

LOS ENCLAVES LABORALES DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO EN EMPRESAS ORDINARIAS (UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA TRAS UN PERÍODO DE EXPERIMENTACIÓN)

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona*

JOSEP MARIA FUSTÉ MIQUELA

*Doctor en Derecho. Profesor Titular (EU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Girona*

Extracto:

ESTE artículo constituye una aproximación crítica a la figura de los enclaves laborales de trabajadores con discapacidad procedentes de Centros Especiales de Empleo en la empresa ordinaria, una llamativa figura regulada mediante el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, con la pretensión de favorecer la actividad de los Centros y de facilitar el cumplimiento alternativo de la reserva de empleo de personas con discapacidad por parte de las empresas ordinarias. El artículo se ha redactado tras haber transcurrido casi tres años de rodaje de la figura, período tras el que se ha puesto de manifiesto una modesta utilización de los enclaves y, por ende, un moderado impacto de los mismos en el empleo de las personas con discapacidad. En las líneas que siguen destacaremos los rasgos esenciales de los enclaves y las disfunciones de su régimen jurídico, reflexión que se combinará con algunos datos prácticos a propósito de su utilización, su incidencia en el empleo de las personas con discapacidad y finalmente sobre la presencia de los mismos en la negociación colectiva de Centros Especiales de Empleo.

El artículo está integrado por dos bloques materiales, teniendo por objeto el primero de ellos (I) el análisis conceptual de la nueva figura, los vínculos de la misma con la cesión y la contrata de propia actividad, su encaje en el conjunto regulador del empleo de las personas con discapacidad, además del contraste entre una pretendida voluntad de utilización generalizada y su moderado impacto práctico. A continuación (II), se abordará el estudio del régimen jurídico de los enclaves, apartado en el que se han pretendido subrayar los elementos más problemáticos de los mismos, al tiempo que serán resaltadas las oportunidades que la figura puede deparar, directa e indirectamente, al empleo de las personas con discapacidad y a la mejora de su regulación.

Palabras clave: empleo personas con discapacidad, empleo personas con minusvalía, inserción personas con minusvalía, contratación y subcontratación laboral.

Sumario

1. Concepto, finalidad y encaje del enclave en el conjunto regulador del empleo de las personas con discapacidad.
 - 1.1. La determinación conceptual del término enclave y otras cuestiones terminológicas.
 - 1.2. Contornos de la figura.
 - 1.3. Las finalidades de los enclaves. Algunas consideraciones críticas.
 - 1.4. La ubicación del Decreto en el marco regulador del empleo y la discapacidad: una perspectiva técnica y alguna reflexión constitucional.
2. Aspectos estáticos del enclave: requisitos y condicionamientos.
 - 2.1. Sujetos del contrato de enclave.
 - 2.2. Forma y formalidades.
 - 2.3. Trabajadores integrantes en los enclaves: criterios cualitativos y cuantitativos.
3. Algunos aspectos dinámicos de la regulación de los enclaves.
 - 3.1. Duración máxima de los enclaves.
 - 3.2. Dirección de la actividad laboral.
 - 3.3. Relación individual en el enclave: mutaciones en el enclave, extinción del enclave y consecuencias jurídicas derivadas de la transición.
 - 3.4. Aspectos colectivos y de prevención de riesgos laborales.

1. CONCEPTO, FINALIDAD Y ENCAJE DEL ENCLAVE EN EL CONJUNTO REGULADOR DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.1. La determinación conceptual del término enclave y otras cuestiones terminológicas.

El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, regulador de los Enclaves Laborales (en adelante RDEL), crea una nueva estructura que incide de modo novedoso sobre el funcionamiento de los Centros Especiales de Empleo (en adelante CEE). En este sentido, a partir de su regulación estatal, se entiende por enclave el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un CEE que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado. En este sentido, se ha de recordar que los CEE deberán disponer de una plantilla integrada, al menos en un 70 por 100, por trabajadores con discapacidad¹, y como veremos la posibilidad de enclavar trabajadores en empresas ordinarias genera un beneficio evidente, como es el aumento de las posibilidades de actividad para este tipo de empresas.

Abundando en cuestiones terminológicas, cabe añadir que el Decreto se refiere a la empresa ordinaria, es decir, a la empresa en la que se desarrolla la actividad como la empresa colaboradora (art. 1.2 del RDEL). Sin embargo, en las líneas que siguen no vamos a utilizar dicha terminología ya que ello implica, por una parte, acrecentar la inflación terminológica ya constatada en este terreno –empresa principal, empresa contratante, empresa ordinaria– razón por la cual hemos optado por limitar la dispersión terminológica a dos expresiones: empresa ordinaria y empresa principal. Por lo demás, la expresión empresa colaboradora, acuñada en los programas autonómicos de empleo con apoyo, sugiere una idea de asistencialización del empleo, no demasiado compatible con una idea de normalización.

¹ Recuérdese que la plantilla del CEE puede estar integrada en un 100 por 100 por personas con discapacidad, dado que la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos establece en su artículo 42.2 que la plantilla de los CEE «estará constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso productivo, y en todo caso, por el 70 por 100 de aquella».

1.2. Contornos de la figura.

1.2.1. La obra o servicio correspondiente a la actividad principal de la contratante y ejecutada en su centro de trabajo.

Con carácter preliminar se ha de destacar que los enclaves se basan en un tipo determinado de contrata de obras o servicios; los que «*guarden relación directa con la actividad normal de la empresa colaboradora*» (art. 1.2 del RDEL), una expresión muy próxima a las «*obras o servicios correspondientes a la propia actividad*», del artículo 42 del TRLET. A este respecto, creemos necesario manifestar que, a nuestro juicio, cuando el RDEL se refiere a obras o servicios que tengan relación directa con la actividad normal de la principal, pretende regular, en realidad, un supuesto específico de las contrataciones correspondientes a propia actividad (art. 42 del TRLET). Por ello, con la pretensión de huir de la dispersión terminológica utilizaremos en adelante la expresión del artículo 42 del TRLET «*obras o servicios correspondientes a la propia actividad*», desechando la expresión adoptada por el RDEL, que en último término no aporta nada significativo al respecto. Un argumento adicional en favor de la estrecha relación entre la contrata del artículo 42 del TRLET y el Real Decreto objeto de estudio estaría en que a los enclaves les será de aplicación los artículos 42 del TRLET y 104 y 127 de la LGSS, por mandato del artículo 1.4 del RDEL, lo que implica toda una afirmación de «*identidad*» entre ambas figuras.

Más allá de que la obra o servicio corresponda a la propia actividad de la empresa principal, será imprescindible que esta actividad se lleve a cabo en el centro de la empresa principal con el consiguiente desplazamiento físico de los trabajadores del CEE.

Como es de sobra conocido, la identificación de la obra o servicio como integrada en la propia actividad de la principal es una cuestión determinable en cada caso por la jurisprudencia y por la doctrina judicial, y será, asimismo, un elemento clave para afirmar la aplicabilidad del RDEL y para que, en su caso, el enclave tenga valor de medida alternativa para la empresa ordinaria. Ahora bien, en la práctica pueden darse situaciones de connivencia entre el CEE y la empresa ordinaria, dirigidas a disfrazar la obra o servicio, correspondiente en realidad a la propia actividad de la principal, como ajeno a la misma, a fin y efecto de evitar los requisitos, limitaciones y cortapisas del RDEL², al tiempo que la contrata, podría mantener el valor de medida alternativa para la empresa ordinaria [art. 2.1 b) del RD 364/2005, de 8 de abril, de medidas alternativas³], pero sin las «*complicaciones*» adicionales del enclave.

² Téngase en cuenta que el RDEL establece rigurosas limitaciones en materia de enclaves, particularmente en materia de duración máxima y en la composición del enclave.

³ El artículo 2.1 b) propone, entre otras medidas alternativas al cumplimiento de la reserva, «*La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa*».

1.2.2. Una hipótesis a matizar: los enclaves como supuesto de cesión consentida.

La llamativa regulación de los enclaves ha llevado a la opinión de que la figura constituye una cesión de trabajadores consentida, mediante una cobertura específica que soslayaría la prohibición del artículo 43 del TRLET⁴. Según esta opinión, el favorecimiento de la transición al empleo ordinario unida a un deseo de impulsar la actividad de los CEE, y por ende, el empleo de las personas con discapacidad, ha dado lugar a una notable permisividad ante potenciales cesiones. Por nuestra parte, no creemos que ello pueda afirmarse con tanta ligereza, si bien, en su caso, tales opiniones confirmarían la validez de nuestras críticas a la utilización –*vid infra*– de una norma reglamentaria para introducir tal innovación normativa, sin que exista previsión expresa en norma con rango de ley.

Ciertamente, la figura de los enclaves laborales cuenta con algunas dosis de ambigüedad que parece conveniente resaltar en sede introductoria, ambigüedades de las que cabría deducir que el Gobierno es particularmente comprensivo con las situaciones de cesión o cuasi-cesión que pudiesen darse en ocasión de la constitución y funcionamiento de enclaves. Ahora bien, si queremos dejar sentado, y pensamos que ello no es baladí, que el Gobierno ha establecido un buen número de condiciones en el funcionamiento de los enclaves, de modo que más que hablar de permisividad con cesiones de trabajadores, podríamos matizar más y referirnos a una cierta permisividad con cuasi-cesiones o, al menos, a una permisividad parcial; no total. Y creemos que esta es una cuestión particularmente importante porque otras realidades de volumen creciente, como es el caso de las empresas de servicios, constituyen un incumplimiento mucho más palmario y mucho menos justificado del artículo 43 del TRLET⁵. No obstante, dado que la cuestión es de gran interés en una aproximación inicial, resaltaremos los argumentos de lo afirmado en sede doctrinal a propósito del enclave como cesión consentida.

Seguramente, la exigencia de que el enclave se desarrolle en torno a obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la principal y en los locales de esta ya es en sí mismo un planteamiento que promueve «huidas» de la prohibición de cesiones de trabajadores. A lo anterior se añaden diversas reglas del RDEL extraordinariamente llamativas, que sugerirían que el Gobierno ha concedido al enclave como una cuasi-cesión ya que de otro modo son difícilmente comprensibles, sin perjuicio de un más detallado comentario ulterior. Sin duda, la más llamativa de estas disposiciones es la prohibición de formalización de período de prueba (art. 11.2 del RDEL) en el contrato de trabajo que, en su caso, pueda formalizarse entre la empresa ordinaria y el trabajador del enclave que pase a integrarse en la plantilla de aquella, «salvo que el trabajador vaya a realizar funciones distintas de

⁴ Sobre este particular no nos parecen desatinadas las agudas observaciones de LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral», *Actualidad Laboral*. N.º 13-22, pág. 147. 2004, al señalar que «De la letra del reglamento se desprende que lo único que se le exige al centro especial de empleo es el "desplazamiento", o lo que es lo mismo, el suministro de trabajadores, sin que tenga que poner en juego ni la infraestructura ni los medios materiales que en su caso puedan ser necesarios»; observaciones que en todo caso son matizadas algunas líneas después. Por su parte, VILLAR CAÑADA, I.M.: «Los enclaves laborales», en MOLINA NAVARRETE, C. (Coordinador): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2005, pág. 444, no alberga duda alguna en torno a la identidad entre la cesión de trabajadores y el papel desempeñado por los CEE en la gestión de enclaves laborales.

⁵ MOLINA HERMOSILLA, O., GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿"mucho ruido, pocas nueces"»?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, julio 2006, pág. 35, recuerdan este creciente fenómeno.

las que realizaba en el enclave». Ciertamente, llama la atención que se presuma por parte de la empresa ordinaria, un conocimiento tan detallado de las habilidades del trabajador del CEE, cuando en realidad no habrá sido empleado suyo hasta ese momento, y además habrá desarrollado su actividad bajo la dirección y la organización del CEE. En segundo lugar, también es de gran rareza, sin que sean necesarios mayores comentarios, la clarificación según la cual (art. 8.3 del RDEL), corresponde al CEE la facultad disciplinaria de los trabajadores integrados en el enclave. Finalmente, se une a lo anterior una llamativa –aunque en cierto modo lógica– regla prevista en el artículo 5.4 del Decreto, según la cual serán nulas las cláusulas que prohíban «*la contratación por la empresa colaboradora del trabajador con discapacidad que esté prestando servicios en el enclave o los haya prestado con anterioridad*». Como hemos apuntado, la regla puede tener una cierta lógica, pero no deja de ser un trasunto del mandato del artículo 7.3 de la LETT, lo que sugiere de nuevo, una estrecha proximidad del enclave con la cesión de trabajadores. Además, el establecimiento de cláusulas de este tipo vulneraría de modo total el espíritu y la letra del RDEL, donde la transición de los trabajadores hacia el mercado ordinario goza de un marcado protagonismo.

Ahora bien, más allá de los indicios aportados por el supuesto habilitador del enclave y por algunas de las reglas del Decreto, lo cierto es que no nos hallamos ante una burda permisividad ante cesiones ilegales de trabajadores, como ha señalado de modo indirecto la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 27 de diciembre de 2005 (AS 3743). Así, difícilmente cabe hablar de cesiones abiertas o evidentes si se exige que el CEE acredite desarrollar una actividad de base diferenciada de las contrataciones-enclave que pueda ejecutar (art. 3.2 del RDEL), a lo que se añade la obligación de dirigir la actividad de los trabajadores integrantes de los enclaves mediante encargados, que formarán parte de su plantilla (art. 8.2). De hecho, los enclaves no incurrirán, *a priori*, en las conductas tipificadas como cesión ilegal por el «nuevo» artículo 43.2 del TRLET. De este modo, cuando se cumpla con los requisitos del RDEL, no puede afirmarse abiertamente que el CEE: a) carezca de actividad o de organización propia y estable, b) no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o c) no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Eso sí, en algunos casos sí cabría interpretar que el CEE se limita a una mera puesta a disposición de trabajadores –otra de las conductas tipificadas como cesión ilegal por el artículo 43.2 del TRLET–, aun dirigidos y organizados aparentemente por el taller protegido⁶, circunstancia que cabría tildar de cesión o cuasi-cesión tolerada; o mejor aún, de «cesión de soslayo». De cualquier modo, dada la frecuencia con la que se producen contrataciones entre empresas ordinarias y CEE y dadas las irregularidades que cabe esperar de tales supuestos, parece más que razonable que el Gobierno haya querido introducir un marco jurídico que ponga algunos frenos a la tentación de incurrir en cesiones sin control⁷.

⁶ Al respecto, la STS de 16 de junio de 2003 (RJ 7092) ha subrayado que el ejercicio del poder de dirección de la contratista sobre los trabajadores implicados en la contrata no es un argumento que erve las sospechas de cesión ya que en ocasiones el contratista se convierte en una suerte de delegado del contratante, de modo que los encargados del enclave aplicarían de modo prácticamente directo las indicaciones desde la empresa principal y estos la transmiten a los trabajadores de la contratista.

⁷ MOLINA HERMOSILLA, O., GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La nueva reforma...», ob. cit., pág. 40, ponen al RDEL como ejemplo del realismo con el que es necesario abordar las contrataciones entre empresas. Eso sí, no hemos de olvidar que en la práctica se ha aceptado que los CEE podrán contratar también fuera de los estrechos marcos del RDEL, lo que reduce el interés de esta norma como red de contención.

Finalmente, un argumento adicional en favor de este planteamiento matizador estaría en la disposición transitoria única del RDEL en el que se establece la obligación de los enclaves, de ajustarse a la regulación del Decreto en el plazo de un año. A nuestro juicio, la disposición persigue, entre otras cosas, la desaparición o la adaptación de todos aquellos enclaves que pudiesen incurrir en situaciones de cesión, particularmente la de los denominados «enclaves individuales», existentes con anterioridad al RDEL, y constitutivos por definición, de cesiones ilegales de trabajadores.

1.2.3. La posibilidad de una doble tipología de enclaves.

Una de las cuestiones de mayor calado suscitadas por la regulación de los enclaves es la de si cabe entenderla como figura unívoca. A saber, tras la aprobación del RDEL algunas voces han interpretado que es todavía posible para los CEE contratar obras o servicios integrados en la propia actividad de la empresa ordinaria y realizarlos en el seno de estas empresas sin seguir todos y cada uno de los requisitos del RDEL. De acuerdo con esta interpretación flexibilizadora, la única consecuencia de todo ello sería que tales enclaves, realizados al margen del RDEL, no tendrían el valor de medidas alternativas al cumplimiento de la reserva de empleo⁸. Por lo tanto, de acuerdo con la mencionada interpretación la situación quedaría como sigue:

- a) Cuando el enclave sea, a su vez, una medida alternativa al cumplimiento efectivo de la reserva por parte de la empresa principal, el enclave se constituirá de conformidad con todos los requisitos y condiciones del RDEL.
- b) Cuando el enclave no sea utilizado o alegado por la empresa principal como medida alternativa al cumplimiento de la reserva, aquel podría formalizarse y funcionar sin las rigideces del RDEL en cuanto a la composición de la «plantilla», duración, deberes de transición u otros. Por contra, a dichos enclaves sí les sería de aplicación todas las reglas orientadas a evitar en lo posible situaciones descarnadas de cesión ilegal de trabajadores.

Lo cierto es que esta interpretación ha sido la que finalmente se ha impuesto en la práctica, de manera que tras dos años largos de vigencia del RDEL, se ha consolidado la constitución de enclaves informales o ajenos a los requisitos y condiciones del reglamento —es decir, realización de obras o servicios correspondientes a la actividad principal de la empresa ordinaria ejecutados en sus dependencias—, y no consta que haya actuaciones inspectoras al respecto. Todo ello sin olvidar un dato muy significativo: no hay tipos sancionadores laborales para los supuestos en que no se cumpla con los requisitos formales, de composición u otras cuestiones relacionadas con los enclaves.

Sin embargo, a pesar de constituir una práctica consolidada, consideramos que existen argumentos para afirmar que el Gobierno pretendió que las cautelas y cortapisas del RDEL fuesen apli-

⁸ LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral...», ob. cit., pág. 148, subraya que las contrataciones que no se ajusten al Decreto «serán perfectamente legales, pero en ningún caso podrán funcionar como medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva». Por lo contrario, compartiendo nuestra interpretación, aparentemente favorable a un solo tipo de enclave, aunque no se muestra tan crítica con el resultado: GARRIDO PÉREZ, E.: «Los enclaves laborales ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados?: comentario al Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero», pág. 6.

cables a toda obra o servicio correspondiente a la propia actividad de la principal y desarrollado en sus instalaciones; evidentemente, por parte de CEE. De un lado, favorecería esta interpretación la disposición transitoria única del Decreto, de acuerdo con la cual, «*Los enclaves laborales existentes a la entrada en vigor de este real decreto deberán ajustarse a la regulación establecida en él en el plazo de un año desde dicha entrada en vigor*». En este sentido, cabe matizar que si bien una interpretación literal de la disposición no nos genera muchas dudas a favor de un único tipo de enclave —el diseñado en el Decreto—, el texto de la disposición ha inspirado en algún autor la interpretación contraria a la nuestra ⁹. De otro lado, la aplicación generalizada del RDEL estaría en sintonía con una de las aparentes finalidades del Decreto: servir de mecanismo de contención de malas prácticas en la contratación de obras y servicios de propia actividad.

A mayor abundamiento, otro argumento pondría en entredicho la interpretación flexibilizada, según la cual el respeto hacia los requisitos del RDEL solo tiene sentido si se pretende que el enclave tenga valor de medida alternativa a la reserva. Y es que el RDEL se refiere abiertamente a la posible constitución de enclaves en empresas de menos de 50 trabajadores (art. 5.3), empresas que no están obligadas al cumplimiento de la reserva. Todo ello pone en cuarentena —al menos en el plano dialéctico— el razonamiento anterior ya que si el enclave formal solo tiene sentido como medida alternativa, no se entiende en absoluto el sentido de un enclave formal en empresas de menos de 50 trabajadores.

1.3. Las finalidades de los enclaves. Algunas consideraciones críticas.

En punto a las finalidades u objetivos de la norma, lo cierto es que en la misma se observan algunas notables contradicciones entre lo que el RDEL explicita y la realidad de las consecuencias generadas por el mismo. De hecho, el objetivo más discutible es la pretensión de fomentar el empleo de las personas con discapacidad (art. 1.1), finalidad explicitada en el artículo 2 c) del Decreto al recordar que el mismo pretende «*Posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los centros especiales de empleo y, por tanto, la contratación por éstos de nuevos trabajadores con discapacidad, favoreciendo la creación de empleo estable (...)*». Lo cierto es que tal finalidad es ilusoria si interpretamos que, en adelante, toda contratación de obras y servicios que formen parte de la propia actividad de la principal se va a tener que adaptar a los múltiples requisitos del Decreto.

Así, hemos de recordar que el CEE disponía, con anterioridad a la aprobación del RDEL, de un amplio margen para contratar tal tipo de obras y servicios, contratación que solo estaba sometida al derecho de obligaciones y contratos, a la legislación mercantil en general, y, en último término, a las limitaciones deducibles de la normativa laboral; de modo particular a las garantías del artículo 42 del TRLET. Ciertamente, y más allá de las razones que puedan haber justificado una regulación de estas características, es bien difícil que la nueva regulación vaya a generar más actividad a través de enclaves, incluso a pesar de que a partir de su entrada en vigor los enclaves «valgan» como medida alternativa al cumplimiento de la reserva de empleo. En este sentido, el efecto expansivo de su consideración como medida alternativa ha sido obviamente amortiguado por las exigencias derivadas de su regulación, lo

⁹ *Ibidem*, pág. 148.

que se confirma a partir de los datos obtenidos de la consulta a organizaciones empresariales y asociaciones de talleres protegidos, que muestran por lo general un escaso entusiasmo hacia ellos. A título de ejemplo, una interesante encuesta realizada por la *Coordinadora de Tallers de Catalunya* entre sus 63 CEE asociados ¹⁰ señala que a finales de 2005 solo se habían constituido un total de 17 enclaves, que estaban empleando a 76 personas con discapacidad. Por lo contrario, dentro del mismo período, la contratación de obras o servicios fuera de los estrictos marcos del enclave laboral empleaba a un total de 1.103 trabajadores con discapacidad.

Dicho lo anterior a propósito de la primera gran finalidad de los enclaves, abordaremos a continuación sus otros objetivos, que se expresan en el artículo 2.2 del RDEL y que agruparemos en dos grandes bloques.

Así, de un lado, los apartados b) y c) son reconducibles al apartado a) ya que en el fondo los tres giran en torno al favorecimiento del tránsito hacia el mercado ordinario de trabajo. A este respecto, el artículo 2.2 a) señala como primera finalidad la del favorecimiento del tránsito de los trabajadores procedentes de CEE hacia la empresa ordinaria, subrayándose la importancia que en dicha transición tienen los trabajadores afectados de especiales dificultades. Dicho lo anterior, el artículo 2.2 b) señala el objetivo de permitir que los trabajadores de CEE desarrollen su actividad en un entorno normalizado, lo que completará su experiencia profesional y facilitará, en último término, el acceso al mercado ordinario de trabajo. Asimismo, el artículo 2.2 c) señala como último de los objetivos el logro de que la empresa ordinaria «*tenga un mejor conocimiento de las capacidades y aptitudes reales de los trabajadores con discapacidad, como paso previo a su eventual incorporación a la plantilla de la empresa*». Como cabe deducir, se trata de tres finalidades íntimamente vinculadas, lo que sin duda hacía más aconsejable su fusión en un único apartado, tratándose del objetivo más plausible del Decreto. Cabe matizar en último término que las características de los enclaves pueden hacer inoperante alguna de las finalidades reseñadas ¹¹, pero consideramos que se trata de una disfunción menor.

La tercera gran finalidad de los enclaves está en su validez como medida alternativa a la reserva de empleo, finalidad que ha recibido plena carta de naturaleza en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, de medidas alternativas. En esos términos se expresa el artículo 2 e) del RDEL, aunque suaviza la fórmula recordando que los enclaves van a facilitar transitoriamente dicho cumplimiento alternativo ya que al final, precisamente la experiencia de tener trabajadores con discapacidad desempeñando actividad laboral en su seno, llevará a las empresas ordinarias a la contratación direc-

¹⁰ La *Coordinadora de Tallers de Catalunya*, es una asociación que aglutina a los CEEs que en Cataluña emplean trabajadores con discapacidad psíquica. En el período en que se elaboró la encuesta el número de trabajadores con discapacidad empleados por CEEs asociados a dicha entidad fue aproximadamente de 3.800 trabajadores, al tiempo que los CEEs dan trabajo a, aproximadamente, 750 trabajadores sin discapacidad de apoyo y gestión de los centros. Los resultados de la encuesta reciben el título de *Inserció a l'empresa ordinària directament des dels Centres Especials de Treball (2002 a 2004)*, ejemplar fotocopiado.

¹¹ Al respecto, LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral...», ob. cit. pág. 148, se muestra muy crítica con el incumplimiento del objetivo de perfeccionamiento profesional y de transición en el caso de trabajadores con discapacidad que sean contratados *ad hoc* y desde el desempleo, para desempeñar sus funciones en un nuevo enclave. De cualquier modo, si bien la incoherencia existe, la misma es inevitable dado que lo prevea o no el RDEL, en muchas ocasiones el CEE va a tener que echar mano de nuevas contrataciones para cubrir las necesidades de mano de obra generadas por nuevos enclaves.

ta de estos trabajadores. De algún modo, el Gobierno deja entrever en este punto el carácter temporalmente limitado de los enclaves (art. 5.2), sugiriendo que se trata de una medida que puede tener un cierto auge inicial, pero que al final estará condenada a su sustitución generalizada por contrataciones directas. En todo caso, cabe apuntar que esta optimista previsión gubernamental puede estrellarse contra una obstinación empresarial a la no contratación, alimentada por una cierta reticencia de los CEE a tolerar transiciones masivas; por no comentar otros elementos que pueden obstaculizar aún más la tan proclamada transición al mercado ordinario de trabajo.

En punto al enclave como medida alternativa, algún autor ha puesto de relieve una de las críticas aparentemente más sólidas que recibió el Decreto desde el momento de su aprobación: a saber, ¿cómo puede defenderse la licitud de un enclave –medida alternativa–, cuando la empresa, precisamente, ha alegado razones organizativas o de otra índole para no emplear directamente trabajadores con discapacidad? ¹². Dicho en otras palabras, ¿es aceptable que la empresa rechace por inasumible la presencia laboral directa de personas con discapacidad, pero que la asuma sin problemas cuando hay un empleador interpuesto, es decir, el CEE? Ciertamente, la opción por el enclave puede parecer fraudulenta y con mucha probabilidad va a serlo en bastantes casos. Sin embargo, cabe a nuestro juicio admitir una cierta coherencia entre la exención de la contratación directa y la aceptación de la actividad de trabajadores con discapacidad en enclaves. La justificación es particularmente clara cuando la imposibilidad o la dificultad derivan de razones organizativas, oportunamente alegadas y atendidas por la autoridad laboral. Así, no hemos de olvidar que la relación laboral especial implica un estrecho seguimiento adaptativo de la actividad del trabajador, o lo que es lo mismo, un cierto acompañamiento o apoyo personal. A partir de ahí parece lógico pensar que va a ser más fácil la presencia del trabajador en la empresa ordinaria acompañado de uno o varios tutores en plantilla del CEE (los «encargados», en la clásica terminología del RDEL), que su contratación directa por la empresa, lo que seguramente vendrá acompañado de una falta de apoyo sistemático hacia el trabajador con discapacidad. Por esa razón, en principio nos parece asumible y encajable jurídicamente la constitución de enclaves en tanto que medida alternativa, sobre todo en caso de causas organizativas. Ahora bien, más que la coherencia con el Real Decreto 364/2005, de medidas alternativas, lo que nos llama la atención es que el nuevo artículo 37 bis de la LISMI sí pone verdaderamente en tela de juicio el enclave como medida alternativa, ya que dependiendo de los casos y atendiendo a las circunstancias económicas y organizativas de la empresa ordinaria, esta debería contribuir a superar los obstáculos –de barreras arquitectónicas, organizativas o de cualquier índole– que impidan el acceso de personas con discapacidad a su plantilla, lo que podría incluir la prestación de apoyos o de un estrecho seguimiento.

1.4. La ubicación del Decreto en el marco regulador del empleo y la discapacidad: una perspectiva técnica y alguna reflexión constitucional.

La importancia de las cuestiones planteadas por el RDEL, nos llevan a pensar que hubiese sido razonable, y aun necesaria una previa reforma legislativa que hubiese servido de guía del Decreto en

¹² Se pregunta LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral...», ob. cit., pág. 148, «en qué términos se van a valorar las circunstancias que pueden justificar que un empresario no contrate directamente a un minusválido para cubrir la cuota de reserva y que, sin embargo, la permiten recurrir a esa misma mano de obra para desarrollar su actividad productiva a través de un centro especial de empleo».

sus líneas esenciales. En este sentido, nadie discute que la potestad reglamentaria laboral reside en el Gobierno central, y que este la ejerce cuando lo cree oportuno. Sin embargo, entendemos que la complejidad de la figura, la novedad que supone en el régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad y, en fin, la clara afectación que ello provoca sobre las posibilidades de negocio de los CEE y por ende, sobre su derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), exigían una previa reforma del marco legal. En este sentido, la exposición de motivos del Decreto abunda en las referencias a diversas habilitaciones –todas ellas muy genéricas–, que el Gobierno tomó en consideración a la hora de proceder a la aprobación del Decreto. Así, la exposición de motivos recuerda que –*Diversas normas legales habilitan al Gobierno para la regulación de los enclaves*–, mencionándose entre otros los artículos 17.3 del TRLET o 26.1 de la Ley 56/2003, de empleo, preceptos que a nuestro juicio se quedan algo cortos a la hora de suponer una habilitación para un instrumento de tal envergadura. Asimismo, la exposición de motivos del Decreto señala como habilitación genérica a los artículos 41 a 46 de la LISMI –olvidando curiosamente el art. 38.4 de la LISMI¹³, el más adecuado a estos efectos en una equilibrada combinación con el principio de empleo normalizado proclamado en el art. 37.1 de la LISMI–, que establecen el régimen jurídico básico de los CEE. Precisamente, es en este espacio donde debiera haberse establecido un nuevo precepto que diera base legal a los enclaves. Todo ello porque, además, los enclaves no son exactamente una medida de fomento cuantitativo del empleo, sino que más bien pretenden imprimir una mayor calidad al empleo de las personas con discapacidad afectados de especiales dificultades mediante el favorecimiento de la transición, circunstancia que exigía a nuestro modesto entender, algo más que una sucesión de remisiones a textos con rango de ley.

Por lo demás, existe una razón de mayor peso a la hora de exigir una norma con rango de ley y es que más allá de que los enclaves signifiquen un beneficio para los CEE, a través de un pretendido aumento de sus posibilidades de negocio mediante su constitución como medida alternativa, lo cierto es que hasta la aprobación del RDEL, los CEE, en uso de su derecho a la libertad de empresa podían contratar las obras o servicios que considerasen oportunos con otras empresas y realizarlos allí donde les pareciese conveniente, razón por la cual esas obras o servicios podían realizarse en los locales de las empresas principales o contratantes sin grandes cortapisas; eso sí, debían respetarse, entonces y ahora, los límites de la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del TRLET, límites que acaso el RDEL haya pretendido ensanchar.

Sin embargo, no obstante la interpretación flexibilizadora aceptada en la práctica a propósito de la disposición transitoria única del RDEL, este Decreto era aparentemente la única vía a través de la que podían vehicularse contratos sobre obras o servicios que formasen parte de la propia actividad de la empresa principal. Por lo tanto, esta afectación, al menos teórica, a la capacidad de los CEE de contratar con otras empresas, debía haberse abordado con mayores cautelas formales mediante una previa reforma de la LISMI.

¹³ El artículo 38.4 de la LISMI prevé que «Se fomentará el empleo de los trabajadores minusválidos mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su integración laboral. Estas ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten su acceso y movilidad en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajador autónomo, el pago de las cuotas a la Seguridad Social, y cuantas otras se consideren adecuadas para promover la colocación de los minusválidos, especialmente la promoción de Cooperativas».

Ahora bien, seguramente hay razones que justifican al Gobierno a la hora de diseñar un modelo rígido y restrictivo de enclave; por ejemplo, la voluntad de poner algún coto a subcontrataciones que con relativa frecuencia suponen desigualdades retributivas de difícil justificación, máxime cuando los trabajadores de una y otra empresa trabajan casi codo con codo. Además, no hemos de olvidar que los CEE gozan de una particular protección pública mediante medidas de incentivación nada desdeñables, circunstancia que en abstracto otorga una mayor legitimación al Gobierno a la hora de poner en marcha una regulación que conlleve la mencionada limitación de derechos para los CEEs. Por lo tanto, creemos que la existencia de argumentos en favor de una regulación restrictiva exigía, si cabe todavía más, la utilización de una cobertura legal que no ha llegado a aprobarse.

2. ASPECTOS ESTÁTICOS DEL ENCLAVE: REQUISITOS Y CONDICIONAMIENTOS

2.1. Sujetos del contrato de enclave.

El artículo 3 del RDEL establece que podrán ser partes en el contrato de enclave, de un lado, los CEE calificados e inscritos de acuerdo con la regulación vigente—art. 42 de la Ley 13/1982—, que acrediten una inscripción con una antigüedad de, como mínimo, seis meses, requisito que ha de complementarse con el desarrollo de actividad continuada durante los seis meses inmediatamente anteriores a la formalización del contrato. Además, el CEE interesado en concertar un contrato de enclave deberá acreditar un volumen mínimo—no cuantificado en el Decreto—¹⁴ de actividad desarrollado en sus propias instalaciones, o al menos llevado a cabo fuera del esquema de una subcontrata de obras o servicios que no formen parte de la actividad de la principal. Es en ese sentido que debe interpretarse el mandato de que el CEE «no podrá tener como actividad exclusiva la derivada de uno o más enclaves determinados, sino que deberá mantener una actividad propia como tal centro especial de empleo». Sin duda, se trata de un mandato dirigido principalmente a evitar que algunos centros actúen como empresas de trabajo temporal encubiertas¹⁵, por lo que se les exige actividad productiva en el seno de sus instalaciones y con infraestructura propia, un mandato que el nuevo artículo 43 del TRLET viene a confirmar. Además, la existencia de un centro de trabajo, en el sentido clásico de la acepción, va a hacer más creíble la aplicación y la asunción del ajuste personal y social¹⁶. De tal planteamiento cabría deducir que no sería suficiente que un CEE que tenga constituido uno o diversos enclaves, acredite en paralelo contrataciones de obras o servicios que no formen parte de la actividad de la principal y que se desarrollen fuera del Centro; como, por ejemplo, contrata de limpieza.

¹⁴ LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral...», ob. cit., pág. 150, señala con acierto que no está determinado «qué porcentaje del total de la plantilla de minusválidos del centro especial de empleo puede ser destinado al enclave y cuál es el cupo que debe mantenerse para garantizar el desarrollo de la actividad productiva».

¹⁵ LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral...», ob. cit., pág. 149.

¹⁶ GARRIDO PÉREZ, E.: «Los enclaves laborales...», ob. cit., pág. 4, ha puesto el énfasis en esta circunstancia para justificar el mandato del desarrollo de su actividad en las instalaciones.

La contraparte del CEE en el contrato de enclave será la empresa principal o contratante, para la que el Decreto no establece requisito alguno, salvo el de ser «*cualquier empresa del mercado ordinario de trabajo*» (art. 4), lo que no aporta demasiados datos sobre el particular. En este sentido cabe apuntar únicamente dos cuestiones. La primera, que no se exige a la empresa ordinaria el estar al día en sus obligaciones tributarias o de Seguridad Social porque al fin y al cabo el establecimiento del enclave no constituye para la misma un beneficio directo, salvo el que pueda derivarse de su utilización como medida alternativa a la reserva. De cualquier modo, el legislador no ha establecido requisito alguno cuando el enclave tenga el valor de medida alternativa. Otra cuestión de mayor calado se refiere a si dentro de la expresión «*empresa del mercado ordinario de trabajo*» podríamos incluir a administraciones públicas. La redacción del Decreto nos lleva a pensar que el Gobierno no ha pensado en esta hipótesis ya que en ningún momento se hace referencia a la misma, todo ello sin olvidar que la expresión «*empresa*» no equivale ni mucho menos a entidad empleadora. Además, el hecho de que el enclave pueda utilizarse como medida alternativa realza la interpretación contraria a la consideración de las administraciones públicas como banco de prueba de los enclaves ya que a estas últimas no les es de aplicación la posibilidad de medidas alternativas a la reserva de empleo. Por lo contrario, sí que entendemos que dentro del concepto de empresa podríamos incluir a las empresas públicas ya que el término «*empresa*» es omni-comprendivo de unas y de otras, y en favor de esta posibilidad interpretativa, el RDEL da más de un pista, todo ello sin perjuicio de que seguramente, por razones pedagógicas, lo más adecuado sería que las empresas públicas obligadas cumpliesen estrictamente con la reserva de empleo.

2.2. Forma y formalidades.

En materia de forma y formalidades, cabe destacar un primer elemento llamativo y es la exigencia de que el convenio entre empresa contratista y enclave se formalice por escrito y además, se acompañe de un contenido claramente pautado. Este es el planteamiento expresado en el artículo 5 del RDEL, en el que se establece la obligación de un convenio que se desarrollará por escrito, con un contenido mínimo que se señala en el artículo 5.1 del reglamento. Como cabe suponer, el mandato obedece a la conveniencia de contar con un documento que permita verificar la adecuación del enclave al RDEL y, en su caso, a la regulación de las medidas alternativas. En este sentido, como veremos, algunos de los datos que será necesario expresar, como es el caso de la duración del enclave o el número de trabajadores implicados son datos de gran interés para el control de la legalidad de los enclaves. También tiene una estrecha relación con aspectos de legalidad, la necesidad de que el convenio determine de un modo preciso la obra o servicio objeto del contrato y, «*la actividad en la que, dentro de la organización general de la empresa colaboradora, vayan a ser ocupados los trabajadores destinados al enclave*». Este último rasgo transmite la idea de un «*cercos al enclave*» que como veremos, está presente en otros puntos de la regulación. Y es que la mención de la actividad puede servir, en último caso, para comprobar si realmente el enclave está sirviendo para llevar a cabo una obra o servicio que guarde relación directa con la propia actividad de la empresa principal.

En íntima conexión con la actividad, el Decreto establece la necesidad de reseñar los datos identificativos del centro de trabajo en el que será constituido el enclave, de lo que cabría deducir que cada enclave deberá realizarse de modo exclusivo en uno solo de los centros de trabajo de la

empresa colaboradora¹⁷, todo ello sin perjuicio de que quepa constituir diversos enclaves en diversos centros de trabajo; lo que tampoco impide la constitución de diversos enclaves en un solo centro de trabajo pero, eso sí, en diversas actividades o secciones de la empresa y respetando la independencia de los mismos. Finalmente, se establece la obligación de que el convenio exprese el precio pagado por la obra o servicio, circunstancia que tendrá un especial interés si el enclave tiene el valor de medida alternativa, teniendo en cuenta que el contrato de enclave deberá alcanzar un determinado volumen económico –tres veces la cuantía anual del IPREM– por cada año y persona dejada de contratar.

La necesidad de formalizar por escrito las relaciones entre principal y CEE acarrea otras obligaciones que reseñamos a continuación. Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del RDEL, la empresa y subsidiariamente el CEE deberá remitir al servicio público de empleo u órgano competente en materia de registro de Centros, un ejemplar del contrato de enclave y, en su caso, de las prórrogas que puedan formalizarse, remisión que se llevará a cabo en el plazo de un mes. Sobre esta obligación informativa cabe señalar algunas consideraciones. La primera, su evidente finalidad fiscalizadora de la adecuación a derecho de los enclaves, ya que como señala el artículo 7.1 el servicio público de empleo u órgano competente en materia de registro podrá solicitar «informe de control» a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹⁸. Más llamativo es el aspecto referente a los sujetos obligados al cumplimiento de esta obligación, ya que si bien el sujeto responsable será la empresa ordinaria, el Decreto atribuye una responsabilidad subsidiaria al CEE, aunque la norma adolece de falta de claridad –o lo que es peor, de lógica– ya que, de acuerdo con este esquema, el CEE debería asegurarse de que la empresa principal cumple con el requisito de comunicación, y en caso de que esta incumpla, el CEE, dentro del mes, debería trasladar copia del convenio a la administración competente. A nuestro juicio, dado que la obligación del CEE es subsidiaria, lo razonable sería atribuir esa obligación pasado un mes de la firma del convenio. Por su parte, el precepto finaliza con una aclaración a propósito de la identificación de la administración competente, señalando como tal a (art. 7.2 del RDEL) la administración que corresponda al territorio en el que se constituya el enclave, siendo indiferente en este caso la Comunidad Autónoma en la que esté registrado el CEE.

Finalmente, cabe recordar que en virtud de lo previsto en el artículo 42.3 del TRLET, el CEE deberá informar a la TGSS de la identidad de la empresa principal, ya que el Estatuto de los Trabajadores establece dicho mandato sobre todas las empresas contratistas.

2.3. Trabajadores integrantes en los enclaves: criterios cualitativos y cuantitativos.

En lo que concierne a los trabajadores que integrarán los enclaves, desde una perspectiva cualitativa el planteamiento es muy novedoso y también muy reglamentista ya que en la composición de

¹⁷ Así lo señala LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral...», ob. cit., pág. 151, añadiendo que «una vez iniciado el mismo, no podría modificarse el lugar de trabajo de los trabajadores desplazados», observación con la que no estamos de acuerdo ya que parece adecuado tolerar la novación del contrato de enclave cuando las circunstancias lo justifiquen.

¹⁸ Al respecto GARRIDO PÉREZ, E.: «Los enclaves laborales...», ob. cit., pág. 4, señala que no se indica en el Decreto «cuál habría de ser el contenido o los aspectos al que aquel hubiera de quedar referido», algo que nosotros entendemos como natural, ya que ante una figura tan reglamentada, lo más natural es ordenar a la Inspección de Trabajo el más amplio mandato de control de cumplimiento de la normativa laboral.

los enclaves, los trabajadores con especiales dificultades deberán ser mayoritarios, estableciéndose en el Decreto una detallada relación de reglas que deberán seguirse en su composición (art. 6). Más allá de la exhaustividad en la regulación, llama poderosamente la atención la nula referencia a los Equipos Multiprofesionales en la selección de los trabajadores que deberán integrar el enclave, circunstancia que constituye toda una afirmación de realismo por parte del Gobierno¹⁹. *A priori*, por lo tanto, será el CEE quien, en el ejercicio de sus poderes de dirección, seleccionará a los trabajadores integrantes del enclave, pero con una serie de limitaciones cualitativas que comentaremos seguidamente.

Así, en primer lugar, todos los trabajadores del enclave deberán ser personas con discapacidad, de manera que si el CEE contase con un determinado porcentaje de personas sin discapacidad –recuérdese, es posible hasta un 30% de plantilla sin tal condición–, estos trabajadores no podrán formar parte del enclave, salvo que se trate de trabajadores que cumplan funciones de encargados (art. 5.3 del RDEL), en cuyo caso sí podrían integrarlo.

Además, el Decreto hace una fuerte apuesta por la presencia en enclaves de trabajadores afectados de discapacidades severas, ya que al menos el 60 por 100 de los trabajadores deberá presentar «especiales dificultades para el mercado ordinario de trabajo», noción dentro de la cual se integrarán:

- a) En general, las personas que podrían englobarse bajo el paraguas genérico de la discapacidad psíquica, noción en la que cabrá incluir a personas con parálisis cerebral, con discapacidad intelectual o afectadas de enfermedad mental, aunque su grado de minusvalía sea mínimo; es decir, igual o superior al 33 por 100.
- b) Asimismo, el Decreto incluye entre los trabajadores afectados de especiales dificultades a las personas con discapacidad física o sensorial severa; es decir, con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.
- c) Una tercera categoría, seguramente la más llamativa de esta noción de trabajador con especiales dificultades, es la de las mujeres con discapacidad no incluidas en los párrafos anteriores, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100. Con esta regla el Gobierno pretende impulsar el empleo normalizado de mujeres con discapacidad física o sensorial entre el 33 y el 64 por 100, lo que se nos antoja interesante dada la especial postergación laboral sufrida por las trabajadoras con discapacidad. Ahora bien, el Decreto establece una lógica limitación a la presencia de este subgrupo en los enclaves, ya que podrá alcanzar como máximo el 50 por 100 del total de trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades integrados en el enclave. Es decir, si el enclave ha de contar con un 60 por 100 de trabajadores con especiales dificultades, solo la mitad de este espacio (30%) podrá ser «imputado» a mujeres con discapacidad física o sensorial entre el 33 y el 64 por 100.

¹⁹ La intervención de los Equipos Multiprofesionales, entendidos como un Servicio Social con funciones de supervisión y seguimiento de los avatares de la relación laboral, es requerida en diversos preceptos del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajan en CEE. Sin embargo, no ha habido ni el desarrollo normativo ni la dotación económica necesaria para un adecuado funcionamiento de esos Equipos. En este sentido, la elección de trabajadores a integrar en enclaves, sería la típica decisión empresarial a supervisar mediante los Equipos Multiprofesionales, pero el Gobierno, en una muestra de realismo, no ha querido hacer referencia alguna a esta supervisión.

Ciertamente, cabe felicitarlo porque el Gobierno haya roto con el concepto unívoco de trabajador con discapacidad, ya que durante muchos años se ha llevado a cabo una política dirigida genéricamente y sin matices, al conjunto de personas con discapacidad, lo que inevitablemente ha postergado a los trabajadores con especiales dificultades. De este modo, sería muy conveniente que a partir de esta interesantísima noción introducida por el RDEL, el conjunto de políticas en favor de las personas con discapacidad –incluidos, claro está, los incentivos y la reserva de empleo– tuviesen en consideración la pluralidad de situaciones implícitas en la noción general de persona con discapacidad.

En tercer lugar, y en lo que concierne a reglas cualitativas, el RDEL (art. 6.4) señala que el 75 por 100 de trabajadores integrantes del enclave deberá tener una antigüedad mínima de tres meses, se entiende, en el momento de la constitución del enclave. Ciertamente, la regla tiene su lógica si entendemos que el CEE debe haber formado y preparado previamente a una mayoría de los trabajadores que formarán el enclave, sin duda, en una lógica de favorecer la transición de los trabajadores que ya disfruten de una cierta antigüedad. Ahora bien, tal criterio puede generar muchas dificultades a la hora de asumir obligaciones derivadas de nuevos enclaves, ya que no siempre va a ser factible, organizativamente, desplazar trabajadores consolidados al enclave y cubrir el espacio en el CEE por nuevas contrataciones. En fin, de una interpretación en contrario se deduce a las claras que sí será posible reclutar como trabajadores de nuevo ingreso, al menos, a un 25 por 100 de los integrantes del enclave, trabajadores que podrán ser contratados mediante el contrato para obra o servicio determinado. La posibilidad de trabajadores de nuevo ingreso integrando el enclave ha sido objeto de severas críticas doctrinales²⁰, no del todo compartidas ya que entendemos que la aceptación de contrataciones entre CEE y otras empresas ha de implicar un mínimo margen de adaptación organizativa de los CEE, que pasa por asumir un determinado volumen de contrataciones temporales *ad hoc*. Por lo demás, no tiene sentido que el Decreto de enclaves encorsete al máximo las posibilidades de reclutamiento urgente, mientras que cuando la contrata no se formule como enclave, el CEE puede contratar nuevos trabajadores sin cortapisa alguna

Más allá de los condicionantes cualitativos, el RDEL establece unos márgenes cuantitativos a la composición del enclave, de modo que el mismo deberá estar integrado *«al menos por un mínimo de cinco trabajadores si la plantilla de la empresa colaboradora es de 50 o más trabajadores, o al menos por tres trabajadores si dicha plantilla es inferior»*, (art. 5.3), cómputo del que será excluido el encargado cuando, en su caso, sea una persona sin discapacidad. La regla se nos antoja adecuada ya que a menor número de trabajadores en el enclave, habrá más posibilidades de incurrir en supuestos palmarios de cesión ilegal. Sin embargo, si entendemos que esa es la razón del mandato, no compartimos la existencia de un límite diferenciado –de tres o de cinco trabajadores– en función de la plantilla de la empresa en la que se constituye el enclave. A nuestro juicio, en todos los casos debería ser exigible un número mínimo común de trabajadores incluidos en el enclave.

²⁰ LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral», ob. cit., pág. 153, ha señalado que en tales casos el CEE va a actuar como una empresa de trabajo temporal *sui generis*, añadiendo que en estos casos, *«los objetivos de los enclaves quedan frustrados, ya que difícilmente puede producirse un "tránsito" razonable desde el empleo protegido al empleo ordinario»*. También se ha mostrado crítica GARRIDO PÉREZ, E.: «Los enclaves laborales», ob. cit., pág. 5, sugiriendo esta última que las posibilidades de contratación laboral *ex novo*, debían haberse restringido a *«trabajadores cuya discapacidad no fuera de las calificadas como severa o grave»*.

3. ALGUNOS ASPECTOS DINÁMICOS DE LA REGULACIÓN DE LOS ENCLAVES

3.1. Duración máxima de los enclaves.

Desde un punto de vista dinámico, los enclaves son una figura con fecha de caducidad ya que el contrato de enclave se mueve entre una duración mínima de tres meses y máxima de tres años (art. 5.2). Asimismo, el Decreto señala que el contrato de enclave se podrá prorrogar por períodos mínimos de tres meses hasta una duración máxima de tres años. Alcanzada esta duración, el enclave solo podrá prorrogarse hasta un máximo de tres años adicionales, cuando se acredite la transición, mediante contrato indefinido, de un trabajador –o de dos como mínimo en enclaves que empleen más de 20 trabajadores– con discapacidad afectado de especiales dificultades a la empresa ordinaria en la que se implante el enclave, o a otra empresa del mercado ordinario de trabajo. Respecto a esta cuestión, cabe señalar las siguientes reflexiones:

De un lado, parece que de nuevo el Gobierno mostraría su tibieza hacia la figura ya que, de acuerdo con las expresadas limitaciones, el enclave sería una figura con fecha de caducidad, de modo que como se ha sugerido ²¹, carecería de sentido mantenerlo cuando se haya logrado alguna transición. De este modo, a partir de un momento dado, no tendría sentido que la empresa mantuviese un «cuerpo extraño» en su organización ya que la finalidad última del enclave, la comprobación *in situ* de las habilidades laborales de los trabajadores con discapacidad, se habrá cumplido. A nuestro juicio, no obstante, cabría recordar que en este terreno intervienen también los intereses del CEE que, querámoslo o no, se ven gravemente afectados en su libertad de empresa por las disposiciones del RDEL. Además, no hemos de olvidar que el futuro desmantelamiento de enclaves ante el vencimiento de plazos y el cumplimiento efectivo de la reserva, implicará una importante disminución del empleo disponible para personas con discapacidad. Por ejemplo, una empresa ordinaria obligada al cumplimiento de la reserva por contar con una plantilla de 80 trabajadores, tendría que acoger un enclave de al menos 5 trabajadores con discapacidad (art. 5.3 del RDEL), como medida alternativa a la contratación directa. Sin embargo, si pasados seis años opta por cumplir de un modo directo la reserva de empleo, será suficiente la contratación de un solo trabajador, lo que pone en evidencia que la lógica transitoria del enclave sugiere más de una complicación. A mayor abundamiento, una encuesta llevada a cabo en 2005 entre los CEEs integrados en la Coordinadora *de Tallers de Catalunya* ²², confirma estos datos. Así, de un total de 96 trabajadores presentes en 17 enclaves activos, solamente existe la previsión de 14 transiciones hacia el mercado ordinario.

Ahora bien, el deber de transición exigiría, en todo caso, la necesaria aceptación de la misma por parte de alguno de los trabajadores del enclave, ya que va a ser necesario lograr que un trabajador resuelva su contrato de trabajo con el Centro y acepte la transición a la empresa ordinaria, lo que no siempre estará garantizado ²³, ya que entre otras cosas se trata de una cuestión que no depende en último término de la voluntad del CEE. En este sentido, es probable que el Gobierno no haya tenido suficientemen-

²¹ GARRIDO PÉREZ, E.: «Los enclaves...», ob. cit, pág. 10.

²² Encuesta realizada bajo el título *Inserció a l'empresa ordinaria*, cit.

²³ *Ibidem*, pág. 12, se refiere a la cuestiones abiertas ante una eventual resistencia del trabajador a transitar.

te en cuenta que uno de los mayores obstáculos a la transición viene dado por la propia voluntad de los trabajadores, reacia a acceder a un entorno laboral ordinario, que se presume hostil y que en ocasiones no ofrece condiciones suficientemente atractivas. Seguramente, el CEE deberá prever esta eventualidad y planificar la transición de trabajadores contratados *ad hoc*, para aquel concreto enclave mediante contratos de obra o servicio determinado. Se trata de trabajadores menos vinculados afectivamente al CEE y con menos posibilidades de continuar en el CEE una vez finalizado el enclave, lo que les hace candidatos susceptibles de aceptar la transición, aunque el incumplimiento del espíritu de la LISMI está servido: el estancamiento se mantiene para los trabajadores más antiguos y quien transita es el recién llegado. Abundando en la transición, ya se ha señalado que la misma debe beneficiar a trabajadores afectados de especiales dificultades, lo que por una parte es muy loable, ya que estos últimos son los más necesitados de desarrollarse en entornos normalizados. Sin embargo, hemos de reseñar alguna duda ya que esta regla potencia la permanencia en el CEE de los trabajadores más cualificados para transitar con éxito, lo que puede matizarse si tenemos en cuenta que, en la noción de trabajadores afectados de especiales dificultades, se incluyen a las mujeres con discapacidad física o sensorial de entre el 34 y el 65 por 100 de discapacidad. Además, transcurridos tres años, la norma condiciona la posibilidad de alcanzar los seis años máximos de duración del enclave a que se produzca alguna transición de trabajadores, ya se produzca la misma en la empresa colaboradora ya se produzca en otra empresa. Al respecto, la flexibilidad con la que se plantea la cuestión parece discutible ²⁴; sin embargo, la regla puede tener su utilidad cuando la empresa acogedora sea pública y el sistema de oposiciones o concursos, cuando este sea el caso, dificulte la transición de los trabajadores del enclave.

En último término se ha de recordar que la caducidad de los enclaves se suaviza mediante una regla que dentro de unos años puede dar lugar a interpretaciones particularmente interesadas y nada decorosas. Así, pasados los seis años, puede iniciarse un nuevo enclave (art. 5.2 final del RDEL) para llevar a cabo una nueva o diferente actividad. Lo más probable es que en un futuro asistamos a una notable flexibilización del concepto «nueva o diferente actividad», que permita la supervivencia del enclave en la empresa acogedora. En este sentido, si la causa de esta estricta limitación estaba en un planteamiento del enclave como figura subordinada a la efectiva colocación de trabajadores con discapacidad en la empresa ordinaria, lo más razonable habría sido prohibir la renovación de los enclaves fundamentados en actividades nuevas o diferentes y sin embargo el Gobierno no ha querido ser tan tajante, lo que con una alta probabilidad va a dar lugar a intentos sorprendentes de mostrar «nuevas o diferentes actividades». En nuestra opinión, habría sido más adecuado optar entre dos posibilidades: a) obviar el límite temporal máximo del enclave, con todos los defectos que ello conlleva o bien, b) rechazar la posibilidad de un nuevo enclave fundamentado en una actividad diferente, opción esta última adoptada por el Borrador de Decreto de Enclaves de 2003.

3.2. Dirección de la actividad laboral.

Como no podía ser de otro modo, la dirección de la actividad de los trabajadores con discapacidad integrados en los enclaves será (tele)dirigida por el CEE, mediante la figura de los encargados mencionados en el artículo 8.2 del RDEL. De hecho, es esta una de las cuestiones claves para dife-

²⁴ GARRIDO PÉREZ, E.: «Los enclaves...», ob. cit, pág. 10.

renciar las situaciones de cesión de las de subcontratación, razón por la que el nuevo artículo 43.2 del TRLET señala como uno de los supuestos tipificados de «cesión ilegal», aquellos en que el contratista no ejerza *«las funciones inherentes a su condición de empresario»*. Ahora bien, como se ha señalado oportunamente, la dirección formal de la actividad del enclave no es siempre y en todo caso requisito suficiente ya que pueden darse supuestos en los que, en realidad, la dirección de la actividad laboral implique una estricta transmisión de las órdenes del «encargado» de la principal. Por lo demás, llama la atención cómo el Decreto no establece requisito alguno respecto a los encargados, tanto en lo que concierne a su antigüedad, nivel profesional y/o formación o vínculo laboral indefinido con la empresa. Es más, se deduce que los mismos podrán ser o no personas con discapacidad, a la luz de lo señalado en el artículo 5.3 del RDEL.

3.3. Relación individual en el enclave: mutaciones en el enclave, extinción del enclave y consecuencias jurídicas derivadas de la transición.

Como es natural, el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales en el enclave es el correspondiente a la relación laboral especial (art. 8.1 del RDEL), lógica solución dado el contexto «protegido» en el que se desarrollan las actividades. Ahora bien, la gestión de la mano de obra se ve sometida a algunas reglas de notable singularidad que pasamos a comentar a continuación.

3.3.1. La rigidez respecto a la composición de los enclaves y derechos de información de los trabajadores concernidos.

La gestión del personal está rigidamente condicionada por el artículo 8.4 del RDEL, de modo que una vez constituido el enclave, el CEE *«solo podrá sustituir a los trabajadores destinados cuando exista causa justificada respetando siempre lo establecido en el artículo 6»*. Es decir, respetando entre otras cosas que el 75 por 100 de los trabajadores del enclave acredite una antigüedad mínima de tres meses en el CEE. Además, toda mutación del enclave deberá respetar la presencia mayoritaria de trabajadores afectados de especiales dificultades, en el sentido y con la extensión previstos en el artículo 6 del RDEL.

En cualquier caso, la exigencia de estabilidad en el enclave supone una fuerte restricción a la libre y discrecional gestión de la mano de obra, –dicho en otros términos, al *ius variandi*– aunque cabría defender que la estabilidad es necesaria para lograr que la empresa colaboradora conozca de cerca la evolución y aptitudes de los trabajadores desplazados. Además, lo delicado de los equilibrios personales y funcionales a lograr en el interior del enclave, hacen más que aconsejable una preferencia por la estabilidad, que imitaría la lógica de los grupos de trabajadores contratables como tales en virtud de lo previsto en el artículo 10 del TRLET. En todo caso, es necesario determinar qué podemos entender por causa justificada de sustitución de trabajadores, entendiendo por ello una causa que va más allá de la libre discrecionalidad del empleador. En este sentido, creemos que concurrirá la circunstancia cuando el funcionamiento o adaptación de los trabajadores no sean los convenientes para un adecuado desempeño de la actividad, o bien cuando se produzca una extinción contractual, por

ejemplo, derivada de despido disciplinario o de extinción del contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad. Lógicamente, los trabajadores procedentes de CEE que muestren inadaptación a las funciones encomendadas o al nuevo ámbito laboral tendrán derecho a retornar al CEE. En el caso de trabajadores contratados *ad hoc*, las circunstancias que podrían justificar la mutabilidad son las mismas, sin olvidar que en esta situación puede operar de modo pleno la no superación del período de prueba. En el caso de los trabajadores no procedentes del CEE, la concurrencia de circunstancias que den lugar a su sustitución comportará prácticamente siempre la extinción del contrato de trabajo, ya sea por ineptitud ²⁵, por no superación del período de prueba, por razones disciplinarias u otras.

Efectuado el análisis del régimen jurídico de las sustituciones y modificaciones, no hemos de olvidar, siendo realistas, que el cumplimiento estricto de las reglas de composición del enclave puede generar graves complicaciones en su adecuado funcionamiento, razón por la que cabe esperar una cierta flexibilidad en caso de contingencias que impidan transitoriamente una composición ajustada a los requerimientos del RDEL.

Más allá de lo comentado, cabe añadir que los trabajadores integrantes tendrán derecho a recibir información, por escrito y con anterioridad al inicio de actividades en el enclave, de determinados datos relacionados con la identidad de la empresa principal como son el nombre o razón social, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Todo ello, sin perjuicio de los derechos de información que corresponden a los representantes legales del CEE (art. 42.5 del TRLET), a los que aludiremos en un momento posterior.

3.3.2. Extinción del enclave e incidencia en las relaciones laborales de los trabajadores integrantes.

El RDEL establece algunas precisiones, bastante lógicas por otra parte, a propósito de la incidencia de la finalización del enclave en las relaciones laborales. Al respecto, el artículo 8.5 del reglamento recuerda como regla de partida, que la finalización del enclave no implica la extinción de las relaciones laborales, sino que los trabajadores integrantes de los mismos mantendrán su vínculo laboral especial y pasarán a desempeñar sus funciones en otros emplazamientos de la actividad protegida.

Ahora bien, la finalización del enclave será causa de extinción del contrato de trabajo para aquellos empleados –recuérdese, en un máximo del 25% de la plantilla, teniendo en cuenta el mandato del art. 6.4 del RDEL– que hubiesen sido empleados por el CEE bajo la modalidad de obra o servicio determinado. Lógicamente, el Real Decreto acoge mediante esta regla la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo ²⁶ que ha venido aceptando a las contrataciones de obras o servicios como supuestos habilitantes para formalizar dicha modalidad contractual.

²⁵ Nótese que no son infrecuentes dificultades a la hora de alegar la ineptitud del trabajador cuando ha sido contratado como una persona con discapacidad, ya que en tales supuestos acostumbra a alegarse que la ineptitud ya era conocida por el empleador. Sin embargo, en la práctica puede suceder que lo realmente conocido es la discapacidad, no la ineptitud y esta última podría manifestarse una vez superado el período de prueba.

²⁶ Por todas, *vid.* la interesantísima STS de 8 de junio de 1999 (RJ 5209).

3.3.3. La transición de los trabajadores con discapacidad al mercado ordinario de trabajo y sus consecuencias jurídicas.

Ya hemos señalado que uno de los elementos más novedosos del RDEL es el establecimiento de un modesto deber de transición a la empresa ordinaria. En este sentido, el artículo 11 del reglamento establece una serie de reglas y principios que acompañan al deber de transición establecido en su artículo 5. Así, en primer lugar, el Decreto apela a la «preferencia» por la transición mediante contratos de trabajo indefinidos (art. 11.1), y es que sin perjuicio de que la empresa ordinaria podría contratar mediante «*otras modalidades si resultan procedentes*», el contrato indefinido es la modalidad contractual que deberá utilizarse para cumplir el deber de transición que permitirá, en su caso, que el enclave supere los tres años de duración inicial máxima. Recuérdese que, con la salvedad a la que nos referiremos en materia de incentivos, el tránsito de mano de obra de ámbitos protegidos a empresas ordinarias puede producirse en cualquier momento y, desde luego, sin tener que esperar a la finalización del enclave. De hecho, el artículo 5.4 del RDEL prohíbe los acuerdos entre CEE y empresa ordinaria que impliquen la renuncia de esta última a reclutar, en cualquier momento, trabajadores que estén prestando servicios en los enclaves.

Más allá del principio en favor de la transición estable, el RDEL viene acompañado de dos reglas que suscitan bastante curiosidad y más de una cuestión: A) la prohibición relativa de formalizar períodos de prueba a los trabajadores procedentes de enclaves y B) la transición como supuesto de excedencia en el CEE.

A) La prohibición relativa de formalizar períodos de prueba a los trabajadores procedentes de enclaves.

Ya hemos señalado que la prohibición de formalizar períodos de prueba a los trabajadores que, procedentes del CEE, sean contratados por la empresa «colaboradora» constituye una manifestación de ambigüedad que aproxima los enclaves a la cesión. De acuerdo con el RDEL «*no podrá concertarse período de prueba salvo que el trabajador vaya a realizar funciones completamente distintas de las que realizaba en el enclave*» (art. 11.2). Obsérvese que se trata de una prohibición relativa, dado que sí podría formalizarse período de prueba si el trabajador pasase a realizar funciones completamente distintas, si bien dicha expresión sugiere una profunda diferencia entre las funciones anteriores y las nuevas, lo que a nuestro juicio va a exigir un análisis caso por caso²⁷, bajo el convencimiento de que el Gobierno no ha querido facilitar el establecimiento de períodos de prueba. Además, la contratación de trabajadores con especiales dificultades exigiría, desde el sentido común y desde el deber de buena fe contractual, mantener las funciones desarrolladas en régimen de enclave²⁸, lo que confirma que las posibilidades de formalización de períodos de prueba son ciertamente testimoniales. Ahora bien, más allá de consideraciones particulares, la regla del artículo 1.2 del RDEL

²⁷ En este sentido, por ejemplo, entendemos que no cabe identificar funciones totalmente diferentes con funciones de diferente grupo profesional, de modo que la virtualidad de períodos de prueba estará muy limitada.

²⁸ VILLAR CAÑADA, I.M.^a: «Los enclaves laborales», ob. cit., pág. 445, plantea esta posibilidad como poco frecuente. Nosotros la creemos muy residual.

es extraordinariamente llamativa, ya que viene a sugerir la existencia de un deber de «experimentación» a cargo de la empresa principal, deber que sería previo a la contratación laboral y que iría mucho más allá de lo que sería exigible a una empresa principal en un contexto ordinario. En otras palabras, la empresa ordinaria debería poner en práctica una atención y observación «en corto» del trabajador en régimen de enclave, de lo que se deduce una implicación y una presencia que hagan honor a la terminología del RDEL, que las etiqueta de empresas colaboradoras. Por lo demás, no hemos de olvidar que si la empresa principal queda obligada a tal suerte de seguimiento hallamos un argumento de envergadura para calificar a los enclaves como cesión tolerada o cesión legal.

B) La transición como supuesto de excedencia en el CEE.

Mucho más problemática es la regla según la cual, los trabajadores que transiten al mercado ordinario de trabajo pasarán a la situación de excedencia voluntaria en el CEE, en las condiciones que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, en las condiciones del artículo 46.2 del TRLET. Este «derecho de retorno» había sido citado por el I Acuerdo MTAS-CERMI como integrante necesario de los –en aquel momento– futuros enclaves, con la pretensión de asegurar una cierta garantía de empleo en el CEE a los trabajadores que fuesen contratados por la empresa ordinaria y no consolidasen su empleo normalizado, en general, por inadaptación ante la nueva situación. Y es que uno de los obstáculos mayores a la transición está en los temores de los trabajadores con discapacidad y de sus familias a abandonar un ámbito laboral en el que por lo general se sienten cómodos y protegidos, mientras que el empleo normalizado es percibido como una amenaza.

Ahora bien, la regulación del «derecho de retorno» del RDEL suscita múltiples cuestiones que intentaremos identificar y, en su caso, resolver en las líneas que siguen, con la advertencia previa de que se trata de una regulación que adolece de importantes deficiencias. Posiblemente la más grave consiste en señalar (art. 11 del RDEL) que, en caso de falta de regulación convencional, será de aplicación subsidiaria el régimen de la excedencia voluntaria de los artículos 46.2 y 46.5 del TRLET. Y es que para este viaje no hacían falta alforjas ya que la doctrina judicial ha venido considerando lícito dedicar el período de excedencia voluntaria a desarrollar actividad laboral al servicio de otra empresa²⁹, sin perjuicio del respeto al deber de no concurrencia del artículo 21 del TRLET. Por lo tanto, la remisión en blanco a la excedencia voluntaria es gratuita y disfuncional, como tendremos oportunidad de señalar. Lo adecuado, a nuestro juicio, habría sido establecer un marco básico de excedencias por transición, mejorable mediante la negociación colectiva. Ahora bien, la negociación colectiva que ha entrado a abordar esta materia presenta igualmente abundantes disfunciones, tanto en los convenios anteriores como en los posteriores a la entrada en vigor del RDEL. Eso sí, los convenios colectivos aportan un rasgo positivo y notablemente diferenciado del RDEL y es que el derecho de retorno se prevé para todo tipo de transiciones; no solo para las que se realicen desde enclaves laborales.

A continuación señalaremos los elementos más interesantes del deslavazado derecho de retorno o excedencia por transición del RDEL, que se combinarán con una referencia a algunos convenios colectivos de empresa que han diseñado un modelo propio.

²⁹ STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2004 (AS 3275).

Un primer elemento llamativo de la excedencia por transición del RDEL, consiste en no explicitar cuál es la causa o causas que la justifican. Y lo cierto es que «el derecho de retorno» era entendido como la posibilidad de reincorporación al CEE cuando la transición hubiese resultado fallida por inadaptación o ineptitud del trabajador en el nuevo contexto laboral. Sin embargo, el RDEL no hace referencia a causa alguna, lo que desvincularía a la excedencia, y sobre todo la posibilidad de retorno, de problemas de ineptitud o inadaptación, que son los únicos que a nuestro entender justificarían a la excedencia por transición y le darían entidad, aceptación empresarial y algún sentido ³⁰. La regla no ha sido enmendada por la negociación colectiva; antes al contrario, de un total de once convenios de empresa con regulación expresa, solo dos de ellos explicitan la necesidad de que el trabajador acredite problemas de adaptación para proceder a la reincorporación ³¹.

Además, siguiendo con la redacción del artículo 11.3 del RDEL, la remisión en blanco efectuada al artículo 46.2 del TRLET sugeriría que los trabajadores con una antigüedad inferior a un año no podrían acceder a este tipo de excedencia salvo, claro está, lo que pueda señalar la negociación colectiva. A este respecto, los convenios colectivos con cláusula de retorno no señalan requisitos de antigüedad, salvo alguna excepción ³², de modo que en estos casos no será necesario acreditar una antigüedad mínima de un año para acceder a la excedencia. Además, la duración del contrato formalizado con la empresa ordinaria no será obstáculo alguno a la excedencia, ya que el RDEL sugiere que la transición se haga, preferentemente, mediante contrato indefinido, pero no prohíbe lo contrario ³³. Pero eso sí, las disfunciones serán generalizadas ya que un contrato temporal de duración inferior a dos años, lo más normal por otra parte, no encajaría en la duración mínima de la excedencia prevista en el artículo 46.2 del TRLET. Además, entendemos que para acceder al disfrute de la excedencia el trabajador deberá comunicar la situación al CEE aunque no estará obligado a acreditar la contratación en una empresa ordinaria ya que la excedencia voluntaria es por definición una excedencia no causal, lo que generará otras cuestiones, como tendremos ocasión de señalar.

El derecho de retorno del RDEL aporta bien poco a la seguridad de los trabajadores que transiten, ya que la aplicación lisa y llana del artículo 46.2 del TRLET va a implicar el derecho de ingreso cuando transcurra el plazo de disfrute de la excedencia —entre dos y cinco años, a petición del empleado— y si en ese momento existe vacante correspondiente a categoría equivalente o a funciones del mismo grupo profesional (art. 46.5 del TRLET) ³⁴, entendiéndose que debe aceptarse como vacante adecuada la que se genere en cualquier centro de trabajo de la empresa, lo que en el caso de personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades, constituye prácticamente una broma

³⁰ GARRIDO PÉREZ, E.: «Enclaves laborales...», ob . cit., pág. 12, ha criticado también la falta de un referente causal para esta excedencia.

³¹ Se trata de los convenios colectivos de Iniciativas Carolinenses, S.L. (BOP Jaén 18-7-2005) y del Grupo de Empresas Sociales de Jaén, S.L. (BOP de Jaén 10-3-2005), que establecen la necesidad de «previo informe médico de no adaptación en dicha empresa».

³² Algún convenio exige una antigüedad de un año para acceder a la excedencia por transición: CC de Gureserbi, S.L. (BOP de Guipúzcoa 8-2-2005).

³³ Recuérdese que salvo lo que pueda establecer el convenio colectivo, la doctrina judicial se ha mostrado reticente —no de modo unánime, ciertamente— al disfrute de la excedencia voluntaria por contratados temporales: STSJ de Madrid de 18 de octubre de 1989 (AS 1901).

³⁴ Obsérvese que no es esa la dicción literal del artículo 46.5 del TRLET, si bien hemos tomado la redacción del artículo 46.3 del TRLET porque es la que acoge la terminología vigente en materia de clasificación profesional.

pesada. De nuevo pues, la negociación colectiva podría y debería mejorar el régimen jurídico de la excedencia vinculada al «derecho de retorno» estableciendo el derecho a reserva del puesto o, al menos, de un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría equivalente, en la línea del artículo 46.3 del TRLET para el segundo y tercer año de la excedencia por cuidado de hijos. Y lo cierto es que los convenios colectivos que han regulado el derecho de retorno presentan una amplia gama de contenidos, que van desde la reserva del puesto de trabajo durante un determinado período de tiempo³⁵, lo que implica una clara mejora del régimen reglamentario, hasta el mero derecho a un reingreso preferente en caso de vacante, dentro de un período máximo de tiempo, que en algunos casos es muy inferior al previsto en el artículo 46.2 del TRLET³⁶.

Por lo demás, entendemos que al menos la negociación colectiva debería clarificar que el puesto genérico reservado o la vacante serán adecuados si se generan o reservan en el mismo centro de trabajo. Entendemos que esta última «corrección» debería haberla introducido el mismo RDEL ya que el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, de empleo selectivo de personas con discapacidad, manifestó en su día una sensibilidad mucho mayor en una materia muy próxima, como es la del reingreso preferente de las personas con discapacidad declaradas aptas para el trabajo³⁷. Sin embargo, la negociación colectiva no ha entrado en este matiz, y entendemos que ello es así porque los convenios examinados se refieren a empresas que cuentan con un único centro de trabajo.

3.3.4. La incentivación de la transición.

Uno de los ingredientes más novedosos y llamativos del RDEL ha sido el establecimiento de ayudas cualificadas a la transición de trabajadores del enclave a la empresa ordinaria (art. 12). Este régimen de incentivos se pondrá en marcha de cumplirse una serie de condiciones, como son que la transición se produzca sin solución de continuidad, que la misma se lleve a cabo habiendo pasado como mínimo tres meses de funcionamiento del enclave o, si el trabajador no desempeñara su actividad desde el inicio de actividades del enclave, que lleve al menos tres meses incorporado en este.

³⁵ Al respecto, el convenio colectivo de Lince-Asprona (BOP de Valladolid de 12-7-2004), establece un derecho a excedencia de un año, prorrogable por anualidades sucesivas hasta un máximo de cinco años. Tres años es la duración máxima de la reserva de puesto en los convenios colectivos de Indesa (BOP de Álava, 18-2-2005), Umbela SC (BOP de Zaragoza 26-8-2006), Albernía (BO de Navarra 27-6-2005) y Adisco (BO de Navarra, 9-5-2006). En los tres últimos casos se habla de excedencia voluntaria, no obstante la existencia de reserva de puesto. Los convenios colectivos de Iniciativas Carolinenses, S.L. (cit) y del Grupo de Empresas Sociales de Jaén, S.L. (cit), prevén tácitamente cinco años ya que no hablan de duraciones máximas, de lo que cabe deducir una remisión al artículo 46.5 del TRLET. En fin, el convenio de Canraso- Animet (BO de Navarra 10-8-2005) prevé expresamente una reserva de puesto durante cinco años.

³⁶ Tal es el caso de los convenios de Conservaciones proinde (BO de Castilla-La Mancha 8-4-2006), Gureserbi (cit) y Servidisca (BOP de Valencia 12-11-2004), que prevén un período máximo de un año para solicitar el reingreso sin derecho de reserva. Obsérvese que ello no es problemático desde el punto de vista de la legalidad ya que el artículo 46.2 del TRLET no es un mínimo de derecho necesario, ya que la remisión a la negociación colectiva se hace en blanco.

³⁷ El artículo 3.2 del Real Decreto 1451/1983 establece para los supuestos de reingreso de trabajadores con incapacidad permanente total o absoluta declarados aptos para el trabajo, una especial protección cuando la vacante se genere en un Centro diferente a aquel en que prestaba servicios el trabajador. En tal caso, el trabajador tendrá la opción de ocupar la vacante o de esperar a que se genere vacante en el Centro de procedencia. Es más, si el trabajador optase por reingresar voluntariamente en una vacante de Centro diferente, el trabajador «mantendrá su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el centro de trabajo originario».

Por lo demás, la sobreincentivación se limita a la contratación de trabajadores con especiales dificultades de las letras a) y b) del artículo 6.2 del RDEL –es decir, rotundamente afectados por especiales dificultades–, que sean reclutados por las empresas colaboradoras o principales mediante contrato indefinido.

El régimen de los incentivos vuelve a subrayar su apoyo al empleo de trabajadores afectados de especiales dificultades, un planteamiento impecable desde el punto de vista de acción positiva, pero que en la actualidad se limita a la incentivación de las transiciones que se realicen desde el enclave. De este modo, la subvención prevista por contrato indefinido ascenderá a un total de 7.814 euros, lo que significa doblar la cuantía habitual de las subvenciones por contrato indefinido. Además, tras la reforma operada en la materia por el Real Decreto-Ley 5/2006³⁸, se sigue manteniendo unas bonificaciones a las cuotas empresariales a la Seguridad Social –3.200 euros anuales, durante toda la vida del contrato– en cuantía ligeramente superior a la prevista por la contratación indefinida de cualquier tipo de trabajador con discapacidad (3.000 euros anuales) en la empresa ordinaria. Asimismo, sin ninguna especialidad particular, la transición podrá beneficiarse de la subvención por adaptación de puesto de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas del Real Decreto 1451/1983.

A lo anterior, debe añadirse dos aspectos adicionales de interés. El primero, que en aras a posibilitar la incentivación de la transición, el RDEL (art. 12.4) prevé la no aplicación a estos supuestos de la regla de exclusión de los incentivos por «*finalización en los últimos tres meses de la relación laboral de carácter indefinido del trabajador con discapacidad con el CEE*». Y es que, como es sabido, las ayudas del Real Decreto 1451/1983 no se aplican cuando el trabajador contratable haya cesado voluntariamente en un contrato indefinido dentro de los tres meses inmediatamente anteriores a la nueva contratación. Lógicamente, la transición del CEE a la empresa ordinaria implica este tipo de situaciones, por lo que la derogación de la regla era imprescindible, si bien se trata de una derogación parcial ya que inexplicablemente, cuando la transición (obligada) se produzca desde el CEE a una empresa ordinaria diferente a aquella en la que se ha constituido el enclave, no será aplicable la bonificación ni a la indemnización³⁹.

En segundo lugar, el RDEL se despacha con un llamativo desiderátum al «uso social» de la subvención, al apuntar que la misma podrá ser dedicada total o parcialmente a servicios de apoyo del trabajador. Francamente, la regla adolece de sentido ya que es evidente que la empresa «podrá» hacerlo, pero no tiene, salvo el matiz final que señalaremos, obligación alguna de contratar y/o financiar el apoyo, por lo que lo expresado en la norma constituye un auténtico brindis al sol, sin mayor trascendencia práctica. De todos modos, eso no significa que los trabajadores afectados de especiales

³⁸ Recuérdese que la reforma ha causado un notable revuelo en el sector de los CEE, al eliminar la bonificación total de cotizaciones patronales a la Seguridad Social. En materia de contratación indefinida en el mercado ordinario de trabajo, el régimen anterior a la reforma era también más beneficioso, sobre todo cuando hubiese retribuciones elevadas, ya que la bonificación básica oscilaba entre el 70 y el 90 por 100 de todas las cotizaciones patronales, dependiendo de si el trabajador era mayor de 45 años o no, y podía alcanzar el 90 o el 100 por 100 en la contratación de mujeres.

³⁹ Lo curioso de la cuestión está en que el RDEL (art. 5.3) permite que la transición obligatoria se efectúe a empresas ordinarias distintas a aquella en la que se ha constituido el enclave. Ahora bien, en tales casos de transición mediante contrato indefinido, la empresa ordinaria no podrá beneficiarse de las ayudas del Real Decreto 1451/1983 ya que rige plenamente la regla según la cual, los beneficios no serán aplicables cuando el trabajador haya resuelto su relación laboral dentro de los tres meses inmediatamente anteriores a la nueva contratación indefinida.

dificultades de las letras a) y b) del artículo 6.2 del RDEL no necesiten apoyo –entiéndase, seguimiento y supervisión práctica mediante monitor o preparador laboral–; antes al contrario, en casi todos los supuestos tales apoyos van a ser imprescindibles si se pretende una transición exitosa. Ahora bien, el desiderátum expresado en la norma es de improbable cumplimiento porque desde hace años diversas entidades de empleo con apoyo prestan estos servicios de acompañamiento sin cargo económico alguno, situación que está en aras de consolidarse ya que el Gobierno tiene abierto desde hace meses un proceso de diálogo dirigido a elaborar un primer Decreto estatal regulador del empleo con apoyo, con un planteamiento que mantiene la gratuidad de los servicios de apoyo para las empresas que inserten trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades. Eso sí, haciendo abstracción de la realidad práctica que acabamos de señalar, el artículo 37 bis LISMI aporta argumentos en favor de que algunas empresas ordinarias financien en parte los costes del acompañamiento o apoyo de los trabajadores insertados en su organización, pero el precepto no ha disfrutado apenas de virtualidad ⁴⁰.

3.4. Aspectos colectivos y de prevención de riesgos laborales.

3.4.1. Aspectos colectivos de los enclaves.

En clave colectiva, cabe destacar que la regulación de los enclaves prevé algunas cuestiones en el artículo 10 del RDEL, si bien debe tenerse en cuenta que, por lo general, la falta de constitución de órganos de representación en los CEE y la presencia continuada en la empresa ordinaria, mediante enclave, hacen muy aconsejable potenciar el papel de los representantes de los trabajadores de aquella, razón por la que, como veremos, las reformas introducidas mediante el Real Decreto-Ley 5/2006, pueden ser de utilidad en la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores de los enclaves.

Entrando en el detalle, el artículo 10 del RDEL recuerda un dato obvio como es el de que, en su caso, la representación constituida en el CEE ejercerá sus funciones representativas sobre los trabajadores de los enclaves; interpretación que cabe deducir de lo afirmado por el artículo 10.1 de aquel Decreto, cuando señala que les será de aplicación a los trabajadores lo dispuesto en el capítulo IV del Real Decreto 1368/1985. En cualquier caso, es evidente que el enclave no constituye un «centro de trabajo» a los efectos de la constitución de un órgano unitario específico, sino que su plantilla deberá imputarse a la del Centro Especial.

Como ya hemos señalado, el Real Decreto-Ley 5/2006 introduce algunas disposiciones que inciden en las contrataciones del artículo 42 del TRLET, y, por ende, en los enclaves. De este modo, imitando parcialmente la lógica de la Ley 14/1994, el nuevo artículo 46.2 del TRLET establece que de existir representación legal en la empresa contratista, los trabajadores de esta podrán formular a los

⁴⁰ Sobre esta cuestión ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales (XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, MTAS, 2005, especialmente, págs. 572 y ss.

representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral; eso sí, este derecho se limita al tiempo que se prolongue la contrata y estará condicionado a la falta de constitución de representaciones legales en el CEE. La verdad es que más allá de las críticas a su timidez ⁴¹, la reforma es de particular interés para los enclaves de CEE, dada la sistemática falta de constitución de representaciones legales, y dada también la habitual prolongación en el tiempo de las situaciones de enclave, unidas a la vulnerabilidad de los trabajadores que lo integran. De hecho, por esas mismas razones, creemos que para el caso de los enclaves, el Gobierno debiera haber establecido esta regla desde el principio, máxime teniendo en cuenta cómo en otros puntos, el RDEL sigue a las claras una lógica de imitación del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal.

Además, a los supuestos de enclave les son de aplicación los derechos de información de los artículos 42.3, 4 y 5 del TRLET de modo que a la representación legal de los trabajadores del CEE deberá informarse, con anterioridad a la constitución del enclave, de la identidad de la empresa contratante –nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal–, del objeto y duración de la contrata, número de trabajadores que serán empleados en la contratista y, finalmente, de las medidas de coordinación en materia preventiva. Como se ha apuntado, la frecuente falta de representación legal de los trabajadores es paliada, en lo concerniente a los trabajadores del enclave, por el deber de información a los trabajadores concernidos (art. 42.3 del TRLET), al que ya hemos aludido. Además, rigen aquí los derechos de información previstos en el artículo 42 del TRLET en favor de los representantes de los trabajadores de la empresa principal, de modo que esta deberá transmitirles información de la identidad de la empresa contratista, del objeto y duración de la contrata, del número de trabajadores que serán empleados en el centro de la contratante y, finalmente, de las medidas de coordinación en materia preventiva.

A lo anterior cabe señalar tres interesantes novedades aportadas por el Real Decreto-Ley 5/2006; la primera, que al compartir contratante –«colaboradora»– y contratista –CEE– el mismo centro de trabajo, la empresa principal deberá disponer un libro registro en el que se refleje la información respecto de todas las empresas contratistas y subcontratistas, libro registro que estará a disposición de los representantes de los trabajadores (art. 42.4 final del TRLET). La segunda novedad (nuevo art. 81 del TRLET), de dudosa virtualidad por la escasísima constitución de representaciones en los CEE, implica el derecho de los representantes legales de los trabajadores del CEE a utilizar el local del Comité de la principal; si bien la extensión de esa utilización deberá pactarse con la empresa principal sin que, al parecer, los miembros del Comité de la principal tengan nada que decir al respecto ⁴². En fin, destacar que el nuevo artículo 42.7 del TRLET reconocería a los representantes de la plantilla de la principal y del CEE el derecho a reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en

⁴¹ MOLINA HERMOSILLA, O., GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La nueva reforma...», ob. cit., pág. 34, critican lo reducido de la medida al descartarse la posibilidad de «presentar reclamaciones o reivindicaciones respecto de la empresa de la que dependen».

⁴² PÉREZ YÁÑEZ, R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «El RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento del empleo, continuismo y cambio respecto al Acuerdo de 9 de mayo de 2006», pág. 101, ponen de relieve cómo los términos en que quedará el uso de los locales se determinará mediante un pacto entre sujetos «que carecen de cualquier vínculo contractual o negocial». Eso sí, como señalan MOLINA HERMOSILLA, O., GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La nueva reforma...», ob. cit., pág. 35, el uso es un derecho concedido por la norma, sin perjuicio de la necesidad de determinar el alcance mediante acuerdo.

relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral «en los términos del artículo 81 del *TRLET*». Lo cierto es que esta última regla tiene un peso real muy relativo ya que, como es natural, nada impedía que ambas representaciones de los trabajadores pudiesen reunirse cuando considerasen conveniente con imputación del tiempo al crédito horario; lo único realmente novedoso es que en adelante las reuniones podrán realizarse en los locales de la empresa principal y utilizando el local de la representación unitaria; si bien será necesario acordarlo con la empresa principal, de ahí la referencia al artículo 81 del *TRLET*.

3.4.2. Enclaves laborales y coordinación de la actividad preventiva.

La constitución de un enclave laboral exige el cumplimiento de deberes preventivos adicionales, que derivarían de los mandatos previstos en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, de coordinación de actividades empresariales en materia preventiva. Brevemente, en primer lugar, podemos señalar que el CEE y la empresa ordinaria en la que se constituye el enclave deberán intercambiar información con el empresario titular del centro de trabajo y también, en su caso, con los otros empresarios que tengan trabajadores en ese mismo espacio físico, en las condiciones y términos previstos en el Real Decreto 171/2004. De acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto 171/2004, se trataría de transmitir información suficiente sobre los riesgos específicos que concurren, destacándose la información sobre riesgos que puedan verse agravados o modificados por la concurrencia de actividad. Asimismo, el CEE y la empresa principal deberán establecer los medios de coordinación que resulten oportunos⁴³, y que podrán consistir, entre otros (art. 11 del RD 171/2004), en la celebración de reuniones o en la designación de personas que se encarguen de la coordinación de la actividad preventiva. A lo anterior se acumulan dos obligaciones que recaerán sobre el CEE y que implican, de un lado, el deber de transmitir a sus trabajadores las informaciones recibidas de la principal sobre los riesgos del centro de trabajo y las medidas preventivas existentes y, de otro lado, la obligación de acreditar ante el empresario principal el cumplimiento de sus obligaciones preventivas⁴⁴ en materia de evaluación, planificación, información, formación y coordinación, así como someterse a las comprobaciones que el empresario principal pueda realizar a este respecto.

⁴³ Sobre el particular GARRIDO PÉREZ, E.: «Enclaves laborales...», ob. cit., pág. 7, ha subrayado el interés de que el RDEL hubiese establecido, como contenido mínimo del convenio CEE-principal, una indicación de los medios de coordinación acordados.

⁴⁴ Dicha obligación derivaría del artículo 10 del Real Decreto 171/2004, aplicable a los supuestos de contrata de obras o servicios de propia actividad, como sucede en los enclaves laborales.