

B. ***Continguts negocials***

I. COMPROMISOS D'OCUPACIÓ I LIMITACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ EXTERNA DE SERVEIS I DE RECURSOS HUMANS

I.1. INTRODUCCIÓ

Als darrers anys, la negociació col·lectiva ha ampliat els seus continguts i ha passat d'ocupar-se únicament del treballador ocupat a prendre igualment en consideració el treballador que cerca ocupació. És una realitat que les qüestions relatives al foment de l'ocupació estan sent tractades de manera creixent per la negociació col·lectiva actual, més centrada en el treball que en el treballador.

Amb tot, cal reconèixer que aquesta funció de foment de l'ocupació no és nova, ja que durant els anys vuitanta se n'havia conegut un desenvolupament incipient, si bé limitat a les figures de la jubilació forçosa i anticipada, així com a la limitació de les hores extraordinàries, sense assolir, però, resultats satisfactoris. Haurem d'esperar, per tant, fins a la segona meitat dels anys noranta per conèixer un tractament convencional més o menys generalitzat i diversificat de les qüestions relatives a l'ocupació. Certament, en l'actualitat, les figures de la jubilació forçosa i de limitació de les hores extraordinàries no són ni les úniques ni les més importants mesures de foment de l'ocupació. No obstant, però, cal admetre que la jubilació forçosa encara apareix a molts convenis col·lectius i que les hores extraordinàries, lluny de limitar-se, s'estan acceptant com a fórmula de flexibilitat de la jornada de treball i, per tant, com a moneda de canvi per a mantenir els llocs de treball de caràcter estable.

En tot cas, i encara que, en termes generals, s'adverteix una evolució positiva en el tractament convencional del foment de l'ocupació, cal subratllar, d'una banda, que és la negociació col·lectiva de nivell supraempresarial la que ha anat assumint i continua assumint amb més intensitat aquesta funció de foment, i, d'altra banda, que després d'un període en què l'objectiu convencional prioritari va ser el foment de la qualitat de l'ocupació (1997-2001) mitjançant el foment de la contractació estable, sembla dibuixar-se un canvi de tendència consistent en el foment de l'ocupació en termes quantitius, és a dir, es potencia el manteniment i la creació de nous llocs de treball, fins i tot de caràcter temporal, perquè ha disminuït el nombre de convenis col·lectius que inclouen compromisos de limitació de la contractació temporal o de conversió de treballadors temporals en fixos.

Aquest canvi de tendència, la confirmació del qual requerirà un lapse temporal més ampli, entenem que guarda relació amb les últimes línies de tendència de la política pública de foment de l'ocupació, impulsada des de l'Estat.

Així, a partir de l'Acord interconfederal per a l'estabilitat en l'ocupació de 1997, els programes públics anuals de foment de l'ocupació dels anys posteriors van posar l'accent en la necessitat de corregir l'excés de treball temporal existent, fins a relegar a un segon plànol la finalitat de creació neta d'ocupació. No obstant això, però, la reforma laboral del 2001, sense abandonar totalment l'objectiu d'estabilitat en l'ocupació, va prioritzar novament el de creació d'ocupació en termes quantitius, fins i tot temporal.¹ En efecte, tot i que la Llei 12/2001, de 9 de juliol, per al foment de l'ocupació i la millora de la seva estabilitat, en compliment de la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada, millora notablement el règim jurídic dels contractes temporals i efectua una crida expressa a la negociació col·lectiva perquè estableixi mesures adreçades a evitar els abusos en la utilització successiva de la contractació temporal, no és menys cert que *"la reforma no sembla perseguir tant un descens significatiu de la ràtio de temporalitat del nostre mercat de treball, sinó més aviat <normalitzar> l'ús de la contractació temporal i la seva*

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.-VALDÉS DAL-RÉ, F.-CASAS BAAMONDE, M.E.: "La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad", Relaciones Laborales, 2001-I, p. 68.

acceptabilitat també pels tribunals i reduir a aquest fi la diferència de protecció en cas d'extinció del contracte entre la contractació temporal i la indefinida².

D'altra banda, interessa destacar que la reforma laboral 2001 introdueix modificacions substancials en el règim jurídic del contracte a temps parcial amb la finalitat d'afavorir-ne l'ús, tot simplificant i flexibilitzant notablement aquesta figura. Amb raó s'ha dit que allò decisiu de la reforma del contracte a temps parcial és que "aquest, en comptes de ser tractat com una modalitat contractual la tipicitat jurídica del qual respon a un element de caràcter quantitatiu, torna a ser configurat com una tècnica senzilla de gestió del temps de treball, com un mitjà per implantar fórmules de jornada no ja flexible sinó variable"³.

A més a més, la Llei 12/2001 introdueix un nou supòsit de temporalitat –el contracte d'inserció– alhora que amplia considerablement els col·lectius amb els quals podrà subscriure un contracte per a la formació, amb una evident finalitat de foment de l'ocupació, fins i tot temporal, de determinats col·lectius amb especials dificultats d'inserció en el mercat de treball.

En aquesta línia de foment de l'ocupació en termes quantitius se situa també la Llei 45/2002, de 12 de desembre, de mesures urgents per a la reforma del sistema de protecció per atur i millora de l'ocupabilitat, que, entre d'altres coses, va operar una redefinició del concepte d'"ocupació adequada" en termes bastant més restrictius i va reforçar les obligacions de l'aturat tot imposant-li la signatura d'un compromís d'activitat; mesures que, a la pràctica, suposen que l'aturat vegi limitat el seu dret a seleccionar una ocupació.

Així mateix, a partir del 2002, els programes anuals d'incentius a la contractació, sense abandonar l'objectiu de foment de la contractació indefinida de determinats col·lectius tradicionalment caracteritzats per les seves dificultats d'accés i manteniment al mercat de treball, incentiven econòmicament la contractació, inclús temporal, de persones que pertanyen a col·lectius amb especials dificultats d'inserció i/o manteniment en el mercat de treball.

De tot el que s'ha exposat pot concloure's que la nostra més recent política pública de foment de l'ocupació sembla aproximar-se al model anglosaxó, centrat en la millora quantitativa de l'ocupació, l'èxit del qual, en termes de taxa d'atur, es deu en bona part al fet de potenciar la creació d'ocupació amb independència de la seva estabilitat, de la qual cosa n'han resultat instruments clau a aquests efectes la contractació temporal, la contractació a temps parcial, així com l'elevat nivell de flexibilitat en l'organització del treball.

Aquesta tendència, però, pot veure's frenada arreu del diàleg social que actualment s'està desplegant entre el Govern socialista i els agents socials i que pot conduir a una reorientació envers la política de foment de l'ocupació estable, ja que un dels grans objectius de la reforma laboral projectada és la de limitar la contractació temporal.

Amb tot, interessa destacar que l'Acord interconfederal per a la negociació col·lectiva 2005, tot i apostar novament per millorar la qualitat de l'ocupació i afavorir l'estabilitat en l'ocupació i la qualificació professional, apostilla que aquest objectiu s'ha de dur a terme "sens perjudici de mantenir un marc de contractació temporal que permeti respondre a necessitats conjunturals".

1.2. TIPOLOGIA DE CLÀUSULES D'OCUPACIÓ A LA NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA

Les clàusules d'ocupació a la negociació col·lectiva responen a una doble tipologia.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.-VALDÉS DAL-RÉ, F.-CASAS BAAMONDE, M.E.: "La reforma del mercado de trabajo...", op. cit., pàg.80. Dels mateixos autors vegeu "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo <para el incremento del empleo y la mejora de su calidad>, Relaciones Laborales, 2001-I, p. 11.

³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.-VALDÉS DAL-RÉ, F.-CASAS BAAMONDE, M.E.: "La reforma del mercado de trabajo...", op. cit., p. 84.

La negociació col·lectiva a Catalunya

D'una banda, les **clàusules d'ocupació quantitatives** persegueixen l'objectiu de crear ocupació o mantenir el volum d'ocupació existent a l'empresa, mitjançant diverses fórmules, sent les més comunes les següents:

a) el compromís de contractació de treballadors fixos, molt més freqüent a la negociació col·lectiva d'àmbit empresarial;

Així, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472) al seu art.77 estableix:

“Ocupació i contractació.- (...) a) Comodins de delegació de vendes: creació d'11 i 10 fixos discontinus els anys 2002 i 2003, respectivament, per a les suplències d'IT i vacances.

Xofer-repartidor: creació de 20 contractes fixos per atendre rutes de CLS entre 2002 i 2003 (10+10) amb retribucions totals de 18.000 euros distribuïts entre salaris més prima de finalització de la tasca i règim de descans setmanal d'una setmana completa cada 5 setmanes de feina de dilluns a dissabte. Els xofers-repartidors actuals poden mantenir com a condició més beneficiosa el règim de jornada i descans actual o acollir-se al nou règim.

Reposadors: creació de 5 contractes fixos l'any 2002. Caldrà treballar diumenges i festius, segons les necessitats dels clients, i el règim de descans setmanal és de setmana completa cada 5 setmanes de feina. Treballar en diumenges i festius es compensarà amb a) la percepció del plus festiu establert en conveni en proporció als diumenges i festius treballats a més del dia de descans corresponent, que serà el dia feiner següent o el que acordin Empresa i treballador, o b) amb la percepció del plus de treballs extres en festius.

Transformació, l'any 2002, de 12 contractes fixos discontinus a temps complet en indefinits a temps complet (10 en el sector del pa, 1 en el de brioixeria i 1 al magatzem).

Transformació, l'any 2002, de 5 ajudants fixos discontinus en indefinits a temps complet amb horari i jornada flexibles per a substitució d'IT”.

És el cas també del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Skis Rossignol de España, SA (centre de treball d'Artés) per als anys 2003 i 2004 (codi de conveni núm. 0804011) que al seu art.44 disposa:

“Com a conseqüència de la modificació del concepte de nocturnitat, així com el seu dret i import en els termes esmentats, l'empresa durant el període comprès entre l'1 de gener del 2003 i el 31 de desembre del 2004, contractarà 20 persones amb contractes de caràcter fix discontinu”.

Cal destacar igualment el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Robert Bosch España Fábrica Castellet, SA (centre de treball de Castellet i la Gornal), per als anys 2002 i 2003 (codi de conveni núm. 0808551) que al seu art.35.5 indica:

“Durant la vigència del quart conveni col·lectiu (anys 2002 i 2003) s'han de fer 25 contractacions indefinides d'indirectes.

Si durant el segon trimestre del 2003 la plantilla d'eventuals (operaris directes) no baixa de 80 eventuals (operaris directes) s'han de fer 10 contractacions indefinides d'operaris directes (...)”.

En la mateixa línia, si bé amb un menor grau de concreció, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Urbaser, SA (abans Cosbapsa) de Calafell i Segur de Calafell per als anys 2002-2005 (codi de conveni núm. 4300781) al seu art.42 disposa:

“Condicions d'ocupació i estabilitat.- Mitjançant el present conveni col·lectiu es garanteix que en funció del que es determini en el plec de condicions que es trobi vigent a cada moment de l'Ajuntament de Calafell, els llocs necessaris i considerats com a estructura bàsica per al bon desenvolupament del servei, s'hauran de cobrir amb llocs de treball estable”.

b) la limitació del poder de contractació de l'empresa mitjançant l'obligació de contractar, en igualtat de condicions, el treballador que porti més temps a l'atur⁴ o la prohibició de contractar personal jubilat⁵ o personal pluriocupat,⁶ prohibició que planteja dubtes d'inconstitucionalitat des de la perspectiva del dret al treball previst a l'art.35.1 CE en relació amb l'art. 14 CE (igualtat de tractament) i 17.1 ET (prohibició de discriminació per raó d'edat, en el cas del personal jubilat). No obstant això, aplicant en aquest punt la doctrina constitucional sobre la jubilació forçosa imposada per conveni col·lectiu, podria considerar-se admissible la limitació de què tractem, en la mesura en què aquesta és justificada en una raó objectiva i raonable com ara la de foment de l'ocupació en l'empresa, sempre que la jubilació forçosa s'acompanyi d'una mesura concreta de promoció de l'ocupació.

c) la limitació del poder d'acomiadar per causes empresarials durant la vigència del conveni col·lectiu;

En aquest sentit, l'art.77 del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472):

“Ocupació i contractació.- (...) b) Els volums de producció de la fàbrica de Santa Perpètua de les línies de donuts, Donettes, Bollycao, pa de motlle, brioixeria fresca i Grisines s'han de mantenir, com a mínim, en la situació actual; tot això, sens perjudici que l'Empresa activi totes les accions que convinguin per incrementar el volum de producció de les línies esmentades o de les noves que es puguin instal·lar. De la mateixa manera, la plantilla de 500 treballadors, que va ser objectiu de creació d'ocupació compromesa per a la fàbrica de Santa Perpètua en l'acord del IX conveni, es mantindrà per a la vigència del conveni, llevat de crisis en els mercats que afectin els volums de producció compromesos en el paràgraf anterior o millores tecnològiques que afectin l'ocupació. En aquests casos, l'empresa està obligada a complir el que s'ha establert en l'apartat a) de garanties d'aquest mateix article”.

d) el compromís de manteniment del nivell d'ocupació vigent a l'empresa mitjançant l'obligació de cobertura de les baixes que s'hi produeixen o bé de les vacants degudes a supòsits de suspensió del contracte de treball amb dret de reserva del lloc de treball.

És el cas del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Municipal de Serveis, SA, de Girona, per a l'any 2000 (codi de conveni núm. 1700361) que al seu art.41 disposa:

“Baixes definitives del personal fix de plantilla.- Pel que fa a la petició dels representants dels treballadors de mantenir la plantilla de fixos, l'empresa es compromet a mantenir en tot moment la plantilla, de manera que quan es produeixin baixes definitives en el personal fix de plantilla, aquesta plaça l'ha d'ocupar el treballador que es trobi vinculat per contracte de treball temporal de qualsevol tipus i, entre ells, el qui faci més temps que presti els seus serveis dins de la mateixa categoria, el qual passa a tenir consideració de fix de plantilla”.

En la mateixa línia, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472) estableix:

⁴ Així, article 43 del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Municipal de Serveis, SA, de Girona, per a l'any 2000 (codi de conveni núm. 1700361):

“Les vacants o noves places s'han de cobrir per concurs oposició; en cas de concurrència de diferents candidats igualment capacitats, aquesta plaça l'ha d'ocupar el treballador que faci més temps que estigui a l'atur”.

⁵ conveni col·lectiu de treball del sector de consignataris de vaixells de la província de Tarragona per als anys 2003-2004 (codi de conveni núm. 4300135) (art.12); conveni col·lectiu de treball de sector de les indústries de l'oli i els seus derivats de la província de Tarragona per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 4300385) (art.32); conveni col·lectiu de treball del sector de les escoles d'educació especial de Catalunya per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 7900215), (art.14.2).

⁶ Així, conveni col·lectiu de treball de les indústries de la fusta de la província de Barcelona per als anys 2001-2003 (codi de conveni núm. 0805785) (art.46); conveni col·lectiu de treball del sector de les indústries siderometal·lúrgiques de la província de Girona per als anys 2001, 2002, 2003 i 2004 (codi de conveni núm. 1700305) (art.58); conveni col·lectiu de treball del sector de consignataris de vaixells de la província de Tarragona per als anys 2003-2004 (codi de conveni núm. 4300135) (art.12); conveni col·lectiu de treball de sector de les indústries de l'oli i els seus derivats de la província de Tarragona per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 4300385) (art.32); conveni col·lectiu de treball del sector de les escoles d'educació especial de Catalunya per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 7900215) (art.14.3).

La negociació col·lectiva a Catalunya

“Article 77 ocupació i contractació.- (...) d) En cas de baixa a l'Empresa per invalidesa permanent o defunció del substituït, l'interí es convertirà en indefinit amb la categoria i el salari de l'ajudant”.

(...)

Article 79.- Acomiadament disciplinari.- En els casos d'acomiadament disciplinari, si aquest acomiadament és declarat improcedent per una sentència ferma de la jurisdicció laboral i l'empresa opta per abonar la indemnització, no pot amortitzar el lloc de treball, per la qual cosa cal que contracti un altre treballador amb contracte indefinit, o bé que reconegui aquesta situació a algun dels treballadors que presten servei a l'Empresa amb contracte temporal”.

e) la supressió de les hores extraordinàries habituals i la limitació de les estructurals a supòsits més o menys excepcionals. Ara bé, convé destacar que s'utilitza una terminologia desfasada, perquè la normativa vigent ja no regula el concepte d'hores estructurals. Interessa subratllar en aquest punt que un nombre considerable de convenis col·lectius, sobretot de nivell supraempresarial, preveuen la intervenció dels representants dels treballadors en la concreció de la concurrència dels supòsits que determinen la possibilitat de realitzar hores extraordinàries estructurals.

D'altra banda, interessa subratllar el fet que la majoria de convenis col·lectius de nivell empresarial fixen com a obligatòries les hores extraordinàries definides com a estructurals, alhora que no imposen la compensació de les hores extraordinàries mitjançant descans, i es limiten a recomanar aquesta via compensatòria o a reconèixer la possibilitat d'opció a favor de l'empresa, amb l'inconvenient que el període de descans compensatori haurà de fixar-se d'acord amb les necessitats del servei. Fins i tot, alguns convenis, tot i ser minoritaris, estableixen la impossibilitat de descans compensatori.⁷

En canvi, a nivell supraempresarial,⁸ són més abundants els convenis que subratllen el caràcter excepcional de les hores extraordinàries en la perspectiva de repartiment de l'ocupació i fixen com a voluntàries per al treballador les hores extraordinàries estructurals, tot i que, pel que fa a la forma de compensar-les, tampoc s'imposa normalment el descans compensatori, si bé aquesta possibilitat de compensació es remet sovint al mutu acord de les parts i no així a la decisió empresarial unilateral. Com s'ha avançat, una altra característica pròpia de la regulació convencional de les hores extraordinàries a nivell supraempresarial és que s'articula amb més freqüència que a nivell empresarial un cert control per part dels representants dels treballadors quant a la concurrència de la causa o, en d'altres termes, a la necessitat de la seva realització.⁹

⁷ Així, el conveni col·lectiu de treball de les empreses municipals del grup Fisersa, de Figueres, per al 2004-2007 (codi de conveni núm. 1701513) al seu art.38 estableix:

“Hores extraordinàries, reserves (reforços) i altres.- (...)

2. Tenint en compte el caràcter de serveis públics dels treballs encomanats a aquestes empreses, s'han de considerar hores estructurals les necessàries per casos de força major: períodes punta de producció, absències imprevistes, reparació d'avaries en moments imprevistos i treballs en moments que ocasionin menys molèsties als ciutadans.

3. Les hores extraordinàries s'han de fer sempre de forma voluntària per part dels treballadors, excepte totes aquelles a què s'ha fet referència en l'apartat anterior. (...)

4. (...) c) Les hores estructurals i les reserves no són compensables per temps equivalent de descans”.

⁸ Així, per exemple, conveni col·lectiu de treball del sector del comerç del metall de la província de Barcelona per als anys 2001-2004 (codi de conveni núm. 0800765) (art.33); conveni col·lectiu de treball de manteniment de cabines, suports i telèfons d'ús públic de la província de Barcelona per als anys 2001-2002 (codi de conveni núm. 0811735) (art.21); conveni col·lectiu de treball del comerç en general de la província de Girona per a 2002-2003 (codi de conveni núm. 1700035) (art.29); conveni col·lectiu de treball del sector de xocolates, bombons i caramels de la província de Girona per als anys 2001, 2002, 2003 i 2004 (codi de conveni núm. 1700585) (art.8).

⁹ Així, per exemple, el conveni col·lectiu de treball del sector de les indústries siderometal·lúrgiques de la província de Girona per als anys 2001, 2002, 2003 i 2004 (codi de conveni núm. 1700305) estableix al seu art.39:

“Davant la greu situació d'atur existent i amb l'objecte d'afavorir la creació d'ocupació, ambdues parts acorden la conveniència de reduir, al mínim indispensable, les hores extraordinàries amb subjecció als següents criteris:

A la vista del que s'ha exposat, cal concloure que, amb l'objectiu de repartiment de l'ocupació, caldria fer més atractiva per als treballadors la compensació amb descans i poder-se aplicar un increment de descans sobre l'hora ordinària equiparable a l'increment pecuniari que se sol reconèixer de manera convencional, i possibilitant-se, alhora, i en la mesura en què les necessitats organitzatives de l'empresa ho permetin, el gaudi acumulat del descans compensatori d'acord amb les necessitats i preferències dels treballadors.

Amb tot, mereixen ser destacats alguns convenis col·lectius que imposen el descans compensatori¹⁰ o prioritzen el descans compensatori i atorguen el dret d'opció al treballador¹¹ i imposen la seva acumulació en un període mínim de temps de tal forma que es possibiliti la contractació d'un treballador substitut.

Així, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472) al seu art.76 estableix:

"Manteniment de l'ocupació.- (...)

3. Per tal de promoure la creació d'ocupació, cal suprimir les hores extraordinàries habituals; no obstant això, les que resultin imprescindibles de realitzar per avaries, suplències i "períodes punta" i que no sigui possible

1. Hores extraordinàries habituals: Supressió.

2. Hores extraordinàries que vinguin exigides per la necessitat de reparar sinistres o altres danys extraordinaris i urgents, i també en cas de risc de pèrdua de matèries primeres: Realització.

3. Hores extraordinàries necessàries per a comandes o períodes punta de producció, absències imprevistes, canvis de torn o altres circumstàncies de caràcter estructural derivades de la naturalesa de l'activitat de què es tracti: Manteniment, sempre que no tingui cabuda la utilització de les diferents modalitats de contractació temporal o parcial previstes per la llei.

La direcció de l'empresa ha d'informar mensualment al comitè d'empresa, als delegats de personal i delegats sindicals, sobre el nombre d'hores extraordinàries realitzades, especificant les causes i, si fos el cas, la distribució per seccions. Tanmateix, en funció d'aquesta informació i dels criteris assenyalats en aquest article, l'empresa i els representants legals dels treballadors han de determinar el caràcter i naturalesa de les hores extraordinàries.

L'incompliment dels límits màxims de realització d'hores extraordinàries previstes a l'article 35 de l'Estatut dels treballadors (80 a l'any) s'ha de considerar falta greu als efectes del que estableix l'article 57 de l'esmentat Estatut.

En funció de l'objectiu d'ocupació abans esmentat i de les experiències internacionals en aquesta matèria, les parts signants consideren positiu assenyalar la possibilitat de compensar les hores extraordinàries estructurals per un temps equivalent de descans en lloc de ser retribuïdes monetàriament. El seu valor és el de l'hora ordinària i a cada empresa s'ha de negociar la seva compensació per 1 hora de descans o el seu pagament (...)"

Altre exemple el trobem a l'art. 20 del conveni col·lectiu de treball del sector de consignataris de vaixells de la província de Tarragona per als anys 2003-2004 (codi de conveni núm. 4300135):

"Hores estructurals.- Es consideren hores estructurals les hores extraordinàries que estiguin motivades per comandes imprevistes, períodes punta de producció, absències imprevistes, canvis de torn, o altres circumstàncies de caràcter estructural derivades de la naturalesa de l'activitat de què es tracti, sempre que no puguin ésser substituïdes per la utilització de les diverses modalitats de contractació previstes legalment.

Procedimentalment es concretaran en l'àmbit de cada empresa entre els representants dels treballadors i la seva direcció.

La seva realització ha de ser completament voluntària per part dels treballadors, llevat de les excepcions previstes a la llei vigent".

¹⁰ conveni col·lectiu de distribuïdors majoristes d'alimentació de Barcelona i província per als anys 2003-2006 (codi de conveni núm.0801355) (art.29); conveni col·lectiu de treball de l'empresa 96 de Comunicaciones, SL per al període de l'1.1.1999 al 31.12.2001 (codi de conveni núm. 0810282) (art.17).

¹¹ En aquest sentit, entre altres, conveni col·lectiu de treball de l'empresa Colomer Beauty and Professional Products, SL (centre de treball del carrer Potosí, 7, de Barcelona), per als anys 1999 i 2000 (codi de conveni núm. 0802251) (art.34); conveni col·lectiu de treball de manufactures de productes abrasius de la província de Barcelona per al període 1.4.2003-31.3.2006 (codi de conveni núm. 0802365) (art.34).

La negociació col·lectiva a Catalunya

de cobrir amb contractació no podran superar les 80 hores l'any per treballador, i tindran totes la consideració legal d' "hores estructurals".

El treballador ha d'escollir si prefereix una compensació en metàl·lic segons els preus fixats en l'article 37 del conveni col·lectiu vigent de l'empresa o si prefereix un descans compensatori, que pot triar entre dues modalitats:

(...)

Els períodes de descans compensatori s'acumulen fins a integrar almenys una jornada setmanal completa, de manera que se'n faciliti la substitució per contractacions per un període igual a l'esmentat.

De comú acord de la Direcció i el mateix interessat, cal determinar les dates d'aquest descans compensatori, que es realitzarà aquest mateix any i de manera que sigui compatible amb el manteniment del procés productiu normal".

Finalment, s'ha de tenir en compte que són cada cop més freqüents els convenis col·lectius que utilitzen la distribució irregular de la jornada com a mecanisme per neutralitzar les hores extraordinàries, de tal manera que la supressió o reducció progressiva de les dites hores vindrà de la mà d'una major flexibilitat en la gestió del temps de treball i no així de l'objectiu d'assolir un repartiment de l'ocupació amb vistes a la creació d'ocupació.

En aquest sentit s'expressa el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Can Vicenç, SA, per a l'any 2004 (codi de conveni núm. 4301522) disposa al seu art.30:

"Com a màxim, es poden realitzar 70 hores extraordinàries l'any, si bé amb aquests efectes, no s'han de computar les compensades mitjançant descans durant els quatre mesos següents a la seva realització.

No s'han de considerar extraordinàries les hores de treball que ultrapassin la jornada de 40 hores setmanals, si no superen la jornada ordinària anual o de cicles inferiors en la distribució setmanal que s'hagi pactat.

No s'han de tenir en compte, als efectes de còmput del nombre màxim, l'excés de les hores treballades per prevenir o reparar sinistres o altres danys extraordinaris i urgents".

f) la fixació de la jubilació forçosa a l'edat de 65 anys; la previsió de la jubilació anticipada voluntària a partir dels 60 anys o a l'edat de 64 anys ex Reial decret 1194/1985¹² o la jubilació parcial en el marc de l'art.12.3 ET. Tot i que en aquests casos la finalitat declarada és la de creació d'ocupació, per regla general només s'imposa l'obligació de simultània contractació de treballadors en els dos últims supòsits indicats, tal com obliga la legislació vigent. En tot cas, cal matisar que la possibilitat de l'empresa i dels treballadors d'acollir-se a la jubilació parcial no sol recollir-se en l'àmbit empresarial, i són més freqüents les clàusules que recomanen aquesta figura en l'àmbit supraempresarial.¹³

En aquest punt, interessa referir-se breument a la figura de la jubilació forçosa, ja que la Llei 12/2001 va suposar la derogació de la D.A.10^a de l'Estatut dels treballadors en virtut de la qual s'autoritzava el Govern a fixar un límit màxim d'edat com a instrument per realitzar una política d'ocupació, i, alhora, es permetia expressament a la negociació col·lectiva establir lliurement edats de jubilació sense perjudici del que es disposa en matèria de Seguretat Social. Una part de la doctrina científica iuslaboralista va interpretar la dita derogació en el sentit que aquesta només afectava la possibilitat del Govern de fixar un límit màxim d'edat, però no impedia que, en endavant, la negociació col·lectiva preveïés la figura de que es tracta en

¹² La majoria de convenis col·lectius tant de tipus empresarial com supraempresarial preveuen la possibilitat de jubilació anticipada a partir dels 60 o a l'edat de 64 anys d'acord amb el que preveu el Reial decret 1194/1985.

¹³ Així, per exemple, el conveni col·lectiu de treball del sector del comerç del metall de la província de Barcelona per als anys 2001-2004 (codi de conveni núm. 0800765) estableix al seu art.18.3: "Es recorda a les empreses el avantatges que produeix la utilització del contracte de relleu i jubilació parcial que regula l'article 12 de l'Estatut dels treballadors". En la mateixa línia, conveni col·lectiu de la indústria vinícola de Vilafranca del Penedès per als anys 2002-2004; conveni col·lectiu del sector de les escoles d'educació especial de Catalunya per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 7900215) (art.8).

base, d'una banda, a la facultat de regulació pròpia – no derivada de la Llei – que tenen els representants dels treballadors i empresaris (art.37.1 CE), i, d'altra banda, en l'àmplia llibertat de contingut convencional derivada de l'art.85.1ET, sempre i quan s'acomplissin els requisits exigits per la jurisprudència constitucional¹⁴ a propòsit de la jubilació forçosa, és a dir, que el treballador hagi acomplert els períodes de carència necessaris per a l'adquisició del dret a la pensió de jubilació, i que la jubilació forçosa vingui justificada de forma directa en raons de repartiment de l'ocupació.

Aquesta interpretació, però, va ser refusada expressament pel Tribunal Suprem que, en Sentència de 9 de març de 2004,¹⁵ va sostenir per primera vegada que, després de la derogació de la D.A.10ª de l'Estatut dels treballadors, ja no era factible establir per negociació col·lectiva edats de jubilació forçosa. Amb tot, importa destacar que aquesta nova línia jurisprudencial ha quedat superada amb la recent promulgació de la Llei 14/2005, d'1 de juliol (BOE de 2 de juliol del 2005), sobre les clàusules dels convenis col·lectius referides al compliment de l'edat ordinària de jubilació, que té per objecte incorporar al TRLET una nova disposició adicional 10ª, perquè els convenis col·lectius puguin establir, en determinats supòsits i sota certs requisits, l'extinció del contracte de treball en complir el treballador l'edat ordinària de jubilació. A banda del requisit que el treballador ha de tenir cobert el període mínim de cotització, així com complir la resta de requisits exigits per la legislació de Seguretat Social per tenir dret a la pensió de jubilació, la nova disposició exigeix que la jubilació forçosa aparegui vinculada a *“objectius coherents amb la política d'ocupació expressats al conveni col·lectiu, com ara la millora de l'estabilitat en l'ocupació, la transformació de contractes temporals en indefinits, el manteniment de l'ocupació, la contractació de nous treballadors, o qualsevol altre que s'adreci a afavorir la qualitat de l'ocupació”*.

Interessa indicar-hi que tant l'Acord interconfederal per a la negociació col·lectiva 2005 (ANC-2005), signat el 4 de març del 2005, entre UGT i CC.OO. i CEOE i CEPIME, com l'Acord interprofessional de Catalunya (2005-2007), signat el 17 de juny del 2005, entre CC.OO. de Catalunya i la UGT de Catalunya, d'una banda, i Foment del Treball Nacional, de l'altra, consideren convenient que els convenis col·lectius estableixin clàusules que possibilitin l'extinció del contracte de treball quan els treballadors arribin a l'edat ordinària de jubilació amb el període mínim de cotització cobert, sempre que la mesura es vinculi a objectius coherents amb la política d'ocupació com ara la millora de l'estabilitat en l'ocupació, la transformació de contractes temporals en indefinits, el manteniment de l'ocupació, la contractació de nous treballadors o qualsevol altre que estigui dirigit a afavorir la qualitat en l'ocupació.

No obstant, però, des del punt de vista negocial, cal subratllar que la negociació col·lectiva posterior a la reforma legislativa laboral 2001 ha continuat preveient de forma majoritària clàusules de jubilació forçosa als 65 anys, tant de tipus empresarial com supraempresarial, sense incloure normalment compromisos concrets de foment de l'ocupació, la qual cosa l'ha situat al marge de la legalitat vigent.¹⁶

¹⁴ STCO 22/1981, de 2 de juliol; 58/1985, de 30 d'abril; 95/1985, de 29 de juliol i 111/1985 a 136, d'11 d'octubre. Resumidament, aquests pronunciaments venen estableixen que la limitació del dret individual a mantenir el lloc de treball és justificada des d'un plànol col·lectiu per raons de solidaritat i de garantia de la igualtat real i efectiva, la participació de tots en la vida econòmica del país, així com el benestar general.

¹⁵ RJ 2004/873.

¹⁶ És el cas, entre d'altres, del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Canepina, SL, de la localitat de Lleida (Segrià), per a l'1.1.2003 al 31.12.2004 (codi de conveni núm. 2500881) (art.33); conveni col·lectiu de treball de l'empresa Hospital i Llars de la Santa Creu Jesús - Tortosa (GESAT) per als anys 2003-2005 (codi de conveni núm. 4300892) (art.53); conveni col·lectiu de treball de l'empresa Frape Behr, SA (centre de treball de la Zona Franca), per als anys 2002-2005 (codi de conveni núm. 0801971) (art.31); conveni col·lectiu de treball de l'empresa Colomer Beauty and Professional Products, SL (centre de treball del carrer Potosí, 7, de Barcelona), per als anys 1999 i 2000 (codi de conveni núm. 0802251) (art.48.2); conveni col·lectiu de treball de l'empresa SPM Parc Zoològic de Barcelona, SA, per al període 15.12.1997-31.12.1999 (codi de conveni núm. 0803272) (art.26); conveni col·lectiu de l'empresa Societat Cooperativa Catalana Limitada del Mercat Central del Peix per al període 1.9.1997-1.8.1998 (codi de conveni núm.0803742) (art.14); conveni col·lectiu de treball de l'empresa Productos Mauri, SA, per als anys 1997 i 1998 (codi de conveni núm.0808362) (art.39); conveni col·lectiu de treball de manufactures de productes abrasius de la província de Barcelona per al període 1.4.2003-31.3.2006 (codi de conveni núm. 0802365) (art.65); conveni col·lectiu de treball de les indústries de la fusta de la província de Barcelona per als anys 2001-2003 (codi de conveni núm. 0805785) (art.41); conveni col·lectiu de treball del sector de la construcció i obres públiques de la província de Girona per al període de l'1.6.2003 al 31.5.2004 (codi de conveni 1700055) (art.30); conveni col·lectiu de treball del sector de les

La negociació col·lectiva a Catalunya

En canvi, tot i ser anecdòtica, cal destacar la regulació d'alguns convenis col·lectius que sí que fixen compromisos d'ocupació a canvi de la imposició de la jubilació obligatòria als 65 anys.

Així, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Fercable, SA (centre de treball de Sant Vicenç dels Horts) per als anys 2001-2003 (codi de conveni núm. 0805932), estableix un necessari compromís d'ocupació per als casos de jubilació obligatòria, tot i que no imposa la contractació amb caràcter estable o indefinit. Així, al seu art. 34 estableix:

“La jubilació dels treballadors de l'empresa és obligatòria als 65 anys d'edat, i l'empresa no pot amortitzar el corresponent lloc de treball, per la qual cosa ha de contractar un altre treballador per ocupar-lo, contractació que s'ha d'efectuar, com a màxim, dins dels 3 mesos següents a la data en què s'hagi produït la baixa per jubilació. El contracte del treballador substituït pot adoptar qualsevol de les modalitats establertes per la llei (excepte ETT)”.

En la mateixa línia, el conveni col·lectiu de la indústria vinícola de Vilafranca del Penedès per als anys 2002-2004 disposa al seu art.27:

“Tots els treballadors afectats per aquest conveni s'han de jubilar forçosament en complir 65 anys d'edat, sempre que s'hagi produït un increment de la contractació en el sector afectat pel conveni igual, com a mínim, al nombre de treballadors que s'hagin hagut de jubilar forçosament (...)”.

D'altra banda, la negociació col·lectiva regula un segon tipus de clàusules d'ocupació, **les clàusules d'ocupació qualitatives**, que pretenen millorar la qualitat de l'ocupació mitjançant diverses fórmules:

a) fomentant la conversió de treballadors temporals en fixos sota la modalitat de contracte per al foment de la contractació indefinida a l'empara de la D.A. 2ª de la Llei 63/1997, de 26 de desembre, i, posteriorment, un cop derogada aquesta norma legal, de la D.A. 1ª de la Llei 12/2001, de 9 de juliol, de mesures urgents de reforma del mercat de treball per a l'increment de l'ocupació i la millora de la seva qualitat;¹⁷ imposant la conversió d'un determinat percentatge de treballadors temporals en fixos;¹⁸ imposant la dita conversió quan es superi determinat percentatge de temporalitat a l'empresa¹⁹, o bé, per

indústries siderometal·lúrgiques de la província de Girona per als anys 2001, 2002, 2003 i 2004 (codi de conveni núm. 1700305) (art.55); conveni col·lectiu de treball del sector del comerç en general de les comarques de Lleida per al període de l'1.1.2002 al 31.12.2003 (codi de conveni núm. 2500065) (art.14); conveni col·lectiu de treball de sector de les cooperatives del camp de la província de Tarragona per als anys 2003-2004 (codi de conveni núm. 4300165) (Art.63); conveni col·lectiu de treball per a les indústries siderometal·lúrgiques de la província de Tarragona per als anys 2003-2006 (codi de conveni núm. 4300405) (Art.49); conveni col·lectiu de treball del sector de les escoles d'educació especial de Catalunya per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 7900215) (art.14.1).

¹⁷ *conveni col·lectiu de treball de manufactures de productes abrasius de la província de Barcelona per al període 1.4.2003-31.3.2006 (codi de conveni núm. 0802365) (art.76); conveni col·lectiu de treball de les indústries de captació, elevació, conducció, tractament, depuració i distribució d'aigua de la província de Girona per al període 2002-2003 (codi de conveni núm. 1700225) (art.46); conveni col·lectiu de treball del sector de les escoles d'educació especial de Catalunya per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 7900215) (art.17).*

¹⁸ *És el cas del conveni col·lectiu de treball del comerç en general de la província de Girona per al 2002-2003 (codi de conveni núm. 1700035) que al seu art. 41 disposa: “Les empreses de més de 40 treballadors estan obligades, durant el període de vigència d'aquest conveni a transformar en fixos un nombre de treballadors equivalent al 25% dels contractats temporalment o eventualment, fent-se el còmput per jornades anuals”. En un sentit similar, el conveni col·lectiu de treball del sector del comerç en general de les comarques de Lleida per al període de l'1.1.2002 al 31.12.2003 (codi de conveni núm. 2500065) indica al seu art.21: “Garantia d'ocupació .-Durant la vigència del present conveni, el sector empresarial es compromet a transformar el 30% de la contractació eventual a contractació fixa”. És el cas igualment del conveni col·lectiu del sector de comerç de materials de la construcció, de la província de Tarragona, per als anys 2004-2006 (codi de conveni núm. 4301475), que al seu art.15 indica: “En acabar la contractació eventual o de durada determinada a què es refereix l'apartat anterior, les empreses es comprometen a la conversió en la nova modalitat de contractes fixos o indefinits, segons la disposició addicional primera del Reial decret llei 8/1997, del 30% dels treballadors que hagin esgotat la durada màxima de la dita contractació com a mínim”.*

¹⁹ *Així, per exemple, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Frap Behr, SA (centre de treball de la Zona Franca), per als anys 2002-2005 (codi de conveni núm. 0801971) disposa al seu art.27:*

“Si el percentatge d'eventuals sobre el total de la plantilla és entre el 0 i 10,9%, han de passar com a fixos el 7% dels eventuals.

tal d'evitar abusos en la utilització successiva de la contractació temporal i establir a aquest fi compromisos concrets de conversió de treballadors temporals en fixos quan aquests hagin romàs al servei de l'empresa desenvolupant la mateixa activitat o una de semblant, sota un o més contractes temporals, més enllà d'un determinat període de temps.²⁰

b) limitant el percentatge de temporalitat a l'empresa o bé fixant el compromís de disposar d'un determinat percentatge mínim d'ocupació fixa en la mateixa;

En aquest sentit, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472) disposa al seu art.77:

"Ocupació i contractació (...)

e) La contractació temporal pròpia o a través d'empreses de treball temporal, en qualsevol modalitat, excepte pel que fa a contractes interins per substitució de vacances o d'IT, no pot superar el 5% de la plantilla fixa de l'empresa. Per aquest motiu, tots els contractes que superin el percentatge esmentat han de ser indefinits".

Sovint, la limitació de la temporalitat es limita a la modalitat de contractació temporal eventual. Així, el conveni col·lectiu de treball del sector de comerç de materials de la construcció, de la província de Tarragona, per als anys 2004-2006 (codi de conveni núm. 4301475), estableix al seu art.15:

"El volum total de contractació sota aquesta modalitat temporal no podrà superar en cap cas el 30% de la plantilla que tingui l'empresa en el moment de la contractació".

Pel que fa a la fixació d'un percentatge mínim de contractació estable a l'empresa, cal esmentar el conveni col·lectiu de treball de les empreses consignatàries del mercat central del peix de Barcelona per al període 1.2.2002-31.1.2004 (codi de conveni núm. 0801525), que a la seva disposició transitòria segona indica:

"Sigui quin sigui el nombre de treballadors que presten serveis per a cada una de les empreses, el 50% de la plantilla ha de tenir el caràcter de treballadors fixos de l'empresa; quant a la resta, poden ser contractats temporalment o en qualsevol altra modalitat de les autoritzades per l'Administració. La Comissió de

Si el percentatge d'eventuals sobre el total de la plantilla és entre l'11% i 15,9%, han de passar com a fixos el 12% dels eventuals.

Si el percentatge d'eventuals sobre el total de la plantilla és entre el 16% i 20,9%, han de passar com a fixos el 15% dels eventuals. Si el percentatge d'eventuals sobre el total de la plantilla és més del 20,9%, han de passar com a fixos el 17% dels eventuals (...)."

En la mateixa línia, cal referir-se al conveni col·lectiu de treball de l'empresa Robert Bosch España Fábrica Castellet, SA (centre de treball de Castellet i la Gornal), per als anys 2002 i 2003 (codi de conveni núm. 0808551) (Annex 12).

²⁰ *Un altre mecanisme per evitar els abusos en la utilització successiva de contractes temporals és el que estableix el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472) que al seu art.76 estableix:*

"Manteniment de l'ocupació (...)

2. En el cas de les contractacions temporals, en arribar el contracte a la seva fi sense que sigui denunciat per qualsevol de les parts, sigui quina sigui la modalitat contractual utilitzada, i si no es permet la possibilitat de pròrroga o si aquesta s'ha exhaurit, el treballador pot passar a ser fix de plantilla.

En cas que, per finalització del contracte, segons el que es disposa en el paràgraf anterior, el lloc de treball quedi vacant, no es pot contractar un altre treballador diferent per ocupar-lo, sense solució de continuïtat, a l'empara de qualsevol de les modalitats contractuals legalment permeses".

En sentit similar, si bé únicament en relació amb la contractació temporal eventual, l'art.28 del conveni col·lectiu de treball del sector de Neteja d'edificis i locals de les comarques de Lleida, de l'1.1.2003 al 31.12.2003 (codi de conveni núm. 2500305) indica: "Si el contracte eventual es rescindeix a l'acabament de la seva durada, no s'admetrà un altre treballador eventual per ocupar el mateix lloc fins a transcorreguts 3 mesos". Per la seva banda, el conveni col·lectiu de treball per a les indústries siderometal·lúrgiques de la província de Tarragona per als anys 2003-2006 (codi de conveni núm. 4300405) assenyala al seu art.33: "No pot fer-se un nou contracte d'aquesta modalitat amb un treballador/a que hagi exhaurit el període màxim de durada (12 mesos), fins passats, com a mínim, sis mesos des del seu acabament. Altrament, aquest nou contracte s'ha de considerar en frau de llei".

La negociació col·lectiva a Catalunya

Seguiment del conveni no té facultat per indagar, requerir o inspeccionar cap de les empreses que apliquen aquest conveni, ni les seves activitats, la contractació de personal o qualsevol altra activitat que els és privativa”.

c) limitant la precarietat vinculada a la jornada de certes modalitats contractuals com ara el contracte a temps parcial, tot imposant un nombre mínim d'hores a la setmana o al mes.

Així, el conveni col·lectiu de treball del sector de cuirs, repussats, marroquineria i similars, per als anys 2000 a 2003 (codi de conveni núm. 7900115) assenyala al seu art.31:

“Contracte a temps parcial.- La jornada mínima que s'estableix per al contracte a temps parcial no podrà ser inferior a 14 hores setmanals o 56 mensuals”²¹.

d) o limitant el recurs a l'externalització d'activitats a través d'empreses de treball temporal o mitjançant la subcontractació. Convé subratllar, però, que són anecdòtics els convenis que limiten la possibilitat d'externalització d'activitats mitjançant la figura de la contracta i subcontracta d'obres i serveis.

Pel que fa a la limitació del recurs als serveis d'empreses de treball temporal, els convenis solen preveure quatre tipus diferents de clàusules. En primer lloc, les clàusules que prohibeixen la contractació de treballadors a través d'ETTs;²² en segon terme, les clàusules que limiten la contractació mitjançant aquesta via a determinades categories professionals o llocs de treball²³, en tercer lloc, les que imposen una durada mínima als contractes eventuais que se subscriuïen a través d'ETTs,²⁴ per tal de limitar la precarietat laboral vinculada a la contractació indirecta d'escassa durada; i, finalment, les que limiten el recurs a les ETTs mitjançant la fixació de percentatges màxims de treballadors en missió en atenció a la dimensió ocupacional de l'empresa²⁵ o en relació amb la plantilla total de l'empresa²⁶ o la fixació d'un límit màxim d'hores a contractar amb les ETTs sobre les hores totals anuals de la plantilla fixa de l'empresa.²⁷

²¹ En el mateix sentit, conveni col·lectiu de treball de l'empresa Fomento de Construcciones y Contratas, SA (l'Hospitalet de Llobregat), per a l'any 1997 (codi de conveni núm.80679) (art.55); conveni col·lectiu de treball del sector de les indústries de confecció de pelleteria de Catalunya per als anys 2003-2005 (codi de conveni núm. 7900305) (art.21).

²² En aquesta línia, conveni col·lectiu de treball de FCC Medio Ambiente, SA, de Pals per al període 1.6.2001-31.5.2005 (codi de conveni 1701701) (art.11); conveni col·lectiu de treball de l'empresa Fomento de Construcciones y Contratas, SA (l'Hospitalet de Llobregat), per a l'any 1997 (codi de conveni núm.806791) (art.55); conveni col·lectiu de treball de l'empresa UTE Sanejament Palafrugell, de Palafrugell, per a 1998-2001 (codi conveni 1701292) (art.11).

²³ Així, l'art.43 del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Municipal de Serveis, SA, de Girona, per a l'any 2000 assenyala que“La contractació de serveis a través de les empreses de treball temporal només es pot fer si està destinada a cobrir activitats pròpies del personal d'administració”.

²⁴ Així, el conveni col·lectiu de treball d'àmbit de Catalunya per a l'empresa CPC España, SA, per als anys 1997-1998, indica al seu art.14: “Contractacions i ingressos.- (...) Els contractes de durada determinada eventuais per circumstàncies de la producció la duració dels quals excedeixi d'una setmana, es realitzaran a través de la mateixa empresa”.

²⁵ Així, l'art. 41 del conveni col·lectiu de la indústria vinícola de Vilafranca del Penedès per als anys 2002-2004 disposa:

“Les empreses afectades per aquest conveni podran contractar treballadors amb empreses de treball temporal (ETT) segons la normativa d'aplicació per a aquest tipus de contractacions, sempre que no s'excedeixin les següents referències:

Plantilla de l'empresa:

D'1 a 10 treballadors: 1 treballador d'ETT.

D'11 a 20 treballadors: 2 treballadors d'ETT.

De 21 a 50 treballadors: 15% de treballadors d'ETT.

Més de 50 treballadors: 10% de treballadors d'ETT”.

²⁶ En aquest sentit, el conveni col·lectiu de treball del sector de cuirs, repussats, marroquineria i similars, per als anys 2000 al 2003 (codi de conveni núm. 7900115) assenyala al seu art. 32: “Es limitarà la contractació de treballadors pertanyents a empreses de treball temporal al 12% del total de plantilla fixa de cada empresa”.

²⁷ És el cas del conveni col·lectiu de treball del sector de les indústries de confecció de pelleteria de Catalunya per als anys 2003-2005 (codi de conveni núm. 7900305) que al seu art. 22 indica: “Es fixa com a límit màxim d'hores a

En aquest apartat cal destacar que, a la negociació col·lectiva d'àmbit català, el nombre de compromisos de limitació de la temporalitat o de limitació de l'externalització de recursos humans a través d'empreses de treball temporal ha experimentat en els darrers anys una notable davallada en punt a la funció de foment de l'ocupació estable.

1.3. PROBLEMES ESPECÍFICS DELS COMPROMISOS DE FOMENT DE L'OCUPACIÓ EN LA REGULACIÓ CONVENCIONAL

La principal problemàtica que els compromisos d'ocupació plantegen en la pràctica és la relativa a la seva eficàcia jurídica en relació amb els mecanismes jurídics per a l'exigència del seu compliment.

1.3.1. EFICÀCIA JURÍDICA DELS COMPROMISOS DE FOMENT DE L'OCUPACIÓ

Des d'una perspectiva jurídica, és necessari traçar una distinció entre contingut normatiu i contingut obligacional del conveni col·lectiu. Aquesta distinció es basa en la naturalesa mixta del conveni col·lectiu en tant que contracte normatiu.²⁸

Partint de la doble eficàcia del conveni, la doctrina i la jurisprudència fixen una distinció entre el contingut normatiu i obligacional d'aquest mateix, atenent a un doble criteri: material i subjectiu.

El primer criteri de distinció pren en consideració el contingut material de la clàusula convencional, en virtut del qual el contingut normatiu del conveni estaria integrat pels pactes reguladors de les relacions individuals i col·lectives de treball incloses en el seu àmbit d'aplicació. En l'actualitat, ha quedat totalment superada des del punt de vista normatiu, doctrinal i jurisprudencial l'assimilació entre contingut normatiu i matèries de caràcter individual i contingut obligacional i matèries de caràcter col·lectiu.

El segon criteri de distinció –subjectiu– pren com a referent els subjectes destinataris de la clàusula convencional –en què s'ha de distingir entre destinataris i beneficiaris²⁹– de la clàusula en qüestió. Així, la inclusió d'una clàusula convencional en la part obligacional o normativa del conveni dependrà de si aquesta pretén regular les recíproques relacions entre les parts contractants, fixant regles de comportament únicament adreçades a les parts signants, o bé ordenar la total realitat social en una determinada organització, actuant com a autèntiques normes dels destinataris de les quals són els treballadors i empresaris o els subjectes col·lectius compresos a l'àmbit d'aplicació del conveni.

Ara bé, no cal desconèixer la dificultat³⁰ de distingir entre clàusules obligacionals i normatives en atenció als destinataris d'aquestes mateixes en els convenis col·lectius de nivell empresarial, perquè, sovint, es produeix una coincidència entre subjectes negociadors i subjectes col·lectius vinculats o obligats pel conveni. Així, seguint MARTÍN VALVERDE, un deure empresarial establert en un conveni d'empresa pot respondre tant a un compromís contret en la seva part normativa com a un compromís establert en una

contractar amb les ETTs el 5% sobre les hores totals anuals de la plantilla fixa de les empreses, no comptant per a la utilització d'aquest percentatge d'hores les emprades en contractacions per causes de força major i/o per supòsits d'interinitat".

²⁸ En aquest sentit, GARCÍA MURCIA, J.: "Contenido normativo y obligatorio en los convenios colectivos laborales (I)", *Actualidad Laboral*, núm. 23, 1988, pàg. 1290.

²⁹ Així, MARTÍN VALVERDE apunta la conveniència de distingir entre destinataris directes i simples beneficiaris en el mandat del conveni, ja que la clàusula obligacional va adreçada a les parts del conveni, però això no vol dir que l'interès en el seu compliment correspongui sempre, en exclusiva, als subjectes de la relació de negociació col·lectiva. Els seus beneficiaris poden ser, també, els empresaris i treballadors (o determinats empresaris i treballadors) inclosos en la unitat de negociació. El criteri de distinció entre unes i altres clàusules no rau, per tant, en la identificació dels interessats en el seu compliment, sinó en la identificació dels seus destinataris directes i immediats. En "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligatorio", en *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligatorio. II Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTSS, Madrid, 1990, p. 52.

³⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: "Régimen jurídico de las cláusulas...", op. cit., p. 52.

La negociació col·lectiva a Catalunya

clàusula obligacional, de tal manera que la manca de separació entre empresari-subjecte negociador i empresari-destinatari de les normes del conveni obligarà a afinar al màxim els criteris de distinció.³¹

En la nostra opinió, un element particularment útil a efectes de determinar la naturalesa normativa o obligacional de les clàusules convencionals és el de la “patrimonialització individual” del contingut de la clàusula en qüestió, en la mesura en què, sovint, aquest element és revelador dels destinataris concrets de la clàusula. Per tant, serà oportú preguntar-se si la clàusula convencional preveu drets que ingressen automàticament en el patrimoni dels treballadors o subjectes col·lectius destinataris i, per tant, són susceptibles de reclamació judicial directa per part d'aquests.

Així, per exemple, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Municipal de Serveis, SA, de Girona, per a l'any 2000 (codi de conveni núm. 1700361) disposa al seu art.41:

“Baixes definitives del personal fix de plantilla.- Pel que fa a la petició dels representants dels treballadors de mantenir la plantilla de fixos, l'empresa es compromet a mantenir en tot moment la plantilla, de manera que quan es produeixin baixes definitives en el personal fix de plantilla, aquesta plaça l'ha d'ocupar el treballador que es trobi vinculat per contracte de treball temporal de qualsevol tipus i, entre ells, el qui faci més temps que prestin els seus serveis dins de la mateixa categoria, el qual passa a tenir consideració de fix de plantilla”.

En aquest cas, els destinataris de la clàusula resulten fàcilment identificables, en la mesura que se'ns indica que serà el treballador temporal amb més antiguitat dins la mateixa categoria professional en el moment de la baixa definitiva d'un treballador fix de plantilla. Així doncs, quan concorri el marc de referència predeterminat –baixa definitiva d'un treballador fix de plantilla–, l'esmentat treballador passarà a ser considerat indefinit en la plaça vacant. Es tracta, per tant, d'un dret que ingressa directament i automàticament en el patrimoni individual del treballador, que es pot reclamar judicialment en cas d'incompliment empresarial.

Ara bé, convé matisar que aquests criteris no permeten solucionar l'adscripció de totes les clàusules convencionals a una o altra part del contingut del conveni col·lectiu. I això perquè hi ha clàusules, més visibles de caràctersupraempresarial, que ni s'adrecen a les parts signants, ni estableixen obligacions per a les parts signants, ni tampoc es destinen a la regulació dels drets i obligacions que conformen el contingut de les relacions laborals individuals i/o dels drets d'acció col·lectiva dels subjectes col·lectius –al marge de l'activitat negociadora de les parts signants–, però que, no obstant això, fixen matèries que afecten tercers, en el sentit que vinculen tercers o imposen obligacions a càrrec de tercers, més enllà de les parts signants.

Així, tractant-se de l'art. 15 del conveni col·lectiu de treball del sector de comerç de materials de la construcció, de la província de Tarragona, per als anys 2004-2006 (codi de conveni núm. 4301475), que disposa que *“el volum total de contractació sota aquesta modalitat temporal (eventual) no podrà superar en cap cas el 30% de la plantilla que tingui l'empresa en el moment de la contractació”*, cal destacar que no és possible identificar els treballadors destinataris de la mesura, ja que aquesta apareix referida a un percentatge de treballadors no determinable o, en d'altres paraules, el compromís d'ocupació no resulta “patrimonialitzable” individualment per concrets treballadors, de tal manera que un treballador temporal eventual no podrà reclamar judicialment el compliment de la clàusula, atès el fet que aquest és només un potencial beneficiari d'aquesta però en cap cas destinatari directe.

Idèntica qüestió es planteja amb l'art. 41 del conveni col·lectiu de treball del comerç en general de la província de Girona per al 2002-2003 (codi de conveni núm. 1700035) quan estableix que *“les empreses de més de 40 treballadors estan obligades, durant el període de vigència d'aquest conveni a transformar en fixos un nombre de treballadors equivalent al 25% dels contractats temporalment o eventualment, fent-se el còmput per jornades anuals”*. En aquest cas, tampoc és possible identificar els treballadors

³¹ MARTÍN VALVERDE, A.: “Régimen jurídico de las cláusulas...”, op. cit., p. 52.

destinatari de la mesura, ja que aquesta estableix com a beneficiaris un percentatge de treballadors temporals no identificables –en no haver-se fixat criteris per a la seva determinació–, de tal manera que el compromís de conversió no resulta individualment “patrimonialitzable” per concrets treballadors temporals.

Sent així, cal preguntar-se qui són els destinataris de les dites clàusules d’ocupació? Semblaria, en principi, que ho són les parts signants del conveni col·lectiu que han establert el compromís específic; no obstant això, si atenem a l’àmbit de vinculatorietat de la clàusula, el cert és que el compromís no s’adreça directament a les parts signants del conveni col·lectiu, sinó que obliga subjectes diferents d’aquestes, com són totes les empreses incloses dins l’àmbit d’aplicació del conveni, fixant una determinada obligació de fer que s’aplica de forma directa i inderogable a aquestes mateixes –força normativa. Ens situem, per tant, davant de clàusules convencionals *mixtes* o *obligacionals normatives*,³² ja que ni són adreçades a determinats o determinables treballadors individuals ni pretenen regular de forma directa les mútues relacions entre les parts signants sinó imposar obligacions a tercers –més enllà de les parts signants del conveni.

D’aquí, doncs, que podem afirmar que l’element de la “patrimonialització individual” del contingut de les clàusules convencionals és parcialment insuficient, atès el fet que, si bé tota clàusula susceptible de patrimonialització individual haurà de ser considerada com a normativa, el contrari no sempre és cert, ja que poden existir clàusules, sobretot de tipus supraempresarial, el contingut de les quals no sigui susceptible de patrimonialització individual i que, tanmateix, per afectar o modalitzar l’activitat de subjectes empresarials diferents de les patronals signants (tercers a aquests efectes) de forma automàtica i inderogable, hagin de ser considerades com a normatives.

Ara bé, cal tenir en compte que, sovint, una mateixa matèria podrà ser regulada per les parts amb un abast normatiu o obligacional, de manera que als efectes de determinar el caràcter normatiu o obligacional d’una determinada clàusula convencional haurem d’estar a la redacció i finalitat concretes que les parts hi hagin assignat.

De tot el que s’ha exposat fins al moment, es desprèn que, a efectes de determinar la funció concreta de cada clàusula convencional resultarà molt útil atendre dos elements.

D’una banda, l’element de la “patrimonialització individual” de la clàusula, revelador per si mateix de la incidència reguladora directa en el contingut de les relacions individuals i/o drets d’acció col·lectiva.

D’altra banda, a “l’àmbit de vinculatorietat” de la clàusula, a fi d’apreciar quins subjectes es troben vinculats o obligats per aquesta mateixa. Així, si de la clàusula es deriva una obligació a càrrec d’altres subjectes diferents de les parts signants del conveni i compresos en l’àmbit d’aplicació del conveni, haurem de sostenir que la clàusula té eficàcia normativa, mentre que si de la clàusula es deriven obligacions a càrrec exclusivament de les parts signants, haurà d’afirmar-se el seu caràcter obligacional. I és que el contingut normatiu pot afectar a tercers subjectes inclosos en l’àmbit d’aplicació del conveni sense donar lloc a drets individualment patrimonialitzables per concrets treballadors.

Amb tot, com ja s’ha avançat, en la negociació col·lectiva empresarial resulta molt difícil la tasca de distingir l’àmbit de vinculatorietat de les clàusules convencionals, això és, si l’empresari queda vinculat pel compromís com a contrapart laboral o bé com un tercer, en què cal incidir amb major intensitat en la redacció concreta de la clàusula per tal de determinar la finalitat de les parts. Així, fins i tot si el contingut de la clàusula convencional no resulta individualment patrimonialitzable per concrets treballadors compresos en l’àmbit d’aplicació del conveni, haurem de continuar afirmant el seu caràcter normatiu quan aquesta mateixa pretengui regular l’activitat de l’empresari no com a contrapart contractual sinó com a subjecte (tercer) que opera en el mercat de treball i es veu vinculat per compromisos de tipus normatiu.

³² GARCÍA MURCIA, J.: “Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales” (y II), *Actualidad Laboral*, núm.24/1988, pàg. 1293; MORALES ORTEGA, J.M.: *La administración del convenio colectivo*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 46-7.

La negociació col·lectiva a Catalunya

Així, per exemple, el conveni col·lectiu de treball de l'empresa Skis Rossignol de España, SA (centre de treball d'Artés) per als anys 2003 i 2004 (codi de conveni núm. 0804011) disposa al seu art. 44 que “com a conseqüència de la modificació del concepte de nocturnitat, així com el seu dret i import en els termes esmentats, l'empresa durant el període comprès entre l'1 de gener del 2003 i el 31 de desembre del 2004, contractarà 20 persones amb contractes de caràcter fix discontinu”. En aquest cas, hauríem de sostenir que es tracta d'una clàusula adreçada a la creació d'ocupació neta, en què els seus destinataris són tots els treballadors del mercat de treball, ja que, certament, no està adreçada a concrets i determinables treballadors individuals que puguin exigir el seu compliment. En aquest cas, a diferència del nivell supraempresarial, es planteja el dubte de si l'empresari s'està obligant com a part signant del conveni col·lectiu o com un tercer al qual se li imposa una obligació de fer. Al nostre parer, les clàusules d'ocupació pretenen, per regla general, regular l'activitat de l'empresari no quant a contrapart signant del conveni sinó quant a tercer que actua com a subjecte contractant al mercat de treball i a l'empresa – política d'ocupació a l'empresa–, imposant-li concretes obligacions de fer i de no fer. D'aquí, doncs, que ens decanem per defensar el seu caràcter preferentment normatiu, excepte si es tracta de meres obligacions de mitjans i no de resultat.

1.3.2. MECANISMES PER GARANTIR L'EFICÀCIA DELS COMPROMISOS D'OCUPACIÓ

Tractant-se de clàusules d'ocupació de caràcter normatiu, ja siguin quantitatives, ja siguin qualitatives, el seu compliment queda garantit individualment mitjançant la invocació d'aquestes mateixes davant del jutge per part del treballador o treballadors destinataris. Així, si la clàusula d'ocupació consisteix en la conversió de determinats o determinables treballadors temporals en fixos, i l'empresari, incomplint aquest compromís, denuncia el contracte temporal a l'arribada del seu terme, el treballador afectat podrà accionar contra l'acte empresarial per acomiadament interposant demanda d'acomiadament.

Des del punt de vista col·lectiu, a banda de recórrer a mesures de conflicte col·lectiu com ara la vaga, fóra possible iniciar el procés de conflicte col·lectiu a fi d'obtenir una sentència declarativa de l'existència de l'obligació d'ocupació i de l'incompliment empresarial. Ara bé, cal precisar que si bé normalment les sentències col·lectives que posen fi als processos de conflicte col·lectiu són declaratives, no es pot excloure la possibilitat que recaiguin sentències de condemna. Així, quan es tracti de l'incompliment d'una clàusula convencional –conflictes d'incompliment–, la sentència que aculli favorablement la pretensió podrà tenir un sentit condemnatori, i serà possible, per tant, l'execució directa, en la mesura que tingui una repercussió directa al plànol individual.

Amb tot, això no implicarà que la sentència sigui directament executable en tot cas, sinó que, per regla general, caldrà que es concreti o individualitzi aquesta condemna en processos ordinaris posteriors, amb l'excepció dels supòsits en què les conseqüències de la condemna no siguin divisibles o bé quan no hagi de precisar les circumstàncies que són de coneixement necessari per a la identificació i quantificació del dret, atesa la identitat i homogeneïtat dels drets, com va ser el cas resolt per la STCO 92/1996, en què el que es va reclamar va ser el dret al manteniment d'un economat d'empresa.³³

Finalment, l'incompliment de les clàusules d'ocupació de naturalesa normativa és, sovint, sancionable en via administrativa, ja que la tutela administrativa sancionadora s'estén al contingut normatiu dels convenis. Ara bé, la tutela del contingut normatiu que ofereix el TRLISOS no és absoluta, ja que només abasta aquelles conductes empresarials que, afectant les matèries indicades que formin part del contingut normatiu, resultin expressament tipificades com a infraccions en el citat cos legal.

En canvi, tractant-se de clàusules d'ocupació d'eficàcia obligacional o mixta, i sens perjudici de la possible adopció d'altres mesures de conflicte col·lectiu, cal plantejar-se si podem iniciar un procés de conflicte

³³ MARTÍNEZ ABASCAL: “La función de la sentencia en el proceso de conflictos colectivos”, Relaciones Laborales, 1994-I, p. 186; ALONSO OLEA, M.-MIÑAMBRES PUIG, C.: Derecho Procesal del Trabajo. 9ª edición. Civitas, Madrid, 1997, pp. 289-90; MONTOYA MELGAR, A.-GALIANA MORENO, J.M.-SEMPERE NAVARRO, A.V.-RÍOS SALMERÓN, B.: Curso de Procedimiento Laboral. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 190-2.

col·lectiu per a la interpretació/aplicació de la clàusula en qüestió. En aquest sentit, val a dir que el conflicte col·lectiu és referit a demandes que afecten interessos generals d'un grup genèric de treballadors; interès general que no pot confondre's amb el particular de cada treballador ni amb la suma dels referits interessos particulars. L'activitat judicial consisteix, per tant, en un discerniment abstracte de les obligacions o drets empresarials sense vincular-lo amb la situació concreta de treballadors prèviament identificats.

La dificultat resideix en el fet que les pretensions col·lectives en l'àmbit de què tractem es fonamenten normalment en drets de titularitat individual, sense que les clàusules d'ocupació obligacionals o mixtes creïn drets subjectius de titularitat individual, en la mesura que els seus beneficiaris no són determinables.

El procés de conflicte col·lectiu versarà sobre la inaplicació del concret compromís d'ocupació –conflicte col·lectiu d'aplicació–, i la sentència que posi fi a aquest, a banda de declarar l'existència/incompliment de l'obligació de fer o de no fer, podrà condemnar l'empresari a donar-hi compliment. Al nostre parer, no ha de constituir cap obstacle el fet que el compromís d'ocupació consisteixi en una prestació en interès de tercers indeterminats, ja que això no es tradueix en la indeterminació de la prestació sinó en la llibertat del deutor –part empresarial– de triar els beneficiaris d'aquella. Ara bé, com ja s'ha dit, això no implicarà que la sentència sigui directament executable en tot cas, sinó que, per regla general, serà necessari que es concreti o individualitzi la condemna en processos ordinaris posteriors, amb l'excepció dels supòsits en què les conseqüències de la condemna no siguin divisibles o bé quan no calgui precisar les circumstàncies que són de coneixement necessari per a la identificació i quantificació del dret. Així, per exemple, quan es tracti del compromís de contractar 10 treballadors del mercat de treball o bé convertir un determinat percentatge de treballadors temporals en fixos sense establir els criteris objectius que permetin una identificació dels concrets treballadors temporals beneficiaris del compromís, podent ser tots els que integren el col·lectiu de treballadors temporals. En aquests casos, la sentència podrà ser de condemna en sentit propi i directament executable, ja que les seves conseqüències no són divisibles o individualitzables en posteriors processos individuals.

Així doncs, la sentència que posi fi al procés, si estima la pretensió, serà de condemna en sentit propi i, per tant, directament executable.

El citat precepte legal tendeix a garantir al creditor l'execució de la sentència en els seus propis termes a través de la possibilitat que el jutge, després de donar audiència a les parts, imposi constreyniments pecuniaris ininterromputs que tendeixin a anul·lar la resistència del deutor al compliment específic. Cal tenir en compte que es tracta, no obstant això, d'una facultat discrecional del jutge i que, en cas d'adoptar-se, el citat mecanisme podrà modificar-se o deixar-se sense efecte, ateses la ulterior conducta i justificació que pogués efectuar la persona objecte de constreyniment.

En aquestes circumstàncies, no serà estrany que es recorri al compliment per equivalència, amb la qual cosa s'opera un canvi en la prestació deguda, i més encara si tenim en compte que els tribunals són poc proclius a constreynir al compliment d'obligacions de fer de caràcter personalíssim. Això comportarà la reparació de naturalesa patrimonial del creditor, de tal manera que aquest aconsegueixi el mateix o el més aproximat al que hauria aconseguit en cas de compliment normal. A més a més, si s'han produït danys i perjudicis com a conseqüència de l'incompliment, tindrà dret a la corresponent indemnització.

No obstant això, entenem que no tota obligació té necessàriament contingut patrimonial o, almenys, aquest és difícilment determinable. Així, els compromisos de creació d'ocupació o de conversió de treballadors temporals en indefinits difícilment tindran equivalent econòmic o, com a mínim, la seva determinació resultarà molt complexa. Però, suposant que fóra possible determinar el valor econòmic del compromís, la seva exigència per part dels representants dels treballadors resultaria difícilment defensable, ja que l'obligació es va pactar en interès de tercers o de treballadors indeterminats. Restaria solament sol·licitar la indemnització pels danys i perjudicis causats, en el seu cas, a la representació dels treballadors. Així doncs, els compromisos d'ocupació d'eficàcia obligacional o mixta quedarien buits de contingut per la via del compliment per equivalència. És per això que resulta imprescindible articular altres

La negociació col·lectiva a Catalunya

mecanismes més eficaços per a garantir el compliment d'aquestes obligacions, sobretot quan a la negociació col·lectiva predominen els compromisos d'ocupació d'eficàcia obligacional o mixta.

Des d'aquesta perspectiva, entenem que, per tal de garantir l'eficàcia d'aquests compromisos, les parts haurien de regular-los de tal manera que reconegueren drets susceptibles de patrimonialització individual – establint, quan això fos possible d'acord amb el tipus de clàusula de què es tracti, els criteris objectius que permeteren una identificació dels concrets treballadors destinataris de les clàusules d'ocupació, i, al mateix temps, o almenys fixar sancions convencionals per al cas d'incompliment.

Un bon exemple de sanció contractual el trobem a l'art.77 del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472).

“Ocupació i contractació (...)

Garanties

b) Si l'empresa incompleix qualsevol dels apartats esmentats en aquest article, la conseqüència serà la derogació dels articles del conveni afectats i les taules i condicions salarials, per la qual cosa entrarà en vigor el VIII conveni col·lectiu amb tots els seus termes i les taules salarials incrementades en els augments salarials que hi ha hagut fins a la data en què es produeixi l'incompliment”.

Un altre exemple el proporciona el conveni col·lectiu de treball de manufactures de productes abrasius de la província de Barcelona per al període 1.4.2003-31.3.2006 (codi de conveni núm. 0802365), que a la seva D.A.1ª condiona l'aplicació de la clàusula de desvinculació salarial al manteniment de la totalitat de la plantilla de l'empresa durant la vigència del conveni col·lectiu establint expressament que *“en el cas que no es respecti aquest punt, l'empresa pot estar obligada a aplicar l'increment pactat en el conveni col·lectiu des del primer dia de la seva entrada en vigor”*.³⁴

Finalment, i a fi de garantir una gestió idònia dels compromisos d'ocupació al llarg de la vigència del conveni col·lectiu, resulta particularment útil la creació de comissions paritàries *ad hoc* encarregades de la vigilància, seguiment i, si s'escau, adaptació dels compromisos d'ocupació a les necessitats variables de la dinàmica empresarial. Així doncs, sembla oportú potenciar la figura de les comissions paritàries quant a òrgans mixtos que poden facilitar i agilitzar el compliment dels compromisos d'ocupació, i evitar, doncs, una excessiva judicialització dels conflictes col·lectius de treball.

Sovint, però, la creació de comissions paritàries *ad hoc* té una finalitat més modesta, tot i ser important, com ara l'estudi de la situació de les empreses del sector o de l'empresa pel que fa al tipus de contractació i a l'evolució d'aquesta.³⁵ Altres vegades, la vigilància i seguiment dels compromisos d'ocupació es remet a la Comissió paritària del conveni, sense crear una comissió *ad hoc*.³⁶

En tot cas, és d'interès subratllar l'escàs desenvolupament de les comissions paritàries a la negociació col·lectiva d'àmbit català en punt a les seves funcions –modestes– i la seva composició i regles de funcionament, en què és oportú destacar en aquest sentit que, de conformitat amb l'Acord interconfederal per a la negociació col·lectiva 2005, resulta imprescindible que es reguli amb major precisió la composició i les regles de funcionament de les comissions per tal de garantir l'eficàcia de la seva actuació.

³⁴ En un sentit idèntic, conveni col·lectiu de la indústria vinícola de Vilafranca del Penedès per als anys 2002-2004 (art. 37.8).

³⁵ Vegeu, entre d'altres, conveni col·lectiu del sector del comerç del metall de la província de Barcelona per als anys 2001-2004 (codi de conveni núm.0800765) (clàusules addicionals); conveni col·lectiu de treball de l'empresa Panrico, SA, per als anys 2002-2003 (codi de conveni núm. 7901472) (art.76); conveni col·lectiu de treball de distribuïdors majoristes d'alimentació de Barcelona i província per als anys 2003-2006 (codi de conveni núm. 0801355) (D.T.2ª); conveni col·lectiu de treball del sector de les indústries siderometal·lúrgiques de la província de Girona per als anys 2001, 2002, 2003 i 2004 (codi de conveni núm. 1700305) (art.23).

³⁶ Així, entre d'altres, conveni col·lectiu de treball per a les indústries siderometal·lúrgiques de la província de Tarragona per als anys 2003-2006 (codi de conveni núm. 4300405) (art.33); conveni col·lectiu de treball del sector de les escoles d'educació especial de Catalunya per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 7900215) (art.18.4).

I.4. EL TRACTAMENT DE L'EXTERNALITZACIÓ DE RECURSOS HUMANS I D'OBRES I SERVEIS EN LA NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA

Una de les vies per millorar la qualitat de l'ocupació consisteix a regular i limitar mitjançant la negociació col·lectiva els fenòmens d'externalització de recursos humans a través d'ETTs i de la figura de la contracta i subcontracta d'obres i serveis.

Certament, les empreses auxiliars o contractistes operen normalment amb escassos mitjans materials, basant la seva organització en l'element personal, de tal manera que, normalment, es tracta d'empreses amb escassa infraestructura, de reduïdes dimensions, subjectes a un elevat nivell de competitivitat, al qual es pretén fer front mitjançant l'estalvi de costos socials, i que actuen en la pràctica amb un important nivell de rotació: apareixen i desapareixen amb facilitat ja que, sovint, pràcticament no requereixen cap infraestructura.

Pel que fa a l'externalització de recursos humans a través d'ETTs, cal admetre que l'equiparació salarial entre treballadors de l'ETT i treballadors de l'empresa usuària operada per la Llei 29/1999, de 16 de juliol, per la qual es va modificar en aquest punt la Llei 14/1994, d'1 de juny, d'empreses de treball temporal, ha suposat un descens notable de la contractació de serveis mitjançant ETTs, ja que s'ha vist anul·lat el principal avantatge competitiu que se'n derivava de la contractació de treballadors temporals indirectes amb salaris més baixos que els dels treballadors de les empreses clients o usuàries amb la mateixa o similar categoria o funció professional. La igualació de condicions salarials per imposició legal, doncs, ha suposat una limitació important a la precarietat laboral dels treballadors al servei d'ETTs.

En tot cas, la negociació col·lectiva ja venia imposant amb certa freqüència l'equiparació de condicions salarials entre els treballadors al servei d'ETTs i els treballadors de les EUs.

Respecte a la figura de la contracta i subcontracta d'obres i serveis, val a dir que, tot i que la legislació laboral (art. 42 TRLET i 42 LPRL) regula el fenomen de què es tracta i fixa garanties específiques en favor dels treballadors de les empreses contractistes, així com drets d'informació a favor dels representants dels treballadors tant de l'empresa principal com de la contractista, el cert és que la regulació heterònoma pot ser millorada i complementada per la negociació col·lectiva.

Certament, són molts els aspectes que poden ser tractats per la negociació col·lectiva en aquest àmbit, encara que el legislador no hagi promogut de forma expressa la seva intervenció, tant des de la perspectiva de la protecció de l'ocupació dels treballadors de l'empresa principal com des de la perspectiva de la protecció dels treballadors de les empreses contractistes, atès l'elevat nivell de rotació en l'ocupació que se'n deriva de la pròpia dinàmica de les operacions mercantils que ens ocupen.

Amb tot, podem avançar que, des del punt de vista empresarial, són anecdòtics els convenis col·lectius d'àmbit català que regulen el fenomen de la contracta i subcontracta d'obres i serveis, i els que ho fan es limiten a establir drets d'informació a favor dels representants dels treballadors de les empreses principals, sense millorar els drets mínims que ja recull l'art. 42 TRLET, i que van ser introduïts amb la reforma legislativa laboral del 2001.

A nivell supraempresarial, els convenis solen limitar-se a fixar clàusules de subrogació empresarial per als supòsits de successió de contractistes en una mateixa contracta o activitat, si bé amb un abast força més limitat que el que preveu la llei –art.44 TRLET -.

Com a reflexió de caràcter general, cal posar de relleu que la problemàtica relativa a la cessió il·legal de treballadors sembla haver-se accentuat en els darrers anys en un context caracteritzat per la proliferació d'empreses de "serveis" o de "serveis integrals" que, en la pràctica, estan contribuint a un descens notable de la contractació a través d'ETTs.

Així, es tracta d'empreses reals, dotades de plantilla i infraestructura pròpies –no es tracta, per tant, i com a regla general, d'empreses aparents–; el seu objecte social consisteix en la realització d'activitats variades; els serveis que presten es corresponen, normalment, amb la "mateixa activitat" de les empreses

La negociació col·lectiva a Catalunya

clients o principals; solen executar els seus serveis als llocs de treball de les empreses clients, i, finalment, exerciten o es reserven algunes facultats i obligacions empresarials bàsiques, com ara el pagament de la retribució i de les quotes de la Seguretat Social, la formació dels treballadors, la vigilància de la salut, el control de les altes i baixes, l'organització de les suplències i vacances, i el poder disciplinari, en tant que les facultats relatives a la direcció laboral de la prestació de serveis corresponen, sovint, a l'empresa client, ja que fins i tot quan l'empresa de serveis assumeix formalment el poder de direcció, sovint, actua com una mera delegada de l'empresa principal o client. En definitiva, sovint, aquestes empreses no posen en joc la seva organització empresarial.

No pot negar-se que el funcionament que s'acaba d'exposar aproxima l'activitat de les empreses de serveis a la figura de la cessió il·legal de treballadors prohibida per l'art. 43 TRLET, ja que ens situem davant de supòsits de posada a disposició de treballadors entre empreses reals, que no persegueixen l'objectiu de crear una falsa aparença empresarial,³⁷ que comporten –*de facto*– l'assumpció per part de l'empresa cessionària de certes facultats empresarials bàsiques com ara les relatives a la direcció laboral dels treballadors,³⁸ i que, no obstant això, desenvolupen els seus serveis al marge de la Llei 14/1994.

Amb tot, cal admetre que les empreses de serveis no sempre operen de la forma indicada respecte de la totalitat de serveis que ofereixen al mercat, ja que, en relació amb la prestació de determinades activitats que requereixen una certa especialització, sí que solen aportar una organització laboral específica o un *know-how* específic. En canvi, la cessió il·legal pot arribar a produir-se en aquells serveis l'execució dels quals descansa primordialment en la mà d'obra i que no necessiten una organització especialitzada.

És per això que l'establiment d'una garantia d'equiparació salarial entre els treballadors de les empreses auxiliars i els de les empreses principals contribuiria a evitar les pràctiques descentralitzadores il·lícites. Igualtat de tracte entre diverses col·lectivitats de treballadors que podria assolir-se mitjançant la negociació "*transversal*" de les condicions de treball i ocupació. En efecte, en la mesura en què la cooperació interempresarial ha propiciat l'externalització d'activitats pròpies i, per tant, el treball en un mateix lloc de treballadors dependents de l'empresa principal i de les contractistes, fóra possible prendre en consideració la localització geogràfica comuna i durable a fi d'instaurar una unitat comercial específica i transversal que possibiliti una visió de conjunt dels problemes d'ocupació i de les condicions de treball.

A aquests efectes, sembla oportú emprar una noció ampla de "lloc de treball comú", que no atengui només el treball efectuat a les dependències de l'empresa principal sinó també als serveis executats fora dels seus llocs de treball però en localitzacions properes a aquests, sempre que pugui continuar apreciand-se l'existència d'una unitat laboral o social –això és, un col·lectiu de treballadors lligats per interessos laborals comuns–. D'aquesta manera, la negociació "*transversal*" de les condicions de treball i d'ocupació s'estendria no només als supòsits de coincidència de diversos col·lectius de treballadors als llocs de treball de l'empresa principal, sinó també als casos de prestació de serveis per part de diverses col·lectivitats en un lloc de treball comú o compartit per diverses empreses. Així, per exemple, quan l'empresa principal i les seves empreses auxiliars o proveïdores ocupen locals contigus o es localitzen al mateix polígon industrial; situació molt freqüent als sectors d'automoció i d'alimentació.

³⁷ Així, la jurisprudència ha anat sostenint que "*debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial y las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento*". STS de 3 de febrer del 2000, RJ 1600; STS de 21 de març de 1997, RJ 2612.

³⁸ Així, el Tribunal Suprem ha precisat que "*el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio*". STS de 25 d'octubre de 1999, RJ 8152; STS de 12 de desembre de 1997, RJ 9315; STS de 19 de gener de 1994, RJ 352.

I.4.1. L'EXTERNALITZACIÓ DE RECURSOS HUMANS MITJANÇANT LES EMPRESES DE TREBALL TEMPORAL EN LA NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA D'ÀMBIT CATALÀ

Com ja s'ha indicat a l'apartat relatiu als compromisos d'ocupació i, en particular, en parlar dels compromisos tendents a millorar la qualitat de l'ocupació mitjançant la limitació dels nivells de temporalitat a les empreses, la negociació col·lectiva, tant de nivell empresarial com supraempresarial, ha anat incorporant, si bé no de forma majoritària, clàusules de limitació i, fins i tot, de prohibició del recurs a la contractació indirecta a través d'empreses de treball temporal.

Igualment rellevants, tot i ser força més escasses, són les clàusules que tracten de racionalitzar l'externalització de recursos humans mitjançant la identificació de les categories professionals o llocs de treball que poden ser coberts a través de contractació temporal indirecta³⁹ i les que pretenen limitar la precarietat laboral vinculada a la contractació indirecta d'escassa durada tot imposant una durada mínima als contractes eventuais que se subscriuïn a través d'ETTs.⁴⁰

Una altra via de limitació de la precarietat laboral associada a la contractació temporal indirecta, i que s'ha anat utilitzant amb relativa freqüència, és la d'imposar la igualtat retributiva entre els treballadors de l'ETT i de l'EU amb funcions iguals o d'igual valor. No obstant això, però, a partir de l'entrada en vigor de la Llei 29/1999, de 16 de juliol, per la qual es va modificar la Llei 14/1994, d'1 de juny, d'empreses de treball temporal, la dita equiparació per via convencional no ha passat de tenir un caràcter merament declaratiu, ja que, per regla general, es reitera el que disposa la llei, amb l'excepció d'alguns convenis que estenen el principi d'igualtat de tractament a la resta de condicions de treball⁴¹ o incrementen la retribució deguda als treballadors en missió.⁴²

Sigui com sigui, no es pot desconèixer la important funció pedagògica que aquestes clàusules d'equiparació salarial poden exercir a la pràctica, que reforcen l'obligació de les empreses usuàries de garantir una efectiva igualtat retributiva mitjançant la quantificació de les percepcions finals dels treballadors en missió i la contractació només amb aquelles ETTs que apliquin els criteris d'igualtat salarial.⁴³

³⁹ Així, l'art.43 del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Municipal de Serveis, SA, de Girona, per a l'any 2000 assenyala que "La contractació de serveis a través de les empreses de treball temporal només es pot fer si està destinada a cobrir activitats pròpies del personal d'administració".

⁴⁰ Així, el conveni col·lectiu de treball d'àmbit de Catalunya per a l'empresa CPC España, SA, per als anys 1997-1998, indica al seu art.14: "Contractacions i ingressos.- (...) Els contractes de durada determinada eventuais per circumstàncies de la producció la duració dels quals excedeixi d'una setmana, es realitzaran a través de la mateixa empresa".

⁴¹ És el cas del conveni col·lectiu de treball del sector de les indústries de confecció de pel·leteria de Catalunya per als anys 2003-2005 (codi de conveni núm. 7900305), que al seu art. 22 assenyala que "per als treballadors de l'ETT regiran les mateixes condicions de treball i salari que per als treballadors de les empreses usuàries". Cal remarcar, però, que la fórmula d'equiparació utilitzada resulta poc curosa des d'un punt de vista tècnic, en la mesura en què sembla imposar una obligació d'igualtat de tractament respecte del conjunt de condicions de treball a tercers no vinculats pel conveni –en aquest cas, les empreses de treball temporal–. Així doncs, per tal de garantir l'operativitat de la clàusula, aquesta s'hauria d'entendre en el sentit de què imposa una obligació a les empreses del sector de contractar només amb aquelles ETTs que garanteixin aquesta igualtat de tracte en el conjunt de condicions de treball.

⁴² Així, el conveni col·lectiu de treball del comerç en general de la província de Girona per al 2002-2003 (codi de conveni núm. 1700035) estableix al seu art.17.3 que "els treballadors contractats per ETT que prestin els seus serveis en empreses vinculades a aquest conveni, han de percebre el salari que els correspondria en el nivell de l'ocupació que exerceixen en el sector, incrementat amb un plus d'eventualitat d'un 10 %". Tot i que aquest increment retributiu no pot vincular les ETTs, doncs no s'inclouen dins l'àmbit d'aplicació del conveni, l'operativitat de la clàusula s'hauria d'entendre en el sentit que imposa una obligació a les empreses del sector de contractar només amb aquelles ETTs que garanteixin l'esmentat plus retributiu.

⁴³ En aquest sentit, el conveni col·lectiu del comerç tèxtil de la província de Tarragona per als anys 2003-2005 (codi de conveni núm. 4300115) indica al seu art.48: "Les empreses compreses en l'àmbit d'aquest conveni que, en qualitat d'usuàries, contractin treballadors d'empreses de treball temporal, s'obliguen que el contracte de posada a disposició garanteixi que els treballadors percebin el mateix salari que el que preveu el conveni per a un treballador subjecte a contracte ordinari i que faci idèntiques o similars tasques que les del treballador posat a disposició". En la mateixa línia, el conveni col·lectiu del sector de les escoles d'educació especial de Catalunya per a l'any 2003 (codi de conveni núm. 7900215) al seu art.19 indica: "Contracte de posada a disposició.- Aquest tipus de Contractes només es podrà

La negociació col·lectiva a Catalunya

Finalment, importa destacar que alguns convenis col·lectius de nivell supraempresarial –minoritaris– preveuen mecanismes de seguiment i control dels contractes de posada a disposició, més enllà del deure de l'empresa usuària d'informació puntual als representants dels treballadors sobre cada contracte de posada a disposició i motiu d'utilització, dins dels deu dies següents a la seva celebració, així com de lliurament d'una còpia bàsica del contracte, que es recull a l'art. 9 de la Llei 14/1994.

Així, en alguns casos, aquesta funció de seguiment i control s'articula mitjançant la comissió paritària del conveni sectorial com ara al conveni col·lectiu de treball del comerç en general de la província de Girona per al 2002-2003 (codi de conveni núm. 1700035), que al seu art.17.3 indica:

“Seguiment dels contractes de posada a disposició: les empreses de treball temporal (d'ara en endavant ETT) estan obligades a posar a disposició de la Comissió Paritària còpia dels contractes que estableixin amb les empreses del sector. Aquesta Comissió ha de valorar les causes i les circumstàncies de la signatura de contractes, i ha de fer el seguiment dels contractes per evitar actuacions fraudulentas”.

En la mateixa línia, cal destacar el conveni col·lectiu de treball del sector de la construcció i obres públiques de la província de Girona per al període de l'1.6.2003 al 31.5.2004 (codi de conveni 1700055), que al seu art. 38 disposa:

“A fi i efecte d'evitar l'intrusisme que comporta la prestació no regulada de treballadors a empreses del sector, s'acorda que tots els contractes de posada a disposició, per adquirir validesa, han de ser segellats per la CPC, organisme que s'ha d'ocupar de fer-ne el seguiment.”⁴⁴

En d'altres casos, la intervenció dels representants dels treballadors de les empreses usuàries s'avança a un moment previ a la contractació mitjançant ETTs i s'articula com a dret de negociació sobre les activitats i grups professionals susceptibles de ser coberts a través de contractació temporal indirecta. Així, el conveni col·lectiu del sector del comerç tèxtil de la província de Tarragona per als anys 2003-2005 (codi de conveni n.m. 4300115) assenyala al seu art.48 que *“prèviament a la seva utilització, a cada empresa, s'ha de determinar amb la representació dels treballadors les activitats i els grups professionals corresponents on es puguin ocupar treballadors de les empreses de treball temporal”.*

1.4.2. EL TRACTAMENT DE LA FIGURA DE LA CONTRACTA I SUBCONTRACTA D'OBRES I SERVEIS EN LA NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA DE LES EMPRESES PRINCIPALS

En aquest àmbit, es tractaria fonamentalment de garantir el manteniment de l'ocupació dels treballadors de l'empresa principal davant les operacions de descentralització, ja sigui fixant compromisos de manteniment de la plantilla, ja sigui impedit el recurs a la descentralització respecte de determinats serveis de l'empresa considerats clau per al seu futur, així com garantir la intervenció o control dels representants dels treballadors en aquests processos, mitjançant deures d'informació, consulta, o, fins i tot, negociació, en línia amb les previsions de l'art. 42 TRLET.

En aquest sentit, sembla oportú subratllar que la descentralització productiva es preveu en alguns convenis col·lectius com a causa automàtica d'acomiadament per causes tècniques, organitzatives i de producció. Així, l'art. 42 del conveni col·lectiu de la indústria vinícola de Vilafranca del Penedès per als anys 2002-2004 (codi de conveni núm. 0802384), a canvi de la creació d'ocupació estable, entra a concretar les causes de l'acomiadament objectiu dels nous contractes indefinits tot indicant que s'entén que hi concorre una causa tècnica, organitzativa o productiva *“quan es produeixi una subcontractació de*

subscriure amb empreses de Treball Temporal que apliquin els criteris de convergència salarial previstos pel conveni Col·lectiu d'aquest sector a Catalunya, bé pel fet de trobar-se directament afectades pel conveni o bé per decisió pròpia, si no fos així”. Vegeu també, entre d'altres, conveni col·lectiu de treball de manufactures de productes abrasius de la província de Barcelona per al període 1.4.2003-31.3.2006 (codi de conveni núm. 0802365) (art. 76 g).

⁴⁴ En el mateix sentit, si bé amb un abast més limitat, el conveni col·lectiu de treball del sector del comerç del metall de la província de Barcelona per als anys 2001-2004 (codi de conveni núm. 0800765) instaura una Comissió d'Ocupació i Formació, amb funcions, entre d'altres, de seguiment i coneixement de l'ús de les ETT pel sector del comerç del metall de Barcelona.

processos o procediments de qualsevol àrea o servei de l'empresa, tret de la seva activitat principal i amb una durada mínima d'un any. En aquest cas, les empreses procuraran que els treballadors afectats puguin ser inserits en les empreses subcontractades”.

En relació amb el cas, hem d'assenyalar que l'acomiadament en aquest marc planteja, almenys, tres qüestions d'interès. La primera, decidir quin tipus de causa permetria donar cobertura a la decisió empresarial. La segona, valorar si es produeix o no el requisit d'amortització de llocs de treball. I, la tercera, i última, determinar quan cal entendre concorrent la necessària relació de funcionalitat o proporcionalitat entre l'acomiadament i la finalitat pretesa pel legislador –contribuir a superar una situació econòmica negativa o bé contribuir a superar dificultats que impedeixin el bon funcionament de l'empresa (art. 52c) o garantir la viabilitat futura de l'empresa i l'ocupació en la mateixa mitjançant una més idònia organització dels recursos (art.51), si la causa al·legada és l'organitzativa, tècnica o productiva.

Respecte a la primera qüestió, l'acomiadament en el marc d'una operació de descentralització productiva seria reconduïble en primera instància a una causa organitzativa –en la mesura en què es relaciona amb l'organització de l'activitat productiva i dels recursos humans a l'empresa–, sens perjudici que la decisió d'externalització pugui prendre's en situacions econòmiques negatives com a mesura per fer-hi front. Així ho ha anat entenent la doctrina judicial i la jurisprudència. Des d'aquesta perspectiva, s'entendria acomplert el primer requisit exigint per la jurisprudència per valorar la procedència de l'acomiadament.

Pel que fa al segon requisit exigint per la jurisprudència a efectes de valorar la procedència de l'acomiadament, això és, l'amortització del lloc o llocs de treball, el cert és que en la major part de supòsits de descentralització productiva es produeix una substitució del servei que prestava l'empresa i dels treballadors que hi estaven adscrits pel nou servei desenvolupat per l'empresa auxiliar amb els seus propis treballadors: no existeix pròpiament supressió de la necessitat de mà d'obra, però sí transformació radical del lloc o llocs de treball, ja que és una altra empresa amb la seva pròpia organització i recursos humans la que entra a organitzar el servei. Així sembla entendre-ho la jurisprudència que, en la majoria de casos, considera que no es produeix substitució de treballadors sinó desaparició de llocs de treball i nova organització del servei per part d'altra empresa.

En canvi, és el tercer requisit el que ofereix major dificultat aplicativa –relació de funcionalitat entre l'acomiadament i la finalitat prevista a la norma legal–. Interessa començar assenyalant que la jurisprudència del Tribunal Suprem ha tractat de tancar el debat relatiu a si una descentralització productiva de l'empresa a través de contractes té encaix en la causa organitzativa en tot cas o només quan concorrin determinades circumstàncies, precisant que la solució correcta és la darrera en el sentit que *“únicament si es demostra que la utilització de la contracta és un mitjà hàbil per garantir la viabilitat de l'empresa o la seva competitivitat pot jugar com a causa legitimadora de la decisió extintiva, sent decisorí que la descentralització constitueixi una mesura racional en termes d'eficàcia de l'organització productiva i no un simple mitjà per assolir un increment del benefici empresarial.”*⁴⁵

No obstant això, el cert és que, excepte casos excepcionals, quan ens situem davant d'un acomiadament individual o plural ex art. 52 c) TRLET, l'acreditació d'aquesta exigència no plantejarà cap mena de dificultat, en la mesura que la decisió d'externalització simplement haurà d'adreçar-se a millorar la competitivitat de l'empresa a través d'una millor organització dels seus recursos, de tal manera que l'esmentada exigència no passarà de tenir una intensitat dèbil, més quan la descentralització i el consegüent acomiadament no han d'emmarcar-se dins d'un pla de viabilitat de l'empresa que compregui altres mesures diferents a l'extinció.

Convé tenir present en aquest punt que la STS de 30 de setembre del 2002,⁴⁶ ja que l'Alt Tribunal ve a aclarir el diferent abast –quant a l'enteniment de les causes– de l'acomiadament ex art. 52 c)TRLET i de

⁴⁵ STS de 30 de setembre de 1998, RJ 7586; STS de 21 de març de 1997, RJ 2615.

⁴⁶ RJ 10679.

La negociació col·lectiva a Catalunya

l'acomiadament col·lectiu, a la llum de la reforma del primer precepte legal al 1997, a més d'apartar-se de la doctrina exposada en la STS de 14 de juny de 1996.⁴⁷ Així, s'indica que *“si con la redacción anterior cabía ya afirmar que el art. 52.1.c) no establecía la obligación de presentar un plan de viabilidad como requisito consustancial del modelo legal, la conclusión se refuerza con la redacción actual, dada por la Ley 63/1997 de 26 de diciembre que, con origen en el «Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo» de 28 de abril de 1997, persigue el objetivo de favorecer la competitividad de las empresas mediante una mejor ordenación de sus recursos. Y que al precisar la finalidad de la medida, según sus distintas causas, alejándose de las definiciones del art. 51 para aproximarse a las de los arts. 40 y 41, esta revelando la voluntad de exigir un menor rigor causal y dar una mayor flexibilidad a los despidos del art. 52. No cabe duda pues, que la imposición de una obligación adicional que la norma no contempla expresamente, sería también un obstáculo para el fin querido por la reforma legal. La conclusión es evidente. El empresario no está obligado a adoptar, ni mucho menos a probar, la existencia de otras medidas complementarias incluidas en un plan de viabilidad, sino solo a acreditar que la medida adoptada ayuda, razonablemente, a superar -nunca a garantizar lo que en el momento de la extinción no pasa de ser un deseo, una pura hipótesis- la situación negativa (...)”*.

A judici de l'Alt Tribunal, una qüestió diferent és que el pla de viabilitat pugui constituir un element provatori rellevant en el judici de raonabilitat que dugui a terme el jutgador d'instància, que pot tenir un indubtable valor com a mitjà de prova, sobretot en els casos de grans empreses davant crisis econòmiques de grans proporcions *“porque en tales supuestos, podrá ser conveniente para sus intereses que la empresa presente un plan de viabilidad -o cualquier otro elemento probatorio, dentro de la total libertad de la parte para utilizar los medios de prueba que crea mas convenientes- que ayude al juzgador a formar el referido juicio; en caso contrario corre el riesgo de que el magistrado pueda entender, en función de la magnitud de la empresa o de la gravedad de la situación económica negativa, que la sola medida del despido no contribuye directamente a superar la crisis”*.

Queda patent, per tant, que la jurisprudència del Tribunal Suprem està atorgant una major flexibilitat als acomiadaments individuals o plurals ex art. 52 c) TRLET, mitjançant una interpretació laxa dels requisits legals, valent-se per a aquest fi del diferent enteniment de les causes empresarials previst als arts.52 c) i 51 TRLET, després de la reforma legislativa laboral de 1997.

Amb tot, cal subratllar la idea que, segons la jurisprudència, la descentralització productiva no pot constituir una causa automàtica d'acomiadament, i s'ha de demostrar que *“la utilització de la contracta és un mitjà hàbil per a garantir la viabilitat de l'empresa o la seva competitivitat, sent decisorí que la descentralització constitueixi una mesura racional en termes d'eficàcia de l'organització productiva i no un simple mitjà per a assolir un increment del benefici empresarial”*⁴⁸. És per això que la negociació col·lectiva ha de condicionar necessàriament la decisió empresarial extintiva en aquests casos si no vol que la predeterminació de les causes d'acomiadament duta a terme en l'àmbit negocial quedi en paper mullat, ja que els jutges i tribunals no es veuran vinculats per la dita predeterminació en la mesura en què s'aparta de la finalitat del legislador a l'hora de regular l'acomiadament.

També la negociació col·lectiva en les empreses principals o contractants podria assumir un paper protagonista a l'hora de frenar el recurs a les anomenades “empreses de serveis” que, com s'ha avançat, han proliferat en els últims anys com a alternativa més rendible que les empreses de treball temporal, que han limitat les activitats susceptibles d'externalització mitjançant aquesta via, i també han fixat efectius mecanismes de control en la seva utilització.

D'altra banda, per tal de millorar la qualitat de l'ocupació dels treballadors de les empreses contractistes, podria concretar-se el concepte jurídic indeterminat <pròpia activitat> oferint-ne una interpretació ampla que permeti reconduir a l'àmbit de l'art. 42 TRLET les activitats complementàries i accessòries de

⁴⁷ RJ 5162.

⁴⁸ STS de 30 de setembre de 1998, RJ 7586; STS de 21 de març de 1997, RJ 2615.

l'empresa principal, sobretot si tenim en compte que el Tribunal Suprem està acollint un concepte restrictiu de <pròpia activitat> que s'identifica amb les obres i serveis nuclears o inherents o, en d'altres paraules, les que es corresponen amb el cicle productiu de la comitent.⁴⁹

Igualment, resultaria molt positiva l'atenció específica a la protecció de la seguretat i salut dels treballadors de les empreses contractistes, tot imposant a les empreses principals, en línia amb la regulació d'empreses de treball temporal, l'obligació d'avaluació prèvia dels riscos dels llocs de treball que seran objecte d'externalització i de posada en coneixement d'aquesta informació a l'empresa contractista i als seus treballadors, i, alhora, prohibint la descentralització respecte d'aquelles activitats especialment perilloses, així com estenent a l'empresa principal l'obligació de vigilància del compliment per part de l'empresa contractista de les seves obligacions en matèria de seguretat i salut laboral respecte dels seus propis treballadors als supòsits de contractes d'obres i serveis que es desenvolupin en els llocs o centres de treball de l'empresa principal, amb independència de si la contracta correspon o no a la <pròpia activitat> de l'empresa principal.

Amb tot, la negociació col·lectiva d'àmbit català no sol preveure les esmentades garanties, llevat de casos més aviat excepcionals i, en tot cas, limitats a la intervenció passiva dels representants en els processos de descentralització, sense millorar substancialment els drets d'informació ja previstos a l'art. 42 TRLET,⁵⁰ així com, més rarament, a la delimitació de les tasques susceptibles de descentralització.

En aquesta línia, cal destacar la regulació prevista a l'art. 35 del conveni col·lectiu de treball de l'empresa Robert Bosch España Fábrica Castellet, SA (centre de treball de Castellet i la Gornal), per als anys 2002 i 2003 (codi de conveni núm. 0808551), en la mesura en què tracta de delimitar la contracta d'obres i serveis de la cessió il·legal de treballadors, mitjançant la següent fórmula: *"els treballadors que realitzen els serveis i obres subcontractades (en el marc de la legalitat vigent) estan dintre de l'àmbit d'organització, direcció i control del subcontractista, el qual ha de tenir activitat, estructura i entitat pròpies. Així mateix, no poden exercir funcions de comandament sobre el personal de Robert Bosch España Fábrica Castellet, SA"*. Tot i tractar-se d'una regulació merament declarativa, aquest tipus de clàusules desenvolupen en la pràctica una important funció pedagògica.

I.4.3. EL TRACTAMENT DE LA FIGURA DE LA CONTRACTA I SUBCONTRACTA D'OBRES I SERVEIS EN LA NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA DE LES EMPRESES AUXILIARS O CONTRACTISTES

En aquest àmbit, es tracta de garantir sobretot l'estabilitat en l'ocupació dels treballadors al servei de les empreses contractistes, les necessitats de personal de les quals queden directament condicionades a la vigència de les contractes subscrietes amb les empreses clients, utilitzant-se com a principal instrument de protecció la subrogació empresarial de l'empresari entrant i la continuïtat de la prestació de serveis dels treballadors adscrits a la contracta. Certament, en molts casos, la negociació col·lectiva de nivell supraempresarial està possibilitant, en línia amb la jurisprudència del Tribunal Suprem, la subscripció d'un contracte d'obra i servei determinat vinculant la seva durada a la de la vigència de la contracta o subcontracta d'obres i serveis. Així doncs, per l'ampli marge de flexibilitat que s'atorga a les empreses contractistes a l'hora de contractar sota la modalitat d'obra o servei i per la consegüent precarietat laboral dels treballadors al servei d'aquest tipus d'empreses es tracta de compensar mitjançant la fixació de compromisos de subrogació que garanteixin la continuïtat de les relacions laborals adscrites al servei objecte de la contracta en els casos de pèrdua de la contracta o concessió i assumpció de la mateixa per un nou contractista.

⁴⁹ STS de 24 de novembre de 1998; RJ 1998/10034.

⁵⁰ Així, entre d'altres, conveni col·lectiu de treball de l'empresa Fercable, SA (centre de treball de Sant Vicenç dels Horts) per als anys 2001-2003 (codi de conveni núm. 0805932) (art.41); conveni col·lectiu de treball de manteniment de cabines, suports i telèfons d'ús públic de la província de Barcelona per als anys 2001-2002 (codi de conveni núm. 0811735) (art.42).

La negociació col·lectiva a Catalunya

El nivell de negociació idoni a efectes de la fixació de compromisos de subrogació és el sectorial, ja que a nivell empresarial no podrà imposar-se l'obligació de subrogació a subjectes no inclosos a l'àmbit d'aplicació del conveni col·lectiu d'empresa.⁵¹ És per això que el conveni de nivell empresarial sol remetre's a la regulació prevista en aquesta matèria al corresponent conveni sectorial.⁵²

Ara bé, cal tenir en compte en aquest punt que, a diferència de la subrogació que opera *ex lege*, la subrogació convencional s'ha vist sotmesa a la negociació col·lectiva espanyola i catalana a diversos condicionants, de manera que ens situem davant d'una subrogació d'efectes limitats. Tres són els condicionants més freqüents.

En primer lloc, es condiciona la subrogació des d'un punt de vista subjectiu establint-se com a requisit que el treballador adscrit al servei objecte de transmissió tingui una determinada antiguitat a l'empresa que perd la contracta o concessió. Amb això es tracta d'evitar una adscripció indiscriminada de treballadors en un moment temporalment proper al de la pèrdua de la contracta.

És el cas del conveni col·lectiu de treball de les indústries de captació, elevació, conducció, tractament, depuració i distribució d'aigua de la província de Girona per al període 2002-2003 (codi de conveni núm. 1700225), que al seu art.48 preveu la subrogació de la nova adjudicatària en relació amb els treballadors que hagin prestat serveis per un període mínim de 4 mesos anteriors a la data de resolució o conclusió del contracte que s'extingeix.⁵³

⁵¹ És el cas del conveni col·lectiu de treball de l'empresa UTE Sanejament Palafrugell, de Palafrugell, per al 1998-2001 (codi conveni 1701292) que a la seva D.A.5ª estableix una clàusula de subrogació en els següents termes:

"A fi de contribuir al principi d'estabilitat en l'ocupació, l'adscripció del personal en els canvis de titularitat de les empreses contractistes que s'adjudiquin els serveis de neteja i recollida d'escombraries de la ciutat de Palafrugell, s'ha de portar a terme en els següents termes:

1r. A la finalització de la contracta, els treballadors de l'empresa sortint han de passar a adscriure's a la nova adjudicatària de la contracta, la qual s'ha de subrogar en tots els drets i les obligacions d'aquella respecte al personal, sempre que es donin alguns dels supòsits següents:

- a) Treballadors en actiu que prestin els seus serveis en aquesta contracta, amb una antiguitat mínima dels 4 últims mesos en la contracta, sigui quina sigui la modalitat del seu contracte de treball.*
- b) Treballadors que en el moment del canvi de titularitat de la contracta es trobin malalts, accidentats, amb excedència, permisos, invalidesa provisional, servei militar o situació anàloga sempre que hagin prestat servei en la contracta, almenys 4 mesos abans de sobrevindre qualsevol de les situacions citades.*
- c) Treballadors amb contracte d'interinitat que substitueixen algun dels treballadors citats en el paràgraf anterior.*
- d) Treballadors de nou ingrés que per exigències de l'Ajuntament de Palafrugell s'hagin incorporat a la contracta com a conseqüència d'una ampliació després dels 4 mesos anteriors a la finalització d'aquella i sempre que s'acrediti i justifiqui que són incorporació a la contracta.*

2n. Tots els supòsits anteriorment previstoss s'hauran d'acreditar fefaentment i documentalment per l'empresa sortint a l'entrant en el termini de 10 dies hàbils a comptar des del dia següent al que la nova adjudicatària comuniqui a la sortint que és la nova adjudicatària del servei. En compliment aquest requisit l'empresa entrant anteriorment i sense més formalitats s'ha de subrogar tot el personal que presti els seus serveis en la contracta de Palafrugell.

3r. Si l'Ajuntament rescindís la contracta per deixar de prestar el servei o realitzar-lo pel seu compte, hauria d'operar la subrogació pel propi Ajuntament en els termes assenyalats en aquest article.

Sense perjudici d'allò establert en els apartats anteriors i en relació amb la matèria són d'aplicació les disposicions contingudes en els articles 49 a 53 del conveni del sector".

⁵² Així, per exemple, conveni col·lectiu de treball de l'empresa CESPÀ Ingeniería Urbana, SA (servei de neteja viària, recollida d'escombraries i altres serveis de Santa Coloma de Gramenet), per als anys 2000-2002 (codi de conveni núm. 0800331) (art.28).

⁵³ En el mateix sentit, conveni col·lectiu de treball del sector d'indústries de captació, elevació, conducció, depuració, tractament i distribució d'aigües de les comarques de Lleida per a l'1.1.2001 al 31.12.2003 (codi de conveni núm. 2500695) (art.18); conveni col·lectiu de treball del sector de Neteja d'edificis i locals de les comarques de Lleida, de l'1.1.2003 al 31.12.2003 (codi de conveni núm. 2500305) (Cap.11.3).

El Tribunal Suprem hi ha precisat que:

*"la norma sectorial ha de ser interpretada restrictivament, puesto que viene a constituir una excepción a la regla general, y en tal sentido cuando exige que los siete meses inmediatamente anteriores a la sucesión en la contrata o concesión el trabajador esté destinado a ella, salvo las ausencias reglamentarias, ha de ser aplicado literalmente, de modo que no cabe incluir en dicho período de permanencia la ausencia del trabajador durante un mes en que estuvo destinado a otro local, del que regresó después"*⁵⁴.

En segon terme, es condiona la subrogació des d'un punt de vista formal, fixant-se obligacions d'informació a càrrec de l'empresa que perd la contracta l'incompliment de les quals comporta la inaplicació de la garantia subrogatòria⁵⁵.

El Tribunal Suprem ha tingut també ocasió de pronunciar-se sobre el particular, assenyalant que:

*"en los supuestos en que no se produce una transmisión de empresa en los términos del artículo 44 ET, la subrogación empresarial puede tener lugar con fundamento en el convenio colectivo aplicable, a cuyos presupuestos, extensión y límites debe estarse, por lo que, partiendo del incumplimiento por parte de la empresa saliente de sus esenciales obligaciones de información a la entrante necesarias para que se produjera la subrogación, cabe negar la existencia de subrogación, garantizándose, en todo caso, el empleo de los trabajadores al mantenerse la relación laboral con la empresa saliente"*⁵⁶.

Ara bé, com ha matisat l'Alt Tribunal:

*"la subrogación puede operar incluso cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social"*⁵⁷.

En tercer i darrer lloc, es limiten els efectes propis de la transmissió, ja que, molt sovint, la garantia convencionalment pactada es refereix únicament a la continuïtat de les relacions laborals mitjançant la incorporació a la nova empresa dels treballadors de l'anterior contractista, però sense imposar-se pròpiament una subrogació empresarial, alhora que s'exclou la responsabilitat solidària de l'empresa entrant pels deutes pendents al temps de la subrogació convencional.⁵⁸

⁵⁴ STS 8 de juny de 1998, RJ 1998/6693.

⁵⁵ Així, el conveni col·lectiu de treball del sector de Neteja d'edificis i locals de les comarques de Lleida, de l'1.1.2003 al 31.12.2003 (codi de conveni núm. 2500305), al seu Cap.11.3 estableix que "l'empresa concessionària que ha cessat facilitarà a la nova adjudicatària la documentació i les dades imprescindibles de tots els treballadors juntament amb la forma, temps i lloc de treball i que, preceptivament, poden ser revisats tant pels treballadors implicats, com pels seus representants, com per l'empresa o institució principal. Com a prova que les dades aportades per part de qualsevol de les parts implicades, són certes, seran suficients els tipus de proves admeses per la llei i entre altres les següents: a) Identificació de l'empresa o de la institució principal on està adscrit el lloc del treballador i que ha de constar en els seus rebuts de salari; b) Aquesta identificació ha de constar en el contracte laboral que vincula el treballador amb l'empresa concessionària; c) Les condicions establertes en el plec emès per la licitació d'ofertes o en els documents d'adjudicació o en el contracte entre l'empresa o la institució principal i l'adjudicatari".

⁵⁶ Entre d'altres, vegeu SSTs de 10 de desembre de 1997 (RJ 1998/736); de 9 de febrer de 1998 (RJ 1998/1644); de 29 d'abril de 1998 (RJ 1998/3879); i de 30 de setembre de 1999 (RJ 1999/9100).

⁵⁷ SSTs d' 11 de març de 2003, (RJ 2003/3353) i de 28 de juliol de 2003 (RJ 2003/7782).

⁵⁸ Així, el conveni col·lectiu de treball del sector de Neteja d'edificis i locals de les comarques de Lleida, de l'1.1.2003 al 31.12.2003 (codi de conveni núm. 2500305), al seu cap.11.3 indica que "si s'evidencia, amb relació a la plantilla afectada, impagaments, descoberts o irregularitats en salaris o en afiliació o cotització a la Seguretat Social que siguin imputables al concessionari que ha cessat o a anteriors concessionaris, els treballadors afectats han de passar al nou adjudicatari encara que aquest quedarà exempt de responsabilitat sobre qualsevol dels impagaments esmentats, descoberts o irregularitats que s'han comès abans de la data de substitució de l'empresa concessionària cessant. D'acord amb l'article 42 de l'Estatut dels treballadors i la legislació concordant, són responsables d'aquestes anomalies el concessionari que ha cessat i subsidiàriament amb ell l'empresa o institució principal contractant del servei".

Vegeu sobre el particular SSTs de 31 de març de 1998 (RJ 1998/4575), i de 15 d'octubre del 2002 (RJ 2002/1372).

La negociació col·lectiva a Catalunya

No ofereix dubtes, per tant, el fet que la subrogació convencional presenta uns efectes més limitats que la legal.

En aquest punt, cal referir-se a l'evolució de la jurisprudència comunitària en matèria de successió de contractistes, ja que les últimes sentències sobre el particular han vingut a alterar la pacífica posició de la jurisprudència espanyola.

Cal començar assenyalant que, d'acord amb la jurisprudència comunitària i espanyola, l'«empresa» a efectes de l'aplicació de l'art. 44 TRLET i de la Directiva 2001/23/CE, es defineix com el conjunt d'elements de variada condició i naturalesa que, degudament organitzats, té com a finalitat l'explotació d'una activitat econòmica –empresa/organització–. S'exclou, per tant, la noció d'empresa com a activitat de l'empresari que pot ser objecte de transmissió –empresa/activitat–. És per això que la successió de contractistes o de concessionaris en la mera activitat objecte de la contracta o concessió no integra sense més el supòsit de fet de les citades normes.

No obstant això, partint d'aquest plantejament comú, la jurisprudència comunitària ha evolucionat envers una concepció més flexible o funcional d'empresa que l'acollida per la jurisprudència espanyola.

Certament, el TJCE acull una noció funcional de l'objecte de la transmissió, l'apreciació del qual ha de modular-se en atenció al tipus d'empresa o de centre d'activitat de què es tracti. Resulta, doncs, que la manca de transmissió d'elements de l'actiu no exclou necessàriament i en tots els casos l'aplicació de la directiva, i s'ha de tenir-se en compte el tipus d'activitat exercida, ja que, des del punt de vista dels seus elements organitzatius clau, no és similar una empresa industrial que una empresa de serveis. D'aquí que la importància respectiva que hagi d'atribuir-se als diferents criteris de l'existència d'una transmissió varia necessàriament en funció de l'activitat exercida. Així, en la mesura que sigui possible que una entitat econòmica funcioni, en determinats sectors, sense elements significatius de l'actiu material o immaterial, l'existència o inexistència de transmissió no pot dependre, per definició, de la cessió d'aquests elements.⁵⁹

Segons va establir el TJCE al cas Suzen,⁶⁰ en els supòsits d'empreses de serveis, entre altres circumstàncies de fet, haurà de prendre en consideració el fet que el nou empresari es faci o no càrrec de la majoria dels treballadors en aquells sectors en què l'activitat descansa fonamentalment en la mà d'obra, ja que un conjunt de treballadors que exerceix de forma durable una activitat comuna pot constituir una entitat econòmica.⁶¹

Inicialment, aquesta doctrina es construeix sobre la base de supòsits de fet en els quals l'assumpció de personal pel nou contractista o empresari entrant es duia a terme de forma voluntària (assumpte Sánchez Hidalgo), o bé en aquells en què el nou contractista no assumia personal de l'anterior sense estar-hi obligat pel conveni col·lectiu aplicable (assumptes Süzen o Hernández Vidal), de tal manera que l'esmentada doctrina plantejava el dubte de si també calia atorgar importància a l'element del traspàs de personal en els supòsits en què l'assumpció de plantilla venia imposada pel conveni col·lectiu aplicable al nou contractista o empresari entrant o, en el seu cas, pel plec de condicions administratiu.

Els dubtes suscitats van quedar resolts amb la STJCE de 24 de gener de 2002 (assumpte Temco), en la mesura en què el Tribunal de Justícia va concloure que:

“el artículo 1.º, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad,

⁵⁹ STJCE Schmidt, de 14 d'abril de 1994; STJCE Merckx/Ford Motors, de 7 de març de 1996.

⁶⁰ STJCE d'11 de març de 1997.

⁶¹ Aquesta línia argumental continua en posteriors pronunciaments del TJCE, dictats, així mateix, en supòsits de successió de contractistes (STJCE Sánchez Hidalgo, de 10 de desembre de 1998; STJCE Hernández Vidal, de 10 de desembre de 1998; STJCE Oy Liikenne Ab, de 25 de gener de 2001).

debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato”.

Aquesta doctrina presenta un efecte jurídic directe de gran importància a efectes del nostre dret intern, perquè ja no és procedent distingir entre subrogació legal i subrogació convencional, ja que en ambdós casos s'aplica la directiva i, per tant, el règim legal previst en matèria de transmissió d'empresa. Doctrina que troba un difícil encaix en les construccions doctrinals i judicials sobre transmissió d'empresa elaborades al nostre país fins a la data.

La posició de la jurisprudència espanyola pel que fa a la successió de contractes es pot resumir amb el fonament jurídic següent:

“en los casos de sucesión de contratos no hay transmisión de la misma sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones, que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario, o se derive de normas sectoriales, si no se transmite los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el artículo 44 ET.”⁶²

Aquesta doctrina no es modulava en atenció al tipus d'empresa, de manera que, tractant-se d'empreses de serveis que desenvolupaven les seves activitats amb un escàs suport patrimonial, l'aplicació estricta de la noció d'«empresa-organització» determinava l'exclusió de l'existència de transmissió d'empresa en els casos de successió de contractistes, en no verificar-se el traspàs d'elements de l'actiu. Conseqüentment, en aquests sectors d'activitat –neteja d'edificis i locals o vigilància i seguretat–, la continuïtat de les relacions de treball en els casos de canvi de contractista o concessionari es feia dependre de l'existència d'un plec de condicions administratiu o d'un conveni col·lectiu aplicable a l'empresari entrant que imposés l'obligació de manteniment de les relacions laborals adscrites a la contracta o concessió.

Arran de la STJCE de 24 de gener del 2002 (assumpte Temco), el Tribunal Suprem va posar de manifest obertament les seves reserves sobre el criteri de la transferència de personal.

Així, en la seva Sentència de 20 d'octubre del 2004,⁶³ i després de nombrosos pronunciaments previs sobre el mateix supòsit de fet en què s'havia obviat l'element de què es tracta, l'Alt Tribunal, després de reconèixer que la doctrina del TJCE vincula els òrgans judicials espanyols i acatar la doctrina sobre la successió de plantilles, exposa per primera vegada els seus dubtes sobre la correcció del criteri elaborat pel TJCE, en un supòsit de successió de contractistes en el qual s'imposa la continuïtat de les relacions de treball a través del plec de condicions administratiu. Es tractava, en concret, de la successió d'Eurohandling (formada per Air España S.A. i F.C.C. Agua y Entorno Urbano, S.A.) en la prestació del servei d'assistència en terra a les aeronaus i passatgers a l'aeroport de Gran Canària, previament

⁶² Així, vegeu, entre d'altres, STS de 14 d'abril del 2003, RJ 5194 i STS de 18 de març del 2003, RJ 3385.

⁶³ RJ 2004\ 7162.

La negociació col·lectiva a Catalunya

adjudicat per l'ens públic AENA a Iberia, L.A.E., S.A., sense traspàs d'elements patrimonials des d'Ibèria LAE a Eurohandling.

El Tribunal Suprem raona que:

“difícilmente a juicio de esta Sala, puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, la incorporación «total o parcial» de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad. Pero precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y si se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma -que no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social-, la consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger, como muestra de modo claro la comparación de las soluciones de los casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal: en la actividad contratada por la empresa Hernández Vidal no se aplicaron las garantías de la sucesión, porque esa empresa no contrató a ninguna trabajadora de la empresa saliente (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Murcia de 13 de enero de 1999), pero estas garantías sí se aplicaron en el caso Sánchez Hidalgo (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 1999), porque la empresa había contratado a determinadas trabajadoras de la concesionaria saliente, con lo que paradójicamente basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario”.

Del que s'acaba d'exposar es desprèn que la màxima preocupació del Tribunal Suprem és la d'evitar que, en els casos de subrogació pactada convencionalment o imposada mitjançant el plec de condicions administratiu, la imperativa assumptió per part del nou contractista de la plantilla de l'anterior es consideri com una transmissió ex art. 44 TRLET, i, per tant, que s'exclouï l'aplicació del règim jurídic *ad hoc* previst al conveni o plec de condicions administratiu a favor del més rigorós règim legal que *“no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social”*.

Cal tenir en compte que, com ja s'ha dit, la subrogació convencional presenta uns efectes més limitats que la legal, de tal manera que, si s'equiparen ambdós tipus de subrogació per aplicació de la jurisprudència comunitària, l'Alt Tribunal alerta del molt probable efecte de *“desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger”*.

Convé destacar que aquesta doctrina planteja una paradoxa que, al nostre parer, resulta irresoluble, quan s'aplica el règim jurídic previst a la Directiva a un supòsit de successió de contractistes en què la transmissió de personal de l'empresari sortint a l'empresari entrant resulta imperativa pel segon, en venir imposada per conveni col·lectiu o pel plec de condicions administratiu.

I és que, com bé indica l'Alt Tribunal, "la incorporación total o parcial de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo".

Certament, hem de tenir en compte que, en la majoria de supòsits de subrogació convencional, el personal adscrit a la contracta és fàcilment substituïble en tractar-se de treballs d'execució d'escassa qualificació professional (neteja o vigilància i seguretat), de tal manera que sembla lògic establir una garantia d'estabilitat en l'ocupació, si bé, com a contrapartida, no s'apliquen tots els efectes jurídics previstos a l'art. 44 TRLET, sinó, un règim subrogatori d'abast més limitat. En aquest punt, compartim plenament el raonament del Tribunal Suprem, ja que si en els casos de subrogació convencional s'ha d'aplicar igualment el règim jurídic legal en tot el seu abast, la conseqüència més probable no serà una millora de la protecció dels treballadors, sinó un efecte de desincentivació d'aquestes contractacions i de l'establiment convencional d'aquestes garanties.

En efecte, quan la subrogació és imposada per conveni o pel plec de condicions administratiu, no és possible discernir si l'element personal és o no clau en el desenvolupament de l'activitat de què es tracta per a l'empresari entrant. Probablement, en activitats com la neteja o la vigilància i seguretat, l'element personal –amb escassa qualificació professional, i per això fàcilment substituïble, i amb funcions que no es desenvolupen en contacte amb el públic o amb els clients de l'empresa– no constitueix normalment per si sol una entitat econòmica. Així doncs, el que és lògic és que l'empresari entrant porti el seu propi personal, a menys que el conveni col·lectiu que resulti d'aplicació o el plec de condicions administratiu imposi una altra cosa.

De tot el que s'ha exposat se'n deriva que, al nostre parer, el punt de mira hauria de situar-se en el caràcter voluntari o imperatiu de la transferència de personal, havent-se d'atorgar rellevància a l'assumpció de personal per part del nou contractista únicament quan ens situem davant d'una "adquisició" voluntària d'aquest element organitzatiu, perquè això serà revelador de la transmissió d'una autèntica entitat econòmica. Certament, només podrem concloure que l'element personal és suficientment important per constituir el nucli organitzatiu bàsic de l'activitat que es prossegueix quan aquell sigui assumit lliurement pel nou empresari com el que lliurement adquireix una empresa de tipus industrial. El que cal determinar és si l'element personal constitueix una autèntica entitat econòmica que és assumida com a tal pel nou empresari.

Finalment, a nivell de la negociació col·lectiva de les empreses auxiliars o contractistes, interessa destacar que no hem trobat convenis que incloguin clàusules d'equiparació salarial dels treballadors de les empreses contractistes amb els treballadors de les empreses principals que realitzin igual o similar feina o una feina d'igual valor, en línia amb l'actual regulació de les empreses de treball temporal. Amb tot, cal reconèixer que, mentre aquesta equiparació salarial no s'imposi per la via legal, difícilment els empresaris contractistes acceptaran aquesta petició negocial.

1.5. ESTRUCTURA NEGOCIAL

Tot i que el nivell supraempresarial resulta idoni per fomentar la creació d'ocupació i millorar la qualitat de l'ocupació, el nivell empresarial constitueix el nivell de negociació més eficaç en la matèria, atesa la proximitat dels negociadors a la realitat concreta de cada empresa. Així, tenint en compte que és a nivell de la negociació col·lectiva empresarial on trobem un major grau de mesures "flexibilitzadores" de l'organització del treball, és a aquest nivell on s'haurien d'establir més compromisos d'ocupació, en contra de la línia de tendència actual que evidencia un tractament molt superior de les qüestions relacionades amb l'ocupació al nivell sectorial.

La negociació col·lectiva a Catalunya

Pel que fa al tractament dels fenòmens de contractació i subcontractació d'obres i serveis, interessa subratllar que, a nivell empresarial, són anecdòtics els convenis col·lectius que regulen la figura de la contracta i subcontracta d'obres i serveis, i, els que ho fan, es limiten a preveure drets d'informació a favor dels representants dels treballadors de les empreses principals, sense millorar els drets mínims que ja recull l'art. 42 TRLET, i que van ser introduïts amb la reforma legislativa laboral del 2001. A nivell supraempresarial, els convenis solen limitar-se a fixar clàusules de subrogació empresarial per als supòsits de successió de contractistes en una mateixa contracta o activitat, si bé amb un abast força més limitat que el que preveu la llei –art.44 TRLET.

Respecte a la descentralització de recursos humans a través d'empreses de treball temporal, importa destacar que la negociació col·lectiva, tant de nivell empresarial com supraempresarial, ha anat incorporant, si bé no de forma majoritària, clàusules de limitació i, fins i tot, de prohibició del recurs a la contractació indirecta a través d'empreses de treball temporal.

En canvi, a nivell supraempresarial, trobem amb molta més freqüència convenis col·lectius que fixen clàusules d'equiparació salarial entre els treballadors de l'ETT i els de l'EU, que desenvolupen funcions iguals o similars; preveuen mecanismes de seguiment i control dels contractes de posada a disposició, que en superen les previsions legals (art.9 Llei 14/1994), i tracten de racionalitzar aquesta pràctica mitjançant la identificació de les categories professionals o llocs de treball que poden ser coberts a través de contractació temporal indirecta.