

Eficacia y efectividad de las normas laborales en el nuevo escenario socioeconómico

PRESENTACIÓN

Magdalena Nogueira Guastavino

Primera parte: Estructura y organización de las empresas como factor condicionante de la aplicabilidad de la norma laboral.

Externalización productiva y tutela de los trabajadores,
Carmen Sáez Lara

La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa,
Fernando Fita Ortega

La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales,
Emma Rodríguez Rodríguez

Segunda parte: Déficit de eficacia de las medidas de control (judicial, administrativo y sindical): causas y propuestas de corrección.

Reflexiones sobre la eficacia de las medidas de control de la intervención administrativa en materia laboral,
Jesús R. Mercader Uguina

Déficit de eficacia de las medidas de control sindical: causas y propuestas de corrección,
Eduardo Terradillos Ormaetxea

Tercera parte: Premio Juan Rivero a la mejor comunicación y II Encuentro Europeo de Jóvenes Profesores Laboralistas.

Propuestas de reforma legislativa, en materia de Seguridad Social, para hacer emerger el trabajo autónomo irregular.
(Ventajas de la incorporación al ordenamiento español de la experiencia francesa del CESU),
Cristina Aragón Gómez

Del derecho de libre circulación de trabajadores al BREXIT:
¿un viaje de ida y vuelta?,
Magdalena Nogueira Guastavino

Índice

Presentación, <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	3
--	---

ESTUDIOS

Primera parte: Estructura y organización de las empresas como factor condicionante de la aplicabilidad de la norma laboral

Externalización productiva y tutela de los trabajadores, <i>Carmen Sáez Lara</i>	11
---	----

La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa, <i>Fernando Fita Ortega</i>	29
--	----

La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales, <i>Emma Rodríguez Rodríguez</i>	47
---	----

Segunda parte: Déficit de eficacia de las medidas de control (judicial, administrativo y sindical): causas y propuestas de corrección

Reflexiones sobre la eficacia de las medidas de control de la intervención administrativa en materia laboral, <i>Jesús R. Mercader Uguina</i>	75
--	----

Déficit de eficacia de las medidas de control sindical: causas y propuestas de corrección, <i>Edurne Terradillos Ormaetxea</i>	95
---	----

Tercera parte: Premio Juan Rivero a la mejor comunicación y II Encuentro Europeo de Jóvenes Profesores Laboralistas

Propuestas de reforma legislativa, en materia de Seguridad Social, para hacer emerger el trabajo autónomo irregular. (Ventajas de la incorporación al ordenamiento español de la experiencia francesa del CESU) <i>Cristina Aragón Gómez</i>	107
---	-----

Del derecho de libre circulación de trabajadores al BREXIT: ¿un viaje de ida y vuelta? <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	127
--	-----

Documentación Laboral

Publicación periódica (Tres números al año)

Esta publicación se edita desde noviembre de 1981

Edita: **Ediciones Cinca, S. A.**

Precio número suelto:

25€ (IVA no incluido)

Precio número doble:

50€ (IVA no incluido)

Suscripción anual:

España: 60€ (IVA no incluido)

Extranjero: 104€ (IVA no incluido)

Fecha de publicación de este número: septiembre 2016

Distribución a librerías y suscripciones:

Ediciones Cinca, S. A.

General Ibáñez Íbero, núm. 5A

28003 Madrid

Teléfono: 91 553 22 72

grupoeditorial@edicionescinca.com

Producción editorial, coordinación técnica e impresión:

Grupo Editorial Cinca, S. A.

General Ibáñez Íbero, núm. 5A

28003 Madrid

Depósito legal: M.38.180-1981

ISSN: 0211-8556

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley: Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones vertidas en los trabajos que publica *Documentación Laboral* incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinca, S. A. se identifique con los mismos.

DL

PRESENTACIÓN

Magdalena Nogueira Guastavino

*Directora de Documentación Laboral
Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

Como viene siendo habitual, el presente número de Documentación Laboral se dedica en su mayor parte a publicar las ponencias derivadas de los seminarios organizados por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y que dan lugar a espacios de confrontación que incrementan la profundidad de las reflexiones reflejadas en los artículos que ahora ven la luz. Junto a ello, inmensa alegría me produce poder publicar la comunicación premiada en el Congreso Nacional de la AEDTSS tras una reñida pugna al elevarse cada vez más el número de comunicaciones presentadas a estos Congresos así como su calidad. Finalmente, el presente número se cierra con otras de las actividades de la Asociación, cual es la conferencia de inauguración del Encuentro Internacional de Jóvenes juristas celebrado por segundo año consecutivo en Santiago de Compostela organizado por la Asociación Internacional en colaboración con la AEDTSS.

La primera parte recoge algunas de las participaciones presentadas en el Seminario celebrado un año más en el Consejo Económico y Social nacional, el 29 de enero de 2016, en torno a la “Eficacia y efectividad de las normas laborales en el nuevo escenario socio económico”. La idea transversal del seminario era la de comprobar el grado de adecuación de las normas laborales para lograr los resultados pretendidos en una determinada realidad social, su eficacia, así como proponer alternativas o reflexiones cuando las prescripciones o técnicas normativas carezcan de la misma o ésta no sea suficiente.

Así, en primer lugar, se abordó la “estructura y organización de las empresas como factor condicionante de la aplicabilidad de la norma laboral”. La primera exposición corrió a cargo de la Catedrática de Córdoba Carmen Sáez Lara, quien abordó la problemática desde la normativa relativa a la “externalización productiva y tutela de los trabajadores”. Como es habitual en ella, en el artículo destaca la síntesis completa de problemas que en la actualidad presenta esta temática legal, pero sin limitarse a un mero panorama descriptivo sino proponiendo interesantes alternativas legales. En concreto, comienza contextualizando la actual descentralización productiva utilizada para favorecer realidades muy distintas que van desde el alto nivel tecnológico y productivo, al mero uso de mano de obra en sectores con baja cualificación y salarios, pero cuyo elemento común es la alteración de la construcción jurídica laboral de referencia sobre conceptos clave como el de empleador, trabajador y las reglas de la acción colectiva. Entre los numerosos problemas que esta realidad provoca, la autora se centra en las que han suscitado recientemente un mayor debate, como el derecho de huelga de los trabajadores de la empresa auxiliar frente a la empresa principal, los convenios colectivos aplicables en las empresas auxiliares de multiservicios o el despido colectivo en el ámbito de los grupos de empresa tras la reforma de 2012. En todos los casos examina las respuestas normativas así como su interpretación judicial para poner de relieve la insuficiencia de la regulación legal para una completa tutela de los trabajadores. En particular, destaca cómo de entre la diversidad de respuestas normativas a la externalización productiva algunas han sido más avanzadas (como en el sector de la construcción, en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de seguridad o defensa, en relación con la formación profesional limitando la subcontratación de la actividad formativa, o con la regulación de la LETA o de las ETT) que las expresamente previstas por el art. 42 y 43 ET. Y ante su eficacia parcial, propone de modo muy fundamentado limitar las normas sobre externalización a las actividades con sustantividad propia y a término, reconduciendo los fenómenos en los que la prestación de servicios se inserta en la actividad ordinaria de la empresa y sin limitación temporal a la solución de la pluralidad de empresas o concepto de empresario plural, dejando para los casos más reconocibles el fraude de ley y las normas sancionadoras, para poner el acento en la efectividad de la protección de los trabajadores en las externalizaciones (estableciendo legalmente la igualdad salarial por un trabajo de un mismo valor, incrementando el derecho de información de los trabajadores o a las auditorías salariales, etc).

Aunque en la ponencia anterior se abordan también algunos aspectos de la representación colectiva, es la ponencia del Profesor de la Universidad de Valencia Fernando Fita Ortega la dedicada por completo a tan interesante asunto. Con un amplio título “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de la representación en la empresa”, el autor va a examinar los problemas normativos que presenta una descentralización que rompe con el centro de trabajo como base sobre la que se asienta la representación, analizando las respuestas que han ido proporcionando los operadores jurídicos y concluyendo también con la necesidad de una intervención legislativa que desarrolle la DF 2 TRET, siga la línea de algunas normas más creativas, como la reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, o algunas interpretaciones más amplias del centro de trabajo proporcionadas por la jurisprudencia al hilo de normas de prevención o para de-

terminar el alcance de la propia actividad en las contratas, o incorpore, entre otras posibilidades, algunas de las orientaciones ensayadas en el Derecho comparado para superar el déficit de representación al que abocan las nuevas realidades productivas y que el autor destaca y ofrece.

Finaliza la primera parte con la ponencia de la Profesora de la Universidad de Vigo Emma Rodríguez Rodríguez, abordando “la dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales” donde se examinan con profundidad las reformas llevadas a cabo desde 2010 que han fomentado la flexibilidad y, con ella, se ha incrementado paulatinamente el poder del empleador, con el consiguiente debilitamiento de la negociación colectiva y de los propios derechos de los trabajadores. El examen de las consecuencias de estas reformas según la dimensión de la empresa y la tendencia a un derecho del empleo que ha descartado en gran medida su sentido tuitivo para apostar por un interés productivo, se realiza remarcando las diferencias existentes en las distintas instituciones impactadas por las reformas según el modelo reformador que en un momento determinado se haya adoptado, ofreciendo de este modo un recordatorio necesario de las piezas ajustadas y su razón de ser. La rebaja de tutela que con ellas se produce, lleva a ofrecer alternativas que ponen su punto de vista en la negociación, en la extensión de las garantías del Convenio 135 OIT a las comisiones *ad hoc*, a la rectificación de las interpretaciones judiciales excesivamente permisivas en la identificación del sujeto representativo de los trabajadores en los procesos de consulta, o a considerar que sería posible declarar la nulidad por fraude de los acuerdos de empresa de inaplicación de convenios estatutarios adoptados por organizaciones no sindicales.

Una segunda parte del presente número reúne dos de las ponencias expuestas en el debate del CES ya mencionado. En ellas se abordaban los déficits de eficacia de las medidas de control (judicial, administrativo y sindical), sus posibles causas, así como propuestas posibles de corrección. En este marco, el Catedrático de la Universidad Carlos III, Jesús Mercader Uguina, ofrece de modo incisivo y novedoso algunas reflexiones sobre la eficacia de las medidas de control de la intervención administrativa en materia laboral. Tras acotar el concepto jurídico de eficacia y poner de manifiesto la dificultad para medir la eficacia del derecho en este campo, el autor va a sistematizar las diversas formas de intervención del Estado en materia social, poniendo de manifiesto en la agrupación que hace de las mismas, las transformaciones sufridas por las funciones desarrolladas tradicionalmente por la Administración en esta rama del Derecho, constitucionalmente sometido, precisamente, al principio de eficacia en el art. 103. De este modo se examinan las técnicas de captación de información por parte de la Administración como técnica instrumental al servicio de otras técnicas de ordenación y control, abordando la expansión de la digitalización de las funciones registrales y de recepción de información, así como las incertidumbres provocadas por alguna de las concretas manifestaciones de certificación en materia de Seguridad Social, tal y como ocurre en la figura de las contratas de la misma actividad. Igualmente se abordan la autorización administrativa como instrumento de control sometido a una clara relativización (como ejemplo los despidos colectivos y la traslación del control a priori hacia otro a posteriori basado en las declaraciones responsables de los sujetos a modo de autoadmi-

nistración privada de carácter previo como en las agencias de colocación), la consolidación de las funciones de ordenación de derechos, especialmente en la gestión de la Seguridad Social, el declive de la actividad de fomento o la siempre clásica actividad sancionadora e inspectora, sometida a nuevos retos y realidades, algunas de ellas cuestionables, tal y como se pone de manifiesto en el artículo.

Por su parte, la Profesora del País Vasco Edurne Terradillos Ormaetxea aborda también los déficits de eficacia, pero en relación con las medidas de control sindical. De entre ellas, dos son las cuestiones que centran su artículo. La primera, los problemas que presenta el reforzamiento de las comisiones *ad hoc* ante la falta de representación legal para actuar en los diversos períodos legales de consulta y, sobre todo, en el caso de inaplicación de convenios colectivos (art. 82.3 ET), aportando soluciones para evitar el debilitamiento sindical en estos ámbitos derivadas del Derecho Internacional y, en concreto, extraídas de una interpretación sistemática del Convenio 154 y 135 OIT, la Recomendación 91 de este mismo organismo internacional, así como de la Carta Social Europea de 1961. La segunda cuestión que se aborda es la desaparición de las medidas sociales de acompañamiento del contenido mínimo de la solicitud y documentación que inicia el procedimiento de despido colectivo, como manifestación restrictiva del contenido negociado que se deja al periodo de consultas mermando con ello la capacidad sindical de información y negociación. También en esta materia se aportarán soluciones jurídicas interesantes derivadas de una interpretación adecuada de la Directiva 98/59/CEy de la finalidad perseguida por dichos periodos de consultas en la interpretación ya adoptada por nuestra jurisprudencia.

Finaliza el presente número con dos aportaciones no vinculadas con el seminario celebrado en el CES, pero sí con las actividades más relevantes que realiza la AEDTSS. La primera de ellas, especialmente reseñable, en tanto supone la publicación del Premio Juan Rivero a la mejor comunicación presentada en el XXVI Congreso Nacional de la AEDTSS celebrado en Córdoba el pasado mes de junio, ofrece interesantísimas propuestas de reforma legislativa en materia de Seguridad Social para hacer emerger el trabajo autónomo irregular. Su autora, Cristina Aragón Gómez, Profesora de la Universidad Carlos III, recoge en este artículo la comunicación presentada así como las ideas surgidas de su defensa personal en el Congreso. Las propuestas de reforma legislativa dirigidas a eliminar los desincentivos a la inclusión en este RETA se centrarán en la financiación del sistema, entre las que destaca la interesante experiencia francesa del cheque de empleo, entre otras ofrecidas por la autora, así como algunas otras relativas a la acción protectora en supuestos de pluriactividad. Cierra el número la conferencia de apertura del II Encuentro Europeo de Jóvenes Profesores Laboralistas celebrado los días 9 y 10 de junio de 2016 en Santiago de Compostela y que tuve el honor de impartir. Seminario promovido por la AEDTSS y la Universidad de Santiago, bajo los auspicios de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dedicado a los trabajadores extranjeros en los mercados de trabajo europeos y nacionales y que me permitió, al faltar días para el referendun británico sobre su permanencia en la Unión Europea, examinar el régimen de favor que podría habersele otorgado de no haber prevalecido el Brexit. En concreto, se examina la evolución jurisprudencial del TJUE sobre la polémica asistencia social para los trabajadores y ciuda-

danos no nacionales pero comunitarios, su recepción endurecida en las Conclusiones del Consejo Europeo de febrero de 2016, así como las opciones futuras que se presentan ante el Reino Unido en sus futuras relaciones con la Unión Europea y sus implicaciones en relación con la libre circulación de personas y de trabajadores.

En fin, esperando que este número, lleno de propuestas de *lege ferenda*, resulte tan sugerente como de costumbre, no puedo terminar sin agradecer públicamente, una vez más, en nombre de la AEDTSS, la generosidad de todos los que participaron en el seminario del CES y, además, han realizado el doble esfuerzo de plasmar por escrito su ponencia incorporando los debates allí suscitados.

Magdalena Nogueira Guastavino



AUTORES DEL PRESENTE NÚMERO

Carmen Sáez Lara

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba.

Fernando Fita Ortega

Profesor T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia.

Emma Rodríguez Rodríguez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Vigo.

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid.

Edurne Terradillos Ormaetxea

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad del País Vasco

Cristina Aragón Gómez

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Madrid