

Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero

Dra. Eva Garrido Pérez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra

1. Introducción

La aparición del RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, surge tardíamente tras la estela del Año Europeo de la Discapacidad (2003), y ha pasado ciertamente desapercibida para la doctrina laboralista posiblemente por su contemplación como una medida más de fomento del empleo para un colectivo de trabajadores que igualmente, y salvo contadas excepciones analíticas, es objeto de escasa atención por parte de aquélla. Sin embargo, su contemplación como una de las medidas alternativas al cumplimiento del cupo de reserva del 2% para trabajadores discapacitados expresadas en el RD 364/2005, de 7 de abril, que deroga el anterior 27/2000, de 14 de enero, aparece como una ocasión inmejorable para al menos sacar a la luz algunas consecuencias derivadas de esta nueva institución de los enclaves laborales. De ellas quizás la que aparezca de forma más evidente y directa es la introducción de ciertas innovaciones en el régimen conocido de la subcontratación de obras o servicios, tal y como aparece contemplado en el art.42 del ET, que requerirían pasar por el filtro analítico de su justificación, adecuación y proporcionalidad en atención a los objetivos declarados con su creación.

En concreto, y de conformidad con el RD 290/2004 la puesta en marcha de esta nueva institución de los enclaves laborales persigue un triple objetivo: en primer lugar, permitir la creación de empleo de personas con discapacidad; en segundo lugar, conseguir una mayor integración en el mercado de trabajo ordinario; y en tercer lugar, facilitar el cumplimiento de las obligaciones de reserva de contratación por parte de las empresas. A tales fines se dirige pues la creación del enclave laboral, entendido como “el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora” (art.1.2 RD 290/2004).

A primera vista, el mecanismo de actuación es aparentemente sencillo, dentro de la dinámica general de comportamiento de una subcontratación y del esquema de una relación triangular en el que trabajadores discapacitados contratados por un Centro Especial de Empleo (en adelante CEE) van a efectuar determinadas obras o servicios para y “en” una empresa ordinaria. La figura contractual que posibilita este tipo de actuación es el denominado “enclave laboral”, aunque de hecho es la misma empresa ordinaria la que se constituye en el enclave laboral a fin de que los trabajadores discapacitados se inserten, siquiera temporalmente, en la propia organización y actividad productiva de aquélla.

Sobre esta conceptualización general y primaria, tal y como está contemplado desde la norma, el enclave laboral expresa ciertos componentes indudablemente positivos. En tal sentido posibilitaría en realidad la puesta en marcha de aquella técnica mas proclamada a favor de la inserción laboral de las personas con discapacidad: la apertura y el favorecimiento del mercado ordinario, o en otras palabras, la “normalización” del empleo de los trabajadores discapacitados. Ciertamente el empleo “protegido”, cuya una de sus principales manifestaciones lo constituyen los CEE, aun siendo necesario para este colectivo como medio de incardinación en el mercado de trabajo, no puede sin embargo convertirse en la única y exclusiva posibilidad ofrecida desde instancias públicas normativas, a riesgo de crear un reducto de marginalidad y de exclusión para las personas con discapacidad. De ahí la idoneidad de fomentar la transición desde ese empleo protegido hacia el ordinario, de crear pasarelas o instrumentos adecuados que posibiliten este objetivo. Teóricamente, en la base de los propios CEE se encuentra esta función. Pero no ha sido suficiente, o no ha sido suficientemente practicada y/o fomentada.

En efecto, una de las principales actividades a las que se dedican un gran número de CEE es la de subcontratación de bienes y servicios con empresas del mercado ordinario. En algunos casos dicha actividad se desarrolla en el propio entorno físico del CEE (ej. envasados o manipulados varios) y fundamentalmente desarrollada por aquellos trabajadores del CEE que adolecen de una discapacidad más severa. En otros muchos casos, por el contrario, la actividad de subcontratación se hace externa al CEE, esto es, mediante la prestación de los servicios en que aquella consiste en ámbitos laborales ordinarios (es el caso más que frecuente de los servicios de limpieza) En términos objetivos, la frecuencia de este tipo de actividades entre aquellas que prestan los CEE permitiría facilitar la consecución de ese objetivo primario de “normalización”, siquiera por la inserción aun temporal de un trabajador discapacitado del CEE en un entorno laboral ordinario que le procurara una progresiva adecuación al mismo y en definitiva una posible incardinación futura en él.

Sin embargo, la teoría no ha venido acompañada por los resultados prácticos que se pretendían conseguir. Con independencia de la falta de datos estadísticos que reflejaran el porcentaje de contratación en empleos ordinarios de trabajadores discapacitados provenientes de un CEE, aquello que sí ha podido constatarse son las enormes dificultades con las que se encontraban los CEE a la hora de concurrir a las ofertas de subcontratación. En efecto, con anterioridad a la última reforma del RD 2273/1985, de 41 de diciembre, regulador de los CEE que permitía la contratación por estos de trabajadores no discapacitados, tales dificultades se derivaban de la imposibilidad de que un CEE que sucediera a una empresa ordinaria en una contrata se subrogara en los trabajadores de aquélla, tal y como por ejemplo disponía el Convenio de Oficinas y Despachos en relación con la subcontratación del servicio de limpieza. Por cuanto los CEE inicialmente solo podían contratar a trabajadores con discapacidad, los tribunales de justicia terminaban por dictaminar la imposibilidad de que los CEE concurrieran a dichas contratas.

La reforma que posibilitó la contratación por los CEE de un cierto porcentaje de personas sin discapacidad, entre otros efectos, permitió en esencia solventar estas dificultades iniciales, pero no así aquellas otras que se derivaban de las situaciones inversas, esto es, cuando una empresa ordinaria sucedía a un CEE en una contrata, por cuanto aquélla se negaba a subrogarse, como nueva empresaria, en los contratos de los trabajadores con discapacidad que hasta entonces hubieran desarrollado el servicio contratado, alegando circunstancias como imposibilidad de medios de ajuste o de adaptación a la discapacidad de los trabajadores, etc. De nuevo, ante estos casos, la jurisprudencia volvía a declarar la imposibilidad de concurrencia de los CEE en las actividades de subcontratación. En consecuencia, se originaba así un cierre a las actividades, más que frecuentes, de un gran número de CEE, lo que se planteaba como un serio obstáculo a su mantenimiento como entidad empresarial, y lo que resultaba aun más grave, como ámbito de contratación de trabajadores con discapacidad que si no fuera por los CEE difícilmente podrían ser contratados por empresas en el mercado ordinario.

Así pues, se trataba de buscar una nueva fórmula normativa que proporcionara un nuevo revestimiento jurídico habilitante a este tipo de actividad empresarial de los CEE. Sobre la base de lo dispuesto en el art.42 del ET, se buscaba eliminar aquellos inconvenientes, y más aun crear los elementos necesarios para naturalizar las actividades de subcontratación por parte de los CEE. Ya se planteó un primer intento con el RD 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores. En efecto, una de dichas medidas alternativas era precisamente que estas empresas realizaran un contrato mercantil o civil

con un CEE para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa, o para el suministro de materias primas, maquinaria o bienes de equipo. Pero esta forma de fomentar la subcontratación de bienes y servicios volvía a tener como inconveniente las disposiciones sobre subrogación en casos de sucesión de contratas, que nuevamente limitaba las posibilidades de concurrencia de los CEE. La solución quizás únicamente habría de venir de la mano del establecimiento de un régimen especial de subcontratación de bienes y servicios para unos protagonistas exclusivos y excluyentes, los CEE. Y así ha sido.

Cierto es que el RD 290/2004 se cuida en situar al art.42 del ET como el referente aplicativo para los enclaves laborales. Es así como desde el art.1.4 del RD se hace una remisión general a dicho precepto estatutario, acompañado de otras referencias específicas al art.42 ET en materia de responsabilidad de la empresa ordinaria y el CEE respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social (art.8.1) y en relación a las obligaciones de información de ambas hacia los trabajadores y los representantes (art.10.2) No obstante, una lectura detenida del RD 290/2004 permite extraer una serie de singularidades presentes en el régimen jurídico del enclave laboral que lo hacen aparecer realmente como una subcontratación muy “sui generis”, en definitiva pensada “ad hoc” para los CEE. En un repaso somero de dicho régimen podrían identificarse las siguientes peculiaridades.

2. Sujetos y objeto del enclave

En primer lugar, el enclave formaliza una relación entre un CEE y una denominada empresa colaboradora. Esta última puede ser cualquier empresa del mercado ordinario de trabajo que formalice el contrato para la realización del enclave. Así pues no se exigen especiales condicionamientos para dichas empresas, cuando sin embargo hubiera sido más que deseable que se expresaran algunos requerimientos de corrección o de adecuación de la actividad y del entorno laboral de la empresa a la discapacidad de los trabajadores en enclave, y ello con carácter previo a la contratación con el CEE. A tal finalidad no parece dar suficientes garantías la referencia contenida en el art.7 del RD 290/2004 respecto a que el Servicio Público de Empleo, con posterioridad a que se le remita el contrato celebrado entre el CEE y la empresa colaboradora, pueda solicitar informe de control a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin que por lo demás se indique cual habría de ser el contenido o los aspectos al que aquél hubiera de quedar referido.

Por el contrario, sí se hacen desde la norma ciertas precisiones, a modo de condicionamientos, referidas al CEE con quien se contratara el enclave. Así por un lado se exige cierto tiempo de andadura como CEE, desarrollando su actividad de forma

continuada al menos 6 meses antes a la celebración del contrato de enclave. Y por otro lado, se especifica otro requerimiento, ciertamente lógico desde el punto de vista de la naturaleza y funcionamiento de un CEE pero que a la larga va a obligar a determinados CEE interesados en articular un enclave laboral a replantear las actividades que hasta entonces venían desarrollando. En concreto, el art.3.2 del RD 290/2004 expresamente señala que el CEE “no podrá tener como actividad exclusiva la derivada de uno o mas enclaves determinados, sino que deberá mantener una actividad propia como tal centro especial de empleo”. En definitiva se trata de un recordatorio de que un CEE es una empresa, y que como tal puede legítimamente dedicarse a la actividad de la subcontratación para otras empresas, pero que a la vez ha de desarrollar un papel asistencial, proporcionando servicios de ajuste personal y social a las personas con discapacidad que contrata. Los CEE no son simples empresas, sino entidades a las que junto a los elementos característicos (objetivos y finalísticos) propios de ellas, se les añade unos caracteres asistenciales que van en función precisamente de la necesidad de integración social y laboral de los trabajadores discapacitados. Y esta función social-asistencial les hace a su vez sujetos de una serie de exigencias que no están presentes en las empresas ordinarias. De ahí que, a diferencia de éstas que pueden perfectamente dedicarse en exclusiva a la actividad de subcontratación de obras o servicios para otras, un CEE no pueda tener como única actividad la de ser prestadora de tales obras o servicios a través de un enclave laboral, evitando así el riesgo de focalizar la finalidad de un CEE en el aspecto meramente empresarial, mas aun cuando éste se refiere a una subcontratación en la que están implicados trabajadores con una discapacidad muy severa, como a continuación se verá. En todo caso esta prohibición de dedicación exclusiva por parte de los CEE en las operaciones de enclave laboral puede arrastrar, tal y como se indicaba, la necesidad de que algunos CEE se replanteen sus actividades, ampliando en su caso el abanico de las que deban de proporcionar como ocupación a los trabajadores discapacitados y en su caso las que ofrezcan hacia el mercado ordinario, fundamentalmente aquellos CEE que tenían hasta entonces como única actividad, por ejemplo, la de limpieza en edificios, oficinas o despachos.

En segundo lugar, otra de las singularidades que ofrece esta modalidad de subcontratación es que los únicos trabajadores que pueden desarrollar las actividades del enclave son los trabajadores discapacitados contratados por un CEE a través de la relación laboral especial desarrollada por el RD 1368/1985. Pero más aun la norma identifica claramente qué tipo de trabajadores discapacitados son los destinatarios prioritarios de esta medida del enclave laboral. Considerando que el acceso al mercado ordinario, bien a través de la actuación de los CEE o bien por la contratación directa por las empresas ordinarias resulta mas operativa tratándose de trabajadores con discapacidad menos severa o grave (esto es, aquellos con discapacidad física o sensorial, cuya inserción en el entorno empresarial acarrea menos dificultades

organizativas y menos costes de adaptación), se ha querido hacer de los enclaves laborales una medida específica de empleo destinada a las personas con discapacidad más severa. En este sentido, el RD 290/2004 precisa que al menos el 60% de los trabajadores destinados al enclave laboral han de presentar especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario, entendiéndose tal condición en tres categorías de trabajadores con discapacidad:

- (a) las personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado igual o superior al 33%,
- (b) las personas con discapacidad física o sensorial en un grado reconocido igual o superior al 65%, y
- c) las mujeres con discapacidad, no incluidas en las categorías anteriores, con un grado igual o superior al 33%. Un grupo que puede alcanzar hasta la mitad de ese porcentaje anterior mínimo del 60%.

El resto de los trabajadores destinados en enclave, hasta completar el 100%, han de ser en todo caso trabajadores con discapacidad reconocida en grado igual o superior al 33%.

Asimismo el art.6.4 del RD 290/2004 exige que al menos un 75% de los trabajadores del enclave tengan una antigüedad mínima de tres meses en el CEE. Una exigencia del todo lógica por cuanto la normalización en el empleo de los trabajadores discapacitados encuentra todo su sustento en el hecho de que previamente exista un empleo protegido, a través de los CEE en este caso, que les proporcione los necesarios elementos de formación y capacitación laboral para facilitar posteriormente el paso hacia el mercado ordinario. No obstante, aquello que sí resulta criticable es la circunstancia de que tal garantía no se haya extendido a todos los trabajadores discapacitados que presten servicios en el enclave, sino tan solo como mínimo al 75% de ellos, lo que sin duda va a permitir que el CEE acuda a contrataciones temporales “ad hoc” con trabajadores discapacitados para cubrir las necesidades del enclave. Una posibilidad que ya de por sí contempla el art.8.5 del RD 290/2004 cuando especifica que al finalizar el enclave, los trabajadores discapacitados seguirán manteniendo su relación laboral con el CEE, “salvo aquellos que hubieran sido contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado”. A nuestro entender se trata de una previsión del todo desafortunada que parece atender más al aspecto empresarial de un CEE que a sus cometidos sociolaborales hacia los trabajadores discapacitados, de ahí que al menos la norma hubiera debido limitar esta posibilidad de contratación temporal para desarrollar el enclave únicamente para trabajadores cuya discapacidad no fuera de las calificadas como severa o grave.

Por otro lado, junto a esta especificación de trabajadores con discapacidad que hubieran de ser destinados en enclave, otra singularidad contenida en el RD 290/2004 refiere al número mínimo de aquellos que precisamente han de formar el enclave. Resultando

irrelevante la normal adecuación entre las necesidades organizativas o productivas de la empresa principal y el número de trabajadores que fueran precisos para desarrollar la obra o servicio contratado, y que resulta propio de las actividades de subcontratación en el régimen general, la norma prima ante todo el objetivo de inserción laboral, siquiera por la fuerza de los datos numéricos referidos a los trabajadores discapacitados implicados en el enclave laboral. Así, y en concreto, el art.5.3 del RD 290/2004 exige que el enclave esté formado al menos por cinco trabajadores, si la plantilla de la empresa colaboradora es de 50 o más trabajadores, o al menos por tres trabajadores si dicha plantilla fuera menor.

Esta exigencia no resulta del todo coherente con la configuración del enclave como posible medida alternativa al cumplimiento del cupo de reserva del 2%. Si para las empresas con 50 trabajadores en plantilla el 2% implicaría la contratación de un trabajador con discapacidad, la medida alternativa significa aquí la inserción, mediante el enclave, de al menos cinco trabajadores. Número que además no necesariamente ha de variar aun cuando la empresa colaboradora tuviera más de 50 trabajadores en plantilla y que por efecto del 2% el número de contrataciones directas de trabajadores con discapacidad en principio habría de ser superior. Pero además, y por otro lado, al considerar la posibilidad de que la empresa colaboradora tenga menos de 50 trabajadores en plantilla, a efectos de concretar el número de trabajadores discapacitados en el enclave, no viene sino a confirmar que este mecanismo no queda configurado exclusivamente como una medida alternativa para aquellas empresas obligadas al cumplimiento del cupo de reserva, sino que puede ser utilizado por cualquier empresa del mercado ordinario no sometida a dicha obligación por no reunir el número mínimo de trabajadores en plantilla. En consecuencia, el recurso al enclave laboral está abierto a todo tipo de empresa del mercado ordinario, aplicándose a todas por igual este régimen especial de subcontratación de obras o servicios, respecto del general marcado por el art.42. ET, con la sola salvedad, a la que se aludirá posteriormente, del importe del contrato entre la empresa y el CEE, e incluso a priori no habría ningún inconveniente a que una empresa obligada al cupo de reserva, y que ya lo tuviera cubierto a través de contrataciones directas de trabajadores discapacitados, recurra en todo caso al enclave laboral con un CEE.

3. Objeto y contenido del enclave

Otra singularidad presente en el régimen normativo del enclave laboral hace referencia directa al objeto del mismo: la prestación de obras o servicios “que guarden relación directa con la actividad normal” de la empresa colaboradora (art.1.2. RD 290/2004) En consecuencia, la norma posibilita cualquier obra o servicio, dentro de la normalidad de la empresa colaboradora, para poder ser desarrollada por el enclave, sin limitación

alguna, y por tanto no necesariamente han de tratarse de actividades accesorias o auxiliares. Una circunstancia que a su vez diferencia el enclave de aquella otra medida alternativa al cumplimiento de cupo de reserva contemplada en el RD 264/2005, cual es la “celebración de un contrato mercantil o civil con un CEE (o con un trabajador autónomo con discapacidad), para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa”. Esta medida era la única que en referencia a una subcontratación de obras o servicios se contemplaba inicialmente en la primigenia regulación efectuada por el RD 27/2000, y aquello que en definitiva efectúa el nuevo RD 264/2005 es extraer de tal posibilidad, limitada en cuanto al objeto de la contrata por la alusión a servicios ajenos y accesorios, aquella otra en qué consiste el enclave para dar mayor amplitud al objeto de la subcontratación.

Se naturaliza así una dualidad de regímenes aun teniendo los mismos sujetos contratantes, los CEE y una empresa ordinaria, de modo que en función de la obra o servicio a realizar la subcontratación se regirá o bien directamente por lo dispuesto en el art.42 ET (de tratarse de servicios ajenos o accesorios, y que en consecuencia pueden realizarse fuera del entorno laboral de la empresa y en su caso dentro del ámbito del propio CEE), o bien por el RD 290/2004 como un enclave laboral (al consistir en cualquier obra o servicio que guarde relación directa con la actividad normal de la empresa, y que en consecuencia han de prestarse en el seno mismo de esta última) En el primer supuesto los problemas de la subrogación empresarial en los contratos de los trabajadores con discapacidad podrían seguir limitando y condicionado las actividades de subcontratación que ofrecen los CEE, pero no así en el segundo de los supuestos, por cuanto la institución del enclave, en sí misma considerada, elude tales dificultades dado que en su caso la posible sucesión de enclaves en la actividad de una empresa ordinaria únicamente se produciría entre CEE. Una posibilidad que, por lo demás, habría de haber sido contemplada por el propio RD 290/2004 siquiera por los posibles efectos cara a los trabajadores discapacitados implicados en el enclave.

Por otro lado, la realización de la obra o servicio en que consista el enclave, se formaliza a través de un contrato por escrito que suscriben la empresa colaboradora y el CEE, y cuyo contenido mínimo, expresado en el art.5.1 del RD 290/2004, coincide por lo general con las menciones señaladas en el art.42 ET para el contrato de prestación de obra o servicio. No obstante deben mencionarse dos peculiaridades que resultan del art.5.1 del RD: una adición novedosa y una clara ausencia.

La primera consiste en la obligada especificación en el contrato del precio convenido (aspecto que no resulta obligado conforme al art.42 ET), y que tiene su razón de ser en la configuración del enclave como una de las posibles medidas alternativas a la que pueden recurrir las empresas obligadas al cumplimiento del cupo de reserva, pues en tal

caso, según se especifica en la Disposición Adicional 2ª del propio RD 290/2004, el importe del contrato entre el CEE y la empresa colaboradora debería ser como mínimo tres veces el IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo del 2%. Condicionamiento de importe mínimo que, por el contrario, no se aplica a aquellas empresas ordinarias con plantilla inferior a 50 trabajadores que voluntariamente opten por recurrir al enclave laboral.

La segunda de las novedades se traduce en una clara ausencia en el contenido mínimo del contrato entre un CEE y una empresa colaboradora, en relación con aquel expresado para el contrato de prestación de obra o servicio en el art.42 ET, y que resulta cuanto menos sorprendente habida cuenta del colectivo de trabajadores que van a desarrollar el enclave. Se trata de la no mención obligada, en dicho contenido mínimo, de las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de prevención de riesgos laborales. Cierto es que esta ausencia no implica su elusión por cuanto ya el propio art.9 del RD 290/2004 se refiere a la obligación de cooperación entre la empresa colaboradora y el CEE en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores que formen el enclave, en los términos previstos en el art.24 y 25 de la LPRL y en el RD 17/2004, de desarrollo de aquélla, en materia de coordinación de actividades empresariales. No obstante, por tratarse precisamente de un colectivo de trabajadores para los que deben extremarse las cautelas y garantizar las debidas condiciones de seguridad y salud laboral en el entorno del enclave, la norma hubiera debido ser mas precisa y exigente en cuanto a la necesidad de una determinación inicial, al momento de celebrar el contrato entre la empresa colaboradora y el CEE, de aquellas medidas de adaptación u organización en el entorno laboral del enclave que se estimaran mas convenientes a los fines de preservar la seguridad de los trabajadores.

4. Organización del trabajo en el enclave

Como corresponde a la figura típica de la relación triangular en que consiste una subcontratación de obra o servicio, los trabajadores discapacitados destinados a desarrollar el enclave mantienen su relación contractual con el CEE conforme a la relación laboral especial ordenada por el RD 1368/1985, de 17 de julio. Una vinculación que, por lo demás, habría de presidir y marcar todo el desarrollo de la actividad prestacional de los trabajadores discapacitados en la empresa ordinaria, o al menos así habría de suceder.

En este sentido no debe olvidarse la idea básica sobre la que gira esta relación especial, cual es la adecuación del trabajo a desarrollar a las características personales y

profesionales del trabajador; condiciones que por lo demás pueden requerir modalizaciones en los niveles normales de exigencia en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, fundamentalmente por lo que se refiere al rendimiento y diligencia requerido para el desempeño del trabajo, y que habrían de ajustarse a parámetros distintos de aquellos que resultaran de común o mas general aplicación. Es la CEE como empleador, y como sujeto con el que se enlaza esta relación laboral, al que incumbe el correcto cumplimiento y seguimiento de esa adecuación entre el trabajo a prestar y las condiciones particulares que presente cada trabajador discapacitado en concreto, así como de la determinación y seguimiento de las modalizaciones que fueran requeridas en el cumplimiento de la prestación laboral, y no solo o fundamentalmente cuando ésta se desarrolla en el seno del CEE, sino sobre todo cuando, por efecto de un enclave laboral, el trabajador discapacitado "sale" de ese entorno para incardinarse temporalmente en el ámbito propio de una empresa ordinaria, y con ello dentro del sistema, método u organización que en ésta se desarrollara.

Desde este punto de vista, resultaría lógico que el CEE de alguna manera controlara todos los aspectos que hubieran de rodear la prestación de servicios de los trabajadores discapacitados en la empresa ordinaria. Y ésta parece ser la opción de la norma al conceder al CEE "la dirección y organización del trabajo en el enclave" (art.1.3 RD 290/2004), añadiendo de forma complementaria que "para la dirección y organización del trabajo en enclave el CEE contará en el enclave con encargados responsables del equipo de producción" (art.8.2). Posiblemente ello refiera a la necesidad de cubrir una de las exigencias típicas que acompañan al empleo con apoyo, esto es, la atención particularizada y continuada de quienes estén prestando las actividades en que consista el enclave. Que esta actuación se desarrolle por el propio CEE resulta lógica dentro de los cometidos asistenciales que como tal ha de cumplir. Sin embargo, la norma hubiera debido ser mas precisa en torno a aspectos como las funciones a cumplir por tales encargados, la permanencia continuada en la empresa ordinaria mientras dure el enclave, controles a efectuar, etc., al margen de que hubiera resultado igualmente idóneo una cierta intervención pública (a modo por ejemplo de información periódica al Servicio Público de Empleo del proceso mismo y los resultados del enclave) que garantizara la adecuación del trabajador discapacitado y la concreta prestación del servicio.

En cualquier caso, con esta traslación del poder de dirección y organización del trabajo al CEE, se reduce notoriamente la intervención que en tal sentido podría ser propia de la empresa colaboradora, con lo que ésta termina por aparecer exclusivamente como un entorno de trabajo ordinario donde insertar una relación laboral especial ya constituida entre el CEE y el trabajador discapacitado, y en consecuencia con las mismas condiciones prestacionales que se hubieran aplicado en el seno mismo del CEE. Esta

podiera ser la razón por la cual la norma elude toda indicación sobre las condiciones de trabajo a desarrollar por los trabajadores discapacitados en el enclave. Ni tan siquiera en el contenido mínimo del contrato se hace mención a la previa determinación de aspectos como jornada u horario a cumplimentar por los trabajadores, y aun cuando ello quedara finalmente determinado por los sujetos contratantes no debe olvidarse que la relación laboral especial que vincula a los trabajadores discapacitados con el CEE imprime también sus condicionamientos, limitaciones, y en definitiva sus especialidades, en el régimen del trabajo a desarrollar en la empresa ordinaria. Así resultarían de aplicación disposiciones previstas en el RD 1368/1985, regulador de dicha relación laboral especial, en torno a la prohibición de horas extraordinarias, la concesión de permisos y descansos especiales, o la obligación de un informe previo de los Equipos Multiprofesionales ante supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y movilidad funcional o geográfica que afectaran a los trabajadores durante la realización del enclave.

5. Duración del enclave

Otra singularidad que presenta la ordenación jurídica del enclave, en relación con la general sobre subcontratación señalada en el art.42 del ET, es la referida a la duración del enclave.

Así, por un lado, si bien el art.42 ET elude cualquier referencia a la duración de la subcontratación, en el entendimiento de que forma parte del contenido del contrato libremente pactado entre las empresas implicadas y que en su caso se adecuará a las necesidades productivas de la empresa principal, sin embargo el art.5 RD 290/2004 se ocupa de imponer límites temporales a la duración del enclave, en apariencia para cumplir de forma coherente con dos finalidades. En primer lugar, aquella que aparece intrínseca en el propio mecanismo del enclave, cual es la de servir como instrumento de inserción laboral de trabajadores con discapacidad en las empresas ordinarias, de modo que, en teoría, tras un tiempo determinado prestando servicios en la empresa colaboradora ésta puede llegar a tomar conciencia de la plena capacidad y aptitud del trabajador discapacitado hasta el punto de decidir su contratación como trabajador de la misma. Un resultado que precisamente, y como después se aludirá, se persigue, e incluso se fomenta, de forma muy nítida en el RD 290/2004. En segundo lugar, la imposición de un límite temporal al enclave busca reafirmar su configuración como un instrumento de operatividad estrictamente temporal y excepcional, en tanto que va ligado a su propia naturaleza como una posible medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% para aquellas empresas que cuenten con 50 o más trabajadores en plantilla. En efecto, y de conformidad con el RD 364/2005 sobre medidas alternativas, las empresas obligadas al cupo de reserva que aleguen dificultades para

contratar a trabajadores discapacitados han de recabar del Servicio Público de Empleo un certificado de excepcionalidad que les permite optar precisamente por algunas de las medidas alternativas que en dicha norma se expresan. Certificado de excepcionalidad que tiene una vigencia temporal de tres años, al término del cual habrían nuevamente de justificar, en su caso, la permanencia de las circunstancias impeditivas para el cumplimiento del cupo de reserva. Por ello, y apareciendo el mecanismo del enclave como una de esas posibles medidas alternativas, el RD 290/2004 no puede por menos que delimitar el desarrollo del enclave a una duración máxima, inicial, de tres años (siendo la duración mínima de tres meses).

Ahora bien, y por cuanto prima ante todo la finalidad de inserción del trabajador discapacitado en el entorno de una empresa normalizada y su pretendida contratación posterior por ésta, más allá de las posibles exigencias productivas de dicha empresa para justificar la subsistencia y prórroga en su caso de un enclave, el RD 290/2004 permite que transcurridos los tres años de duración máxima pueda prorrogarse (por periodos no inferiores tres meses y hasta el máximo de otros tres años mas) “si el CEE acreditara que la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo hubieran contratado con carácter indefinido a trabajadores con discapacidad del enclave según la siguiente proporción:

1. Cuando se trate de enclaves que ocupen hasta 20 trabajadores, un trabajador como mínimo.
2. Cuando se trate de enclaves que ocupen a un número superior de trabajadores, dos trabajadores como mínimo”.

Por lo pronto no se entiende por qué la posibilidad de que un trabajador del enclave sea contratado por otra empresa distinta de la colaboradora para la que se efectúan los servicios u obras, sirva para que a ésta se le pueda prorrogar el enclave, y si ha sido contratado por otra empresa distinta de aquella para la que el trabajador desarrollaba el enclave, qué sentido tiene condicionar el número de contrataciones al número de trabajadores destinados al enclave en la empresa colaboradora. Resulta así una previsión totalmente incoherente con la propia finalidad del enclave de facilitar la inserción temporal de un trabajador discapacitado en una empresa ordinaria con vistas a su posible y futura contratación por esa misma empresa.

Pero además, al tratarse de un número mínimo de contratados, pudiendo por tanto la empresa colaboradora optar por contratar un número mayor entre los que formaron parte del enclave, no es difícil pensar cuanto menos en la posible situación en la que la empresa ordinaria, a través de esta vía, termine por contratar a trabajadores discapacitados en número igual al que le hubiera exigido el 2% de su plantilla como cupo de reserva. Es decir, si una empresa obligada a tal cupo optara, tras el oportuno

certificado de excepcionalidad, por el enclave como medida alternativa, y si a su término contratara a un número de trabajadores discapacitados que le permitiera cubrir el cupo exigido, ¿qué sentido tendría prorrogar por otros tres años más, como medida alternativa, el enclave laboral inicial? Es decir, la prórroga permitida tras la contratación de trabajadores discapacitados del enclave no resultaría extraña si se trata de una empresa que recurre voluntariamente al enclave, como una medida organizativa o económica más para la empresa, al no estar obligada, por número de plantilla, al cumplimiento del cupo de reserva a favor de trabajadores con discapacidad, pero sí resultaría cuanto menos incoherente para las empresas sí sometidas a dicha obligación cuando ya se ha cumplido el objetivo último del enclave, cual es la contratación de trabajadores con discapacidad.

Finalmente, y en sede de duración, tras el transcurso del período máximo de 6 años (incluida la posible prórroga) surge una nueva cuestión no resuelta por la norma: ¿sería posible que los mismos sujetos CEE y empresa colaboradora, celebren un nuevo contrato de enclave aun para actividades distintas del anterior?. La no indicación expresa de su imposibilidad sin duda habría de facilitar estas renovaciones de contratos de enclave, lo que obviamente va a resultar más que beneficioso para las actividades empresariales de los CEE y en teoría una nueva posibilidad para futuras contrataciones de trabajadores con discapacidad.

6. Contrataciones de trabajadores discapacitados en enclave por parte de la empresa colaboradora

Uno de los objetivos declarados del enclave laboral, tal y como señala el art.2 del RD 290/2004, es la de “conseguir que la empresa del mercado ordinario de trabajo en la que se realizara el enclave laboral 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”. De ahí precisamente que se contemplen de forma particular en esta norma reglamentaria una serie de medidas que tratan de favorecer ese tránsito desde el empleo protegido, en un CEE como es el caso, hacia las empresas del mercado ordinario. Una de ellas, de naturaleza indirecta, es la contenida en el art.5.4 al señalar que será nula la cláusula del contrato celebrado entre el CEE y la empresa colaborada por la que se prohíba la contratación por ésta del trabajador con discapacidad que esté prestando servicios en el enclave o los haya prestado con anterioridad. Pero es fundamentalmente en el Capítulo III del RD 290/2004 (arts. 11 a 13) donde se contienen en lo fundamental el régimen de tales medidas, y en el que aparecen ciertas previsiones que habría de calificar, cuanto menos, de sorprendentes y por supuesto sin paralelo en el régimen general del art.42 ET.

Así, por un lado, y acorde con esa finalidad de favorecer la futura inserción del trabajador discapacitado en la empresa ordinaria colaboradora, desde la norma se contempla que ésta pueda contratar a trabajadores del enclave, en cualquier momento (durante el desarrollo del enclave o al finalizar el mismo) y bajo cualquier modalidad, si bien el RD 290/2004 alude a la preferencia por el contrato indefinido; preferencia que además se concreta en el hecho de que solo esta modalidad de contratación permitirá la prórroga, en su caso, del enclave, y la que facultaría a que la empresa ordinaria accediera a los incentivos previstos en el propio RD.

En orden a este régimen de incentivos sorprende que no resulte extensivo a la contratación por igual de los trabajadores discapacitados con especiales dificultades de inserción, destinatarios principales del enclave tal y como se mencionan en el art.6 del RD. Si el 60% de los trabajadores que hubieran de prestar los servicios del enclave habrían de tener o bien discapacidad psíquica de al menos el 33%, o bien discapacidad física o sensorial de al menos el 65%, o bien tratarse de mujer con discapacidad de al menos 33% no incluida en algún grupo anterior (pudiendo alcanzar hasta el 50% del porcentaje anterior del 60%), lo que se traduce pues en una medida especial de acción positiva en orden al empleo femenino, aquello que no tiene pues ninguna lógica y coherencia con ello es que a la hora de incentivar la contratación indefinida de los trabajadores discapacitados que han desarrollado el enclave, el art.12 del RD 290/2004 únicamente extiende las medidas de incentivo contempladas a las contrataciones de los dos primeros grupos de trabajadores, excluyendo de tales medidas la posible contratación de mujeres con discapacidad no incluidas en tales grupos, es decir, trabajadores con discapacidad física o sensorial superior al 33% pero inferior al 65%, particularmente si se trata de mujeres, a pesar de que éstas puedan alcanzar un alto porcentaje de los destinados al enclave, y para las que se reserva otro tipo de incentivos a su contratación de menor intensidad.

Así pues, de conformidad con el art.12 RD, para la contratación de trabajadores discapacitados pertenecientes a algunos de los dos primeros grupos mencionados, los incentivos consistirían en:

- a) Subvención de 7.814 euros por cada contrato celebrado a jornada completa, reduciéndose proporcionalmente en atención a la jornada pactada en el caso de celebrarse a tiempo parcial
- b) Bonificación del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las de recaudación conjunta, durante toda la vigencia del contrato.
- c) Subvención por adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras u obstáculos de conformidad con lo establecido en el art.12 del RD 1451/1983

Por el contrario, si la empresa colaboradora contratara indefinidamente a un trabajador discapacitado del enclave que no perteneciera a ninguna de las categorías anteriores, conforme al art.13 del RD 290/2004 tendría derecho a las ayudas establecidas en el art.7 del RD 1451/1983, esto es, 3.907 euros por contrato y una bonificación en las cuotas empresariales del 70% (si el trabajador contratado es menor de 45 años) o del 90% (si fuera mayor de esa edad), durante la vigencia del contrato, porcentajes que el RD 170/2004, de 30 de enero, modificando el RD 1451/1983, ha incrementando en el 90 y el 100%, respectivamente, en el caso de que fuera una mujer discapacitada. Aun así, estas cantidades de bonificación son pues sensiblemente inferiores a las que se contemplan para la contratación del resto de trabajadores discapacitados en el RD 290/2004, resultando una diferenciación que aun cuando quiera primar la contratación de determinados trabajadores con una discapacidad más severa, corre el riesgo de provocar una clara expulsión del mercado ordinario de aquel otro colectivo que precisamente y de forma particular se quería proteger: las mujeres discapacitadas.

Y finalmente, otras de las sorprendentes previsiones contenidas en la norma en sede de medidas para facilitar el tránsito al mercado ordinario, es la expresada en el art.11.3 del RD 290/2004 señalando que “el trabajador, al ingresar en la empresa colaboradora, pasará a la situación de excedencia voluntaria en el CEE en las condiciones que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, el art.46.2 y 5 del ET”. Y sorprende esta previsión por dos motivos: en primer lugar, porque en ningún momento se contempla en el precepto la misma voluntariedad del trabajador discapacitado en aceptar o no la posible oferta de contratación por parte de la empresa colaboradora. A pesar de ello, y aun partiendo de la indudable eficacia de dicho principio, surgen de inmediato una serie de cuestiones prácticas que no se prevén por la norma: ¿el trabajador que se negara a ser contratado por la empresa ordinaria podría sufrir algún tipo de consecuencias contractuales por parte del CEE? ¿En qué situación se encuentra la empresa colaboradora, cara a una posible prórroga del enclave y a su justificación como medida alternativa, cuando, a pesar de su voluntad de contratar a trabajadores discapacitados del enclave, se encuentra con la negativa de éstos? Y en segundo lugar, sorprende el hecho de que la norma parece partir de la presunción de que la vinculación contractual del trabajador discapacitado con la empresa ordinaria fuera a resultar estrictamente temporal, a pesar de una posible contratación indefinida, al colocar al trabajador en excedencia voluntaria en el CEE, de modo que al finalizar su relación con la empresa colaboradora, por los motivos que fueren, podría volver a solicitar su ingreso en el CEE en el caso que hubiera vacante. Se instrumentaliza así una vía de regreso, una vuelta al empleo protegido si “fallara” el empleo normalizado, que cuanto menos habría de quedar mas concretado y controlado, tanto desde el punto de vista causal (señalando los motivos que pudieran dar por finalizada la relación con la empresa colaboradora para justificar el regreso), como desde el punto de vista temporal

(indicando el período mínimo de contratación en atención además a que se perciben beneficios económicos), en evitación de que se convierta en una vía legalizada de cesión temporal de trabajadores con discapacidad.

7. A modo de conclusiones

El enclave laboral aparece como un nuevo instrumento jurídico destinado a facilitar esa función de pasarela hacia el mercado ordinario que han de cumplir los CEE, y que en definitiva no hace más que favorecer y fomentar una actividad que algunos CEE ya venían realizando como actividad bien principal bien complementaria de los mismos, cual es la de la subcontratación de bienes o servicios con empresas ordinarias. Y a tal fin se ha dado forma a una subcontratación “ad hoc” sobre la base de singularidades del régimen general y en la que están implicados unos determinados sujetos empresariales (los CEE) y un concreto colectivo de trabajadores (personas con discapacidad severa).

Resulta obvio que con ello se trata de potenciar la actividad empresarial de los CEE e igualmente la de su función de pasarelas hacia el mercado ordinario. Pero por otro lado, se ha puesto la vista en la potenciación de las posibilidades de inserción laboral de aquellas personas con discapacidad que tradicionalmente no han tenido esta posibilidad debido precisamente a que adolecen de una mayor discapacidad. De ahí la intencionalidad de la norma constituyente de los enclaves de dirigir esta opción de forma casi exclusiva hacia las personas con discapacidad mas severa contratados por los CEE. Ciertamente es que los poderes públicos pueden adoptar determinadas medidas de empleo, específicas y singulares para determinados trabajadores, y que configuran una ordenación diferenciada, pero cuestión distinta es que las especialidades en el régimen estén justificadas en función del objetivo perseguido. Si de lo que se trata es de favorecer o fomentar el empleo ordinario de trabajadores discapacitados, fundamentalmente de aquellos que adolecen de una discapacidad más severa, el planteamiento de los enclaves laborales y su regulación jurídica, solo de forma muy limitada permitiría asegurar la consecución de dicho objetivo. De hecho, a través de los enclaves laborales se puede correr el peligro de que algunos CEE concentren su actividad de subcontratación exclusivamente con este colectivo de trabajadores discapacitados (bajo relación laboral especial y en empleo protegido) para lograr, en el mejor de los casos, que al final se contrate por la empresa ordinaria al menos a uno de ellos.

Junto a ello, otro de los efectos deducidos de esta nueva institución es la de crear una dualidad de regímenes por lo que se refiere a las actividades de subcontratación, aun cuando fueran contratadas con el mismo sujeto, un CEE. Es decir, ante la imposibilidad, señalada por la norma, de que los CEE se dediquen en exclusiva a prestar este servicio

de enclaves laborales, deben ampliar el abanico de sus actividades, y prestar igualmente aquellas otras que faciliten el acceso al mercado ordinario de personas discapacitadas por debajo de ese umbral de discapacidad severa o especialmente grave. En el caso de que estos también efectuaran servicios de subcontratación, por mediación del CEE, al quedar al margen de la posibilidad de un enclave laboral, se someterían a las condiciones normativas del art.42 ET. De ahí esa dualidad del régimen aplicable en atención a un factor tan personal y subjetivo como es el del grado de discapacidad del que pudiera adolecer el trabajador.

Y por último, a través de los enclaves laborales se crea la apariencia formal de cumplimiento de la exigencia normativa referida a los cupos de reserva para personas discapacitadas. Pero más aun, al quedar ligada la institución del enclave laboral al cumplimiento alternativo del cupo de reserva, no se hace más que desnaturalizar esta última figura. De una medida de empleo directo en el mercado de trabajo ordinario, se pasa a institucionalizar una especie de prestamismo laboral, en el que ni la contratación ni los poderes de dirección y organización corresponde a la empresa ordinaria, sino al CEE. Y de una medida de empleo de la que se podrían beneficiar los trabajadores con discapacidad, cualquiera que fuera ésta y con independencia del grado, se convierte en una medida de actuación dirigida a posibilitar (que no de asegurar) una futura contratación exclusivamente de aquellos con discapacidad más severa.

No obstante, y en la medida en que se parte de la premisa de que las empresas ordinarias preferirían contratar a quienes tuvieran una discapacidad menor, siquiera para obviar los inconvenientes o los mayores costes de adaptación y formación, no deben resultar desdeñables actuaciones que faciliten las pasarelas desde el empleo con apoyo hacia el empleo ordinario para este tipo de trabajadores con discapacidad especialmente grave. De ahí que, en definitiva, los enclaves laborales han de asumirse como un paso más en la dirección que conduce al objetivo final de la normalización en la integración social de las personas con discapacidad. La inserción en empresas normales, siquiera temporal a través de esos enclaves, puede a su vez facilitar el necesario cambio de mentalidad en el sector empresarial normalizado, más favorable hacia las capacidades y aptitudes laborales de las personas con discapacidad. Desde este punto de vista, no necesariamente la existencia e incluso incremento de las subvenciones y bonificaciones por contratación de tales personas han conducido a un incremento considerable del empleo de las personas con discapacidad.

Pero aunque se puedan contemplar los enclaves desde este planteamiento positivo, sin embargo no se han extremado los necesarios controles para la operatividad de esta figura, tratándose, por un lado de configurar una ordenación *ad hoc* a una modalidad prestacional, la subcontratación de bienes y servicios, tan extremadamente permeable a

posibles irregularidades; y por otro lado, tratándose fundamentalmente de quienes sean sus sujetos activos, los trabajadores que adolecen de una discapacidad severa, y por ello más vulnerables y débiles jurídica y contractualmente. Una prueba de la ausencia de tales controles es precisamente la falta de previsión, desde la norma, de una futura evaluación de los resultados y de un control del proceso en sí mismo. Igualmente, se obvia en la norma cualquier referencia a determinadas obligaciones de atención o formación hacia el trabajador discapacitado durante el desarrollo del enclave; o respecto de las condiciones de responsabilidad hacia los mismos. Quizás, una disposición de desarrollo del RD 290/2004 (tal y como prevé su Disposición Final 4^a) sería más que conveniente para efectuar los necesarios retoques que merece esta nueva institución.