. 96.

5. Las cláusulas relativas al mantenimiento o a la estabilidad del empleo

5. 1. El mantenimiento de la plantilla

Las cláusulas por las que se renuncia a ajustar la plantilla podrían suponer una vulneración del derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE. No se trata tanto de una limitación de la libertad del empresario para extinguir los contratos, puesto que ya la tiene limitada ex arts. 49 y ss. ET, que fijan las concretas causas que le permiten prescindir de los servicios de los trabajadores, sino más bien de una limitación de su libertad de organización que, aún dentro de los límites de derecho necesario impuestos por el Estatuto de los Trabajadores, forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa⁵⁹. La autonomía colectiva habría de respetar los límites de lo que se conoce como “orden público económico” que impone, entre otras cosas, la libertad de elección de las contrataciones en el mercado de trabajo y, en última instancia, la decisión empresarial sobre el volumen de empleo⁶⁰.

En epígrafes anteriores se ha concluido que es perfectamente posible renunciar a determinados aspectos de la libertad de empresa en tanto que la renuncia es temporal. La renuncia en el ámbito de la negociación colectiva es perfectamente válida en la medida en la que por medio de ella los agentes sociales establecen un equilibrio de fuerzas en el que la adquisición de determinadas ventajas puede conllevar la limitación de determinadas prerrogativas. Aún así, la valoración del carácter legal de estas cláusulas pasa por analizar dos cuestiones, la primera es la relevancia o no del ámbito desde el que

59 Por todos, DE JUAN ASENJO, O., *La constitución ...*, op. cit., pág. 154 y 157. El reconocimiento de la libertad de empresa entraña la capacidad de iniciar y organizar el proceso productivo buscando el máximo beneficio privado; ARAGÓN REYES, M., *Libertades ...*, op. cit., pág. 15.

60 MARTÍN VALVERDE, A., “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo” en AA. VV., *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1993, pág. 67.

se realiza esta renuncia –o prohibición- a ajustar las plantillas y la segunda es la amplitud o el contenido de esta prohibición de despedir. El problema se plantea cuando una renuncia a este poder empresarial viene impuesto por un convenio supraempresarial. La incidencia de la autonomía colectiva en la organización del trabajo y en el ejercicio de los poderes empresariales, tiene sentido cuando se produce en los convenios o acuerdos de empresa. Pero es más difícil compatibilizar ambos derechos en el nivel supraempresarial⁶¹. El tema no es nada claro⁶², pero de acuerdo con la doctrina del equilibrio de los derechos habría que justificar esta limitación y la misma podría encontrarse en el derecho al trabajo de los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio. Habría que considerar, sin embargo, que cuando este tipo de disposiciones se inserten en un convenio de marco supraempresarial, en el que no necesariamente se ha valorado la situación económica de todas y cada una de las empresas incluidas en su ámbito, la balanza se inclinaría hacia la consideración de que las mismas atentan contra la libertad de empresa cuando no dejen abierta ninguna excepción a su aplicación. Todo dependería de la redacción de la cláusula y, como se ha visto, la variedad de las mismas impide considerarlas en su conjunto como ilegales. Piénsese que en una pequeña empresa que estuviera en crisis, incluida en el ámbito de un convenio colectivo que contuviese una de estas cláusulas, la aplicación de la misma podría provocar en última instancia un mal mayor que el que se quiere evitar. El cierre de la empresa es una consecuencia peor que un reajuste parcial de la plantilla. En todo caso, podría pensarse en la posibilidad de que la concurrencia de estas causas económicas permitiera una negociación en el seno de la empresa con el fin de pactar un “descuelgue” del convenio supraempresarial ex art. 41.2 ET. Ciertamente la literalidad del art. 41. 2 ET en este punto es tajante cuando señala que sólo podrán modificarse determinadas condiciones de las previstas en el art. 41. 1.ET, aunque interpretando sistemáticamente estos dos párrafos, habría que entender que cuando el art. 41. 2 ET determina

61 MARTÍN VALVERDE, A., “Espacio y límites ...”, *op. cit.*, pág. 62.

62 Pueden verse sentencias, como las SSTSJ Cataluña de 20 de julio de 2000, AS: 3456 y 4033, en las que se considera que las cláusulas de los convenios de sector por las que los empresarios se comprometen a reincorporar a los trabajadores con capacidad disminuida en un puesto acorde con su capacidad, implican una renuncia a las posibilidades que les brinda el art. 52 a) y 49 e) ET y no observan en ello ninguna incompatibilidad con la libertad de empresa.

qué condiciones pueden modificarse, lo que está haciendo es excluir claramente las que no pueden ser modificadas, que son la jornada y las funciones y no impedir que puedan ser modificadas cualquiera de las condiciones no previstas en el art. 41. 1 ET. No obstante, esta vía sólo se alcanzaría mediante acuerdo, lo que llevaría a concluir que una cláusula de mantenimiento de la plantilla de un convenio de ámbito supraempresarial que no dejara excepción alguna a su aplicación podría resultar ilegal por atentar contra la libertad de empresa, por cuanto la exigencia de acuerdo no permitiría al empresario adoptar libremente la decisión, entendida la libertad no como discrecionalidad sino como libertad justificada.

En cuanto al contenido de la limitación del derecho o de la renuncia realizada por el empresario, parece evidente que la misma se ciñe a la de hacer efectivas las posibilidades que el ordenamiento le brinda para ajustar su plantilla. No impide, en absoluto, sancionar con despido a los trabajadores incumplidores. A pesar de que en muchos de los preceptos convencionales se aduzca simplemente el compromiso de mantener el empleo a todos los trabajadores fijos, es evidente que renunciar al poder de sancionar con el despido disciplinario haría inviable la dirección de la actividad empresarial. No en vano algunas cláusulas han aclarado este punto. Otro tema sería la utilización fraudulenta de dicha modalidad de despido para evitar la aplicación de estas previsiones.

5. 2. La transformación de los contratos temporales en indefinidos

Otras cláusulas que pueden presentar problemas de legalidad son aquéllas en las que se contempla la transformación en fijos de los contratos temporales. Y dos son las principales cuestiones que plantean. Una primera tendría que ver con los contratos por obra o servicio determinados previstos en el art. 15.1 a) ET, en relación con cláusulas que a pesar de no abundar en la realidad comercial balear, sí que están presentes en convenios de otros ámbitos, como las que prevén la conversión en fijos de los trabajadores que lleven prestando servicios durante un período de tiempo, las que establecen un período máximo a partir del cual los contratos temporales se considerarán fijos y las que

prevén la conversión en fijos de los contratos suscritos en determinada fecha. Como se sabe, es opinión doctrinal unánime que la fijación de una duración de estos contratos desnaturaliza su objeto, que es el ser de duración incierta, porque prevalece, por encima de las tareas objeto del contrato, la variable tiempo⁶³. Si ello es así, las anteriores previsiones convencionales podrían estar poniendo una duración máxima a los mismos y contradecir así la naturaleza del contrato según los términos estatutarios. Parece evidente, no obstante, que esta interpretación rígida carece de sentido, principalmente por tres razones. La primera, porque los sujetos negociadores pueden considerar que superar un determinado plazo de contratación implica la existencia de una necesidad permanente de mano de obra, lo que incluye cualquier obra o servicio que se prolongue más allá del citado período. La segunda, y más importante, tiene que ver con la Ley 12/2001 que introdujo en el art. 15 ET el párrafo 7. 2 que contempla la posibilidad de que los convenios establezcan criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, sin realizar ninguna matización respecto de los de obra y servicio. Y la tercera, aún más importante, es la incorporación en el art. 15. 5 ET por el RD-Ley 5/2006 y luego la Ley 43/2006 de una, llamémosle, “cláusula de empleo de origen legal” sin hacer excepción alguna respecto de los contratos por obra o servicio, por la que los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por ETT, con las mismas o diferentes modalidades de contratación de duración determinada, salvo los contratos de relevo, interinidad o formativos, adquirirán la condición de fijos. No cabe, en consecuencia, predicar la ilegalidad de las cláusulas que prevén la conversión de los contratos temporales en fijos en su referencia a los contratos de obra o servicio determinados.

63 CAMPS RUIZ, L.M., *La contratación ...*, op. cit., pág. 27. GARCÍA NINET, I., *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*. ED. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs.74 y ss; DE VICENTE PALACIO, M^a A., *El contrato de trabajo para obra o servicio determinado*. Ed. Tirant Lo Blanch, monografías, Valencia, 1996, págs. 350 y ss.; LÓPEZ GANDÍA J., *Negociación colectiva ...*, op. cit., págs. 29 y ss; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., “Adaptabilidad y causalidad...”, op. cit., pág. 241.

La referencia a esta última reforma laboral permite tratar la segunda cuestión que pueden suscitar estas cláusulas. Y es que algunas podrían chocar con esta nueva disposición legal. La clave de esta última es transformar en fijos a los trabajadores que están desempeñando el mismo puesto de trabajo en la misma empresa durante un período superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, en un período de treinta meses. Las disposiciones sectoriales que hagan referencia a la conversión en fijos tras un trabajo temporal de menor duración no plantean problemas. Pero aquéllas que dispusieran dicha conversión tras un período mayor, sólo serán aplicables a los trabajadores que no cumplan los requisitos legales, esto es, por ejemplo, cuando desempeñen un único puesto de trabajo y su vinculación a la empresa sea con un único contrato temporal, o cuando se encadena la contratación de distintos trabajadores para cubrir un mismo puesto de trabajo, o cuando se trata de contrataciones concatenadas con empresas diferentes y en puestos de trabajo de la misma empresa⁶⁴. Lo que en ningún caso es de recibo es considerar que el nuevo art. 15. 5 ET es imperativo, de suerte que la conversión en fijos sólo opera bajo sus parámetros. Ha de interpretarse que el precepto es de carácter mínimo, de forma que cabe su mejora por vía convencional. Apoya este argumento el párrafo segundo del art. 15. 5 ET por el que se hace una llamada a la negociación colectiva para que establezca los requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad.

64 En el mismo sentido, LAHERA FORTEZA, J., "Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales" en AA.VV., CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 53, 54, 58.

5. 3. La subrogación en caso de sucesión de contratistas

5. 3. 1. LOS PROBLEMAS DE LEGALIDAD Y LESIVIDAD QUE SUSCITAN LAS CLÁUSULAS SUBROGATORIAS

Otras cláusulas que pueden presentar problemas de legalidad y lesividad son las que imponen a los nuevos contratistas o a las empresas principales la obligación de asumir la plantilla, o parte de la misma, de la empresa contratista cesante. Son dos los problemas de legalidad que pueden suscitarse. Por una parte, el de una eventual vulneración del art. 38 CE y en esta medida si existe una extralimitación del poder de disposición de las partes cuando se negocien este tipo de cláusulas. Por otra parte, hay que determinar si a los supuestos subrogatorios cabe aplicarles el art. 44 ET sobre sucesión de empresas. Si así es, se trataría de valorar si las condiciones de subrogación previstas en las normas sectoriales son respetuosas con el precepto o si, por el contrario, imponen mayores condiciones de lo que se deduce de la ley. La eventual lesividad de estas previsiones, en estrecha relación con el primer motivo de ilegalidad, vendrá configurada por la condición de terceros la empresas obligadas a la subrogación tengan respecto del convenio colectivo que las impone.

5. 3. 2. LA LEGALIDAD Y LESIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUBROGATORIAS EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL PODER DE DISPOSICIÓN DE LOS SUJETOS NEGOCIALES

El primer motivo de ilegalidad podría ser, como se ha señalado, la vulneración de la libertad de empresa, lo que nos obligaría a distinguir entre los ámbitos empresariales o supraempresariales en donde se establecen estas cláusulas subrogatorias⁶⁵, porque el tema está relacionado con la extralimitación de los poderes negociales de las partes que, ex art. 82. 2 y 3 ET, deben ceñirse a su ámbito de representación. Se trata del mismo problema de ilegalidad que

65 PÉREZ DE LOS COBOS, F., *"Descentralización productiva..."*, op. cit., pág. 210, considera que en la medida en que existe una reserva de ley en materia de derechos fundamentales, estas cláusulas son ilegales, con independencia de su ámbito, pero como he argumentado anteriormente no comparto esta tesis.

presentan las cláusulas que limitan la acción de las ETT o de las empresas contratistas (véase supra). Ahora bien, en cuanto al poder de disposición, así como las cláusulas referidas a las ETT siempre adolecían de este vicio por cuanto éstas siempre constituirán un ámbito negocial específico y en consecuencia son terceras a la negociación, no sucede lo mismo cuando se trata de cláusulas subrogatorias⁶⁶. En efecto, no siempre las empresas principales y las contratistas, así como las distintas contratistas entre las que se produce la subrogación, formarán parte de distintos ámbitos de negociación. Sólo en este último supuesto, evidentemente, podría imputarse a los sujetos negociadores un exceso de poder dispositivo y podría impugnarse el convenio por ilegalidad.

Pueden darse hasta cinco tipos de combinaciones que relacionen a las empresas implicadas con los convenios que establecen las cláusulas subrogatorias. En primer lugar, un convenio de un sector de actividad de empresas contratistas fundamentalmente, que impone el deber de que, en caso de cese de la contrata o concesión, la nueva adjudicataria asuma el papel de la cesante. Desde el punto de vista del poder de disposición de las partes, no cabe ningún reproche jurídico⁶⁷, pero atendiendo a la libertad de empresa, sería necesaria una justificación objetiva y razonable que equilibrara las limitaciones a este derecho. Dicha justificación podría ser, como en otras cláusulas de empleo, el derecho al trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas. También puede el convenio de sector imponer, en segundo lugar, la obligación de subrogación a la empresa principal y subcontratistas. Si las primeras están incluidas en el ámbito de aplicación del convenio, tendríamos el mismo caso que el supuesto anterior, la cláusula es plenamente legal⁶⁸ si se atiende al poder de disposición de las partes negociales, pero su limitación a la libertad de empresa requeriría de

66 Aunque en ocasiones, se ha tratado de evitar la aplicación de una cláusula subrogatoria utilizando trabajadores cedidos por una ETT para realizar el servicio antes realizado por los trabajadores de una contrata, véase sobre ello ORTÍZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., "Vinculación de las empresas de trabajo temporal alas cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos", AS nº 31, 2007.

67 Es el caso de convenios de empresas de seguridad, véase GARCÍA ORTEGA, J., "La sucesión de contratistas" en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 370.

68 Es el caso de empresas del juego del Bingo y contratas ferroviarias, GARCÍA ORTEGA, J., "La sucesión de contratistas", *cit*, págs. 380- 381.

una justificación como en el supuesto anterior. La tercera posibilidad hace referencia a un convenio de las características anteriores que impone el deber de subrogarse a las empresas principales o contratistas no representadas por los sujetos negociadores o, lo que es lo mismo, excluidas del ámbito funcional del convenio. La disposición resulta, entonces, claramente ilegal por vulnerar la libertad de las empresas no representadas, ya que en el seno del convenio no se produciría equilibrio de derechos, sino que se vulneraría el derecho de extraños al convenio y se protegería el derecho al trabajo de los trabajadores incluidos en el mismo. Pero a la par, esta disposición sería ilegal por sobrepasar el poder de disposición de los sujetos negociadores⁶⁹, lo que motivaría la impugnación por lesividad de la que se tratará más adelante. En cuarto término, puede tratarse de un convenio de empresa por el que la empresa principal o contratista se obliga a asumir el personal de las empresas subcontratadas en caso de reversión o de sucesión de la contrata, respectivamente⁷⁰. Parece evidente que tampoco aquí cabe reproche jurídico alguno por cuanto se trata de una renuncia a una prerrogativa de la libertad de empresa en el seno de la negociación colectiva y entra de lleno en el poder de disposición de los negociadores. Por último, puede tratarse de un convenio de empresa que impone a las futuras contratistas o empresas principales dicho deber. Ni que decir tiene que, amén de afectar la libertad de empresa de ajenos al convenio, la ilegalidad de la cláusula está servida por cuanto las partes han dispuesto sobre materias excluidas de su ámbito de disposición⁷¹. Para el caso de que los convenios aplicables a los subcontratistas entrante por una parte y saliente por otra establecieran este tipo de cláusulas, el entrante sólo se encuentra

69 Es el caso del convenio colectivo para la limpieza de edificios y locales de Madrid, BOCM de 10 de julio de 1998, del convenio colectivo de hostelería y actividades turísticas también de la Comunidad de Madrid, BOCM de 3 de junio de 1997; y de los convenios de mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público y el convenio de restauración de colectivos, véase GARCÍA ORTEGA, J., "La sucesión de contratistas", *cit.*, págs. 363- 364, 375 -376 y 378, respectivamente.

70 SALA FRANCO, T., "La sucesión de contratas", en AA. VV., PEDRAJAS MORENO, A., *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200., pág. 281.

71 En general, todas las cláusulas subrogatorias que se impongan a terceros, sea cual sea el ámbito de negociación. Existe jurisprudencia en unificación de doctrina al respecto en STS 12 de marzo de 1996, RJ: 1071; STS 29 de octubre de 1996, RJ: 7797; STS 15 de diciembre de 1997, RJ: 1136.

vinculado a su convenio⁷², lo mismo cabe decir cuando se trata de convenios aplicables por una parte a las empresas principales y por otra a las contratistas. De otra forma dicho, no podría exigírseles el cumplimiento de las disposiciones del otro convenio; ello motivaría una impugnación por lesividad por vulneración de la libertad de empresa y exceso de poder de disposición de los sujetos negociadores.

5. 3. 3. LA LEGALIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUBROGATORIAS Y EL ART. 44 ET SOBRE SUCESIÓN DE EMPRESAS

El segundo motivo de ilegalidad tiene que ver con el art. 44 ET. Éste prevé que “el cambio de la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...”. Hay previsto por tanto un mecanismo subrogatorio en el ordenamiento jurídico laboral de carácter imperativo⁷³, por el que en el caso de sucesión de empresas se garantiza, entre otras cosas, la continuidad de la relación laboral. En caso de que hubiera que considerar este precepto aplicable a la sucesión de contratistas, determinados convenios podrían vulnerarlo por regular las condiciones y efectos de la subrogación apartándose de sus postulados.

La cuestión adquiere especial relevancia en la actualidad por dos motivos fundamentales. El primero es la reforma que la Ley 12/2001 operó sorpresivamente sobre el régimen sucesorio entre empresas⁷⁴. Y

72 SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratistas”, *cit.*, pág. 281.

73 Sobre ello, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El carácter indisponible del art. 44 ET”, RL, nº 11, 1988, págs. 1 y ss.

74 Sorpresivamente porque en el RD-Ley 5/2001, que fue convalidado por la citada ley, no se encontraba disposición alguna relativa al art. 44 ET. Fue la enmienda 167 del Grupo Popular la que introdujo en la tramitación parlamentaria el nuevo art. 44 ET aprovechando así la oportunidad para incluir en nuestra normativa interna la Directiva 98/50/CE, del Consejo de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, que establecía la fecha de 17 de julio de 2001 como tope para trasponerla. Véase, por todos, SEMPERE NAVARRO, A. V., y CAVAS MARTÍNEZ, F., “Claroscuros en el nuevo régimen Jurídico de la Sucesión de empresa”, AS, nº 10, 2001, pág. 10; RODRÍGUEZ-

el segundo tiene que ver con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) que en alguno de sus pronunciamientos ha ido en sentido contrario a nuestra jurisprudencia⁷⁵ y que ha introducido una gran confusión en este tema.

5. 3. 4. LA INCIDENCIA DE LA LEY 12/2001

La Ley 12/2001 introdujo un nuevo párrafo 2 al art. 44 por el que, “a los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresas cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”. Se trata de una transposición de la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, actualmente refundidas en la Directiva 2001/23/CE⁷⁶. La mayor parte de la doctrina ha considerado poco relevante esta modificación, en la medida en la que el TS ya venía operando

PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”, RL, nº 11-12, 2002, ejemplar de la Base de datos en Internet, págs. 7 y ss.; DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, RMTAS, nº 38, 2002, pág. 242; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R., “La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del estatuto de los Trabajadores”, en AA. VV., *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo para la Negociación colectiva de 2002*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 233.

75 Véase, VALDÉS DAL-RÉ. F., “La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales”, RL, II/1998, ejemplar obtenido de la Base de Datos de Relaciones Laborales en Internet, págs. 1 y ss.; RIVERO LAMAS, J., “La descentralización Productiva y las demás formas organizativas de trabajo”. Ponencia General al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, ejemplar multicopiado, pág. 31; SEMPERE NAVARRO, A. V., y CAVAS MARTÍNEZ, F., “Claroscuros ...”, *op. cit.*, pág. 20; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa...”, *op. cit.*, pág. 9; DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa...”, *op. cit.*, págs. 250 y ss.

76 Destaca que la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001 no haga referencia a esa última Directiva.

con estos criterios. La nueva norma insiste en algo que ya estaba claro en el Derecho interno: que la transmisión afecta a un conjunto de bienes susceptibles de explotación económica directa, esto es, que permanece la identidad económica de la entidad transmitida, frente a la mera transmisión de elementos patrimoniales aislados⁷⁷. Por ello un sector doctrinal critica que no se haya utilizado la reforma para clarificar el tema de la sucesión de contratistas y que ésta se mueva en una ambigüedad que mantiene en la oscuridad al intérprete⁷⁸.

En conclusión, antes y después de la Ley 12/2001, debe hacerse la misma operación: de entender que el art. 44 ET resulta aplicable a los supuestos de subrogación de contratistas, la amplitud del supuesto subrogatorio del precepto legal entraría en pugna con las condiciones que las normas sectoriales imponen a los cambios de titularidad de las contratistas, por ejemplo, las que exigen un mínimo período de tiempo de actividad previa a la sucesión⁷⁹, por lo que dichas cláusulas adolecerían de vicio de nulidad por contravenir una norma de derecho necesario absoluto⁸⁰.

Doctrina y jurisprudencia parecen, hoy en día, mantener una postura cercana a la unanimidad. Consideran que el art. 44 ET no se refiere a los supuestos de simple sucesión de contratistas o de recuperación de la actividad por parte del empresario principal, pero no siempre fue así. En efecto, las previsiones del art. 44 ET provocaron que, en aras de la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, la jurisprudencia de los años ochenta lo aplicase a los anteriores supuestos⁸¹. Posición que también fue defendida desde un

77 DESDENTADO BONETE, A., "La sucesión de empresa...", *op. cit.*, pág. 249.

78 Respectivamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa...", *op. cit.*, pág. 9; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R., "La transmisión de empresa...", *op. cit.*, pág. 238.

79 GARCÍA ORTEGA, J., "La sucesión de contratistas", *cit.*, págs. 362 y ss. Véase también, CAIROS BARRETO, D. M., "La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad", RL, I/1986, pág. 303 y ss.

80 GARCÍA ORTEGA, J., "La sucesión...", *op. cit.*, pág. 362.

81 STS 16 de junio de 1983, RJ: 3017; STS 16 de junio de 1983, RJ: 3017; STS 18 de junio de 1985, RJ: 3250; STS 9 de julio de 1987, RJ: 5123; STS 19 de junio de 1989, RJ: 4813.

sector doctrinal⁸². Salvo estas posiciones excepcionales, la generalidad de los autores ha coincidido en señalar que para que el art. 44 ET resulte aplicable es necesario que exista una efectiva transmisión patrimonial que permita el desarrollo de la actividad económica por parte del subcontratista entrante⁸³. La tendencia es la misma en la jurisprudencia que, tras la vacilación inicial comentada, camina en la misma dirección⁸⁴. La STC 66/1987, de 21 de mayo, se pronunció en este sentido respecto de las concesiones administrativas⁸⁵.

- 82 Así, MONEREO PÉREZ, J. L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*. MTSS, Madrid, 1988, págs. 401 y ss. Para este autor la aplicación del art. 44 ET deriva del propio fenómeno de descentralización productiva. En la medida que la actividad subcontratada forma parte del proceso productivo de la empresa principal, la subcontratación significa la transmisión de esa concreta actividad. A lo que hay que añadir que a dicha actividad cabe atribuirle las características de una unidad *productiva autónoma, expresamente mencionada* en el art. 44 ET. Artículo cuya *ratio legis* es, básicamente, garantizar la continuidad de la relación ante un cambio de titularidad de la empresa. De este mismo autor, "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrata y en las concesiones administrativas", RL, II/1986, pág. 63 y ss.
- 83 En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*. IELSS, Madrid, 1984; GONZÁLEZ BIEDMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. MTSS, Madrid, 1989, pág. 116 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata", RL, I/1992; VICENTE PALACIO, M. A., "El objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de vigilancia y seguridad: contrata mercantiles y concesiones administrativas", DL, nº 47, 1995, pág. 121; RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Encadenamiento de contrata y transmisión de empresas", RL, II/1996; CAMPS RUIZ, L. M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; PEDRAJAS MORENO, A., "Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa" en AA.VV., *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. (Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz)*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1998.
- 84 Véase por todas, STS de 5 de abril de 1993, RJ: 2906; STS de 14 de diciembre de 1994, RJ:10093; STS de 25 de octubre de 1996, RJ: 7793; STS de 23 de abril de 1998, RJ:3879; STS 1 de diciembre de 1999, RJ: 516/2000; STS de 22 de mayo de 2000, RJ: 4624; STS de 14 de febrero de 2001, RJ: 2523; STS de 26 de diciembre de 2003, Rº 899\2003, RJ: 2004\3077; STS de 4 de abril de 2005, Rº 2423/2003, RJ: 5736; STS de 29 de mayo de 2008, Rº 3617/2006, RJ: 4224. También por todos, GARCÍA ORTEGA, J., "La sucesión..." *op. cit.*, pág. 345 y ss y MARTÍNEZ MORENO, C., "Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación", RL, 1999, pág. 12 y ss.; DESDENTADO BONETE, A., "La sucesión de empresa..." *op. cit.*, págs. 248 y ss.; SALA FRANCO, T., "La sucesión de contrata", *cit.*, págs. 266; SALINAS MOLINA, F., "Contrata y subcontrata: jurisprudencia unificadora", RMTAS, nº 38, 2002, págs. 219 y ss..
- 85 Un estudio de la jurisprudencia en este sentido en SALA FRANCO, T., "La sucesión de contrata", *cit.*, pág. 270.

En los casos en los que pueda determinarse que hay una transmisión de empresa y las condiciones y efectos de la subrogación pactadas sean diversas a lo estipulado en el art. 44 ET, estaremos ante una cláusula ilegal. Excluida la aplicación del art. 44 ET a la mera sucesión de contratas, no habrá obstáculo alguno para que la negociación colectiva establezca supuestos subrogatorios para los casos de finalización de las mismas, por la transmisión de la actividad a otra empresa o por la reversión de la actividad al empresario principal, siempre que, como se ha visto antes, las disposiciones convencionales ofrezcan una justificación objetiva y razonable a la limitación de la libertad de empresa y actúen en el marco de sus competencias. Estas disposiciones negociales se admiten sin ambages por la doctrina y la jurisprudencia⁸⁶.

Será en los casos concretos donde deba trazarse la frontera atendiendo a los elementos patrimoniales transmitidos, cuestión nada sencilla habida cuenta de la dificultad de distinguir en muchas contratas de servicios la actividad misma objeto de la contrata y la organización productiva necesaria para la explotación del servicio. No en vano, la organización productiva de éstas puede reducirse a la propia actividad y a unos trabajadores que la realizan, sin locales propios, sin utillaje ni materias primas –a veces aportadas por el empresario principal- y sin un “Know how” consistente. En estos casos actividad y organización productiva tienden a identificarse y con ello a dificultar la calificación del supuesto como una mera sucesión de contratas o como una transmisión de empresa⁸⁷. Pero la cuestión de fondo es más profunda y entronca con la dualidad “empresa organización” y “empresa actividad”⁸⁸ cada vez más inclinada en la sociedad postindustrial hacia

86 VICENTE PALACIO, M. A., “El objeto del contrato...” *op. cit.*, pág. 125; RIVERO LAMAS, J., “La descentralización Productiva...” *op. cit.*, pág. 33; MARTÍNEZ MORENO, C., “Tendencias jurisprudenciales...” *op. cit.*, pág. 16; GARCÍA ORTEGA, J., “La sucesión...” *op. cit.*, pág. 347.

87 SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratas”, *cit.*, pág. 271, quien destaca lúcidamente que el problema quizá nace antes, a la hora de calificar la licitud de una determinada contrata de servicios y de marcar las diferencias con una simple cesión de trabajadores. En este mismo sentido se manifiesta MARTÍNEZ MORENO, C., “Tendencias jurisprudenciales...” *op. cit.*, pág. 16.

88 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R., “La transmisión de empresa...” *op. cit.*, pág. 238.

esta última, hacia una concepción de empresa desmaterializada⁸⁹ en el sentido físico y cuyos activos principales son sus empleados⁹⁰ o bienes inmateriales como I + D, formación, comunicación, paquetes informáticos, marketing, etc⁹¹. La coherencia exige que si se admite la legalidad de una determinada contrata de servicios por entender que la empresa contratista aporta algo más, por poco que sea, que trabajadores a la empresa principal, habrá que admitir también que la sucesión de ese contratista por otro transmitiendo a éste lo mismo que aportó en el momento de contratar es una transmisión de empresa⁹².

5. 3. 5. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Por ello, a pesar de nuestra jurisprudencia unificada, no puede darse por zanjado el tema. Por una parte, porque ésta atiende para calificar la sucesión de contratistas como una sucesión de empresas a la transmisión de elementos patrimoniales y éstos, como se acaba de ver, pueden ser tanto materiales como inmateriales⁹³, lo que permite calificaciones diversas en cuanto se verifique que ha habido transmisión de elementos intangibles, en cuyo caso podría declararse que la sucesión de contratas es de empresas. Pero, por otra parte, la doctrina del TJCE sobre este tema lo coloca permanentemente en el candelerero. Inicialmente el Tribunal de Luxemburgo interpretó como equivalentes “actividad” y “empresa”, sin exigirse la transmisión de

89 MONEREO PÉREZ, J. L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad (Estudio del ordenamiento interno y comunitario)*. Madrid, 1999, pág. 114.

90 REICH, R. B., *El trabajo de las naciones*. Ed. Vergara, Madrid, 1993, pág. 107.

91 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R., “La transmisión de empresa...”, *op. cit.*, pág. 239.

92 SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratas”, *cit.*, pág. 271.

93 DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa...”, *op. cit.*, pág. 250, responde así a las críticas sobre el carácter excesivamente materialista de nuestra jurisprudencia en contraste con la progresiva espiritualización de la noción de empresa y, sobre todo, con la que se considera una jurisprudencia más flexible y adecuada a estos tiempos, la del TJCE. Este mismo autor añade una refrendo más de la doctrina del Tribunal Supremo frente a estas críticas: que los litigios que se sustentan en este ámbito no se sitúan, precisamente, en sectores vanguardistas de la economía postindustrial sino en sectores como la limpieza, vigilancia, restauración, gestión administrativa.

una organización⁹⁴, como se detecta en la STJCE de 19 de mayo de 1992, asunto Stichting; STJCE de 12 de noviembre de 1992, asunto Rask y Christensen; STJCE de 14 de abril de 1994, asunto Schmidt y STJCE de 7 de marzo de 1996, asunto Merckx y Neuhuys.

Posteriormente, en sintonía con nuestra jurisprudencia⁹⁵, el Tribunal cambió de criterio⁹⁶ y así puede apreciarse en la STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto Sützen, aunque ya la STJCE de 19 de septiembre de 1995, asunto Rygaard, estaba en esta línea. En ellas se exige, para que exista una transmisión de empresa, la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial que permitan la continuidad de las actividades o de algunas de las actividades de la empresa cedente de forma estable. Y en esta misma dirección apuntaron las SSTJCE de 10 de diciembre de 1998, asuntos Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo⁹⁷, STJCE de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen; STJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto Mayeur. Sin embargo, en el asunto Sützen se introdujo un elemento inquietante a juzgar por posteriores sentencias⁹⁸. En ella se advierte -y se insiste en ello en los asuntos Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo- que la empresa o unidad transmitida puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. La STJCE de 25 de enero de 2001, asunto Lisköjrví, aclaró el alcance de este criterio al señalar que esto sucede sólo en los sectores en los que

94 Sobre la jurisprudencia del TJCE, VALDÉS DAL-RÉ, F., "La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros ...", *op. cit.*, págs. 2 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V., y CAVAS MARTÍNEZ, F., "Claroscuros ...", *op. cit.*, págs. 20 y ss; DESDENTADO BONETE, A., "La sucesión de empresa...", *op. cit.*, págs. 250 y ss; SALA FRANCO, T., "La sucesión de contratas", *cit.*, págs. 271.

95 SEMPERE NAVARRO, A. V., y CAVAS MARTÍNEZ, F., "Claroscuros ...", *op. cit.*, págs. 22-23.

96 No considera que haya tal cambio de criterio, sino que considera que la doctrina del TJCE es coherente, SALA FRANCO, T., "La sucesión de contratas", *cit.*, págs. 273

97 Un comentario de la sentencia Hernández Vidal en CABEZA PEREIRO, J., "Las perspectivas de los trabajadores de contratas de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal", AL, III/1999, ejemplar obtenido de la Base de datos de Actualidad Laboral en Internet, págs. 1 y ss.

98 Así, de elemento inquietante, lo califica DESDENTADO BONETE, A., "La sucesión de empresa...", *op. cit.*, pág. 252.

la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra y no cuando ésta exige un material e instalaciones importantes⁹⁹.

El final previsible de esta evolución –y en esencia provisional¹⁰⁰- era una sentencia como la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto Temco, en la que fructifican de una forma “rocambolésca” los elementos inquietantes de los que se ha tratado. En la misma se insiste en que en los sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, como en el de limpieza, habrá sucesión de empresa si el nuevo contratista asume un grupo importante, en términos cualitativos o cuantitativos, de trabajadores de la anterior. La originalidad reside en que si es el convenio el que obliga a asumir ese número importante de trabajadores, será el mismo el que provoque la aplicación de la Directiva 23/2001 y en consecuencia, la consideración de la sucesión de contratistas como una sucesión de empresa¹⁰¹. El resultado es el siguiente, cuando una empresa contratista asuma, en virtud del convenio que le es aplicable, a un número considerable de trabajadores de la contratista cesante en sectores en los que el activo de la empresa es básicamente la actividad realizada por aquellos, se estará ante una sucesión de empresa cuyo resultado inmediato es la ilegalidad de la asunción parcial de los trabajadores -que debe ser total-, aparejada a la ilegalidad del convenio que regule la sucesión de forma diversa a la citada Directiva por contravenir una norma

99 Sobre ello, DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa...”, *op. cit.*, pág. 253.

100 Por el momento esta doctrina no ha tenido ocasión de reiterarse, aunque merece la pena mencionar una última STJCE de 20 de noviembre de 2003, Asunto Abler en el que la empresa que expresamente no se hizo cargo de los trabajadores de la anterior contratista, para evitar la aplicación de la Directiva 2001\23, ve como suceder a la anterior en la prestación de un servicio cuando los materiales son aportados por la empresa principal, implica, a juicio del TJCE una sucesión de empresas. Así, considera que “*el artículo 1 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica en una situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando el segundo empresario utilice importantes elementos de activos materiales utilizados anteriormente por el primer empresario y puestos a su disposición después por la entidad contratante, aun cuando el segundo empresario haya manifestado la intención de no hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario*”.

101 *In extenso* sobre esta sentencia, CABEZA PEREIRO, J., “La subrogación empresarial en las contratistas de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2003/CE. STJCE de 24 de enero de 2002”, AL, nº 14, 2002, págs. 1097 y ss.

de carácter imperativo. Entre los múltiples problemas en el plano dogmático que genera una solución de este tipo¹⁰², interesa destacar una por paradójica. Que tras esta sentencia, que busca la protección de los trabajadores, se va a producir un efecto que les perjudica, la desincentivación de la negociación de cláusulas subrogatorias¹⁰³.

En fin, el tema, como puede verse, sigue abierto porque lo que define la sucesión de empresa, la transmisión del elemento patrimonial, admite múltiples interpretaciones en función del sector de actividad en el que nos encontremos, lo que remite al análisis de los casos concretos.

5. 3. 6. LA LESIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUBROGATORIAS

En renglones anteriores se ha hecho referencia a la posibilidad de que la normativa convencional que contempla la subrogación la imponga a empresas terceras ya se trate de convenios empresariales o sectoriales¹⁰⁴. Si el empresario principal o el contratista entrante son ajenos al ámbito del convenio que establece la obligación, no pueden quedar obligados por sus disposiciones. Disposiciones que, además, hacen más gravosa su actividad sin que el empresario o sus representantes hayan negociado en tal sentido y en esa medida vulnera su libertad de empresa. Se irrogaría así un daño grave a un tercero que daría lugar a la anulación de la cláusula en cuestión. Así lo ha entendido la STS de 28 de octubre de 1996 según la cual “El convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que

102 Véase CABEZA PEREIRO, J., “La subrogación empresarial ...”, *op. cit.*, págs. 1100 y ss.; DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa...”, *op. cit.*, pág. 253.

103 DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa...”, *op. cit.*, pág. 254; SANGUINETI RAYMOND, W., “El régimen laboral de la sucesión de empresas: puntos críticos tras su reforma”, RL nº 21, 2004, ejemplar de la Base de datos, págs. 5 y ss.

104 GARCÍA ORTEGA, J., “La sucesión...”, *op. cit.*, págs. 366 y 378, señala la nulidad de las cláusulas de este tipo. Por su parte, CAIROS BARRETO, D. M., “La subrogación de servicios...”, *op. cit.*, pág. 303, considera que los convenios colectivos no podrían contener cláusulas de este tipo.

afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación (en la medida en la que el art. 82.3 ET prevé que los convenios colectivos obligarán a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito)(...)en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación de un convenio”.

Las disposiciones convencionales estudiadas imponen la obligación de subrogación tanto al contratista entrante como al empresario principal en caso de que decida asumir la actividad. En el caso en que las diversas empresas implicadas estén vinculadas por el convenio, no se dará el supuesto de tercería y por tanto la imposición de subrogación será plenamente legal, pero en aquellos casos en que las empresas obligadas por las cláusulas subrogatorias no integran el ámbito funcional del convenio, la disposición será potencialmente lesiva con las consecuencias ya señaladas. Es lo que sucede, por ejemplo, con las empresas de handling que decidan asumir directamente las actividades de limpieza. Las estipulaciones del Convenio colectivo del sector de la Limpieza que obligan a estas a asumir el personal de limpieza de las contratistas cesantes no se acomodan a la legalidad en el sentido ya señalado.

6. Las cláusulas relativas a la creación de empleo

6. 1. La jubilación forzosa

6. 1. 1. LOS PROBLEMAS DE LEGALIDAD DE LAS DISPOSICIONES NEGOCIALES SOBRE JUBILACIÓN FORZOSA

Las cláusulas sobre jubilación forzosa han planteado tradicionalmente tres problemas de legalidad que en los últimos años han adquirido notable actualidad, debido a los vaivenes legislativos en torno a las previsiones estatutarias sobre la posibilidad de pactar cláusulas de este tipo en los convenios colectivos. Vaivenes que han permitido poner sobre el tapete problemas de gran enjundia que tienen que ver, ni más ni menos, con el lugar en el cuadro de fuentes de Derecho laboral que ocupa la negociación colectiva en estrechísima relación con el complejo tema de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales. Es, en efecto, la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo una de las cuestiones que permite analizar con toda su complejidad el tema de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales y su incidencia en la negociación colectiva. De hecho, éste habría sido el primer problema de legalidad planteado de no existir la DA 10ª ET que, como se verá enseguida indica que los convenios colectivos pueden establecer cláusulas de jubilación forzosa. Pero hay dos problemas de legalidad más que tienen que ver con los límites de los convenios colectivos para afectar a derechos fundamentales, sea porque una ley los habilita a ello o porque no están sometidos a la reserva de ley en esta materia. Uno es si estas cláusulas vulneran el derecho a no ser discriminado. En particular, existe una previsión estatutaria, en el art. 17. 1 ET, que prohíbe la discriminación por razón de edad. Previsión acorde con la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y transpuesta al ordenamiento español por virtud de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. El art. 6. 1 de la Directiva señala que los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente en el marco del Derecho nacional, por una finalidad

legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. En los Considerandos de la misma puede leerse en esta línea que “la presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación”. El otro derecho que puede verse afectado es el derecho al trabajo.

En la actualidad, la Ley 14/2005, de 1 de julio, indica que los convenios colectivos pueden incluir cláusulas de jubilación forzosa que han de cumplir una serie de condiciones.

Un recorrido por las reformas legislativas sufridas en esta materia permitirá no sólo ilustrar el interesante debate que esta cuestión ha suscitado, sino analizar los dos problemas de legalidad planteados, la nueva DA 10ª ET y otras previsiones de la Ley 14/2005. Habrá de distinguir para ello tres etapas: la situación previa a la desaparición de la DA 10ª ET por obra del RD-Ley 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001; la creada con posterioridad a la misma y, por último, la subsiguiente a la Ley 14/2005, de 1 de julio por la que se restaura en el ordenamiento jurídico español la DA 10ª ET.

6. 1. 2. LA ETAPA PREVIA A LA DEROGACIÓN DE LA DA 10ª ET POR LA LEY 12/2001. LAS CONDICIONES DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA PARA NO VULNERAR LOS ARTS. 14 Y 35 CE

Esta etapa se caracteriza por sentar las bases de la actual problemática. La DA 5ª del Estatuto de 1980, antecedente inmediato de la DA 10ª ET, fue objeto de importantes y significativas sentencias del Tribunal Constitucional y de una abundante jurisprudencia ordinaria que, de alguna manera, reformuló la doctrina de aquél. A su tenor, “la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima para trabajar será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación”. Junto a ello se contemplaba la posibilidad de que la negociación colectiva contuviera cláusulas de

jubilación forzosa. Su sucesora, la DA 10ª ET señalaba que “dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”.

La cuestión de inconstitucionalidad de que fue objeto la primera de ellas obtuvo pronta respuesta en la STC 22/1981, de 2 de junio. El Tribunal Constitucional calificó de inconstitucional la cláusula en cuanto la misma establecía una incapacitación general para trabajar a los sesenta y nueve años y la extinción incondicionada de la relación laboral a esa edad, por considerarla incompatible con la libertad de trabajo, parte del contenido esencial del derecho al trabajo. Ello no significaba, sin embargo, que este derecho no tuviera límites. Y en este sentido, se enjuició constitucional la autorización de una medida gubernativa relativa a la jubilación forzosa y por tanto, la limitación de la libertad de trabajo; pero requería que con la misma se cumpliesen dos condiciones. De un lado, que ésta se incardinase en una política de empleo. La jubilación forzosa no sería inconstitucional si con ella se garantizaba una oportunidad de trabajar a la población en paro, porque el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajo sino que supone también el derecho a un puesto de trabajo, lo que significa, a su vez, que los poderes públicos deben orientar su política al pleno empleo; de ahí que resultara constitucional que el Gobierno pudiera imponer la jubilación a los trabajadores siempre que no supusiera en ningún caso la amortización del puesto de trabajo ocupado por el trabajador jubilado y que el trabajador tuviera cubierto el período de carencia necesario para percibir la pensión de jubilación; esto es, no se le podía provocar un perjuicio mayor que la propia limitación del derecho a trabajar.

En la línea seguida por el Tribunal y habida cuenta del último párrafo de la DA 5ª ET de 1980, que remitía a la negociación colectiva para establecer jubilaciones forzosas, la STC 58/1985, de 30 de abril¹⁰⁵, determinó, entre otras cuestiones contradictorias ya señaladas y por lo que aquí interesa, que “siendo la ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezcan sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación”¹⁰⁶.

A la vista de lo anterior, la eventual vulneración del derecho del trabajo se salva con la ponderación de los intereses en juego que según la STC 22/1981 ha hecho la Ley y según la STC 58/1985 ha de hacer la negociación colectiva; lo que significa que la jubilación forzosa ha de condicionarse a que el trabajador tenga cumplido el período de cotización necesario para lucrar su prestación y que la limitación de la libertad de trabajo se haga en aras de una política de empleo. En concreto la STC 22/1981 consideró inadmisibles la amortización del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador jubilado. La respuesta a la posible discriminación por razón de edad tenía fácil solución¹⁰⁷. En la medida en la que la opción de la ley estaba justificada objetiva y razonablemente, pues era la misma que permitía sacrificar el derecho al trabajo de uno para promover el de otros, dicha jubilación no podía considerarse discriminatoria. Si la jubilación forzosa era una institución de política de empleo, la diferencia de trato que sufrían los trabajadores, que por llegar a una determinada edad veían extinguido su contrato, estaba plenamente justificada.

105 Véase sobre esta sentencia BAYLOS GRAU, A., “Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio”, RL II/ 1985, pág. 471 y ss.

106 Posteriormente, pueden encontrarse más pronunciamientos del TC al respecto, la STC 95/1985, de 29 de julio, y STC 111 a 136/ 1985, de 11 de octubre. Algunas críticas a éstas últimas pueden verse en GOÑI SEIN, J. L., “La extinción por jubilación del trabajador”, REDT, nº 100, Tomo II, pág. 1052. Frente a lo que parecía ser una postura consolidada, GÓMEZ CABALLERO, P., en “La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad y la regulación de empleo”, RL, II/1992, pág. 390, considera que estas cláusulas atentan contra la reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

107 No obstante, la polémica en torno al carácter discriminatorio de las medidas propugnadas por la DA 10ª le acompañó hasta el final, véase, por todos, GETE CASTRILLO, P., *La edad de jubilación como factor extintivo del contrato de trabajo*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 303 y ss.

Conviene advertir de que, si bien la STC 22/1981 condicionó la constitucionalidad de la jubilación forzosa a la inadmisibilidad de amortizar la vacante dejada por el trabajador jubilado¹⁰⁸, la STC 58/1985 lo único que exigió fue garantizar que el afectado pasase a percibir la pensión de jubilación¹⁰⁹, lo que alentó una interpretación flexible del término “política de empleo” por parte de la jurisprudencia¹¹⁰. El Tribunal Supremo consideró que su significado era más amplio que el deber de realizar nuevas contrataciones¹¹¹. Bastaba que la medida de jubilación forzosa permitiera garantizar la viabilidad o el mantenimiento de una empresa en dificultades. Estas cláusulas eran, en consecuencia, legales aunque no se condicionaran a nuevas contrataciones y siempre que la medida se incluyera en una política de empleo. Término, el de política de empleo, que parecía abarcar todo y por tanto, no exigir ninguna contraprestación a la exigencia de la jubilación forzosa. A juicio de los Tribunales, era suficiente el propósito de evitar la disminución del resto de la plantilla¹¹². En cualquier caso,

108 Véase GARCÍA MURCIA, J., “El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador”, REDT, nº 17, 1984; SÁEZ LARA, C., “La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los trabajadores y la Jurisprudencia Constitucional y Ordinaria”, REDT, nº 25, 1986.

109 En este mismo sentido, GOÑI SEIN, J. L., “La extinción por jubilación...”, *op. cit.*, pág. 1051.

110 Ver, entre otras, las SSTs de 27 de octubre de 1987, RJ: 7210 y 7211; STS de 18 de diciembre de 1989, RJ: 9041; STS de 22 de febrero de 1990, RJ: 1250; STS de 28 de febrero de 1990, RJ: 2353; STS de 24 de marzo de 1990, RJ: 3492; STS de 10 de mayo de 1990, RJ: 3994; STS de 29 de octubre de 1990, RJ: 7937; STS de 27 de diciembre de 1993, RJ: 10011; SASTRE IBARRECHE, R., “La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva” TS, nº 94, 1998, pág. 39, considera que a partir de la STS de 29 de octubre de 1990, antes citada, hay cierta corrección en la doctrina del TS por la que se comienza a exigir el cumplimiento de unos objetivos de política de empleo.

111 Véase STS -UD- de 23 de julio de 1993, RJ: 1871; Véase también, STS de 10 de abril de 1990, RJ: 3452; STS de 29 de octubre de 1990, RJ: 7937; STS 10 de mayo de 1991, RJ: 3228; STS de 27 de diciembre de 1993, RJ: 10011; STSJ Cantabria de 18 de septiembre de 1997, AS: 3125; STSJ Andalucía/ Sevilla de 20 de marzo de 1992, AS: 6471; STSJ Andalucía / Sevilla, de 22 de julio de 1992, AS: 6548; STSJ Madrid de 5 de febrero de 1998, AS: 585; STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de febrero de 1998, AS: 1166; STSJ de Castilla y León/ Valladolid de 7 de julio de 1998, AS: 3424; STSJ de Andalucía/ Sevilla de 6 de noviembre de 1998, AS: 7763; STSJ de Andalucía/ Málaga, de 24 de marzo de 2000, AS: 605.

112 STS de 28 de febrero de 1990, RJ: 1250; STSJ Madrid de 8 de enero de 1991, AS: 708; STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo de 1993, AS: 1187; STSJ Andalucía/ Sevilla de 10 de marzo de 1991, AS: 3228. Junto a estas notas, jurisprudencia y doctrina judicial perfilaron las características de estas cláusulas convencionales y señalaron al respecto varias cosas. En primer lugar, la cláusula que preveía la amortización de la vacante sería inconstitucional porque incurriría en el mismo vicio que la DA 5ª del ET de 1980 (STS de 29 de octubre de 1990, RJ:

la justificación en la política de empleo y que el trabajador tuviera cubierto el período de carencia necesario para la pensión eran las condiciones que habían de cumplir las cláusulas de jubilación forzosa para resultar legales.

6. 1. 3. LA DEROGACIÓN DE LA DA 10ª ET POR LA LEY 12/2001. EL PROBLEMA DE LA RESERVA DE LEY Y LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINALES

El contexto socio-económico en el que se dictó la DA 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 había variado notablemente. La política de fomento de las jubilaciones, convirtiéndolas en obligatorias, para liberar puestos de trabajo y atajar el alto índice de desempleo, no sólo se reveló ineficaz¹¹³, sino que desde instancias comunitarias se

7937; STSJ Cataluña, de 10 de julio de 1998, AS: 3190.); amén de ser ilegal por contradecir una norma de orden público que es la DA 10ª ET (STSJ País Vasco de 6 de noviembre de 1992, AS: 5639; STSJ Cataluña de 10 de marzo de 1993, AS: 1518). En segundo lugar, que cuando el convenio obligase a realizar una nueva contratación no hacía falta que ésta fuera para cubrir el puesto dejado vacante por el trabajador jubilado, puesto que cuando el convenio exigía que el contrato del nuevo trabajador fuera de la misma naturaleza que el del trabajador jubilado se refería a un contrato de igual duración y jornada que el de éste (STSJ Cataluña de 7 de mayo de 1996, AS: 1632). Tampoco se requería, en tercer lugar, que el nuevo contrato fuera de naturaleza indefinida sino que cabía la contratación temporal en la medida en la que la admite el ordenamiento jurídico (STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1996, AS: 3541; STSJ Galicia de 25 de mayo de 1999, AS: 1292). En cuarto lugar, no se exigía que el nuevo trabajador estuviera desempleado si el convenio nada decía, puesto que la ley no obligaba a ello (STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1996, AS: 3541). Por último, en quinto lugar, el trabajador jubilado debía tener derecho a la pensión de jubilación pero ello no implicaba el paralelo derecho a seguir trabajando hasta alcanzar el cien por cien de la base reguladora de la citada pensión.

Dicho esto, parece claro que no cabía imponer la jubilación si no se había pactado en el convenio y tampoco cuando se trataba de una cláusula convencional de carácter obligacional por tratarse de un Acuerdo Marco que no se había traducido en los convenios de ámbito inferior (STS de 16 de junio de 1989, RJ: 4593; STS de 16 de noviembre, RJ: 8068; STS de 9 de febrero de 1995, RJ: 791; STSJ Madrid de 13 de junio de 1997, AS: 2130; STSJ de Castilla La Mancha de 16 de julio de 1997, AS: 3474).

113 BLASCO PELLICER, A., "La jubilación forzosa en la negociación colectiva", Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 1, pág. 64; GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial e insuficiente de la extinción del contrato de trabajo" en AA.VV., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), *La reforma Laboral de 2001 y el Acuerdo de negociación Colectiva para el año 2002*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 286; TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", RMTAS, nº 33, pág. 258.

comenzó a caminar en sentido contrario. La Ley 24/1997¹¹⁴, el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social firmado el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, patronal y CC.OO, desarrollado por el RD-Ley 16/2001 y la Ley 35/2002, de 12 de julio, que convalidó a éste último, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, se dirigieron en línea con las directrices comunitarias, hacia una dirección contraria a la jubilación forzosa que incidía en la flexibilidad de la misma. La tendencia pasaba por frenar la salida de las personas de edad del mercado de trabajo, aún permitiendo las jubilaciones anticipadas en determinados casos. Y en este nuevo contexto, la jubilación forzosa resultaba incoherente.

Por ello, en paralelo, el RD-Ley 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, deroga la DA 10ª ET. Derogación que abrió la caja de Pandora. Con el telón de fondo de la reserva de ley, los límites de la negociación colectiva y de su encuadre entre la fuentes del Derecho, su desaparición provocó dos posiciones doctrinales encontradas, de tal forma que fue necesario una nueva intervención del legislador con la Ley 14/2005. Mientras un sector consideró que la desaparición de la misma implicaba la de la norma habilitadora para el establecimiento de cláusulas de este tipo y, en consecuencia, la ilegalidad de las mismas¹¹⁵; otro consideró irrelevante la derogación de dicha disposición, con la evidente consecuencia de que podían seguir pactándose cláusulas de jubilación forzosa¹¹⁶.

114 Que con la DA 26 LGSS introdujo un aviso para navegantes, como señala MALDONADO MOLINA, J. A., "La pensión de jubilación tras la Ley 35/2002, de 12 de julio", AL, 2002, ref: LII, ejemplar de la Base de Datos de Actualidad Laboral en Internet, pág. 6.

115 BLASCO PELLICER, A., "La jubilación forzosa...", op. cit. págs. 64 y ss.; GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial...", págs. 285 y ss.; TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa...", op. cit., págs. 251 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo" RMTAS, nº especial de Seguridad Social, 2003, pág. 29; DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A., "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto" RMTAS, nº especial de Seguridad Social, 2003, págs. 58 y ss.

116 SEMPERE NAVARRO, A. V., "Una <<Reforma>> vigésimosecular (a propósito del Real Decreto-ley 5/2001)", AS, nº1, 2001, pág. 26. Del mismo autor, "La derogación de la Disposición Adicional 10ª ET, sobre jubilación forzosa, y sus consecuencias", en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., (coord.), *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo*. Ed. Aranzadi, Pamplona 2001, págs. 161 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BAAMONDE, Mª. E., "La reforma del mercado de trabajo <<para el incremento del empleo y la mejora de su calidad>>", RL, nº 7,

Quienes consideraron que la desaparición de la DA 10ª imposibilitaba la negociación de las cláusulas de las que se trata, se basaban en la argumentación de la STC 58/1985, sentencia a la que se abrazaron igualmente los defensores de la otra posición; muestra de hasta que punto nuestro Tribunal Constitucional se ha mantenido entre dos aguas, de las que no ha salido del todo con las SSTC 280 y 341/2006. Estos autores parten de la base de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales y rescatan las afirmaciones de la STC 58/1985 que han quedado más en la sombra, frente a las referidas a la fundamentación constitucional de la negociación colectiva y a la posibilidad de que ésta afecte a derechos fundamentales, y que vinculan estrechamente la negociación colectiva a la ley. Señalan que esta sentencia precisa hasta en cuatro ocasiones distintas, que es la ley la que convierte en disponible un derecho que con anterioridad no lo era, es la ley la que habilita a la negociación colectiva para establecer diferencias de trato por razón de la edad cuando concurren determinadas circunstancias¹¹⁷. Y en relación con ello se recuerda que la generalidad de la doctrina considera que las causas extintivas del art. 49. 1 ET son indisponibles, por ser de orden público laboral¹¹⁸, carácter que no se quiebra cuando los convenios inciden en determinados aspectos de

2001, págs. 1 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", RL nº 10, 2001, págs. 106-107; PÉREZ YÁNEZ, R. Mª., "Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición Adicional 10ª ET", TL nº 61, 2001, págs. 359 y ss.; MELLA MÉNDEZ, L., "Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio edades de jubilación forzosa tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores" AL, nº 11, 2002, págs. 207 y de la misma autora, *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 64 y ss.; ESCUDERO ALONSO, L., "La validez de las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en convenio colectivo", AL, nº 18, 2003, ejemplar de la base de datos de Actualidad Laboral en Internet, págs. 1 y ss.

117 DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A., "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas...", *op. cit.*, pág. 59; BLASCO PELLICER, A., "La jubilación forzosa ...", *op. cit.*, pág. 71; GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial e insuficiente...", *op. cit.*, pág. 293; TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa...", *op. cit.*, pág. 254.

118 Véase, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "Las causas de extinción de la relación de trabajo en la negociación colectiva", en AA. VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, pág. 82; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva...*, *op. cit.*, págs. 272-273; CRUZ VILLALÓN, J., y GARCÍA MURCIA, J., "La regulación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva" RPS, nº 137, 1983, pág. 521.

la regulación de las causas extintivas¹¹⁹. Entonces, el art. 49. 1 f) ET, relativo a la jubilación del trabajador como causa de extinción del contrato, ¿se refiere a la jubilación forzosa? Este sector de la doctrina y la jurisprudencia respondieron que es característica consustancial a la jubilación la voluntariedad de la misma¹²⁰, luego el art. 49. 1 f) ET no se refiere a la forzosa. Precisamente, antes de la derogación de la DA 10ª ET, se había alertado sobre la centralidad de las políticas de empleo como factor de distorsión de instituciones jurídicas y en esta línea se insistía en que lo esencial de la jubilación como causa de extinción del contrato era su voluntariedad¹²¹. Finalmente, a estos argumentos este sector suma el art. 39. 2 LGSS por el que la Seguridad Social no es materia disponible para la negociación colectiva. Ésta no puede por sí sola incidir sobre una materia cuya regulación corresponde a la legislación de la Seguridad Social, como es la fijación de edades de jubilación forzosa, para ello necesitaría una habilitación legal¹²². Cuanto antecede conduciría a la ilegalidad de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas con anterioridad a la reforma del RD-Ley 5/2001, como obviamente las que se pactaran con posterioridad¹²³. El Tribunal Supremo, si bien con votos particulares en las primeras sentencias, se alineó con esta posición¹²⁴. La ilegalidad se amparaba tanto en el carácter indisponible de la materia negociada como en la discriminación por edad que supone el establecimiento de estas cláusulas ex art. 17. 1 ET. La ilegalidad de estas cláusulas legitimaría

119 Pues no podrán afectar a la atribución de la titularidad de la causa extintiva, los rasgos tipificadores en que el efecto extintivo tiene lugar y los efectos previstos en la norma legal directa y necesariamente conectados con su naturaleza, cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F., "El convenio colectivo como fuente de extinción del contrato de trabajo", RL, nº 21, 1997, págs. 23-24.

120 GOÑI SEIN, J. L., "La extinción por jubilación...", *op. cit.*, págs. 1039 y 1050, donde expresamente señala que la jubilación forzosa como causa de extinción se contemplaba en la DA 10ª ET; ESTEVE SEGARRA, A., *La jubilación forzosa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 129-130; GETE CASTRILLO, P., *La edad de jubilación ...*, *op. cit.*, págs. 185-186; GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial e insuficiente...", *op. cit.*, págs. 296-297; TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa...", *op. cit.*, pág. 256.

121 GETE CASTRILLO, P., *La edad de jubilación ...*, *op. cit.*, págs. 33 y ss.

122 TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa...", *op. cit.*, pág. 256; MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Contrato de trabajo, jubilación y...", *op. cit.*, pág. 29.

123 GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial e insuficiente...", *op. cit.*, pág. 298; TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa...", *op. cit.*, pág. 259.

124 Por todas, SSTs de 9 de marzo de 2004, 6 de abril de 2004, 2, 15 y 20 de diciembre de 2004, 4 de mayo de 2005.

tanto la impugnación del convenio por la vía prevista en los arts. 161 y ss. LPL como la impugnación de la extinción producida como despido improcedente¹²⁵. En cuanto a la extinción, la discriminación de que era objeto el trabajador justificaba la demanda de despido nulo¹²⁶ pero, como quiera que el empresario se amparaba en una disposición convencional que en principio le obligaba, gozaba de apariencia de legalidad tras su publicación en el Boletín correspondiente, lo que conducía a que como máximo, el despido fuera declarado improcedente. La existencia de una cláusula de jubilación forzosa podía pues eliminar el móvil discriminatorio. En cualquier caso, todo dependería de si en los despidos discriminatorios la calificación atiende al móvil o al resultado. Por su parte, la nulidad del despido parecía irrefutable cuando se realizaba con posterioridad a la impugnación y declaración de nulidad de la cláusula de jubilación forzosa por la vía de los arts. 161 y ss. LPL. Donde existían ciertas dudas era respecto de la de las cláusulas negociadas con anterioridad a la reforma. Algunos autores vieron clara la ilegalidad de las cláusulas negociadas con anterioridad al RD-Ley 5/2001 y vigentes tras su entrada en vigor¹²⁷. Pero el Tribunal Supremo, en contraste con la STC 210/1990, de 20 de diciembre¹²⁸, las consideró válidas.

125 Véanse, en contra de la consideración del despido como improcedente, STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2002, Base de Datos de Actualidad laboral, ref. 1497/2002; STSJ Cataluña de 21 de enero de 2003, AL, nº 18, 2003, ref. 542. También puede encontrarse la sentencia del juzgado de lo social nº1 de Tarragona, de 17 de octubre de 2002, AL, nº 16, 2003, ref. 476. Declara, en cambio, improcedente el despido la STSJ Comunidad valenciana de 21 de noviembre de 2002, AS: 3384.

126 TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa...", *op. cit.*, pág. 260.

127 GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial e insuficiente...", *op. cit.*, pág. 298; TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa...", *op. cit.*, pág. 259.

128 En ella se considera que el convenio debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico. El respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva no obliga al legislador a posponer la entrada en vigor de la norma al momento de la terminación del período de vigencia de los convenios colectivos, hasta el punto que, de no hacerlo así haya de estimarse que lesiona aquel derecho. La entrada en vigor de una ley y, en general, el tiempo de vigencia de la misma, son materias, en principio, de plena competencia del legislador. Si en uso de esta libertad se establece una fecha de entrada en vigor y ésta afecta a los convenios colectivos vigentes, dicho efecto no puede considerarse lesivo del art. 37.1 CE pues del mismo no emana el derecho a que lo establecido en el convenio colectivo permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en una ley posterior, hasta el momento en que el convenio pierda vigencia. Existe también jurisprudencia en este sentido, véase sobre ella, GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial e insuficiente...", *op. cit.*, pág. 299.

Quienes defendieron la posibilidad de seguir pactando estas cláusulas, y por tanto su legalidad, arguyeron, desde luego, la inexistencia de la reserva de ley que impida a la negociación colectiva regular estas materias pues, como se ha visto antes, la reserva del art. 53. 1 CE es respecto del reglamento. Nada impide que la ponderación o el ajuste entre el principio de autonomía colectiva y el principio de autonomía individual que, según la STC 58/1985, había efectuado la ley para establecer la jubilación forzosa, lo efectúe la negociación colectiva. En la medida en la que ésta respete los derechos de Seguridad Social de los afectados, podrá imponer la jubilación forzosa. Recordaban que el lugar de la negociación colectiva como fuente, aunque subordinada a la ley, no es tal que ésta haya de determinar el camino por donde pueda pasar aquélla. No en vano la anterior sentencia indicó que las relaciones entre ley y convenio no pueden asimilarse a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada y en la misma medida merece insistirse en que la negociación colectiva en cuanto derecho deriva de la CE no de la ley. En este sentido, la desaparición de la DA 10ª tenía un papel "desincentivador" del establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa por cuanto su naturaleza era puramente declarativa. En opinión de estos autores, para que la jubilación forzosa desapareciera del espectro negocial debería existir una previsión legal prohibitiva que la mera desaparición de la disposición en cuestión no cumpliera. Un cuarto argumento hace referencia al carácter amplio y genérico del art. 49. 1 f) ET y, en la medida en la que no precisa el tipo de jubilación, forzosa o voluntaria, puede entenderse que sigue contemplando la jubilación forzosa como causa de extinción¹²⁹.

129 Véanse estos argumentos en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La reforma del mercado de trabajo ..", op. cit., pág. 24; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Propósitos y despropósitos ...", op. cit., pág. 106; SEMPERE NAVARRO, A. V., "Una <<Reforma>> vigésimosecular ...", op. cit., pág. 26, y "La derogación de la Disposición Adicional 10ª ET...", op. cit., pág.171, 172 y 174; MELLA MÉNDEZ, L., "Sobre la posibilidad de seguir pactando ...", op. cit., pág. 215; PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., "Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa", op. cit, págs. 4-5; LAHERA FORTEZA, J., "Prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa...", op. cit., pág. 4. También se indicó como argumento que los convenios colectivos seguían estableciendo cláusulas de jubilación forzosa, véase SEMPERE NAVARRO, A. V., "La derogación de la Disposición Adicional 10ª ET...", op. cit., pág.172. Razón que carece de peso. Además, éstas son cada vez menos como señalan DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A., "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas...", op. cit., pág. 61. Lo cierto es que la multiplicación de actos ilegales no les confiere legalidad. Ésta proviene de un análisis previo. Lo que ha de averiguarse es si los convenios pueden continuar pactando estas cláusulas, el hecho de que efectivamente lo hagan no añade ningún argumento jurídico.

En cuanto al art. 39. 2 de la LGSS por el que salvo en cuestión de mejoras voluntarias, la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva. Se señalaba que la jubilación forzosa tiene una vertiente extintiva que sí puede ser objeto de la autonomía colectiva mientras no altere la regulación de la pensión del afectado y otras cuestiones relacionadas con la protección social¹³⁰.

6. 1. 4. LA LEY 14/2005

El final de esta historia viene marcada, como sabemos, por la Ley 14/2005, que reintrodujo la DA 10ª con un nuevo título "Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación" por la que, "En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.
- b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva".

Una primera conclusión es que la legalidad de las cláusulas de jubilación forzosa estará salvada sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, siempre que se cumplan estos dos requisitos. Ello ha provocado que los

130 LAHERA FORTEZA, J., "Prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa...", op. cit., pág. 5.

problemas de legalidad se diluyan en la medida en la que se cumplan los requisitos que marca la ley para poder pactar estas cláusulas. De otra forma dicho, tras la Ley 14/2005 no será necesario realizar una ponderación de los derechos implicados porque la Ley ya lo ha hecho por los negociadores.

La extensa exposición de motivos de la Ley 14/2005 indica cuál es la causa principal de la restitución de la DA 10ªET: la seguridad jurídica. La derogación de la citada Disposición por el RD-Ley 5/2001 no fue acompañada de otras medidas legales que invalidaran automáticamente o que imposibilitaran las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos a la vista de la fuerza vinculante que el art. 37. 1 CE reconoce a éstos. Pero la inseguridad jurídica que conllevó la posición del Tribunal Supremo, considerando que la desaparición de la citada Disposición implicaba la de la norma legal habilitante de la negociación colectiva en esta materia, con la imposibilidad de establecer en los convenios colectivos este tipo de cláusulas, ha aconsejado la intervención del legislador para reintroducir la previsión estatutaria derogada por el RD-Ley 5/2001. Intervención que tiene su base en la solicitud que los agentes sociales firmantes del Acuerdo Interconfederal de la Negociación Colectiva de 2004 dirigieron al Gobierno para que promoviera una reforma legislativa que dotase a la negociación colectiva de la necesaria seguridad jurídica. Esta reforma es fruto de un acuerdo entre el Gobierno, las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal que tiene a su vez su base en la Declaración para el diálogo social 2004 "Competitividad, empleo estable y cohesión social" firmada por los sujetos anteriores.

Cinco son los elementos que requieren un examen más detenido: el cambio de título de la disposición, la referencia a la edad ordinaria de jubilación, la referencia a los convenios colectivos, el requisito relativo a los objetivos coherentes a la política de empleo y el de que el trabajador cumpla con los requisitos que le permitan acceder a la pensión de jubilación.

El cambio de título que deja de ser "límite máximo de edad para trabajar" para ser "Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación", anticipa, con

esta única mención a la negociación colectiva, que desaparece del texto la delegación legislativa a favor del Gobierno¹³¹. Y si con la negociación colectiva se plantearon todas las anteriores cuestiones sobre la reserva de ley, la desaparición de la referencia al Gobierno no puede interpretarse sino como una imposibilidad de éste de regular este tema. Si la reserva de ley tiene sentido es precisamente respecto de este punto, como se ha dicho.

En cuanto a la edad ordinaria de jubilación, habrá que atender a la legislación de la Seguridad Social en el art. 161 LGSS que la fija en 65 años para el Régimen General y será la equivalente en aquéllos regímenes que apliquen coeficientes reductores, como en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, así como en los supuestos previstos en el art. 161 bis 1 LGSS¹³². En el mismo, bajo el epígrafe de jubilación anticipada, se incluyen junto a esta jubilación unos supuestos en los que la edad mínima, 65 años, se puede rebajar por Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Se trata, de un lado, de los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortandad. De otro, de las personas con discapacidad igual o superior al 65 por ciento o del 45 por ciento en determinadas circunstancias.

Respecto de la referencia a los convenios colectivos, se entiende que pueden pactarse estas cláusulas en todos los ámbitos, por no existir indicación alguna en la norma¹³³. Y existen varias opiniones en favor de la consideración de que sólo son competentes para ello los convenios estatutarios. La razón es que la primera versión de la DA 10ª mencionaba

131 BORRAJO DACRUZ, E., "La jubilación laboral como institución jurídica. Vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo", AL nº 16, 2005; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PÉREZ YÁÑEZ, R., "La Ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo"; RL nº 17, 2005, pág. 4; CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos debates sobre el régimen jurídico e la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005 de 1 de julio", AL nº 8, 2006, pág. 911.

132 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 65. CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos debates...", op. cit., pág. 913, se inclina, por el contrario, por una interpretación restrictiva de esta posibilidad y considera que no cabe otra posibilidad que la jubilación a los 65 años.

133 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 69; CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos debates...", op. cit., pág. 913.

la posibilidad de que en “la negociación colectiva” se incluyeran estas cláusulas y en la nueva versión la referencia es a “los convenios colectivos”¹³⁴. El tema, conflictivo como pocos, entronca en la cuestión irresoluta de la naturaleza jurídica de estos convenios. Sin ánimo de explorar en este punto este terreno, sí que habría que indicar que lo que sí queda clara es la eficacia personal limitada de estos convenios. Por esta vía, en principio, un trabajador que no estuviera incluido en su ámbito personal, por no formar parte de los sindicatos firmantes, no quedaría vinculado por la cláusula en cuestión, aunque sería difícil de defender esa no vinculación si por la vía de hecho, como viene siendo habitual, se le ha aplicado el convenio colectivo en todas las condiciones de trabajo. Desde luego, si el trabajador ha procedido a adherirse personalmente al convenio, no podrá alegar su no vinculación.

El tercero de los elementos, el de los objetivos coherentes con la política de empleo, tiene la relevancia de ser exigido en la propia ley y de que se obligue a los convenios colectivos a expresarlos cuando se pacte la jubilación forzosa. Se pretende acabar así con la jurisprudencia señalada anteriormente que consideraba justificada la jubilación en razones etéreas como que en la propia negociación colectiva se contienen los elementos transaccionales que justifican estas cláusulas, por lo que no cabrá reproducir dicha jurisprudencia¹³⁵. Pero, además, la referencia expresa de los objetivos de política de empleo que cumple la jubilación forzosa entronca con el control de legalidad de esta cláusula, que se anuda, a la vez, a los requisitos que la Directiva 2000/78 impone a las cláusulas que establezcan diferencias de trato por razón de la edad y que han sido clarificadas en la STJCE de 22 de noviembre de 2005, Asunto Mangold, sobre el juicio de proporcionalidad. La jurisprudencia comunitaria da un paso más, en efecto. No basta con una justificación objetiva y razonable de la limitación del derecho, sino que, además, ésta ha de ser proporcional al sacrificio del mismo.

134 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., “La nueva regulación de la jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 69; CABEZA PEREIRO, J., “Nuevos debates...”, op. cit., pág. 912.

135 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., “La nueva regulación de la jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 67; CABEZA PEREIRO, J., “Nuevos debates...”, op. cit., pág. 915; ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Jubilación: ¿derecho individual o medida de empleo? Un análisis crítico de la Ley 14/2005”, AL nº 22, 2006, pág. 2685.

No obstante, la previsión legal suscita una serie de interrogantes, ¿qué significan expresiones como “mejora de la estabilidad en el empleo”, “sostenimiento del empleo”, entre los objetivos de política de empleo?, ¿cuál es el punto de referencia para considerar las circunstancias relativas a la política de empleo, el sector, subsector profesional o sólo en la empresa donde se produce la jubilación forzosa?

Los objetivos de política de empleo, muchos de ellos constituidos por conceptos jurídicos indeterminados, son enumerados con carácter amplio y de modo ejemplificativo, como lo demuestra la expresión “tales como” que precede al elenco de los mismos. Y entre ellos ha de diferenciarse los elementos de carácter cuantitativo, relativos al mantenimiento, sostenimiento o incremento del empleo del empleo, de los de carácter cualitativo como el fomento de empleo de calidad¹³⁶. En cuanto a los primeros, la mejora en la estabilidad en el empleo, puede expresarse en la transformación de contratos temporales en indefinidos, también mencionado en el precepto; el sostenimiento del empleo se concretará en las cláusulas de no amortización de puestos y el incremento del empleo implicará la realización de nuevas contrataciones, que podrán ser temporales, indefinidas, a tiempo completo o parcial¹³⁷. En cuanto a los elementos cualitativos, esto es, la referencia a que los objetivos de política de empleo se dirijan a mejorar la calidad en el empleo, sin duda una medida que incide en ello es también la transformación de contratos temporales en indefinidos, pero se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede ser polémico¹³⁸, por cuanto en principio muchas opciones pueden ser dirigidas a mejorar la calidad, desde medidas de formación profesional a previsiones en materia de jornada etc. Lo que sí que parece, a la luz de cuanto se ha señalado, es que la inclusión de una cláusula de jubilación forzosa no ha de implicar la creación neta de empleo o la prohibición de amortización de vacante¹³⁹. En cualquier

136 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., “La nueva regulación de la jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 68.

137 ALZAGA RUÍZ, I., “La vinculación de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo a objetivos coherentes con la política de empleo”, AS nº 3, 2007, ejemplar de la Base de Datos, pág. 5.

138 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., “La nueva regulación de la jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 68; ALZAGA RUÍZ, I., “La vinculación de la jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 5.

139 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., “La nueva regulación de la jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 69.

caso, la inclusión de estas previsiones implica, sin duda, una mayor exigencia a la hora de establecer cláusulas de jubilación forzosa, pero conviene advertir, y esto entronca con la siguiente cuestión, que el juicio de proporcionalidad de la compensación de la cláusula de jubilación forzosa se plantea problemático¹⁴⁰. Qué medidas de calidad compensarán la jubilación forzosa, ¿cualquiera? ¿Cuántas nuevas contrataciones o conversiones de contratos temporales en indefinidos equilibrarán el sacrificio del trabajador jubilado forzosamente?

En parecido sentido, en efecto, resultará problemático la determinación del ámbito en el que se deben valorar los objetivos coherentes de política de empleo. El ámbito empresarial, donde se jubila el trabajador, es el idóneo para observar la coherencia en materia de política de empleo con esta medida, pero nada dice la Ley¹⁴¹. Parece evidente que la justificación expresa se habrá de contener en el convenio que establezca la jubilación forzosa, pero habrá que tener especial cuidado en que cada jubilación se justifique en medidas que puedan superar el juicio de proporcionalidad a que obliga la diferencia de trato por edad. Cuanto más concreta sea la cláusula y quizá cuanto más centre la política de empleo "compensadora" en el ámbito empresarial, el enjuiciamiento de la justificación y proporcionalidad de las extinciones de los contratos requerirá menos prueba. Aún así, ni las cláusulas abiertas son necesariamente ilegales ni un precepto concreto implica su inatacabilidad, por ejemplo si se pone de manifiesto que el objetivo de política de empleo a que hace referencia es artificial, innecesario o que la medida no se justifica a la vista de otras alternativas menos restrictivas de derechos. El análisis jurídico debe trascender por tanto la formalidad de si se expresa el objetivo coherente y adentrarse en su consistencia o realidad en el plano sustantivo¹⁴².

140 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 69; ALZAGA RUÍZ, I., "La vinculación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 5; ARAMENDI SÁNCHEZ, P., "Jubilación: ¿derecho individual o medida de empleo?...", op. cit., pág. 2682 y ss.

141 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 69.

142 CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos debates...", op. cit., pág. 915; CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 69; ALZAGA RUÍZ, I., "La vinculación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 5; ARAMENDI SÁNCHEZ, P., "Jubilación: ¿derecho individual o medida de empleo?...", op. cit., pág. 2682 y ss.

La última exigencia hacía referencia a la necesidad de que el trabajador tuviera cubierto el período de carencia para lucrar la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y cumplir los demás requisitos que la legislación de Seguridad Social establece. Pero en la norma se contempla igualmente la posibilidad de que en el convenio se exija el tener un período de cotización mayor que el mínimo. No en vano algunos convenios indican la necesidad de tener derecho al 100% de la pensión, como en el CC del Juego del Bingo. Y aunque no es una previsión necesaria sí que es importante¹⁴³, dada la limitación de derechos que puede suponer pasar a la situación de pensionista y más cuando la cuantía de la pensión depende del período de cotización. En cuanto a la referencia a cumplir con los demás requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social, lo cierto es que la DA 10ª ET induce a error, probablemente se refiere a los requisitos de afiliación y alta, pero se entiende que estas circunstancias concurren en quien tiene derecho a la pensión¹⁴⁴.

6. 1. 5. EL DERECHO TRANSITORIO EN LA LEY 14/2005

Pero la Ley 14/2005 además de la restitución de la DA 10ª contemplaba una única disposición transitoria que determinaba el régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a su entrada en vigor, y que señalaba que las cláusulas de dichos convenios en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, "se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva". Y seguidamente finalizaba con "lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor".

143 BORRAJO DACRUZ, E., "La jubilación laboral como institución jurídica...".

144 CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 66.

Su análisis requiere determinar su acomodación a la Constitución y el significado de alguna de sus afirmaciones. Su constitucionalidad requiere examinar por una parte, si la retroactividad que plantea respeta los principios constitucionales en esta materia y por otra, su eventual carácter discriminatorio.

La DT de la Ley 14/2005 no vulnera el art. 9. 3 CE sobre retroactividad de las leyes, por no contener una regla de retroactividad de grado máximo, que es la que afecta a derechos consolidados conforme a la normativa anterior y que es el límite que admite nuestro Tribunal Constitucional¹⁴⁵. La propia Ley 14/2005 se encarga de aclararlo cuando indica que no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de su entrada en vigor. En relación con ello, se planteó la duda de si una norma puede convalidar convenios colectivos nulos¹⁴⁶. Aparte de que la nulidad habría de declararse caso por caso, las normas retroactivas buscan, precisamente, regular situaciones anteriores que, a juicio del legislador, o no estaban reguladas o estaban mal reguladas, con el único límite de la retroactividad de grado máximo¹⁴⁷, luego en modo alguno se trata de una previsión que convalide normas nulas.

La discriminación se produciría en la medida en la que ha desaparecido toda mención a que las disposiciones sobre jubilación forzosa pactadas con anterioridad a la Ley 14/2005 se justificasen en la política de empleo, como en cambio sí que se prevé en la nueva DA 10ª. De hecho, esta opción legal conllevó el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE que ha sido resuelta en la sentencia de 16 de octubre de 2007, Asunto Palacios Villa. Lo cierto es que la diferencia de trato entre la DA 10ª y la DT de la Ley 14/2005 resulta criticable, pero su justificación objetiva y razonable tiene que ver con que en la Ley a la que estaban sometidos los convenios anteriores no existía, cuando

145 MOLINER TAMBORERO, G., "convenios colectivos y jubilación forzosa. Una primera aproximación al contenido de la disposición transitoria de la Ley 14/2001", AL nº 21, 2005, ejemplar de la base de datos, pág. 7; CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 72; BALLESTER LAGUNA, F., "Derecho transitorio en el Proyecto de ley sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación", RL nº 17, 2005, pág. 23.

146 BORRAJO DACRUZ, E., "La jubilación laboral como institución jurídica...", op. cit..

147 MOLINER TAMBORERO, G., "convenios colectivos y jubilación forzosa...", op. cit., pág. 8.

se derogó la DA 10ª, o no era tan clara como la actual, la exigencia relativa a la política de empleo. Repárese sino en la jurisprudencia de la que se ha hablado antes que la flexibilizó hasta el máximo¹⁴⁸. Aún así ha habido pronunciamientos del Tribunal Supremo que exigen la justificación en política de empleo¹⁴⁹.

Dos afirmaciones más de la DT requieren un análisis desde el punto de vista técnico jurídico, la de a qué convenios se refiere la norma cuando menciona a los "anteriores", y la del significado de "situaciones jurídicas firmes". Los convenios anteriores, en principio, habrían de ser los que se encuentran entre el 4 de marzo de 2001, fecha en la que entró en vigor el RD-Ley 5/2001, y el 3 de julio de 2005, último día anterior a la vigencia de la Ley 14/2005. La razón es que aquellos que se negociaron durante la vigencia de la anterior DA 10ª fueron declarados legales por el Tribunal Supremo. Sin embargo, se ha defendido que, con la mención de los convenios anteriores, la DT de la Ley 14/2005 ha querido no solo legalizar aquellos cuya nulidad era previsible según doctrina del TS, sino también establecer las condiciones de validez de las cláusulas previstas en los convenios firmados antes del RD Ley 5/2001, introduciendo de este modo una igualdad de trato en todas las situaciones anteriores a la Ley 14/2005¹⁵⁰. De este modo se estaría confirmando la jurisprudencia sobre la validez de las cláusulas pactadas con anterioridad al RD-Ley 5/2001 y a la vez dotándoles del mismo régimen jurídico que las pactadas después de dicha norma. Repárese en que la jurisprudencia que declaraba válidas las disposiciones vigentes pactadas con anterioridad al RD Ley 5/2001 consideraba aplicable la normativa anterior, lo que implicaba que estas cláusulas de jubilación forzosa estuvieran justificadas en política de empleo, pues así lo interpretó el TS y el TC. Con la disposición legal se corregirían estas

148 MOLINER TAMBORERO, G., "convenios colectivos y jubilación forzosa...", op. cit., pág. 9; CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa...", op. cit., págs. 73-74; ALZAGA RUÍZ, I., "La vinculación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 6.

149 STS de 22 de diciembre de 2008. También un sector doctrinal ha considerado que a dichas cláusulas también debe exigírseles una justificación en objetivos de política de empleo y no ya por una cuestión de constitucionalidad sino por la acomodación de la previsiones convencionales a la Directiva 2000/78. Cfr. CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos debates...", op. cit., pág. 904; ALZAGA RUÍZ, I., "La vinculación de la jubilación forzosa...", op. cit., pág. 7.

150 MOLINER TAMBORERO, G., "convenios colectivos y jubilación forzosa...", op. cit., pág. 3.

diferencias de trato y todas las cláusulas anteriores se regirían por las mismas reglas. Dentro de estos convenios no habrían de incluirse a los convenios prorrogados ex art. 86. 2 ET, una vez aprobado el RD Ley 5/2001, pues equivalen a un nuevo convenio, según las SSTs de 2 de noviembre y 20 de diciembre de 2004 y por tanto se incluirían en el grupo de convenios posteriores al RD-Ley 5/2001, lo que implica la ilegalidad de la cláusula. Pocos de ellos, por tanto, seguirán vigentes, aunque algunos podrían estarlo en virtud del art. 86. 3 ET que determina que denunciado un convenio colectivo, se mantendrán en vigor sus cláusulas normativas. Podría pensarse, en este sentido, que hubiera convenios que pudieran haber sido denunciados antes de la entrada en vigor del RD Ley de 2001, pero no se hubiera acordado el convenio que los sustituyeran. Pues bien, en estos hipotéticos casos, como las cláusulas de jubilación forzosa se integran en el primero de los contenidos, seguirían desplegando todos sus efectos jurídicos.

En cuanto a la fecha a considerar para entender cuándo los convenios son anteriores o posteriores al 3 de julio de 2005, existen tres posibilidades: la fecha de suscripción del convenio, la fecha que hayan querido determinar las partes ex art. 86. 1 ET, o la fecha de su publicación en el Boletín Oficial correspondiente. De todas ellas, la que parece más acorde con la DT, que menciona a “los convenios colectivos celebrados con anterioridad”, es la del acuerdo¹⁵¹. Criterio que siguió también el TS en su sentencia de 1 de junio de 2005 para determinar cuándo se aplicaba el RD-Ley 5/2001.

Respecto de las “situaciones jurídicas firmes” a las que la DT no afecta, ha de decirse que, de acuerdo también con lo señalado respecto del art. 9. 3 CE, las únicas situaciones jurídicas firmes son aquellas en que se encuentran los empresarios y trabajadores que ya extinguieron la relación laboral con o sin sentencia firme, por haber caducado el derecho que tienen uno y otro para alterar la situación. No obstante, no podrá considerarse situación firme la situación derivada

151 En este sentido, MOLINER TAMBORERO, G., “convenios colectivos y jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 3; CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., “La nueva regulación de la jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 71. BALLESTER LAGUNA, F., “Derecho transitorio en el Proyecto de ley...”, op. cit., pág. 19, considera en cambio que la fecha a tener en cuenta es la de su publicación.

de las sentencias firmes dictadas en procesos sobre impugnación o interpretación de convenios colectivos, ya que el cambio de norma permite la sustanciación de nuevos procesos con un nuevo objeto¹⁵². Del mismo modo, habría que entender que el efecto de cosa juzgada que tienen los procesos de conflicto colectivo sobre los procesos individuales con el mismo objeto (art. 158. 3LPL) quedaría invalidado con el cambio normativo, de suerte que el juzgador decidiría a la luz de esta nueva norma y no conforme a lo decidido en el proceso colectivo.

De acuerdo con lo anterior, si el cambio normativo se hubiera producido durante la sustanciación de un proceso o de un recurso, esto es, cuando la situación jurídica no es firme, habría que concluir que la normativa aplicable sería la nueva. Sin embargo, el art. 413. 1 LEC señala que “no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda”. El principio “iura novit curia” no ampara al juez para modificar el objeto del proceso, dada la indefensión a la que puede dar lugar y por tanto al quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Ni el juez de lo social después del día del juicio ni los Tribunales de suplicación y casación pueden fundar la sentencia en una norma posterior al juicio, con lo cual el efecto es el mismo a las situaciones que hubieran adquirido firmeza¹⁵³. Esta ha sido la solución adoptada por el TS en sus sentencias de 10, 13 y 25 de octubre de 2005, 16 de enero de 2006, 29 de junio de 2006 y 5 de enero de 2007.

152 MOLINER TAMBORERO, G., “convenios colectivos y jubilación forzosa...”, op. cit., pág. 5.

153 MOLINER TAMBORERO, G., “convenios colectivos y jubilación forzosa...”, op. cit., págs. 5 y 6.

6. 2. La jubilación a los 64 años

La legalidad de las cláusulas que establecen la jubilación anticipada a los 64 años queda fuera de toda duda. En este sentido, el RD 1194/1985 no ha quedado afectado en su vigencia por las diversas normas que a lo largo de estos años han incidido en la jubilación. Éste impone que el trabajador jubilado sea sustituido por un nuevo trabajador desempleado, aunque los Tribunales han interpretado flexiblemente el requisito de que el nuevo trabajador esté inscrito como tal¹⁵⁴. Tampoco es necesario, en opinión de la doctrina judicial, que el nuevo contrato sea de carácter indefinido¹⁵⁵, de hecho no son pocos los convenios que hacen referencia a la contratación de un año. Sólo ha de cumplirse con las disposiciones del RD antes citado que prohíbe expresamente la contratación a tiempo parcial¹⁵⁶. Por otra parte, la jurisprudencia ha señalado que no es condición *sine qua non* que el trabajador desempleado ocupe el mismo puesto que el trabajador jubilado anticipadamente, ni siquiera que se trate de la misma categoría. La obligada sustitución de un trabajador por otro es un instrumento de política de empleo que ha de coordinarse con el particular sistema de ingreso de las empresas, de manera que si para ocupar determinados puestos hay que superar una pruebas de aptitud, no es admisible que dichas reglas puedan incumplirse obligando a que el nuevo trabajador ocupe el puesto dejado vacante por el trabajador jubilado¹⁵⁷.

154 Véase STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 1996, AS: 4448; STSJ Madrid de 10 de noviembre de 1998, AS: 4153.

155 STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 1996, AS: 3867; STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 1998, AS: 4525.

156 STSJ Asturias de 20 de marzo de 1998, AS: 539.

157 STS -UD- de 25 de febrero de 1994, RJ:2481; STS -UD- de 2 de marzo de 1994, RJ:2048; STS -UD- de 30 de junio de 1994, RJ:5510; STSJ de Cantabria de 31 de diciembre de 1992, AS: 5963.

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:
PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

V. CONCLUSIONES

1. Las cláusulas de empleo en los convenios colectivos de la CAIB

El estado de la cuestión de las cláusulas de empleo en los convenios colectivos del ámbito balear arroja un pobre resultado que, no obstante, tiene su justificación. Varias son las razones, su novedad, o relativa novedad, como contenido negocial, una tendencia esencialmente conservadora a la hora de determinar las materias de negociación y el momento económico en el que se han pactado la mayoría de ellas. Los negociadores no han querido, como decía en páginas anteriores, en tiempo de tribulación hacer mudanza. Pero no puede perderse de vista que la negociación colectiva está capacitada para dotarse de nuevos contenidos, incluso está necesitada de ellos si quiere adaptarse a los tiempos. Y dentro de estos nuevos contenidos, las cláusulas de empleo, no me cansaré de repetirlo, son un espacio privilegiado. Por ello, si bien no se puede pedir a los negociadores una innovación en momentos en los que hay que asegurar los mínimos, sí ha de pedírseles que se pongan a trabajar, a idear, a articular trabajo y rentabilidad empresarial, que estén “a Dios rogando y con el mazo dando”. La crisis está indicando caminos, han de empezar a caminar mientras se sale de ella.

2. Los límites del sistema negocial y del ordenamiento jurídico españoles para hacer efectivo el cumplimiento de las cláusulas de empleo

Pero más allá de la actividad o inactividad de los negociadores en esta materia, el presente apartado pretende realizar una reflexión sobre los límites encontrados para la efectividad de las cláusulas de empleo.

Se trata, en ocasiones, de algunos problemas siempre presentes en la negociación colectiva pero, fundamentalmente, límites con los que choca nuestro sistema negocial en cuestiones como la estructura y el contenido negocial y las relaciones ley- convenio; pero también con los límites de nuestro ordenamiento jurídico para proteger el efectivo cumplimiento de las cláusulas de empleo.

3. Un problema eterno: la literalidad de las disposiciones convencionales

La primera cuestión sobre la que ha de llamarse la atención no es exclusiva de las cláusulas de empleo sino de la negociación colectiva en general. Se trata de la confusa literalidad de algunas disposiciones convencionales. Es cierto que la ambigüedad es el precio que ha de pagar la inclusión de determinados compromisos en el cuerpo convencional, pero lo que se resuelve en el presente con una literalidad oscura, se complica en el futuro ante las divergentes interpretaciones a las que puede dar lugar la cláusula en cuestión. Procede pues insistir en la conveniencia de unas cláusulas con mandatos claros y precisos que llamen a las cosas por su nombre y que se esfuercen por utilizar el lenguaje jurídico. Esta claridad, no es una exigencia meramente purista sino que busca un fácil cumplimiento de las mismas. Una previsión de fácil interpretación es de fácil cumplimiento o en su caso de fácil exigencia. De todas formas, se volverá sobre la literalidad de las cláusulas desde otro punto de vista más adelante.

4. Las limitaciones del diseño de la estructura negocial

La segunda cuestión tiene que ver con las limitaciones del sistema negocial. Como se ha señalado al principio del presente trabajo la organización empresarial ha cambiado sustancialmente. De la gran empresa que establecía esporádicamente relaciones con otras empresas se ha pasado a una organización fundamentada sobre pequeñas y medianas empresas con innumerables relaciones entre ellas de carácter permanente que implican a los trabajadores a su servicio que, perteneciendo a una de ellas, desarrollan su actividad en otras, como sucede con las empresas subcontratistas de obras y servicios y las ETT. Es habitual por esta razón que en los convenios colectivos se encuentren referencias a estas empresas o a sus trabajadores. Ahora bien, la estructura negocial en nuestro país está planteada sobre la base de una economía industrial y en esa medida se encuentra dividida en sectores de actividad en donde se negocian convenios aplicables a diversos ámbitos geográficos y convenios de empresa. Como quiera que la estructura está compartimentada, como lo está la representación sindical y empresarial, los convenios de un sector de actividad no pueden contener disposiciones que afecten a empresas pertenecientes a otros sectores porque los sujetos negociadores no tienen poder representativo para ello. Cuando a pesar de carecer de poder de disposición se incluyan en los convenios estas cláusulas, por ejemplo las que determinan en qué supuestos pueden celebrarse contratos de puesta a disposición, las mismas podrán declararse ilegales. Con ello se priva a la negociación colectiva de su poder regulador de las condiciones de empleo que se están dando en su ámbito. Y no sólo esto sino que, en la medida en la que la cláusula se declare ilegal o lesiva, se rompe el equilibrio de intereses que se ha conseguido con la firma del convenio porque los sacrificios de la parte social para negociar esta cláusula se quedarán sin contraprestación. Cuestión aparte es la de los límites que estas cláusulas pueden encontrarse como contenido negociable y que se analiza más adelante.

A la vista de las relaciones entre las empresas, se comprueba la lejanía entre esta concepción de la estructura negocial y la realidad, con la consecuencia de que se priva de protección a numerosos trabajadores. Conforme la diversidad empresarial crece y surgen relaciones interempresariales nuevas, el mantenimiento de una uniformadora disciplina convencional sectorial puede ocasionar problemas de adaptación y conducir a contradicciones insolubles¹⁵⁸. Únicamente el desarrollo de la negociación colectiva en el seno de los grupos y las redes empresariales permitirá adecuar su función reguladora a ámbitos empresariales reales¹⁵⁹. Si las empresas que establecen relaciones de colaboración estables a largo plazo pertenecen a sectores diferentes, la negociación colectiva en estos nuevos ámbitos constituidos por las redes de empresas es la única capaz de imponer determinadas condiciones de trabajo a los trabajadores implicados en estos procesos de descentralización (y en consecuencia a sus empresarios)¹⁶⁰. Además, sólo así podría garantizarse la toma de decisiones con el interlocutor empresarial real, de quien depende la actividad productiva de otras empresas con las que éste contrata en régimen de externalización. Con la identificación de las redes de empresa y su consideración como posibles unidades negociales no se persigue otra cosa que organizar el trabajo y fijar sus condiciones de modo coordinado y adecuado a las responsabilidades respectivas de las empresas partícipes en la red según su posición en la misma y a la situación y derechos de los trabajadores. Además con ellas se evitaría la pérdida de derechos que pueden derivarse de las prácticas empresariales de contratación y subcontratación de trabajos o funciones anteriormente desempeñadas por una empresa¹⁶¹. No parece, a pesar de todo, que sea fácil adoptar este nuevo esquema negocial. Por parte de los sindicatos la renuncia a cotas de poder se antoja conflictiva y por parte de los empresarios la adopción de unas relaciones transparentes entre las redes de empresas y los representantes de los trabajadores, significa renunciar a la opacidad que hoy por hoy les permite una libertad de movimientos.

158 CASAS BAAMONDE, M^o. E., "Nuevas tendencias...", *op. cit.*, pág. 94.

159 Sobre la negociación colectiva en los grupos de empresa, RIVERO LAMAS, J., "Negociación colectiva en los grupos de empresa. Comentario a la SSTs de 30 de octubre de 19965 y 30 de abril de 1996 ", AL, 1997, marginal 375.

160 CES, *Memoria sobre la situación...*, *op. cit.*, pág. 397, se hace eco de la existencia de unidades de negociación de redes de empresa.

161 CASAS BAAMONDE, M^o. E., "Nuevas tendencias...", *op. cit.*, págs. 96-97.

5. Las limitaciones derivadas del contenido material de la negociación

En relación con cuanto se acaba de decir, en tercer lugar, el análisis de las cláusulas de empleo permite constatar otro límite con el que se encuentra la negociación en cuanto a su contenido material. El tema tiene que ver también con el cambio de la organización empresarial pero desde una perspectiva diversa a la anterior. Entonces se constataba el desacompasado baile de la estructura negocial y la organización empresarial actual. En este caso se constata, en cambio, que al entramado entre cuestiones económicas y sociales en el ámbito de decisión empresarial no le acompaña una negociación capaz de tratar cuestiones que excedan de lo estrictamente laboral. Repárese en las cláusulas convencionales que imponen determinadas condiciones a la externalización, sea a través de ETT o de empresas subcontratistas. Además de implicar una extralimitación del poder de decisión de los sujetos negociadores, pueden considerarse materia no negociable, no “laboral”. Es cierto que hay doctrina judicial que ha considerado como incumplimiento de convenio la contratación con ETT o con trabajadores autónomos en vez de contratar directamente con trabajadores, como éste imponía¹⁶²; pero el Tribunal Supremo parece reacio a admitir una ampliación material de los contenidos negociables. Esta resistencia se comprobó cuando se trató de la STS de 14 de abril de 1999 en la que se declara la incompetencia por parte de la negociación colectiva para imponer a la empresa una ampliación de capital.

162 Como las STSJ Galicia de 16 de julio de 1999, AL nº 3, 2000, y STSJ Madrid de 5 de febrero de 1998, AS: 5022 citadas.

Habida cuenta de la complejidad del tráfico económico que supone la descentralización productiva y, en general, todas las nuevas formas de organización empresarial, cercenar el poder de la negociación colectiva de intervenir en la política de contratación y de personal de las empresas, en razón del carácter extralaboral de determinadas materias, está limitando el papel de la autonomía colectiva en un momento en el que paradójicamente está llamada a asumir un mayor protagonismo. Hasta que punto la determinación en la negociación de una política de contratación de la empresa, por ejemplo, en la que se acuerda la reducción del recurso a determinadas modalidades de descentralización productiva y se potencia la contratación directa, puede tacharse de lesiva o de ilegal por indisponible o por ser extralaboral.

Parece que a la par que un desarrollo de la negociación en las redes de empresas, deben habilitarse canales de participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de la empresa y en la definición del propio proyecto empresarial. La negociación colectiva operaría de este modo como un instrumento de participación en la nueva empresa flexible rompiendo los tradicionales esquemas de separación entre los conceptos de negociación y de participación¹⁶³ y entre los conceptos "laboral" y "económico". Cabe preguntarse si en un futuro no podrá ser objeto de la negociación colectiva la articulación de las relaciones interempresariales con proyección en las condiciones de trabajo (entre contratistas y subcontratistas o entre contratistas y trabajadores autónomos). Se trataría de utilizar la negociación colectiva entre empresarios a fin de regular determinadas condiciones de trabajo de los trabajadores de los subcontratistas y garantizar resultados u objetivos empresariales (garantías de profesionalidad, de rentas salariales, de seguridad y salud...)¹⁶⁴. Se conferiría de este modo a los convenios el protagonismo que merecen en la sociedad actual y se evitaría el vaciar a la negociación de su efectividad y en particular en materia de cláusulas de empleo.

163 CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Nuevas tendencias..", *op. cit.*, pág. 104.

164 CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Nuevas tendencias...", *op. cit.*, pág. 98.

6. Los límites en la articulación ley-convenio. La reserva de Ley.

Una cuestión que requeriría una clarificación definitiva sería la de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales respecto de la negociación colectiva. Nuestro Tribunal Constitucional no se pronuncia claramente y el Tribunal Supremo lo hace de modo contradictorio dependiendo de qué cuestiones se sometan a su consideración. Creo que las condiciones de libertad de la negociación colectiva que derivan del art. 37 CE exigen que los convenios colectivos puedan intervenir en materias donde quedan afectados derechos fundamentales sin necesidad de una ley habilitante. La negociación colectiva vuelve a ser el escenario mejor para combinar derechos como el derecho al trabajo y la libertad de empresa, incluso el derecho a la igualdad, con sus múltiples manifestaciones, concretados en los diversos sectores y empresas a los que la ley por definición nunca puede llegar. Donde mejor que en el marco de un convenio va a poder establecerse una justificación objetiva y razonable de determinadas opciones negociales de carácter limitador. El propio convenio colectivo incluirá las razones que llevan a dichas opciones, su ya nombrada esencia transaccional permite y posibilita el equilibrio de derechos.

7. Algunas propuestas para la negociación de las cláusulas de empleo

En atención a todo lo anterior han de hacerse una serie de recomendaciones con el fin de corregir los efectos de alguno de los límites antes indicados.

1. La primera de ellas es la necesidad de una literalidad clara de las cláusulas, de suerte que se desprenda de ellas un mandato preciso y, salvo que se considere indispensable, den poca entrada a condiciones de valoración subjetiva.
2. En segundo lugar, convendría que el convenio contemplase las consecuencias que tienen los incumplimientos de las cláusulas de empleo y en particular sobre los contratos celebrados. Por ejemplo, en los supuestos en que se pacte un umbral máximo de temporalidad, que se establezca que traspasarlo conlleva la consideración como fijo de plantilla del trabajador con el cual se ha superado el porcentaje permitido o de cualquier otro trabajador, según los criterios que determine el convenio.
3. En tercer lugar, el convenio debería prever expresamente las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas, como sucede con alguno de los que se han estudiado.
4. Se recomienda, en cuarto lugar, que las cláusulas de empleo lleven aparejadas determinadas contraprestaciones de suerte que a su incumplimiento acompañe el incumplimiento de la contraprestación¹⁶⁵. De esta forma el incumplimiento de la cláusula de empleo permite el del sacrificio correlativo efectuado por los trabajadores para incluirla en el convenio. No es ajeno a nuestra negociación este tipo de cláusulas por las que a cambio de empleo estable se admite una cláusula de variación de jornada o que no

165 GAUDU, F., "Le contrôle de l'exécution...", *op. cit.*, pág. 368; RAY, J. E., "Du collectif à l'individuel les oppositions possibles", *Droit Social*, nº 4, 1998, pág. 381.

se incremente el salario¹⁶⁶. Si el empresario no cumpliera con la cláusula en cuestión, quedaría sin efecto la contraprestación que se anudara a la misma. El desarrollo del uso de contrapartidas en los convenios colectivos pone en primer plano al Derecho Civil de los contratos¹⁶⁷, cuya aplicación es desconocida en nuestro Derecho del Trabajo y requerirá de un análisis cauteloso¹⁶⁸, pero que puede abrir caminos donde el Derecho del Trabajo parece no encontrarlos¹⁶⁹.

5. En relación con esto cabe, en quinto lugar, que las partes firmantes declaren la eficacia obligacional de alguna de las cláusulas de empleo, por ejemplo las que no puedan individualizarse porque los destinatarios están indeterminados¹⁷⁰. Atribuyéndole esta eficacia se posibilitaría que su incumplimiento diera lugar a la indemnización de daños y perjuicios ex art. 1101 Cc a favor de los representantes de los trabajadores. Lo que sucede es que la cuantificación de los mismos sería problemática aunque más sencilla y probablemente relevante que la de los daños morales, lo que sería un modo de desincentivar su incumplimiento.
6. En sexto lugar, contemplar un período de tiempo para dar cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula de empleo permitiría que, caso de ser incumplida, éste pudiera exigirse antes del fin de la vigencia del convenio.
7. En séptimo lugar, el convenio habría de hacerse eco del deber de información de los representantes de los trabajadores a sus representados en relación con el efectivo cumplimiento de las cláusulas de empleo pero, principalmente, en relación con aquellas cuyo incumplimiento pudiera tener consecuencias sobre los trabajadores afectados. Me refiero a las ya citadas cláusulas

166 Véase, por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Adaptabilidad y causalidad...", *op. cit.*, págs. 250 y ss.

167 GAUDU, F., "Le contrôle de l'exécution...", *op. cit.*, pág. 368; COUTURIER, G., "La reconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi...", *op. cit.*, pág. 377.

168 SOURIAU-ROTSCHILD, M. A., "Engagements et arrangements...", *op. cit.*, pág. 1067

169 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil", RL, II/1996, ejemplar de la Base de Datos de RL en Internet, págs. 1 y ss.

170 SOURIAU-ROTSCHILD, M. A., "Engagements et arrangements...", *op. cit.*, pág. 1067.

que imponen un límite máximo de contratación temporal. Los representantes son los únicos que conocerán el traspaso de ese umbral y los únicos que con su información permitirán que los trabajadores afectados puedan reclamar contra su incumplimiento, a pesar de las dificultades que puede entrañar la reclamación individual frente al mismo.

8. En octavo lugar, ha de insistirse en la previsión de sistemas de solución extrajudicial o en la adhesión a los ya existentes¹⁷¹. Éstos constituyen el cauce adecuado para dar solución a la problemática que rodea las cláusulas de empleo de una forma muy distinta a la que se ofrece en sede judicial. A través de los mismos pueden resolverse incumplimientos para los que la vía judicial queda precluida, como los de las cláusulas de empleo que obligan a negociar. Pero, sobre todo, por medio de ellos podría solventarse el desequilibrio del convenio que puede provocar el incumplimiento de estas cláusulas. Se señalaba anteriormente que el convenio colectivo es el resultado de un procedimiento negociador en el que cada una de las partes ha tenido que renunciar a alguna de sus pretensiones para llegar al acuerdo final. Pues bien, roto el equilibrio del convenio por el incumplimiento de una cláusula de empleo o, incluso, porque ha sido declarada nula por ilegal, el sometimiento a una mediación o un arbitraje permitiría recomponer el equilibrio quebrado. Si el convenio contempla cualquier sistema de solución extrajudicial ante el incumplimiento de determinadas cláusulas de empleo o ante la declaración de ilegalidad de las mismas, posibilitará un nuevo acuerdo reparador de la inarmonía convencional que aquél provoca.
9. Y, por último, siempre cabrá, *in extremis*, ante el incumplimiento empresarial el recurso a la huelga¹⁷².

171 SERRANO OLIVARES, R., *Los compromisos...*, *op. cit.*, págs. 163 y ss trata del protagonismo de las Comisiones paritarias de los convenios en esta materia.

172 SALA FRANCO, T., y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El incumplimiento empresarial...", *op. cit.*, pág. 177.

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:
PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

CONVENIOS CITADOS

SECTORIALES

- CC para el Sector del Transporte Discrecional y Turístico de Viajeros por Carretera de las Islas Baleares (BOIB de 25 de octubre de 2007)
- CC para el Transporte Regular de viajeros por Carretera de las Islas Baleares (BOIB de 27 de octubre de 2007)
- CC del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta y Asistencia de las Islas Baleares, (BOIB de 28 de mayo de 2009),
- CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de las Illes Balears (BOIB de 29 de octubre de 2005)
- CC de los Laboratorios de Prótesis dentales de la CAIB (BOIB de 22 de noviembre de 2001),
- CC del Sector de la Industria de la Madera y del Mueble de la CAIB (BOIB de 27 de marzo de 2008)
- CC del Sector de la Exhibición Cinematográfica de les Illes Balears (BOIB de 15 de noviembre de 2008)
- CC de las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo en las Islas Baleares (BOIB de 24 de febrero de 2009),
- CC del Sector Estibadores Portuarios del Puerto de Ibiza (BOIB de 13 de septiembre de 2005)
- III CC del Sector de Ayuda a Domicilio de las Islas Baleares (BOIB de 21 de marzo de 2009)
- CC de Autotaxis (BOIB de 27 de mayo de 1997)
- III CC para las Empresas y Trabajadores del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB de 5 de septiembre de 2007).

- CC de Empleados de Notarías (BOIB de 11 de noviembre de 1993)
- CC del Sector de Oficinas y Despachos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB de 1 de noviembre de 2003)
- CC para el Sector de Vehículos de Alquiler sin Conductor de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB de 28 de diciembre de 2007);
- CC del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta y Asistencia de las Islas Baleares.
- CC del Sector de Derivados del Cemento de la CAIB (BOIB de 27 de marzo de 2008)
- CC del Sector de Bebidas refrescantes, jarabes y horchatas de les Illes Balears (BOIB de 16 de agosto de 2003)
- CC del Metal (BOIB de 24 de agosto de 1993)

EMPRESARIALES

- CC de la empresa "Aqualia Gestión Integral del Agua, S. L" (BOIB de 10 de mayo de 2005)
- CC de la empresa "Comercial Citroën, SA" (BOIB de 14 de mayo de 2009)
- CC de la empresa "Kraft foods España" SLU (BOIB de 10 de septiembre de 2009)
- CC de la empresa "amarradores del puerto de Palma, SL" (BOIB de 8 de septiembre de 2009)
- CC de la empresa "Asociación General Agraria Mallorquina" (AGAMA) (BOIB 13 de septiembre de 2009)
- CC de la empresa CEPSA (BOIB de 8 de septiembre de 2009)

**LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO EN
LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE BALEARES
EN TIEMPO DE CRISIS:
PROBLEMAS DE LEGALIDAD**

BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS, I, *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*. IELSS, Madrid, 1984.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PÉREZ YÁÑEZ, R., "La Ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo"; RL nº 17, 2005.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva" en AA. VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1996.

ALZAGA RUÍZ, I., "La vinculación de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo a objetivos coherentes con la política de empleo", AS nº 3, 2007.

ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social* Ed. MC Graw Hill, Madrid 1995.

ARAMENDI SÁNCHEZ, P., "Jubilación: ¿derecho individual o medida de empleo? Un análisis crítico de la Ley 14/2005", AL nº 22, 2006.

ARIÑO ORTÍZ, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo* IDELCO, Madrid, 1995.

BALLESTER LAGUNA, F., "Derecho transitorio en el Proyecto de ley sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación", RL nº 17, 2005.

BAYLOS GRAU, A., "Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio". RL II, 1985.

BLASCO PELLICER, A., "La jubilación forzosa en la negociación colectiva", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 1.

BORRAJO DACRUZ, E., "¿Reforma Laboral o nuevo Derecho del Trabajo?", AL, nº 34, 1994.

- BORRAJO DACRUZ, E., "convenios colectivos de trabajo: de los contenidos tradicionales a las nuevas materias", AL, nº 5, 2001.
- BORRAJO DACRUZ, E., "La jubilación laboral como institución jurídica. Vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo", AL nº 16, 2005.
- CABEZA PEREIRO, J., "La impugnación por lesividad de los convenios colectivos" REDT nº 69, 1995.
- CABEZA PEREIRO, J., "La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2003/CE. STJCE de 24 de enero de 2002" AL, nº 14, 2002.
- CABEZA PEREIRO, J., "Las empresas de trabajo temporal tras las reformas de 1999", AL, nº 13, 2001.
- CABEZA PEREIRO, J., "Las perspectivas de los trabajadores de contrataciones de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal" AL III/1999.
- CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005 de 1 de julio", AL nº 8, 2006.
- CAIROS BARRETO, D. M., "La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad". RL, I/1986.
- CAMPS RUIZ, L. M., *La contratación laboral temporal*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- CAMPS RUIZ, L. M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- CARUSSO, B., "Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro" en AA.VV., STEFANIA SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e Diritto del Lavoro. Il ruolo degli ordnamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CASAS BAAMONDE, M^a E., "Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la Unión Europea" en *Empleo, contratación y negociación colectiva*. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. MTASS, Madrid, 1999.

CASTELLS., M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. I, Alianza, Madrid, 1998.

CES., *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral 2002*, Madrid, CES, 2003.

COUTURIER, G., "La reconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (Á propos de l'arrêt Briou, Cass. Soc. 22 janvier 1998)" *Droit Social*, nº 4, 1998.

CRUZ VILLALÓN, J., «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas" *RL*, I/1992.

CRUZ VILLALÓN, J., "Empresas de trabajo temporal y negociación colectiva", AA. VV. (CRUZ VILLALÓN, J (coord.) *Los efectos en la negociación colectiva de la reforma del mercado de trabajo. I Curso de Otoño de la Universidad de Cádiz*, Servicio de Publicaciones del Ayuntamiento de Jerez y Universidad de Cádiz, Cádiz, 1996.

CRUZ VILLALÓN, J., y GARCÍA MURCIA, J., "La regulación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva" *RPS*, nº 137, 1983.

CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R., "La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva", *TL*, nº 83, 2006.

DE JUAN ASENJO, O., *La constitución económica española*, CEC, Madrid, 1984.

DE MIGUEL LORENZO, A. M^a., "Un estudio sobre los pactos de empleo establecidos en los convenios colectivos del año 1988" *RL*, II, 1989.

DESDENTADO BONETE, A., "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia", *RMTAS*, nº 38, 2002.

DESDENTADO BONETE, A., DURÁN HERAS, A., "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto" *RMTAS*, nº especial de Seguridad Social.

- ESCUDERO ALONSO, L., "La validez de las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en convenio colectivo", AL, nº 18, 2003.
- ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma". RL, I, 1997.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", RL nº 10, 2001.
- ESTEVE SEGARRA, A., *La jubilación forzosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., "Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo" RL, nº 21, 1997.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., "El convenio colectivo como fuente de extinción del contrato de trabajo", RL, nº 21, 1997.
- GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*. Ed. Colex, Madrid, 1998.
- GÁRATE CASTRO, F. J., comentario de la STSJ Galicia de 16 de julio de 1999, en AL nº 3, 2000.
- GARCÍA BLASCO, J., "Las técnicas de creación y fomento del empleo en la negociación colectiva". RL., nº 10, 1989.
- GARCÍA BLASCO, J., "Los compromisos sobre empleo en la concertación social y el papel de la negociación colectiva" en AA.VV (OJEDA AVILÉS, A., dir. y coord.) *La concertación social tras la crisis*. Ed. Ariel, Madrid, 1990.
- GARCÍA MURCIA, (Dir) *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva. Estudio de los convenios de sector (1994-1996)*, Ed. CES, Madrid 1998.
- GARCÍA MURCIA, J., "El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador" REDT, nº 17, 1984.

- GARCÍA NINET, I., *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*. ED. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- GARCÍA NINET, J. I., y VICENTE PALACIO, A., *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCÍA ORTEGA, J., "Lasucesióndecontratistas" en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. MTSS, Madrid, 1987.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R., "La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del estatuto de los Trabajadores", en AA. VV., *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo para la Negociación colectiva de 2002*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.
- GAUDU, F., "Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi", *Droit Social*, nº 4, 1998.
- GETE CASTRILLO, P., *La edad de jubilación como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- GOERLICH PESET, J. M., y BLASCO PELLICER, A., "Una reforma parcial e insuficiente de la extinción del contrato de trabajo" en AA.VV., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La reforma Laboral de 2001 y el Acuerdo de negociación Colectiva para el año 2002*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.
- GÓMEZ CABALLERO, P., en "La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad y la regulación de empleo" *RL*, II, 1992.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. MTSS, Madrid, 1989.

- GOÑI SEIN, J. L., "La extinción por jubilación del trabajador", REDT nº 100, Tomo II.
- LAHERA FORTEZA, J., "Prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes de derecho (Comentario a la STS 4ª de 9 de marzo de 2004)", RL nº 11, 2004.
- LAHERA FORTEZA, J., "Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales" en AA.VV., CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- LAHERA FORTEZA, J., "La negociación colectiva no es fuente de Derecho en el Ordenamiento Laboral español", RL, nº1, 2008, págs. 5-35.
- LLANO SÁNCHEZ, M., "Empresas multiservicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo", RL, nº 2, 2006 (ejemplar de la base de datos).
- LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos*. Tesis Doctoral inédita. Ejemplar multicopiado, Valencia, 1999.
- LÓPEZ GANDÍA J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*. Ed. Tirant Lo Blanch, colección laboral, Valencia, 1997.
- LÓPEZ GANDÍA, J., en "Breve nota sobre el artículo 35 de la Constitución española (Derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo)" en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución española*. Universidad de Valencia, 1980.
- LÓPEZ MORA, F., *La política de empleo, su sistema de fuentes y su proceso de aplicación.*, Valencia, 1994. Ejemplar multicopiado.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Mª C., "Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores", AL, nº 7, 2007 (ejemplar de la base de datos).
- MALDONADO MOLINA, J. A., "La pensión de jubilación tras la Ley 35/2002, de 12 de julio", AL, 2002, ref: LII.

- MARÍN CORREA, J. M^a, en comentario a la sentencia de 7 de septiembre de 1998 del juzgado de lo social nº 1 de Castellón, AL 1998, nº 44, Ref. 1853.
- MARTÍN VALVERDE, A., "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española" en AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Ed. CEC, Madrid, 1980.
- MARTÍN VALVERDE, A., "Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo" en AA. VV., *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1993.
- MARTÍN VALVERDE, A., Y RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., "Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva en España" RL II, 1986.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., "Ampliación y reducción por convenio colectivo de las modalidades y términos de los contratos temporales de trabajo" AL, nº 6, 1998, ref. VI.
- MARTÍNEZ MORENO, C., "Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación" RL, 1999.
- MELLA MÉNDEZ, L., "Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio edades de jubilación forzosa tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores" AL, nº 11, 2002.
- MELLA MÉNDEZ, L., *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MERCADER UGUINA, J. R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- MERINO SENOVILLA, H., y ROMÁN DE LA TORRE, M^aD., "Los convenios de enero y febrero. Las horas extraordinarias como medida de fomento del empleo en la negociación colectiva" RL, I/1987.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a L., "Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores", RL nº 23-24, 2006, págs. 39-75.

- MOLINER TAMBORERO, G., "convenios colectivos y jubilación forzosa. Una primera aproximación al contenido de la disposición transitoria de la Ley 14/2001", AL nº 21, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad (Estudio del ordenamiento interno y comunitario)*, Madrid, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*. MTSS, Madrid, 1988.
- MONEREO PÉREZ, J. L., "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas". RL II., 1986.
- MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo" RMTAS, nº especial de Seguridad Social, 2003.
- NORES TORRES, L. E., *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, CES, Madrid, 2000.
- OJEDA AVILÉS, A., "El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo" en *Empleo contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1999.
- ORTÍZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., "Vinculación de las empresas de trabajo temporal a las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos", AS nº 31, 2007.
- PEDRAJAS MORENO, A., "Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa" en AA.VV., *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. (Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz)* Tirant Lo Blanch, Valencia 1998.
- PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., "Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa", RL nº 11, 2004.

- PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Descentralización productiva y libertad de empresa" en AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (coord) Libertad de empresa y relaciones laborales en España", IES, Madrid, 2005.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Problemas laborales de la deslocalización de empresas", AL nº 3, 2006.
- PÉREZ YÁNEZ, R. M^a., "Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición Adicional 10ª ET" TL nº 61, 2001.
- PRADOS DE REYES, F., "Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva", DL, nº 64, 2001.
- RAY, J. E., "Du collectif al'individuel les oppositions possibles" Droit Social, nº 4, 1998.
- REICH, R. B., *El trabajo de las naciones*, Ed. Vergara, Madrid, 1993.
- RIVERO LAMAS, J., "La descentralización Productiva y las demás formas organizativas de trabajo". Ponencia General al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social, Zaragoza, 29 y 29 de mayo de 1999, ejemplar multicopiado.
- RIVERO LAMAS, J., "Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)" RL II/1997.
- RIVERO LAMAS, J., "Negociación colectiva en los grupos de empresa. Comentario a la SSTs de 30 de octubre de 1995 y 30 de abril de 1996", AL, 1997, marginal 375.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a L., "Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado", RL, nº 19, 2004.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO. M., "Empresas de Trabajo Temporal y negociación colectiva" en *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS. Madrid, 1996.

- RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo" en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E., (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*. Tomo IV, EDERSA.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Encadenamiento de contrataciones y transmisión de empresas" RL, II, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "El carácter indisponible del art. 44 ET", RL, nº 11, 1988.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales" RL, nº 11-12, 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil", RL II/1996.
- RODRÍGUEZ -PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a E., Diez años de "Relaciones Laborales" RL I/1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F., y CASAS BAAMONDE, M^a E., "La reforma del mercado de trabajo <<para el incremento del empleo y la mejora de su calidad>>", RL, nº 7, 2001.
- RUBIO LLORENTE, F., "La libertad de empresa en la Constitución" en BORRAJO DACRUZ, E., (Dir), *La reforma del mercado de trabajo*. Ed. Actualidad, Madrid, 1993.
- SÁEZ LARA, C., "La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los trabajadores y la Jurisprudencia Constitucional y Ordinaria" REDT, nº 25, 1986.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J .A., "La lesión a terceros en la contratación colectiva: el control de lesividad en los convenios colectivos" en *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*. IELSS, Madrid, 1985.
- SALA FRANCO, T., "La sucesión de contrataciones", en AA. VV., PEDRAJAS MORENO, A., *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.

SALA FRANCO, T., *La libertad empresarial de contratación*. IES, Madrid, 1980.

SALA FRANCO, T., "Las empresas de trabajo temporal tras cuatro años de su implantación legal" en AA.VV., PEDRAJAS MORENO, A., (dir.) *Las reformas laborales. Análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

SALA FRANCO, T., y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El incumplimiento empresarial de las cláusulas convencionales de empleo. A propósito de la STCT de 21 de agosto de 1988" en *PODER JUDICIAL*, nº 12, 1989.

SALINAS MOLINA, F., "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora", *RMTAS*, nº 38, 2002.

SANGUINETI RAYMOND, W., "El régimen laboral de la sucesión de empresas: puntos críticos tras su reforma", *RL* nº 21, 2004.

SASTRE IBARRECHE, R., "La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva" *TS*, nº 94, 1998.

SEMPERE NAVARRO, A. V., "La derogación de la Disposición Adicional 10ª ET, sobre jubilación forzosa, y sus consecuencias" en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., (coord.), *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2001.

SEMPERE NAVARRO, A. V., "La preparación del contrato de trabajo" *DL* nº 34.

SEMPERE NAVARRO, A. V., "Una <<Reforma>> vigésimosecular (a propósito del Real Decreto-ley 5/2001)" *AS* nº1, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V., "Libertad de empresa y limitaciones la subcontratación constructiva", *AS* nº 19, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A. V., y CAVAS MARTÍNEZ, F., "Claroscuros en el nuevo régimen Jurídico de la Sucesión de empresa", *AS*, nº 10, 2001.

- SEMPERE NAVARRO, A. V., y NICOLÁS FRANCO, A., "Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva" RMTAS, nº 33.
- SENERA BIEDMA, R., "Igualdad de trato y contratación temporal" en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- SERRANO OLIVARES, R., *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, ed. Tiant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- SOURIAC-ROTSCHILD, M. A., "Engagements et arrangements sur l'emploi: quelle efficacité juridique?" *Droit Social*, nº 12, 1997.
- SUPIOT, A., "Introducción a las reflexiones sobre el trabajo", RIT, vol. 115, nº 6, 1996.
- TORTUERO PLAZA, J. L., "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", RMTAS, nº 33.
- TREU, T., "L'influenza dei processi di globalizzazione sulla trasformazione del sistema delle fonti" en AA.VV., STEFANIA SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e Diritto del Lavoro. Il ruolo degli ordnamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.
- VALDÉS DAL-RE, F., "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo " RL nº 22, 2001.
- VALDÉS DAL-RE. F., "La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales", RL II/1998.
- VICENTE PALACIO, M. A., "El objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de vigilancia y seguridad: contratos mercantiles y concesiones administrativas". DL, nº 47, 1995.
- VICENTE PALACIO, M^a A., *El contrato de trabajo para obra o servicio determinado*. Ed. Tirant Lo Blanch, monografías, Valencia, 1996.

