

## SEGUNDA PARTE XXVIII Y XXIX CONGRESOS DE LA AEDTSS

### DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y EL DERECHO DEL TRABAJO ALEMÁN\*

Achim Seifert<sup>†</sup>

Universidad Friedrich Schiller de Jena, Alemania

**SUMARIO:** I. Introducción. –II. La decisión empresarial sobre la descentralización productiva en sí misma: 1. Decisión empresarial y protección contra el despido; 2. El papel de la negociación colectiva; 3. La intervención del comité de empresa. –III. Consecuencias laborales de escisiones de sociedades: 1. El escape de convenios colectivos "costosos"; 2. El centro común de trabajo mantenido por varias empresas; 3. El escape del régimen de participación de los trabajadores; –IV. La protección de los trabajadores en el caso de subcontrataciones: 1. La responsabilidad del contratante general; 2. Protección de los trabajadores autónomos económicamente dependientes; 3. La contribución de la negociación colectiva; A) Estipulaciones sobre los criterios de selección de los contratistas; B) Negociación colectiva para los trabajadores autónomos; 4. Las competencias del comité de empresa; A) El reclutamiento; B) Obligación del empresario de negociar un plan social; C) Información y consulta sobre procesos de subcontratación; 5. La contribución de la contratación pública. –V. Conclusión.

#### I. INTRODUCCIÓN

La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales no supone una novedad para el Derecho del Trabajo alemán, sino que ha sido abordado ya desde hace mucho tiempo. La tensión inherente a este concepto entre el mantenimiento de una protección adecuada de los trabajadores, de un lado, y la flexibilización de las condiciones laborales a través de procesos de descentralización productiva, de otro, ha acompañado los debates políticos relativos a reformas en el Derecho del Trabajo durante los últimos años y es, por lo demás, objeto de discusiones muy controvertidas en la doctrina laboralista.

La descentralización productiva es un fenómeno con caras diferentes, afectando al Derecho del Trabajo de varias maneras, aunque aquí sólo sea posible de indicarlo en sus grandes rasgos. Un aspecto de gran importancia es, sin duda, la instrumentalización del Derecho de Sociedades, en particular a través de la realización de escisiones de una empresa en varias sociedades filiales a las cuales se traspan funciones empresariales como departamentos (la contabilidad, la venta o la producción) u otras partes de la empresa. Frecuentemente estas "divisionalizaciones

<sup>†</sup>Recibido el 13/5 de 2019. Aceptado el 5/12 de 2019.

<sup>‡</sup>Catedrático de Derecho Civil, Derecho del Trabajo alemán y europeo y de Derecho Comparado.

Revisión lingüística de Lidia Gil Otero, Personal Investigador en Formación (FPU), Universidad de Santiago de Compostela.

#### 118 Descentralización productiva y el derecho del trabajo alemán

DL

nes" se hacen (también) con el objetivo de contornear derechos laborales de los trabajadores. Así es posible escapar del ámbito de aplicación de un convenio colectivo considerado como demasiado costoso y aplicar otro convenio colectivo, garantizando un nivel de protección menos favorable para los trabajadores. Además, tales procesos de escisión pueden permitir a las empresas escapar del ámbito de aplicación del régimen legal de la representación de los trabajadores en el centro de trabajo o, por lo menos, evitar la aplicación de algunos derechos del comité de empresa.

Otra forma muy importante de descentralización productiva se produce mediante la externalización de funciones empresariales a empresas externas a través de la subcontratación. En el sector de la construcción, por ejemplo, la contratación tiene un papel tradicionalmente muy importante: un contratista general, responsable de la construcción de una obra, contrata empresas para trabajos diferentes, tales como la excavación, la albañilería o los trabajos del techador. Sin embargo, también en muchos otros sectores se pueden encontrar formas de subcontratación: empresas mandan a sus trabajadores a empresas clientes para prestar servicios determinados tales como la limpieza, el montaje de máquinas o la gestión del comedor de la empresa. Puede tratarse de pequeñas y medianas empresas especializadas en la prestación de algunos de los servicios anteriores, pero en algunos casos se trata de empresas multiservicios.

La digitalización del trabajo producida en los últimos años ha acelerado e intensificado este desarrollo. La "Industria 4.0", expresión clave de este proceso, se ha configurado como el sinónimo de una evolución que facilita, de manera considerable, la cooperación y la integración en red de empresas. Un ejemplo de ello son las Redes de Valor Añadido<sup>1</sup>, así como el trabajo en plataformas digitales como el *crowdwork*, donde las empresas emergen en esta economía de plataformas contratando a uno o más *crowdworkers* para la ejecución de un trabajo determinado<sup>2</sup> a través de plataformas como *Amazon Mechanical Turk*, *Twago*<sup>3</sup> o *Clickworker*<sup>4</sup>. No obstante, la descentralización productiva en la forma de subcontratación puede también servir de trabajadores autónomos económicamente independientes, las personas similares a trabajadores asalariados [*Arbeitnehmerähnliche Personen*], o "colaboradores libres" [*Freie Mitarbeiter*] en materia de TI, englobando, fundamentalmente, a los teletrabajadores.

Por razones de espacio, las páginas que siguen se limitarán únicamente a las dos formas de descentralización productiva ya mencionadas que poseen incidencias bastante importantes sobre los derechos laborales en Alemania, a saber: los efectos de las escisiones de sociedades y de la subcontratación sobre los derechos de los trabajadores. Estos dos fenómenos son los mecanismos más comunes de descentralización productiva en Derecho alemán, de tal modo que se presentará, en grandes rasgos, cómo el Derecho del Trabajo alemán aborda la problemática de la descentralización productiva, si bien conviene distinguir, por una parte, entre la influencia del Derecho del Trabajo sobre la decisión empresarial relativa a un proceso de descentralización productiva en sí mismo y, por otra, sus consecuencias sociales. De manera general, la diferenciación entre estos dos niveles es subyacente al derecho alemán, aunque no puede negarse que también la regulación laboralista de los efectos sociales de una descentralización productiva (por ejemplo, el coste resultante de indemnizaciones de despido o de planes sociales o de otras medidas legales de protección) produce un impacto indirecto sobre la decisión empresarial de realizar un proceso de descentralización productiva.

<sup>1</sup>Para un análisis del impacto del concepto de "Industria 4.0" sobre el Derecho del Trabajo, véase, por ejemplo, SEIFERT, A., "Arbeit in der digitalen Fabrik am Beispiel von Wertschöpfungsnetzwerken in Gerrit Hornung" (Coord.), *Rechtsfragen der Industrie 4.0: Datenhoheit – Verantwortlichkeit – rechtliche Grenzen der Vernetzung*, Baden-Baden, 2018, pp. 175-197.

<sup>2</sup>Para una visión de conjunto del fenómeno véase las contribuciones en BENNER, Chr., "Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit", Frankfurt, 2015.

<sup>3</sup>Cfr. <https://www.twago.de/>

<sup>4</sup>Para detalles cfr. <https://www.clickworker.de/>

En consecuencia, en la primera parte se tratará de esclarecer en qué medida los trabajadores y sus representantes tienen el poder de determinar la decisión empresarial sobre un proceso de descentralización productiva en sí mismo y si pueden evitar estos procesos (II.). A continuación, en las partes siguientes se analizará qué mecanismos prevé el Derecho del Trabajo alemán del trabajo para atenuar los efectos sociales de procesos de descentralización productiva y evitar que los derechos laborales sean contorneados por las empresas. A este respecto, se analizarán, en primer lugar, las consecuencias laborales de las escisiones de sociedades (III.) y, finalmente, la protección de los trabajadores en sede de subcontratación (IV.).

#### II. LA DECISIÓN EMPRESARIAL SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN SÍ MISMA

La decisión empresarial sobre la realización de un proceso de descentralización productiva se encuentra relacionada, aunque de una manera compleja, con el Derecho del Trabajo. De manera general, si bien puede afirmarse que el Derecho del Trabajo no determina directamente la decisión empresarial sobre reestructuraciones de la empresa (como, por ejemplo, el recurso a la subcontratación o escisiones) y que el empresario dispone de un espacio libre de decisión, si lo hace de una manera indirecta a través de los costes que se impongan por el ordenamiento jurídico-laboral para la realización del proceso de reestructuración, como por ejemplo el deber de pagar indemnizaciones por despido a los trabajadores afectados o de negociar un plan social. Esta reserva del Derecho del Trabajo alemán con respecto a la decisión empresarial se explica, en primer lugar, por la voluntad del legislador de proteger la libertad constitucional de empresa<sup>5</sup>. En consecuencia, el Derecho del Trabajo se limita, esencialmente, a atenuar las consecuencias sociales de procesos de reestructuración empresarial para los trabajadores afectados.

##### 1. Decisión empresarial y protección contra el despido

Un aspecto importante de esta reserva de la ley con relación a la decisión empresarial sobre procesos de reestructuración empresarial proviene de la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo [*Bundesarbeitsgericht* (BAG)] relativa a la Ley sobre la protección contra el despido [*Kündigungsschutzgesetz* (KSchG)].

En cada centro de trabajo [*Betrieb*] que cuente, por lo menos, con diez trabajadores<sup>6</sup>, la legalidad de un despido exige una justificación social [*soziale Rechtfertigung*], es decir, motivos bien económicos del empresario [*betriebsbedingte Gründe*], bien basados en la persona del trabajador [*personenbedingte Gründe*] o bien que resulten de la conducta del trabajador [*verhaltensbedingte Gründe*]. En cuanto a los motivos económicos pertinentes en el caso de un proceso de reestructuración empresarial como una subcontratación de servicios, la jurisprudencia sólo exige la decisión formal del empresario de eliminar uno o varios puestos de trabajo en el seno del centro de trabajo y, por lo tanto, los Tribunales no examinarán en el marco de una acción del trabajador contra su despido [*Kündigungsschutzklage*] si la supresión del empleo efectuada por el empresario es razonable o necesaria para mantener la rentabilidad de su empresa o para evitar una crisis económica de la misma<sup>7</sup>. El empresario puede incluso despedir alegando mo-

<sup>5</sup>La garantía constitucional de la libertad de empresa resulta del derecho fundamental a la libertad profesional del art. 12, apartado 1 de la Ley Fundamental [*Grundgesetz* (GG)] del 23 de mayo 1949, la Constitución de la República Federal de Alemania (RFA); véase SCHMIDT, I. en H. Oetker, in: R. Müller-Glögge, U. Preis, I. Schmidt (Coord.), *Erweiterter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErtK)*, 20ª edición (2020), Art. 12 Grundgesetz, párrafo 14 con referencias.

<sup>6</sup>El ámbito de aplicación de la ley está determinado por el art. 23, apartado 1 KSchG. El censo de los trabajadores de un centro de trabajo se efectúa *pro rata temporis*.

<sup>7</sup>Para un resumen del sistema alemán de protección contra el despido cfr. SEIFERT, A., "El despido basado en la conducta del trabajador en el derecho alemán" en J.L. Gil y M. del Valle, *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, 2009, pp. 583-605 (pp. 592 y ss.).

<sup>8</sup>Se trata de una jurisprudencia constante. Véase, por ejemplo, BAG, sentencia del 31 de julio 2014, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZAR)* 2015, pp. 101 y ss.; BAG, sentencia del 4 de mayo 2006, *NZA* 2006, pp. 1096 y ss.; ErtK/SCHMIDT, I. 20ª edición (2020), § 1 KSchG, párrafo 239 con referencias.

#### 120 Descentralización productiva y el derecho del trabajo alemán

DL

tivos económicos cuando tenga la intención de aumentar la rentabilidad de su empresa. La jurisprudencia justifica esta autolimitación judicial en base a la libertad constitucional de empresa, garantizada esencialmente por el artículo 12, apartado 1 de la Ley Fundamental [*Grundgesetz* (GG)]<sup>8</sup>.

Como consecuencia de esta interpretación jurisprudencial, la ley relativa a la protección contra el despido no impide al empresario proceder a la supresión de puestos de trabajo a fin de substituirlos por subcontratistas externos (por ejemplo, el recurso a servicios de limpieza o a servicios de catering)<sup>9</sup>. Por ello, entre los abundantes ejemplos que ha otorgado la jurisprudencia, una clínica puede cerrar su laboratorio y recurrir a los servicios de un laboratorio externo<sup>10</sup>, una empresa puede substituir su propio servicio de conserje por un servicio externo<sup>11</sup> o incluso su departamento de contabilidad por un despacho externo de una asesoría fiscal y contable<sup>12</sup>. La garantía de la libertad de empresa de la que goza el empresario prima, entonces, frente al derecho de la protección contra el despido.

Tampoco la protección contra el despido colectivo es un obstáculo para la supresión de puestos de trabajo afín de substituirlos por subcontratistas, en la medida en que los artículos 17 a 22 KSchG (que transponen la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos) sólo imponen una obligación de notificación frente a la Agencia de Empleo [*Agentur für Arbeit*], así como una obligación de informar y consultar al comité de empresa [*Betriebsrat*], sin que sea necesaria una justificación que supere los criterios del artículo 1, apartado 2 KSchG.

No obstante, la licitud de los despidos por causas económicas puede ser problemática ante un traspaso de centros de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23/CE<sup>13</sup>. El traspaso de una empresa no puede constituir por sí sólo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario<sup>14</sup>, si bien hay que constatar que la sucesión del subcontratista en la función efectuada antes por la empresa subcontratando no constituye en sí misma un traspaso de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23/CE. Una sucesión de funciones sólo constituye un traspaso de empresa cuando la entidad económica afectada por la subcontratación mantiene su identidad (cfr. el artículo 1, apartado 2 de la Directiva 2001/23/CE), lo que no se produce cuando el subcontratista no utiliza ni el personal de la empresa contratando ni los medios de trabajo de esta<sup>15</sup>.

<sup>9</sup>Cfr. por ejemplo, BAG, sentencia del 31 de julio 2014 – 2 AZR 422/13, *NZA* 2015, pp. 101 y ss.

<sup>10</sup>Cfr. BAG, sentencia del 30 de abril 1987, 2 AZR 184/86, *NZA* 1987, pp. 776 y ss.; BAG, sentencia del 17 de junio 1999 – 2 AZR 522/98, *NZA* 1999, pp. 1095 y ss.; BAG, sentencia del 20 noviembre 2014 – 2 AZR 512/13, in: *NZA* 2015, pp. 679 y ss. Véase también STAHLHACKE, E., PREIS, U. y VOSSSEN, R., "Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis – Handbuch", 11ª edición (2015), párrafo 914.

<sup>11</sup>Cfr. BAG, sentencia del 27 de junio 2002 – 2 AZR 489/01, in: *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA)*, § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 119.

<sup>12</sup>Cfr. BAG, sentencia del 20 noviembre 2014 – 2 AZR 512/13, in: *NZA* 2015, pp. 679 y ss.

<sup>13</sup>Cfr. Tribunal Regional del Trabajo [*Landesarbeitsgericht* (LAG)] de Hamm, sentencia del 22 de noviembre 2012, 15 Sa 965/12 (juris.-doc.).

<sup>14</sup>Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001 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 empresas o de centros de actividad, *Diario Oficial de la CE* n.º L 082 de 22/03/2001, pp. 16 y ss.

<sup>15</sup>Cfr. art. 4 Directiva 2001/23/CE.

<sup>16</sup>Cfr. BAG, sentencia del 28 de mayo 2009 – 8 AZR 273/08, *NZA* 2009, pp. 1267 y ss.; BAG, sentencia del 14 de agosto 2007 – 8 AZR 1043/06, *NZA* 2007, pp. 1431 y ss.; BAG, sentencia del 22 de enero 1998 – 8 AZR 243/95, *NZA* 1998, pp. 536 y ss. Para un resumen de la jurisprudencia véase ErtK/PREIS, 20ª edición (2020), § 613º BGB, párrafo 37 con referencias.

## 2. El papel de la negociación colectiva

La negociación colectiva, constitucionalmente garantizada como elemento esencial del derecho fundamental a la libertad de coalición (artículo 9, apartado 3 de la Ley Fundamental)<sup>17</sup>, tiene el objetivo de "mantener y mejorar las condiciones del trabajo y las condiciones económicas" de los trabajadores<sup>18</sup>. Por consiguiente, se puede pensar que esta enfrenta también procesos de deslocalización productiva e intenta fortalecer la protección de los trabajadores determinando la decisión empresarial.

Según la información del Instituto de Ciencias Económicas y Sociales [Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)] de la Confederación Alemana de Sindicatos [Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)]<sup>19</sup>, son escasos los convenios de empresa que impongan al empresario la obligación de abstenerse de realizar procesos de subcontratación o de procesos que cambien la estructura de la empresa con arreglo al Derecho de Sociedades (por ejemplo, la prohibición de escisiones). En consecuencia, la negociación colectiva sobre la decisión empresarial misma de reestructurar la empresa es la excepción. Sin embargo, existen ejemplos de estrategias sindicales para determinar la política de empresa relativa a la subcontratación por medio de convenios colectivos. Un ejemplo significativo se observa en el convenio colectivo celebrado entre la empresa alemana de Correos [Deutsche Post AG] y el sindicato de los servicios [Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di)]<sup>20</sup>. Este convenio colectivo, celebrado en el contexto de la privatización de los servicios de Correo en Alemania durante los años 1990 y prolongado en 2015 después de una huelga que duró algunas semanas<sup>21</sup>, prohíbe subcontrataciones en el ámbito de la distribución del Correo de la Deutsche Post AG. Su objetivo principal es proteger a los carteros y carteras de Correos, así como a los repartidores de paquetes, frente a la competencia que surgió por parte de empresas privadas de correo que se establecieron después de la privatización del servicio y que están ofreciendo sus servicios a precios más baratos.

Otro ejemplo se encuentra en un convenio colectivo de empresa que agrupa una clínica y varias residencias de ancianos<sup>22</sup>, donde se excluye también el proceso de subcontratación [outsourcing] a menos que las partes firmantes del convenio colectivo declaren su acuerdo con un proyecto de subcontratación. Como consecuencia de las cláusulas del convenio colectivo, la cuota existente de producción en una empresa o en un centro de trabajo puede ser mantenida de manera que el empleo existente sea protegido.

En estos casos, no se trata de cláusulas que tengan eficacia jurídico-normativa en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Según la Ley de 1948 relativa a los convenios colectivos [Tarifvertragsgesetz (TVG)], sólo normas de un convenio colectivo sobre la conclusión del contrato de trabajo, su contenido y su terminación, así como normas que se aplican necesariamente a los trabajadores sindicalizados y no-sindicalizados [Betriebsnormen] (por ejemplo normas sobre la utilización de los lavaderos o sobre la disciplina), concerniendo el estatus y los derechos del comité de empresa [Betriebsrat], vinculan y obligan a los trabajadores y empresarios. Por consiguiente, si dichas cláusulas limitan o excluyen subcontrataciones, se limita a su vez la

<sup>17</sup> Para la garantía del derecho a la negociación colectiva como elemento esencial de la libertad de coalición, véase ERFKLINSENMAIER, 20ª edición (2020), Art. 9 GG, párrafo 55 con referencias.

<sup>18</sup> Cfr. el art. 9, apartado 3 GG: "Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen".

<sup>19</sup> Información del Profesor T. Schulten, que es el director del archivo de convenios colectivos del WSI [WSI Tarifarchiv].

<sup>20</sup> Cfr. Vertrag zum Abschluss der Fremdvergabe von Zustellbezirken zwischen dem Vorstand der Deutsche Post AG und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di – Bundesvorstand (24 de julio 2003).

<sup>21</sup> Cfr. Vertrag zum Abschluss der Fremdvergabe Brief- und Verbundzustellung sowie zum sozialverträglichen Umbau Verkehr zwischen dem Vorstand der Deutsche Post AG und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di – Bundesvorstand (9 de julio 2015). Para un resumen de los eventos que han conducido a la celebración de este convenio colectivo véase WSI Tarifarchiv, Überblick über die Tarifrunde 2015, [https://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv\\_51788.htm#cont\\_54251](https://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_51788.htm#cont_54251)

<sup>22</sup> Se trata de un convenio colectivo que fue objeto de BAG, sentencia del 26 de enero 2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, pp. 808 y ss.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. Descentralización productiva..., págs. 117 a 135

## 122 Descentralización productiva y el derecho del trabajo alemán

DL

libertad del empresario de celebrar contratos con terceros, de tal modo que sólo pueden producir efectos entre las partes firmantes del convenio colectivo. No obstante, esta cualificación jurídica no es de gran relevancia, puesto que la jurisprudencia ha reconocido que las partes de un convenio colectivo tienen también competencia para estipular cláusulas que sólo sean obligatorias entre las partes y que no produzcan efectos frente a las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio colectivo<sup>23</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, todavía no se ha aclarado completamente en qué medida tales convenios colectivos que excluyen procesos de subcontratación son conformes con los derechos fundamentales del empresario. En la actualidad, no existe por el momento jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo sobre esta cuestión, si bien existe cierto consenso acerca de la licitud de tales convenios colectivos cuando un empresario los celebra voluntariamente con uno o varios sindicatos, es decir, sin la presión económica resultante de un conflicto laboral<sup>24</sup>; volenti non fit iniuria. Sin lugar a duda, un empresario puede renunciar a su libertad de empresa aceptando un convenio de empresa que excluye procesos de subcontratación.

Más problemática, y muy controvertida, resulta la licitud de convenios colectivos cuya celebración derive de un conflicto laboral que persiga, como principal objetivo, la exclusión de subcontrataciones o escisiones de la sociedad del empresario. En estos casos, los empresarios afectados celebran el convenio colectivo bajo la presión económica de una huelga y, en términos generales, no se trata sólo de un límite de la autonomía normativa de los interlocutores sociales, sino también de una condición de licitud de cada conflicto laboral, puesto que la jurisprudencia de los Tribunales del Trabajo ha reconocido que las reivindicaciones sindicales deben dirigirse hacia la celebración de un convenio colectivo lícito<sup>25</sup>.

En cuanto a la envergadura de la autonomía normativa de los interlocutores sociales, una parte de la doctrina<sup>26</sup> considera que ésta se limita a atenuar las consecuencias sociales de decisiones empresariales, sin que puedan estas últimas formar parte de la negociación colectiva garantizada constitucionalmente por el artículo 9, apartado 3 de la Ley Fundamental<sup>27</sup>. Sin embargo, hoy en día son pocos los laboristas que soportan esta concepción tradicional de los límites de la negociación colectiva.

La gran mayoría de la doctrina laboralista, así como la jurisprudencia, ya no persigue esta concepción restringida de los límites de la negociación colectiva. Conviene mencionar especialmente la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo sobre cláusulas en convenios colectivos que determinen la cantidad de trabajadores a emplear para ciertas funciones en el centro de trabajo o en la empresa [quantitative Besetzungsklauseln]<sup>28</sup>. Según esta jurisprudencia

<sup>23</sup> Cfr. BAG, sentencia del 26 de enero 2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, pp. 808 y ss. Véase también THÜSING, Gr. en Wiedemann, H., "Kommentar zum Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften", 7a edición (2007), § 1 TVG, párrafos 960 y ss.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, OTTO, H., "Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht", 2016, § 5 (Anforderungen an das Kampfmittel, párrafo 14 y ss).

<sup>25</sup> Cfr. por ejemplo BAG, sentencia del 24 de abril 2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, pp. 987 y ss., y BAG, sentencia del 10 de diciembre 2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, pp. 734 y ss.

<sup>26</sup> Paradigmático para esta concepción es BIEDENKOPF, K., "Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbezugnis der Tarifvertragsparteien" en Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Gutachten, Vol. I, 1966, pp. 156 y ss.

<sup>27</sup> Según la jurisprudencia mantenida del Tribunal Federal Constitucional, el derecho a la negociación colectiva forma parte del derecho fundamental a la libertad de coalición en virtud del art. 9, apartado 3 GG: cfr. BVerfG, sentencia del 11 de julio 2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, pp. 915 y ss., párrafo 131 con referencias a la jurisprudencia del BVerfG.

<sup>28</sup> El convenio colectivo celebrado entre el hospital Charité a Berlín y el sindicato ver.di preveía, por ejemplo, un mínimo de cuidadores para cada turno en el hospital: cfr. Tribunal regional del Trabajo [Landesarbeitsgericht] Berlin-Brandenburg, sentencia del 24 de junio 2015 – 26 SaGa 1059/15 (juris-doc.). Se trata de un mecanismo para proteger la salud y la seguridad en el trabajo, pero garantizado al mismo tiempo el empleo.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. Descentralización productiva..., págs. 117 a 135

cia, dichas cláusulas sobre composición del personal resultan lícitas y conformes con el derecho fundamental a la libertad de empresa de los empresarios afectados<sup>29</sup>. El Tribunal reconoce una esfera empresarial o un núcleo de la libertad de empresa que debe mantenerse exento de la influencia de la negociación colectiva, como por ejemplo las decisiones empresariales sobre inversiones, la producción en sí misma (la manera de producción y los productos a producir) o la distribución. Sin embargo, el Tribunal Federal del Trabajo reconoce igualmente que existen casos en los cuales las decisiones empresariales y los efectos sociales para los trabajadores pueden estar tan estrechamente vinculados que sea imposible separar las dos esferas claramente. En estos casos, la negociación colectiva puede ganar una influencia sobre las decisiones empresariales en cuestión y, por consiguiente, puede invadir también la esfera de la libertad de empresa.

Estos principios resultan aplicables también para convenios colectivos que limitan o excluyen subcontrataciones o reestructuraciones concerniendo la estructura de la empresa con arreglo al derecho de sociedades. En estos casos, la decisión empresarial, de un lado (como por ejemplo el cierre del servicio de lavandería en un hospital o el del comedor de la empresa y su contratación a un prestador externo de servicios), y los efectos sociales resultantes para los trabajadores de estos procesos de reestructuración, de otro (los despidos por motivos económicos), están vinculados tan estrechamente que se vuelve imposible separar los dos lados claramente. Este vínculo es, sin duda, un argumento a favor de que la decisión empresarial por sí de proceder a subcontrataciones puede ser parte de la negociación colectiva<sup>30</sup>. Sin embargo, se puede presumir que la jurisprudencia consideraría una exclusión de subcontrataciones o de escisiones de la empresa de la misma manera que los "pactos aseguradores del mantenimiento de sitios de producción" [Standortsicherungsverträge]: estos convenios colectivos que prohíben el cierre de uno o varios centros de trabajo para una duración determinada son vistos por algunas decisiones judiciales como violaciones del núcleo de la libertad de empresa, impidiendo al empresario actuar de manera razonable en responsabilidad propia. Así, el Tribunal Regional de Hamm ha considerado que una huelga celebrada con el objetivo de impedir al empresario cerrar un centro de trabajo y relocalizarlo en el extranjero viola la libertad de empresa<sup>31</sup>. De la misma manera, el Tribunal Regional de Hessen<sup>32</sup> ha considerado que una huelga celebrada con el objetivo de impedir a la línea aérea Lufthansa crear una filial a la cual deberán ser transmitidas las relaciones laborales de los pilotos por tener el sindicato una degradación de las condiciones laborales de éstos afecta el núcleo de la libertad de empresa y, por consiguiente, es ilícito.

En consecuencia, puede afirmarse que, según la mayoría de la doctrina laboralista y probablemente también según la jurisprudencia, la autonomía normativa de los interlocutores sociales no incluye el derecho a prohibir a empresarios la realización de procesos de subcontratación o escisiones de la empresa. En este sentido, esta decisión estaría limitada por el derecho fundamental del empresario a la libertad de empresa.

## 3. La intervención del comité de empresa

Además de la negociación colectiva, el derecho alemán ha institucionalizado al nivel del centro de trabajo [Betrieb] una representación de los trabajadores a través del comité de empresa [Betriebsrat]. En cada centro de trabajo cuyo censo sea de cinco o más trabajadores debe ser elegido un comité de empresa por todos los trabajadores del centro, sindicalizados o no, excepto los ejecutivos [leitende Angestellte]<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. BAG, sentencia del 3 de abril 1990 – 1 ATR 123/89, NZA 1990, pp. 886 y ss.

<sup>30</sup> En este sentido DÄUBLER, W., "Tarifverträge zur Unternehmenspolitik – Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung", HSI-Schriftenreihe 16, Frankfurt am Main 2016, pp. 73 y ss.

<sup>31</sup> Tribunal Regional del Trabajo [Landesarbeitsgericht (LAG)] de Hamm, sentencia del 31 de mayo 2000 – 18a Sa 858/00, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport (NZA-RR) 2000, pp. 535 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. LAG Hessen, sentencia del 9 de septiembre 2015 – 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, pp. 1337 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Art. 1, apartado 1 y Art. 5, apartado 3.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. Descentralización productiva..., págs. 117 a 135

## 124 Descentralización productiva y el derecho del trabajo alemán

DL

El comité de empresa dispone, en virtud de la Ley relativa a la constitución de la empresa [Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)], de varios derechos de participación frente al empresario. No es este el lugar de presentar el sistema de representación de los trabajadores a través de los comités de empresa en su conjunto; por ello, conviene limitarse a diseñar los grandes rasgos de esta forma institucionalizada de representación de los trabajadores en Alemania<sup>34</sup>. Así, el comité de empresa tiene un derecho a la codición en algunos asuntos sociales [soziale Angelegenheiten] relativos al centro de trabajo como la disciplina, la distribución del tiempo de trabajo, el trabajo a jornada reducida, la determinación del plan de vacaciones o la fijación de primas<sup>35</sup>. En caso de que no se logre acuerdo entre el comité y el empresario, cada una de las partes puede recurrir a un comité de arbitraje [Einigungsstelle], que está autorizado para resolver de manera obligatoria el conflicto<sup>36</sup>. Además, el comité de empresa participa en las decisiones relativas al personal [personelle Angelegenheiten]: en particular, puede oponerse a un reclutamiento cuando viola, por ejemplo, una disposición legal o un convenio legal<sup>37</sup>, tiene el derecho a ser informado y consultado por el empresario antes de todo despido<sup>38</sup> y tiene competencias relativas a la planificación de personal en la empresa<sup>39</sup>. Finalmente, el comité de empresa dispone de competencias en asuntos económicos [wirtschaftliche Angelegenheiten] del centro de trabajo: derechos de información y consulta, así como competencias en el caso de reestructuraciones del centro de trabajo [Betriebsänderung], el derecho a negociar sobre la medida empresarial como tal (por ejemplo, el cierre de un sitio de producción o un despido colectivo) y el derecho a negociar un plan social determinando las medidas a tomar para atenuar los efectos económicos y sociales de la reestructuración planificada para los trabajadores afectados<sup>40</sup>.

A pesar de que cuenta con una posición bastante fuerte en el seno del centro de trabajo, el comité de empresa no tiene competencia para participar en la decisión del empresario de subcontratar o de realizar procesos de escisiones de su sociedad. La ley le confiere sólo derechos referidos a los efectos sociales de procesos de deslocalización productiva. Esto vale también para los supuestos de reestructuración empresarial cumpliendo las condiciones legales. Si bien es cierto que el traspaso de funciones de trabajo a un subcontratista puede constituir un cambio organizacional esencial en el centro de trabajo [Betriebsänderung] en el sentido del artículo 111, frase 3, número 4 BetrVG<sup>41</sup>, la decisión misma de deslocalizar partes de la producción no será codecidida por el comité de empresa, puesto que el empresario sólo tiene la obligación de negociar con el comité de empresa sobre esta sin que pueda ser forzado a celebrar un acuerdo colectivo [Interessenausgleich]: el comité de arbitraje no tiene competencia para decidir la cuestión de manera obligatoria<sup>42</sup>, sino que sólo puede constatar el fracaso de negociaciones entre el empresario y el comité de empresa. No obstante, el comité de empresa puede forzar al empresario a celebrar un plan social que atenué las consecuencias económicas y sociales de la reestructuración para los trabajadores afectados<sup>43</sup> (por ejemplo, por el pago de indemnizaciones o por una formación de los trabajadores).

## III. CONSECUENCIAS LABORALES DE ESCISIONES DE SOCIEDADES

Las reestructuraciones empresariales en forma de escisiones de sociedades pueden tener un impacto importante sobre los derechos laborales de los trabajadores afectados. En este sen-

<sup>34</sup> Para una presentación más detallada del sistema de representación de los trabajadores a través de los comités de empresa en Alemania, véase WEISS, M. y SCHMIDT, M., "Federal Republic of Germany" en Roger Blanpain, *International Encyclopedia of Labour Law and Industrial Relations*, 2008, párrafos 546 y ss.

<sup>35</sup> Véase los asuntos sociales enumerados al art. 87, apart. 1 número 1 a 13 BetrVG.

<sup>36</sup> Cfr. el art. 87, apartado 2 y el art. 76 BetrVG.

<sup>37</sup> Cfr. art. 99 BetrVG.

<sup>38</sup> Véase el art. 102 BetrVG.

<sup>39</sup> Cfr. el art. 92 BetrVG.

<sup>40</sup> Art. 112, apartado 1 BetrVG.

<sup>41</sup> Véase por ejemplo BAG, sentencia del 6 de diciembre 1988 – 1 ABR 47/87, Arbeitsrechtliche Praxis (AP), Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972 con comentario de STRECKEL, S.

<sup>42</sup> Cfr. art. 112, apartado 2 y BetrVG.

<sup>43</sup> Art. 112, apartado 1 BetrVG.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. Descentralización productiva..., págs. 117 a 135

tido, tres aspectos merecen ser considerados más en detalle: la cuestión del convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales escindidas (1.), la protección contra desviaciones de la ley por el mecanismo de un centro común dirigido por varias empresas (2.) y la reacción del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa (3.).

### 1. El escape de convenios colectivos "costosos"

Frecuentemente, un efecto importante de escisiones deseado por empresarios es que las relaciones laborales escindidas caigan fuera del ámbito de aplicación del convenio colectivo que fue aplicable antes de la reestructuración, para que se aplique otro convenio colectivo menos protector.

Según el artículo 613<sup>9</sup>, apartado 1, frase 2 BGB que traspone el artículo 3, apartado 3 de la Directiva 2001/23/CE, el cesionario, es decir, las sociedades escindidas, mantendrán las condiciones laborales pactadas mediante convenio colectivo al menos durante un año. Sin embargo, las normas del convenio colectivo adquieren el carácter de cláusulas contractuales y ya no tienen eficacia normativa a menos que las partes de una relación laboral se mantengan vinculadas por el convenio colectivo aun después del traspaso. En el caso de que se aplique un convenio colectivo en la empresa del cesionario, éste se aplica a las relaciones laborales tras pasadas al cesionario<sup>44</sup>. Sólo en la menor parte de los casos este convenio colectivo se aplicará con eficacia normativa, puesto que supone que el trabajador, así como el empresario, están vinculados por el convenio (el trabajador debe estar afiliado al sindicato que es parte del convenio y el empresario debe estar afiliado a la asociación empresarial parte del convenio o ser directamente parte del convenio)<sup>45</sup>.

La mayoría de los contratos individuales de trabajo contiene cláusulas de reenvío dinámicas que se remiten a los convenios colectivos aplicables al centro de trabajo en el cual la relación laboral se ejecute sin concretizar el sector concreto (por ejemplos los de la industria de la metalurgia). Tales cláusulas contractuales son lícitas y, en consecuencia, se aplica a las relaciones laborales posteriores al traspaso de empresa el convenio colectivo aplicable en la empresa del cesionario. Es decir, la escisión de un departamento del cedente puede traer consigo que se aplique a las relaciones laborales de los trabajadores un convenio colectivo que prevea condiciones laborales mucho menos favorables que el convenio aplicable anterior. Un buen ejemplo de ello es la escisión del comedor de una empresa de la metalurgia. Antes se aplicaba también a los trabajadores de este departamento el convenio colectivo de la metalurgia, que poseía un nivel de protección bastante elevado, según el principio aplicado por los sindicatos de la DGB "un centro de trabajo – un sindicato" ["*Ein Betrieb – eine Gewerkschaft*"]. Si los contratos del trabajo de los trabajadores afectados por la escisión contienen una cláusula de reenvío dinámico a los convenios colectivos aplicables en la empresa, se aplica después de la escisión los convenios colectivos de la gastronomía, cuyas condiciones laborales son mucho menos protectoras que las propias de la metalurgia. Por consiguiente, deslocalizaciones productivas en formas de escisiones pueden considerablemente degradar la protección colectiva de trabajadores.

### 2. El centro común de trabajo mantenido por varias empresas

También deben ser mencionadas, en segundo lugar, las leyes cuyo ámbito de ampliación se determina en función del tamaño del centro de trabajo donde se ejecuta la relación laboral. Es precisamente el caso de la Ley relativa a la protección contra el despido, que sólo se aplica a relaciones laborales ejecutadas en centros de trabajo con diez o más trabajadores, aunque a su vez destaca también la ley relativa a la constitución de la representación de los trabajadores de la empresa, que exige un mínimo de cinco trabajadores en el seno del centro de trabajo para la elección de un comité de empresa. No es difícil reconocer que procesos de escisiones de la empresa a la cual pertenece el centro de trabajo pueden provocar que partes de este sean tras-

<sup>44</sup> Cfr. el art. 613<sup>9</sup>, apartado 1, frase 3 BGB.

<sup>45</sup> Cfr. el art. 4, apartado 1 y art. 3, apartado 1 TVG.

pasadas a las sociedades escindidas, de manera que el mínimo de cinco trabajadores o el de veinte para la negociación de un plan social en caso de una reestructuración ya no se cumpla. Asimismo, una relación laboral a la cual la protección contra el despido era aplicable antes cae fuera del ámbito de aplicación de esta ley después de una escisión de partes del centro de trabajo en el cual la relación laboral se ejecutaba. Por consiguiente, reestructuraciones en forma de escisiones pueden conducir a una degradación considerable de los derechos laborales de los trabajadores.

A fin de evitar tales estrategias abusivas de empresarios, el Tribunal Federal del Trabajo ha creado en una jurisprudencia mantenida desde los años setenta del último siglo el mecanismo de un centro común de trabajo dirigido por varias empresas [*Gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen*]<sup>46</sup>. Según dicha teoría, un centro de trabajo, que es por definición una entidad organizadora y no jurídica, puede ser dirigido no sólo por una sola empresa, sino por varias empresas que lo gestionan conjuntamente. En este sentido, la jurisprudencia exige una convención entre las empresas participantes sobre la gestión en común del centro de trabajo en cuestión [*Leistungsvereinbarung*]. Esta convención no debe ser expresa, sino que puede también ser celebrada de manera tácita. Las empresas participantes deben disponer conjuntamente de la dirección del centro de trabajo en los asuntos sociales, personales y económicos que son sometidos a la participación del comité de empresa. Pueden ser indicios para tal convención (tácita) en favor de un centro común de trabajo, por ejemplo, el uso de los mismos edificios, el entrelazamiento organizador entre las empresas participantes, una contabilidad, un comedor común o una secretaría común, el uso común de los instrumentos de trabajo o el entrelazamiento de gerentes; estos sólo son indicios que deberán ser evaluados por los juzgados<sup>47</sup>, y por ello no es sorprendente que este concepto puede crear problemas de inseguridad jurídica.

Ha resultado esencial para evitar esta inseguridad jurídica que el legislador federal haya reconocido en 2001 esta jurisprudencia y haya establecido una disposición según la cual una reestructuración de empresa en forma de una escisión presupone que el centro de trabajo afectado por este proceso forma un centro común de trabajo dirigido por las sociedades participantes a la escisión, es decir, la (nueva) sociedad dominante y las filiales escindidas<sup>48</sup>.

En consecuencia, el riesgo de que una empresa eluda el ámbito de aplicación de la Ley relativa a la constitución de la empresa a través de una escisión se ha visto reducido considerablemente. De la misma manera, el mecanismo del centro común de trabajo puede evitar que un empresario eluda el ámbito de aplicación del régimen legal de la protección contra el despido realizando escisiones que hagan que el número de trabajadores se sitúe por debajo del umbral legal de diez trabajadores. Sin embargo, el legislador no ha previsto una presunción legal a favor de un centro común de trabajo cuando el empresario haya realizado una escisión. Por consiguiente, es más difícil para un trabajador despedido demostrar que existe un centro común de trabajo y que el umbral legal se cumple.

### 3. El escape del régimen de participación de los trabajadores

El sistema de la cogestión en las grandes empresas es, sin duda, uno de los rasgos más característicos del modelo alemán de relaciones profesionales<sup>49</sup>. El derecho alemán garantiza a los trabajadores de las grandes sociedades comerciales un derecho a la participación en sus

<sup>46</sup> Cfr. BAG, sentencia del 14 de noviembre 1975 – 1 ABR 107/74 en *Arbeitsrechtliche Praxis* (AP), número 5 a § 118 BetrVG 1972.

<sup>47</sup> Cfr. por ejemplo BAG, sentencia del 22 de octubre 2003 – 7 ABR 18/03, AP número 21 a § 1 BetrVG 1972 *Gemeinsamer Betrieb*.

<sup>48</sup> Cfr. el art. 1, apartado 2, número 2 BetrVG.

<sup>49</sup> Para un análisis de conjunto del sistema alemán de participación de los trabajadores en la empresa, véase SEIFERT, A., "Entre cooperación y conflicto social: el modelo alemán de participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las grandes empresas" en *Documentación Laboral N.º 109 – Año 2017 – Vol. 1*, pp. 55-70.

consejos de vigilancia. En las empresas organizadas en forma jurídica de S.A., S.A. comanditaria por acciones, S.R.L. o sociedad cooperativa que ocupen a más de 2.000 trabajadores en Alemania, la Ley de 1976 relativa a la participación de los trabajadores [*Mitbestimmungsgesetz*] prevé una composición paritaria de sus consejos de vigilancia<sup>50</sup>. En sociedades comerciales que ocupen entre 500 y 1.999 trabajadores, los consejos de vigilancia deben estar compuestos por un tercio de los representantes de los trabajadores<sup>51</sup>. Finalmente, la Ley relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero el 21 de mayo 1951 garantiza a los trabajadores de empresas de la industria del carbón y del acero con más de 1.000 trabajadores una representación paritaria en el seno del consejo de vigilancia.

Obviamente, tales reestructuraciones en forma de escisiones pueden conducir a que empresas con más de 2.000 trabajadores que hayan aplicado la Ley de 1976 ya no caigan bajo su ámbito de aplicación, de manera que ni las sociedades filiales ni la sociedad dominante sean participadas paritariamente. No obstante, las leyes relativas a la participación de los trabajadores en la empresa evitan parcialmente estos efectos. La Ley de 1976, por ejemplo, dispone que, en grupos de empresas, los trabajadores de las empresas dependientes están asignados a la empresa dominante para el cálculo del número de los trabajadores<sup>52</sup>, de forma que el exceso de 2.000 trabajadores en todas las empresas del grupo da lugar a la aplicación de la Ley de 1976 en la empresa dominante del grupo, de tal modo que la participación de los trabajadores tiene lugar donde las decisiones esenciales del grupo serán tomadas.

De un modo similar, el artículo 2, apartado 1 de la Ley relativa a la participación de un tercio dispone que, en grupos de empresas, los trabajadores de las empresas dependientes tienen derecho de voto para las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia. Sin embargo, estos sólo son asignados a la empresa dominante para el cálculo del número de los trabajadores cuando existe un contrato de dominación [*Beherrschungsvertrag*] entre la empresa dominante y la(s) empresa(s) dependiente(s) o cuando la(s) empresa(s) está incorporada en la empresa dominante [*Eingliederung*]<sup>53</sup>. En consecuencia, no es suficiente con que exista un grupo de empresas en el cual la empresa dominante posea la mayoría de las acciones en la(s) empresa(s) dependiente(s) [*Faktischer Konzern*].

En resumen, las disposiciones sobre la participación de los trabajadores en la empresa recogen, con la asignación de trabajadores de una empresa dependiente a la empresa dominante, un mecanismo para evitar el escape de empresas del ámbito de aplicación de la cogestión. Sin embargo, este mecanismo es insuficiente en el caso de la participación de un tercio, como el artículo 2, apartado 2 de la Ley relativa a la participación de un tercio muestra.

### IV. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CASO DE SUBCONTRATACIONES

Aunque el Derecho del Trabajo alemán no confiera a los trabajadores y a sus representantes una competencia muy limitada para influir en la decisión empresarial misma relativa a la realización de una deslocalización productiva, está sí prevé varios mecanismos para atenuar sus efectos sociales y para evitar abusos, es decir, subcontrataciones que degraden la protección legal de los trabajadores. A diferencia del derecho español, que contiene una disposición relativa a la subcontratación de obras y servicios<sup>54</sup>, las reglas pertinentes del derecho alemán son

<sup>50</sup> Art. 1, apartado 1 de la ley de 1976. Sin embargo, la composición paritaria del consejo de vigilancia no hace que exista una verdadera paridad entre representantes de los trabajadores y de los accionistas, puesto que el presidente del consejo será elegido al fin y al cabo por los accionistas, disponiendo este además de un segundo voto en caso de empate.

<sup>51</sup> Cfr. el art. 1 de la Ley relativa a la participación de un tercio [*Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat* (*Drittelbeteiligungsgesetz – DrittelbG*)].

<sup>52</sup> Art. 5, apartado 1, frase 1 de la Ley de 1976.

<sup>53</sup> Cfr. art. 2, apartado 2 DrittelbG.

<sup>54</sup> Cfr. art. 42 ET.

mucho más dispersas y se muestran, por consiguiente, más complejas. Cinco aspectos merecen ser abordados en este contexto: la responsabilidad del contratante general (1.), el estatuto de los trabajadores autónomos económicamente independientes (2.), la contribución de la negociación colectiva a la protección de los trabajadores en el caso de subcontrataciones (3.) y el papel del comité de empresa en este contexto (4.). Además, también el derecho de la contratación pública puede contribuir a la garantía de estándares sociales mínimos en el caso de subcontrataciones (5.).

### 1. La responsabilidad del contratante general

Un mecanismo jurídico de protección de los trabajadores en el caso de una subcontratación de funciones a contratistas es la responsabilidad como fiador que incumbe al contratante general para algunas obligaciones laborales de sus contratistas frente a sus trabajadores<sup>55</sup>. En este caso, la ley considera al contratante general como fiador de las obligaciones de retribución, a saber, el pago de los salarios mínimos, incumbiendo a sus contratistas frente a los trabajadores que participan en la prestación de servicios en favor del contratante general. Según el modelo de la ley, la protección del contratante general es menos fuerte que la de un fiador "normal", pudiendo oponer ante el acreedor el beneficio de excusión [*Einrede der Vorausklage*]<sup>56</sup>, puesto que las disposiciones pertinentes excluyen el beneficio de excusión. Por consiguiente, el régimen es próximo a una responsabilidad solidaria [*gesamtschuldnerische Haftung*] del contratista y del contratante para las obligaciones de retribución de los trabajadores empleados por el contratista. La ley trata al contratante de la misma manera que un fiador (por ejemplo, fiando por el pago de créditos bancarios a un miembro de su familia), habiendo renunciado expresamente al beneficio de excusión<sup>57</sup>. La única diferencia reseñable es que la obligación de fianza del contratante resulta de la ley, mientras que la fianza en el segundo caso nace en virtud de un contrato entre el fiador y el acreedor<sup>58</sup>.

Así, el artículo 14 de la Ley relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [*Arbeitnehmer-Entsendegesetz* (AEntG)], trasponiendo la Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, impone al contratante una responsabilidad de fiador para los salarios mínimos que deben ser pagados a los trabajadores desplazados a Alemania en virtud de los Decretos del Ministro Federal del Trabajo que fijan los salarios mínimos para los sectores previstos en la AEntG<sup>59</sup>. Esta ley sobre el desplazamiento de trabajadores prevé un procedimiento para la determinación de salarios mínimos en ciertos sectores enumerados por la ley que deben aplicarse a todas las relaciones laborales de los trabajadores desplazados a Alemania desde otros Estados miembros de la UE. La Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo de 2014 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE<sup>60</sup> en su artículo 12, reconoce incluso explícitamente una responsabilidad de garantía del contratista como mecanismo efectivo de cumplimiento, y deja a los Estados miembros la facultad de establecer tal responsabilidad del contratante. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 2014/67/UE, el TJUE ya había reconocido en la sentencia dictada en el asunto *Wolff y Müller* que el modelo alemán de una responsabilidad de fiador del contratante, previsto en la AEntG, es conforme con el principio de libre prestación de servicios, de acuerdo con el artículo 49 TCE (= artículo 56 TFUE)<sup>61</sup>. Teó-

<sup>55</sup> Para un análisis más detallado de este mecanismo jurídico, véase RINCKHOFF, Chr., "Die bürgenleichte Haftung im Arbeits- und Sozialrecht", Berlin 2019 (369 páginas).

<sup>56</sup> Cfr. art. 771 Código civil alemán [*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)].

<sup>57</sup> El art. 773, apartado 1, número 1 BGB permite la renuncia al beneficio de excusión [*selbstschuldnerische Bürgschaft*].

<sup>58</sup> Para el contrato de fianza [*Bürgschaft*] cfr. los arts. 765 y ss. BGB.

<sup>59</sup> Cfr. art. 4, apartado 1 AEntG.

<sup>60</sup> Diario Oficial de la Unión Europea 2014 L 159/11.

<sup>61</sup> STJCE de 12 de octubre 2004, C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG y José Filipe Pereira Félix*, ECLI:EU:C:2004:610.

ricamente, el artículo 14 de la Ley relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios facilita que trabajadores desplazados hagan valer sus derechos al cobro del salario mínimo frente a sus contratantes. En conformidad con el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, el derecho alemán autoriza a los trabajadores desplazados al territorio alemán a entablar una acción judicial contra el contratante de su empresario cuyo sitio está en Alemania<sup>62</sup>. Pese a ello, no son frecuentes los casos en los que los trabajadores desplazados a Alemania desde otros Estados miembros interpongan una demanda contra el contratante de su empresario. Esto se explica, sobre todo, por las dificultades que entraña entablar una acción judicial en otro Estado miembro.

El legislador alemán ha extendido este modelo de la Ley relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios también a otras áreas. Así, el artículo 13 de la Ley relativa al salario mínimo interprofesional [*Mindestlohnsgesetz*]<sup>63</sup> impone al contratante una responsabilidad de fiador sin beneficio de excusión, concerniendo el pago de los salarios mínimos a los trabajadores de todos sus contratistas. Es decir, el contratante deberá pagar los salarios mínimos de sus contratistas cuando éstos no cumplan completa o parcialmente con su obligación de pagar el salario mínimo legal a sus trabajadores.

Este mecanismo jurídico de protección existe también en el Derecho de la Seguridad Social, protegiendo la financiación de las contingencias protegidas por la Seguridad Social: el seguro de pensiones, de accidentes, de enfermedad, de desempleo y de dependencia. El Código de Seguridad Social [*Sozialgesetzbuch (SGB)*], en su artículo 28e, apartados 2, 2º, 3 y 3º del libro IV [*SGB IV*], impone a los contratantes del sector de la construcción, así como a las empresas usuarias en relación a las empresas de trabajo temporal, una obligación de fiador relativa a las cotizaciones patronales para las contingencias de la seguridad social para los trabajadores de sus contratistas y los trabajadores temporales en misión que estén utilizando en sus empresas. Por consiguiente, los organismos de Seguridad Social están autorizados para interponer una demanda contra el contratante cuando uno de los contratistas de éste o una empresa de trabajo temporal no cumpla con su obligación de pagar las cotizaciones patronales.

El Gobierno Federal actual quiere ir aun más allá, habiendo presentado el Ministro Federal del Trabajo en abril 2019 un anteproyecto de ley en virtud del cual se establecería la responsabilidad del contratante para las cotizaciones sociales de sus subcontratistas en el sector de la paquetería<sup>64</sup>. Por el momento, se desconoce si esta iniciativa controvertida será sostenida por la mayoría parlamentaria del Gobierno Federal de Angela Merkel.

## 2. Protección de los trabajadores autónomos económicamente dependientes

No resulta extraño que los subcontratistas de una empresa sean trabajadores autónomos económicamente dependientes. Se trata de personas cuya relación contractual no cumple los criterios legales de una relación laboral, puesto que no prestan sus servicios en subordinación de su contratante, sino sólo en dependencia económica de éste. En cuanto a esta categoría de trabajadores –calificados como “personas similares a trabajadores asalariados” [*Arbeitnehmerähnliche Personen*], el legislador alemán persigue, tradicionalmente, la estrategia de extenderles puntualmente la protección otorgada por el Derecho del Trabajo.

<sup>62</sup> Véase art. 15 de la Ley relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

<sup>63</sup> *Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns* del 11 de agosto de 2014 (BGBl. I 2014, p. 1348).

<sup>64</sup> Cfr. <https://www.zeit.de/wirtschaft/2019-04/arbeitsmarkt-hubertus-heil-paketdienste-mindestlohn-gesetz>. También el Consejo Federal [*Bundesrat*], la segunda cámara del Parlamento alemán, ya se pronunció en favor de esta ley: cfr. Resolución del Consejo Federal [*Entschließung des Bundesrates*] del 12 de abril 2019 “Arbeitsnehmerrechte für Paketboten und Paketboten sichern; Nachunternehmerhaftung für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge auf die Unternehmen der Zustellbranche ausweiten” en *Bundsrats-Drucksachen* 92/19.

## 130 Descentralización productiva y el derecho del trabajo alemán

DL

Así, los trabajadores autónomos económicamente dependientes se benefician, por ejemplo, del derecho a vacaciones anuales retribuidas<sup>65</sup> y sus condiciones contractuales podrán ser determinadas por convenio colectivo<sup>66</sup>, debiendo añadir incluso que los trabajadores autónomos económicamente dependientes tienen derecho a la protección de la maternidad<sup>67</sup>. Los sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes están autorizados a celebrar convenios colectivos con los grupos de sus contratantes que, en su parte normativa, determinan las condiciones contractuales de los trabajadores autónomos<sup>68</sup>. Finalmente, los trabajadores autónomos económicamente dependientes tienen acceso a los Tribunales de trabajo en los litigios relativos a su relación contractual<sup>69</sup>.

Además, también el estatuto de los trabajadores a domicilio [*Heimarbeiter*] –se trata de una categoría particular de los trabajadores autónomos económicamente dependientes que no sólo engloba actividades de obreros, sino también actividades de empleados–<sup>70</sup> está puntualmente asimilado al de los trabajadores asalariados. Así, tienen el derecho al pago de la remuneración en caso de enfermedad<sup>71</sup> y están representados por el comité de empresa en el centro de trabajo de la empresa para la cual trabajan principalmente<sup>72</sup>. Además, la ley garantiza una protección particular a los representantes de comercio que presten sus servicios para un solo comerciante del que son económicamente dependientes: para estas personas, el Ministerio Federal de Justicia está autorizado a establecer por decreto condiciones mínimas en sus relativos contratos<sup>73</sup>.

El estatuto de los trabajadores autónomos económicamente dependientes puede cobrar de nuevo importancia en el contexto de la digitalización del mundo laboral, fenómeno que viene sucediéndose desde hace algunos años. Particularmente, el trabajo de plataforma o *Crowd-sourcing* ha aumentado la relevancia de este estatuto intermedio entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de las Empresas. Sin perjuicio de que no exista todavía jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo que se haya pronunciado respecto al estatuto de los *Crowdworker*, la gran mayoría de la doctrina laboralista no considera dichas relaciones contractuales como contratos del trabajo a las cuales les resulte de aplicación el Derecho del Trabajo por no cumplirse, generalmente, los criterios de la subordinación, que constituye el elemento esencial de la relación de trabajo como expresión del poder jurídico de mando del empresario<sup>74</sup>, al no estar integrados los *external Crowdworker* ni en la organización de trabajo de la empresa cliente ni en la de la plataforma, ejecutando su prestación de servicios con sus propios medios de trabajo o producción. Cuando estos trabajadores autónomos efectúan más del cincuenta por ciento de sus trabajos para un cliente y su situación social es comparable a la de un trabajador por cuenta ajena, cumplen las condiciones legales del estatuto de trabajadores autónomos económicamente dependientes, de manera que pueden reclamar la aplicación parcial del Derecho del Trabajo<sup>75</sup>.

<sup>65</sup> Véase art. 2 de la ley federal relativa a las vacaciones [*Bundesurlaubsgesetz*].

<sup>66</sup> Art. 12a de la ley relativa a los convenios colectivos [*Tarifvertragsgesetz*].

<sup>67</sup> Art. 1, apartado 1, número 7 de la ley relativa a la maternidad [*Mutterschutzgesetz*].

<sup>68</sup> Cfr. infra 3.B.

<sup>69</sup> Art. 5 de la Ley relativa a la jurisdicción del trabajo [*Arbeitsgerichtsgesetz*].

<sup>70</sup> Cfr. BAG, sentencia del 14 de junio 2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, pp. 1453 y ss.

<sup>71</sup> Art. 11 de la Ley relativa al pago de la remuneración en caso de enfermedad [*Entgeltfortzahlungsgesetz*].

<sup>72</sup> Art. 5, apartado 1, frase 2 de la Ley relativa a la constitución del establecimiento [*Betriebsverfassungsgesetz*].

<sup>73</sup> Cfr. art. 92a Código de Comercio [*Handelsgesetzbuch (HGB)*]. Sin embargo, jamás el Ministerio Federal de Justicia ha establecido dicho Decreto.

<sup>74</sup> Para un resumen de la discusión en la doctrina alemana referida al estatuto de los *crowdworkers*, véase particularmente KRAUSE, R., “Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderung und Regelungsbedarf”, Gutachten B zum 17. Deutschen Juristentag, 2016, pp. B 103-106; cfr. también DÄUBLER, W. y KLEBE, Th., “Crowdwork: die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?” en NZA 2015, pp. 1031-1041.

<sup>75</sup> Cfr. art. 611a, apartado 1 BGB.

<sup>76</sup> Cfr. KRAUSE, R., op. cit., pp. B 105-106; DÄUBLER, W. y KLEBE, Th., NZA 2015, pp. 1035-1036.

## 3. La contribución de la negociación colectiva

En función de lo visto hasta aquí, la ley no prevé muchas reglas de protección de los trabajadores en caso de deslocalización productiva. Sin embargo, la protección legal es sólo un lado de la moneda en el Derecho del Trabajo. Siempre debe preguntarse cuál podría ser la (posible) contribución de la negociación colectiva a la protección de los trabajadores. Algunos ejemplos de la práctica de la negociación colectiva pueden ilustrar su relevancia en este contexto.

### A) Estipulaciones sobre los criterios de selección de los contratistas

Como se ha visto con anterioridad, son pocos los convenios colectivos que prohíben al empresario subcontratar<sup>77</sup>, pero sí existen algunos que condicionan el recurso a la subcontratación a diferentes criterios.

Así, el Convenio Colectivo de la Industria del Acero del 8 de julio 2014, en relación a la subcontratación<sup>78</sup>, estipula que las empresas de la industria del acero deberían subcontratar sólo con empresas a las cuales les resulte de aplicación un convenio colectivo celebrado por un sindicato afiliado a la Confederación Alemana de Sindicatos [*Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)*]. Sin embargo, esta cláusula permite que las subcontratistas paguen, por lo menos, el salario mínimo interprofesional<sup>79</sup> cuando no se encuentren afiliados a una asociación de empresarios que sea parte de tal convenio colectivo. Además, el convenio colectivo de la industria del acero obliga a las empresas de este sector a prever mecanismos de control del respeto de estas obligaciones a las cuales los subcontratistas están sometidos (en particular, en los contratos con los subcontratistas).

Otro ejemplo significativo es el Convenio Colectivo del Transporte Público Urbano del Estado de Renania del Norte Westfalia<sup>80</sup>, que ordena a las empresas sometidas a este convenio a renunciar a procesos de reestructuración (por ejemplo, escisiones o adquisiciones de una empresa) realizados con el objetivo de evitar la aplicación del convenio colectivo, limita dicha subcontratación por las empresas de transporte urbano únicamente a subcontratistas que apliquen igualmente el convenio colectivo.

Con estas cláusulas, las partes de los convenios colectivos quieren evitar que la subcontratación pueda ser utilizada para eludir las normas de este a través de procesos de reestructuración y que la subcontratación conduzca a un *dumping* social. En consecuencia, sirven al mantenimiento del buen funcionamiento de la negociación colectiva y de sus resultados frente a estrategias empresariales de fuga del ámbito de aplicación de un convenio colectivo. Tales cláusulas limitadoras de procesos de subcontratación efectuados por empresarios son, en principio, lícitas. Sólo determinan las modalidades de una subcontratación y no cuestionan la decisión empresarial sobre la realización de un proceso de deslocalización productiva en sí mismo. Por ello, la libertad constitucional de empresa no se ve restringida de manera desproporcionada en estos casos. Además, las cláusulas que exigen el respeto de las normas del convenio colectivo por los subcontratistas no violan el derecho fundamental a la libertad negativa de coalición en la medida en que no fuerzan a los subcontratistas a afiliarse a la asociación correspondiente de empresarios<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. supra II.2.

<sup>78</sup> Art. 2 *Tarifvertrag über den Einsatz von Werkverträgen zwischen dem Arbeitgeberverband Stahl e.V. und der IG Metall, Bezirksleitung Nordrhein-Westfalen*.

<sup>79</sup> El salario mínimo interprofesional, en virtud del art. 1 de la Ley relativa al salario mínimo interprofesional [*Mindestlohnsgesetz*], es actualmente a 9,19 € por hora de trabajo.

<sup>80</sup> Cfr. *Spartenarbeitsvertrag Nahverkehrsbetriebe – Gebiet Nordrhein-Westfalen* (2014).

<sup>81</sup> Para un resumen de la jurisprudencia sobre la garantía de la libertad negativa de coalición véase ErK/Linsenmaier, 20ª edición (2020), Art. 9 GG, párrafos 32 y ss.

## 132 Descentralización productiva y el derecho del trabajo alemán

DL

### B) Negociación colectiva para los trabajadores autónomos

En lo que concierne los trabajadores autónomos económicamente dependientes que prestan servicios para una empresa contratista, sus condiciones de trabajo pueden estar reguladas por convenio colectivo. La Ley sobre los convenios colectivos [*Tarifvertragsgesetz (TVG)*], en su artículo 12º, apartado 1, autoriza a los sindicatos a celebrar con las organizaciones de las empresas contratistas convenios colectivos que se apliquen a las relaciones contractuales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Sin embargo, existen muy pocos convenios colectivos en favor de los trabajadores autónomos económicamente dependientes: desde que el artículo 12º de la Ley sobre los convenios colectivos entró en vigor en 1974, sólo se han celebrado, en particular, convenios colectivos por parte de sindicatos y patronal a favor de los trabajadores autónomos de los canales de televisión y radio públicas. Más allá, no existe prácticamente ningún convenio colectivo que fije las condiciones contractuales de trabajadores autónomos económicamente dependientes<sup>82</sup>. Esta carencia de la negociación colectiva se explica, ante todo, por el hecho de que son pocos los trabajadores autónomos económicamente dependientes que están sindicalizados, de tal modo que los sindicatos no tienen incentivos para desarrollar actividades dirigidas a este grupo de trabajadores. No obstante, algunos sindicatos han empezado a interesarse por los trabajadores autónomos económicamente dependientes: así, el sindicato de los servicios (*Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft [ver.di]*) representa a los autónomos del sector de las medias (prensa, televisión), destacando también el gran sindicato de la metalurgia, la *Industriegewerkschaft Metall*, fundado en 2015 para la afiliación de trabajadores autónomos como pueden ser los *Crowdworker*<sup>83</sup>.

Actualmente, no existen datos suficientes para conocer en qué medida los trabajadores autónomos económicamente dependientes están sindicalizándose. De todas maneras, ya existe desde muchos años un marco legal para una negociación colectiva en favor de este grupo de trabajadores.

## 4. Las competencias del comité de empresa

El comité de empresa [*Betriebsrat*] tiene un papel importante en el contexto de deslocalizaciones productivas. Aunque los representantes de los trabajadores no tienen la competencia para codeterminar la decisión empresarial de subcontratar funciones de la empresa, éstos tienen derechos que les permiten influir en los efectos sociales de procesos de deslocalización productiva.

### A) El reclutamiento

Los derechos de participación, garantizados por la Ley relativa a la constitución de la empresa, no confieren al comité de empresa la competencia para codeterminar con el empresario sobre una subcontratación de procesos en la empresa. La decisión empresarial sobre la subcontratación, como tal, está eximida de una verdadera participación del comité de empresa. Este tiene sólo la competencia de atenuar los efectos sociales resultantes de una descentralización productiva para los trabajadores afectados. El derecho del comité de empresa de dar su aprobación a todo reclutamiento [*Einstellung*] en el seno del centro de trabajo<sup>84</sup> es un buen ejemplo de esta concepción del legislador alemán, ya que este derecho de participación del comité de empresa no se aplica al empleo de mano de obra de empresas terceras cuyos trabajadores no están integrados en la organización del trabajo del centro de trabajo en el cual trabajan. En este sentido, la jurisprudencia exige que los trabajadores del contratista presten sus servicios en subordinación de la empresa para la cual la prestación se efectúa.

<sup>82</sup> Para este diagnóstico, véase STEIN, A. en E.O. Kempen/U. Zachert (Coord.), *Kommentar zum Tarifvertragsgesetz*, 5ª edición (2014), § 12 TVG, párrafos 4 y ss., con referencias.

<sup>83</sup> Cfr. art. 3, apartado 1 de los estatutos de la IG-Metall.

<sup>84</sup> Cfr. art. 99 BetrVG.

Una línea jurisprudencial suficientemente implantada trata de delimitar los casos de integración de la situación de trabajo en la organización del trabajo del centro de trabajo en el cual prestan sus servicios los trabajadores en el marco de una subcontratación con empresas independientes<sup>85</sup>. El criterio decisivo para la integración de un trabajador externo en la organización de una empresa es su subordinación al poder directivo y al poder de control del empresario de la empresa en la cual el trabajador ejecute su trabajo. Trabajadores temporales cumplen esta condición en la empresa usuaria<sup>86</sup>. Sin embargo, en muchos casos resulta difícil determinar si los trabajadores empleados por una empresa externa que efectúan sus trabajos en otra empresa (por ejemplo, trabajos de montaje) son o no subordinados a las órdenes del empresario del lugar de trabajo, de forma que el comité de empresa de éste tenga un derecho de participación.

#### B) Obligación del empresario de negociar un plan social

Ya se ha mencionado con anterioridad que el comité de empresa ostenta competencias importantes en el caso de reestructuraciones del centro de trabajo [*Betriebsänderung*], teniendo en cuenta también que el cierre de una parte del centro de trabajo y la subcontratación de sus funciones a una empresa tercera puede constituir tal reestructuración en el sentido del artículo 111 de la Ley relativa a la constitución de la empresa. Cuando el empresario tiene la intención de realizar tal reestructuración tiene la obligación de negociar sobre la medida empresarial en sí misma, así como de negociar un plan social determinando las medidas a tomar para atenuar los efectos económicos y sociales de la reestructuración en cuestión para los trabajadores afectados (por ejemplo, indemnizaciones de despido, financiación de una formación profesional etc.)<sup>87</sup>. A fin de proteger la libertad de empresa, sólo existe una obligación legal a celebrar un plan social.

#### C) Información y consulta sobre procesos de subcontratación

Políticamente, los sindicatos vienen reivindicando ya desde hace muchos años el derecho del comité de empresa a la codificación sobre una deslocalización productiva, conjuntamente con el empleador. A pesar de que el legislador federal no se comprometió a reformar la ley en este sentido —particularmente, por razones constitucionales—, <sup>88</sup> adoptó por lo menos una ley en abril de 2017, que estableció un derecho del comité de empresa a la información y a la consulta relativa a la intención del empresario a emplear en el futuro trabajadores que no pertenecen a la empresa, en particular, trabajadores temporales o trabajadores que trabajan sobre la base de los así llamados "contratos de empresa" [*Werkverträge*]<sup>89</sup>. La ley, de esta forma, ha institucionalizado un diálogo social entre el empresario y el comité de empresa sobre el empleo de trabajadores externos en el futuro.

El acuerdo de coalición para la formación del Gobierno Federal entre los partidos cristiano-demócratas y el partido socialdemócrata, que data de febrero 2018<sup>90</sup> y que determina el programa político del Gobierno Federal presente, no prevé un fortalecimiento de los derechos del comité de empresa en el caso de una descentralización productiva de la empresa. En consecuencia, no es de esperar que la mayoría política actual, formando el Gobierno federal, reforme la ley en este sentido.

<sup>85</sup> Para un resumen de la jurisprudencia, véase por ejemplo KARTHAUS, B. y KLEBE, Th., "Betriebsratsrechte bei Werkverträgen en NZA 2012, pp. 417 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. art. 14, apartado 3 de la ley relativa al trabajo temporal [*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*].

<sup>87</sup> Art. 112, apartado 1, BetrVG.

<sup>88</sup> Para un resumen de la garantía constitucional de la libertad de empresa véase supra II. 1.

<sup>89</sup> Cfr. el art. 3 de la ley del 21 de febrero 2017 modificando la ley sobre el trabajo temporal [*Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes*] (Bundesgesetzblatt 2017 I p. 258).

<sup>90</sup> Cfr. el texto del acuerdo bajo el enlace siguiente: <https://www.mdr.de/nachrichten/politik/inland/download-koalitionsvertrag-quelle-spd-100-downloadFile.pdf>.

de un convenio colectivo de regional al cual el adjudicatario no está sometido violan el principio de libre circulación de servicios<sup>91</sup>. En sentido contrario, el Tribunal de Justicia admitió, en el asunto *RegioPost GmbH & Co.KG y Stadt Landau in der Pfalz*,<sup>92</sup> que un salario mínimo cuyo respeto por el adjudicatario se exige por una Ley regional relativa a la contratación pública resulta conforme con el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, y cuya aplicación se limita a las relaciones laborales de los adjudicatarios y sus contratistas. Por consiguiente, parece que hay divergencia en el seno del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión y por el momento no es claro si la contratación pública puede establecer nuevas obligaciones con respecto a salarios mínimos (convencionales) para los adjudicatarios. Sin embargo, no hay ninguna duda de que los contratos públicos podrían representar un instrumento estableciendo sanciones suplementarias para mantener estándares sociales en el caso de que el adjudicatario subcontrate partes de las obras o servicios del contrato público.

#### V. CONCLUSIÓN

¿Cómo pueden resumirse las características del modelo del Derecho del Trabajo alemán frente a los procesos de deslocalización productiva en forma de subcontratación y de escisiones? De manera general, puede afirmarse que el derecho alemán protege la decisión empresarial sobre la deslocalización productiva en sí misma como espacio libre de influencia laboral, perteneciendo al núcleo de la libertad de empresa, constitucionalmente garantizada. Por lo tanto, ni la negociación colectiva ni el comité de empresa tienen la competencia para forzar al empresario (con una huelga o con una sentencia de arbitraje obligatorio) a abstenerse de procesos de deslocalización productiva.

En cuanto a los efectos de los procesos de deslocalización productiva, la ley y la negociación colectiva sólo intervienen de manera puntual. Reestructuraciones en forma de escisiones de la sociedad del empresario, particularmente dichas "divisionalizaciones", permiten, en gran medida, la fuga del ámbito de aplicación de los convenios colectivos a los cuales las empresas que reestructuran están vinculadas. En consecuencia, puede resultar así la aplicación de convenios colectivos menos favorables para los trabajadores afectados. No resulta exagerado afirmar que este escondrijo está debilitando la negociación colectiva y, en particular, la eficacia normativa de los convenios más importantes (por ejemplo, los de la metalurgia) desde hace algunas décadas. Por el contrario, en materia de representación de los trabajadores por los comités de empresa, la jurisprudencia de los Tribunales del Trabajo ha reaccionado a estas estrategias de escape con el concepto de un centro común de trabajo mantenido por varias empresas.

También, en sede de subcontratación, la reacción de la ley tiene carácter fragmentario. En particular, en lo referente a los salarios mínimos, el legislador alemán ha establecido con la fianza legal del contratante ante el impago de los salarios mínimos y las cotizaciones patronales de sus contratistas un mecanismo que ha mejorado la situación en favor de los trabajadores de las empresas contratistas. En cuanto a la negociación colectiva, hay que constatar que esta se queda todavía en un segundo plano frente a la subcontratación: existen todavía pocos convenios colectivos sobre la cuestión. Tampoco los comités de empresa tienen una gran influencia en casos de subcontratación, ya que no pueden evitar estos procesos, teniendo sólo la competencia de atenuar los efectos sociales de descentralizaciones productivas para los trabajadores del centro de trabajo afectado.

Sin duda alguna no es exagerado que procesos de deslocalización productiva constituyen un flanco abierto del Derecho del Trabajo en Alemania.

<sup>91</sup> STJ del 3 de abril 2008, asunto C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189. En el mismo sentido STJUE del 18 de septiembre 2014, asunto C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH y Stadt Dortmund*, ECLI:EU:C:2014:2235

<sup>92</sup> STJUE del 17 de noviembre 2015, asunto C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760.

#### 5. La contribución de la contratación pública

Finalmente, conviene mencionar también el papel de la contratación pública en el contexto de la deslocalización productiva. Se trata de un mecanismo jurídico que tiene gran relevancia, especialmente en el sector de la construcción, puesto que una gran parte de las órdenes en este sector provienen de los poderes adjudicadores del sector público<sup>93</sup>. Por consiguiente, también el poder de demanda del Estado puede ser utilizado para asegurar el respeto de estándares sociales en casos de subcontratación. Se trata de un mecanismo jurídico bastante antiguo, que sirvió antes del reconocimiento jurídico del convenio colectivo después de la Primera Guerra Mundial como instrumento para asegurar su respeto por los empresarios: en Inglaterra, el Parlamento, el *House of Commons*, ya había adoptado una resolución en 1891, comprometiéndose al Gobierno a insertar en sus contratos públicos una cláusula que comprometiese al adjudicatario a respetar los convenios colectivos respectivos durante la ejecución del contrato público [*fair wage clause*]<sup>94</sup>. Sin embargo, a diferencia de otros mecanismos de extensión de la protección legal, éste depende del ámbito económico de la contratación pública.

La mayoría de las leyes de los dieciséis Estados federados [*Bundesländer*] de la RFA relativas a la contratación pública [*Landesvergabe-gesetze*] prevén como criterio de adjudicación, además de la mejor relación calidad-precio<sup>95</sup>, la toma en consideración de elementos sociales tales como el respecto de las disposiciones legales sobre el salario mínimo o el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres. Algunas leyes estatales exigen del adjudicatario el respeto de los convenios colectivos a los cuales se encuentra sometido<sup>96</sup>. Los órganos de contratación deben asegurar que los adjudicatarios firmen una declaración señalando que éstos respetan los estándares sociales de la ley durante la ejecución del contrato público<sup>97</sup>. Las leyes sólo autorizan una subcontratación de los adjudicatarios cuando el órgano de contratación lo haya permitido, comprometiéndose el adjudicatario a asegurar en el contrato con sus subcontratantes que éstos últimos deban respetar, al igual que el adjudicatario, los estándares sociales enumerados por la ley<sup>98</sup>. En consecuencia, también las leyes estatales sobre la contratación pública contienen mecanismos para evitar que estándares sociales aplicados a los adjudicatarios puedan ser eludidos por subcontrataciones de partes de los servicios u obras a ejecutar en virtud del contrato público.

Sin embargo, este instrumento debe confrontarse con el Derecho de la UE. Aunque el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios permite explícitamente la toma en consideración de criterios sociales para la adjudicación, el TJUE ha restringido en su jurisprudencia el uso de criterios sociales en la adjudicación de contratos públicos con vista a la libre circulación de servicios (artículo 56 TFUE). Así, el TJUE consideró en su sentencia *Dirk Ruffert y Land Niedersachsen* que cláusulas sociales que exigen la aplicación

<sup>93</sup> Véase las cifras en SEIFERT, A., "Rechtliche Probleme von Tarifreueklärungen – Zur Zulässigkeit einer Verfolgung arbeitsmarktpolitischer Zielsetzungen durch die Vergabe öffentlicher Bauaufträge" en *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)* 2001, pp. 1 y ss.

<sup>94</sup> Para un análisis más detallado de los *fair wage clauses* en Inglaterra véase BERCUSSON, B., "Fair Wages Resolutions", London, 1978. Cfr. también KAHN-FREUND, O., "Legislation through adjudication: the legal aspects of fair wages clauses and recognised conditions" en *The Modern Law Review* (1948) Vol. 11, pp. 269-289 y pp. 429-448 = KAHN-FREUND, Selected Writings, London, 1978, pp. 87-127.

<sup>95</sup> Véase art. 97, apartado 5 de la ley relativa a las restricciones a la competición [*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*].

<sup>96</sup> Cfr. art. 4, apartado 1 de la ley relativa a la contratación pública del Estado de Hessen [*Hessisches Vergabe- und Tarifreuegesetz*].

<sup>97</sup> Véase, por ejemplo, el art. 10 de la ley relativa a la contratación pública del Estado de Turingia [*Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge*].

<sup>98</sup> Véase, por ejemplo, el art. 12 de la ley relativa a la contratación pública del Estado de Turingia [*Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge*].