

DEBERES DE INFORMACIÓN, DERECHOS DE REPRESENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

M^a de los Reyes Martínez Barroso
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

1.- La influencia de los procesos de descentralización productiva en la dimensión colectiva de las relaciones laborales

La dimensión colectiva de las relaciones laborales siempre ha estado estrechamente vinculada a las formas de organización empresarial y del trabajo en las empresas, y a la organización y formas de intervención de los poderes públicos.

Las operaciones que se realizan en las empresas se han transformado, pasando de fundamentarse en el principio de ocupación en la propia empresa a la gestión externa de servicios¹. Dos son las razones fundamentales que han determinado tan radical protagonismo de la figura: de un lado, los modernos ciclos productivos, caracterizados por un aumento de la complejidad de los bienes finales, resultado del ensamblaje de una pluralidad de componentes, cuya realización requiere conocimientos técnicos especializados y diferenciados, dado que las nuevas tecnologías de producción permiten una sensible reducción de las dimensiones de escala, con la consiguiente apertura de espacios para eficientes pequeñas o medianas empresas ofertando sus servicios; de otro, la imperiosa necesidad empresarial de seleccionar las funciones que va a desarrollar internamente y cuáles, por subsidiarias, conviene descentralizar o infradimensionar.

El esquema es simple: de un modelo en el que la empresa abarca todas las funciones se pasa a un diseño más especializado donde, únicamente, retiene las actividades consideradas prioritarias y no cedibles, subcontratando las demás². Sin embargo, y al contrario de lo que se piensa, la subcontratación no es una simple técnica para reducir costes o transformar costes fijos en variables para aumentar así su eficiencia. Busca “aumentar su capacidad adaptativa, la excelencia, satisfacer al consumidor individualizando el producto y el servicio, la especialización, la calidad, el precio y sobre todo, dirigir y centrar el esfuerzo inversor de las empresas hacia aquello que conocen mejor, el núcleo de su negocio”³. Es decir, persigue incrementar la productividad y la competitividad.

La cobertura formal reside en la celebración de una contrata --típico contrato de empresa, es decir, una de las modalidades del contrato de ejecución de obra, si bien en la actualidad, aparte del contrato de ejecución de obra, otros tipos contractuales pueden ser

¹ CALVO GALLEGOS, F.: “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *TL*, núm. 56, 2000, pp. 57 y ss.

² Es habitual que la empresa principal encargue a las empresas auxiliares “la ejecución misma de sus pedidos o el mantenimiento de sus servicios generales: limpieza externa e interna del establecimiento, comedores y cafeterías, servicios de seguridad, contabilidad en general y nóminas en particular, relaciones fiscales, servicios de información y asesoramiento...”. Discurso pronunciado por el Prof. ALONSO OLEA con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de León, el 25 de abril de 1997.

³ GÓMEZ ALBO, P.: “Descentralización productiva, externalización y subcontratación”, *AL*, núm. 10, 2000, p. 158.

considerados como contratistas, como el contrato de *engineering*, o de servicios postventa, entre otros⁴-- entre el empresario principal (comitente) y la empresa auxiliar (contratista) y, eventualmente, una subcontrata, pues la primera descentralización puede ser continuada a través de una cadena en la cual cabe que el contratista aparezca como principal, subcontratando una parcela de su actividad productiva y dando origen a un encadenamiento de responsabilidades que afecta a todos los empresarios incluidos en el proceso respecto de los eslabones inferiores a cada uno de ellos⁵. Es decir, mientras son esenciales para que exista una contrata, que el contratista asuma los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias de la condición de empresario y que tenga organización y gestión propias, no es esencial que sea el destinatario final, dando lugar a un posible encadenamiento de contratistas.

Aunque la subcontratación no sea una realidad homogénea y el Derecho del Trabajo no tenga necesariamente que ver en estos procesos un fenómeno patológico, no por ello debe dejar de contar con sistemas que garanticen el cumplimiento de los derechos de los trabajadores también en el seno de estos fenómenos organizativos, pues a la vez que se crea empleo, la descentralización induce a acentuar en la práctica la temporalidad en la contratación laboral en sectores clave como son los vinculados a la actividad turística, a la transformación de productos agrarios y a la propia construcción.

El impacto que la subcontratación de obras y servicios tiene en las condiciones laborales desde el punto de vista individual ha sido objeto de una atención notabilísima por parte de la doctrina⁶, siendo más escaso el estudio de los efectos derivados de los procesos de subcontratación en el plano colectivo, aunque nadie parece cuestionar el “déficit representativo” que presentan los trabajadores de las auxiliares, pues es relativamente frecuente que en dichas empresas no se hayan constituido instancias representativas. Dicha carencia, pone de manifiesto la incapacidad del Derecho sindical para asegurar la acción colectiva en un modelo de empresa en red⁷, que no se ajusta a los presupuestos de la

⁴ GOERLICH PESET, J.M^a: “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratistas. Estudios en recuerdo de F. Blat Gimeno*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, p. 88.

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La regulación protectora del trabajo en las contratistas”, *RPS*, núm. 93, 1972, pp. 45 y 62-63 y “Cadena de contratistas y responsabilidad del empresario laboral”, *RL*, núm. 7, 1996, pp. 1 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo en las contratistas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *RPS*, núm. 130, 1981, pp. 42-43; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid (Ibidem), 1994; GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratistas y subcontratistas de obras y servicios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratistas y subcontratistas*, Madrid (La Ley), 1999, pp. 175 y ss. o “El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratistas y subcontratistas”, *AL*, núm. 10, 2000, pp. 153 y ss. o BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Responsabilidad empresarial en contratistas y subcontratistas”, *REDT*, núm. 100, 2000, pp. 829 y ss.

⁶ Entre los más recientes, excelente el análisis de GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “El concepto laboral de contrata: una reconstrucción a la luz del fundamento de la extensión de responsabilidad empresarial”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, pp. 1055 y ss.

⁷ Sobre las dificultades para constituir órganos representativos en las empresas que componen la red, CRUZ VILLALÓN, J.: *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, Lima (Griljey), 2009, p. 77. Aludiendo a una “artrosis del legislador” para articular una cobertura normativa que ofrezca una respuesta ágil a las profundas transformaciones en materia laboral, GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “La representación sindical interempresa o territorial”, en AA.VV. (VALDÉS DALRÉ, F. y MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., Eds.): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid (Fundación Largo Caballero), 2010, p. 12.

acción colectiva clásica, basada en la existencia de una empresa que ocupa un volumen significativo de trabajadores y en la que se presupone la existencia de órganos de representación, bien de base unitaria, bien de base sindical⁸.

A su vez, sólo la participación en la toma de decisiones puede asegurar la tutela eficaz de los derechos laborales, y para ello es preciso que los sindicatos y los representantes de los trabajadores cuenten con la información pertinente. A lo anterior se unen la imposición a las empresas de deberes de transparencia y, como consecuencia de los mismos, de la obligación de facilitar información sobre situaciones empresariales y sobre las medidas adoptadas en relación con las mismas. La transparencia informativa se convierte de este modo un deber empresarial de primer orden⁹.

2.- Representación en las empresas interdependientes. La incapacidad del Derecho Sindical para asegurar la acción colectiva en un modelo de empresa red

El contenido específico del poder de los representantes de los trabajadores, como situación compleja que pertenece al terreno de las llamadas situaciones jurídicas activas, es un conjunto más o menos amplio de facultades jurídicas en sentido estricto y entendidas como los particulares ámbitos de actuación y de iniciativa que, al representante, se confieren u otorgan. A este respecto, basta repasar el catálogo de facultades y competencias diseñado por el art. 64 ET en favor de los comités de empresa y delegados de personal¹⁰ para comprobar cómo el legislador ha optado por concretar de forma restrictiva la amplísima fórmula plasmada en el art. 129.2 CE¹¹, despreciando el generosísimo abanico de posibilidades que el mandato constitucional ofrece para implantar un modelo de participación “externa” o “contractual” de los trabajadores --articulado sobre la constitución de órganos exclusivos de los trabajadores, con fundamento en la confrontación entre el capital y el trabajo--, de naturaleza básicamente “consultiva”, en tanto las funciones establecidas en el art. 64 ET y concordantes van esencialmente destinadas (aparte de a la recepción de información --con la consiguiente obligación de sigilo profesional--) a conseguir que los representantes de los trabajadores emitan sus opiniones, pero sin otorgar a las mismas el carácter de vinculantes para el empresario.

Cuando el art. 4.1 g) ET incluye entre los derechos básicos de los trabajadores el de “participación en la empresa”, es menester acudir al desarrollo de este derecho y a su

⁸ Una reflexión crítica sobre esta ausencia en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *XIV Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva*, Madrid (MTSS), 2002, p. 73 o MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., Eds.): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, cit., p. 93.

⁹ Parafraseando a MERCADER UGUINA, J.R., en el Prólogo a NIETO ROJAS, P.: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Cizur Menor (Lex Nova/Thomson Reuters), 2015, pp. 20-21.

¹⁰ Aunque las competencias determinadas por los arts. 64 y 65 ET y otras normas dentro y fuera del mismo cuerpo legal parecen abrumadoras para los delegados y pequeñas empresas donde se mueven, la jurisprudencia aplica *sic et simpliciter* el trato igual a ambas clases de representación unitaria, inclusive la capacidad procesal para demandar al empresario, así como para vigilar el cumplimiento de las normas, pactos, condiciones o usos de empresa en vigor. Un amplio análisis de dichas competencias, por todos, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El mandato representativo. Claroscuros sobre su duración a la luz de la jurisprudencia”, *RL*, núm. 17, 2000, pp. 37 y ss.

¹¹ Por todos, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El comité de empresa y sus competencias”, *REDT*, núm. 100, 2000, pp. 1258 y ss.

ordenación orgánica y funcional llevada a cabo por el Título II del propio ET, bajo una rúbrica genérica que aglutina “los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa”, y a la cual sirve de pórtico el art. 61, según el cual “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley, y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este título”. La participación de los trabajadores en la dirección de la empresa se lleva a cabo a través de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, si bien el ET reconoce que pueden existir otras fórmulas de participación en la misma, que no precisa. De este modo, puede afirmarse que el Título II ET no es más que “el umbral mínimo actual del sistema legislativo de participación de los trabajadores en la empresa”¹², pero no agota la posibilidad de ulteriores fórmulas participativas. La evolución de los ordenamientos europeos de doble canal de representación, revela la necesaria constitución de órganos de representación acomodados a las nuevas “unidades de lugar” (redes territoriales de empresas) o de “empresas interdependientes”, como alternativa a la organización tradicional de los trabajadores¹³.

El efecto inmediato derivado de las fórmulas de externalización es que estas producen un resultado de desmembración empresarial y, con ella, de fragmentación de plantillas, con lo que se dificulta la aplicación de los sistemas de representación de los trabajadores en la empresa, particularmente la institución de la representación unitaria que se basa como regla general en un número significativo de trabajadores para poder constituir la correspondiente unidad electoral. El derecho de información de los trabajadores en el ET se extiende a aquellas empresas que han elegido sus representantes (esto es, delegados de personal y comités de empresa), que son las que tienen una plantilla compuesta por más de seis empleados (art. 62 ET). Esta misma información se extiende a los delegados sindicales, que, como es sabido, se eligen en las empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores (art. 10 LOLS)¹⁴.

3.- La transparencia informativa como deber empresarial. En especial, la información trimestral sobre las “previsiones” de los supuestos de subcontratación [art. 64.2.c) ET]

El régimen jurídico de los derechos de información de los trabajadores y sus representantes en los supuestos de contrata y subcontrata, se encuentra regulado por los arts. 64.2.c) ET y 42 en sus apartados 3, 4 y 5. Desde un punto de vista cronológico, la primera previsión normativa al respecto fue la del entonces art. 64.1.1º ET, que traía su causa de la derogada Ley 2/1991¹⁵. Por su parte, el art. 42 fue reformado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y de la mejora de la calidad.

¹² ALBIOL MONTESINOS, I.: *Comités de empresa y delegados de personal*, Bilbao (Deusto), 1992, p. 14.

¹³ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Prólogo” a AA.VV. (SUPIOT, A., Coord): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 24.

¹⁴ Por extenso, PRADAS MONTILLA, R.: “Nuevos avances del derecho a información y consulta de los representantes de los trabajadores”, *AL*, núm. 29, 2000, p. 503.

¹⁵ Con anterioridad a la Ley 2/1991, el art 64.1 ET ya establecía el derecho a recibir información sobre la situación de la producción y sobre el programa de producción de la empresa, extremos que ya debían comprender la política empresarial de subcontratación. ROJO TORRECILLA, E.: “Prórroga y denuncia de contratos y derecho de información en materia de empleo”, *RT*, núm. 100, 1990, p. 292.

En dicho contexto normativo, la legislación estatal otorga, con significativas carencias, derechos de información trimestral a los representantes de los trabajadores “sobre las previsiones del empresario... de los supuestos de subcontratación” [art. 64.2.c) ET], sin concretar en estos casos (hasta la aprobación del RDL 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad) qué datos o hechos debían darse a conocer a los representantes legales.

Nace así una configuración de los derechos de información como medio de una participación de los trabajadores en la empresa que, aun situándose extramuros de los centros decisionales, al menos les permite conocer y apreciar los acuerdos o resoluciones que desde aquellos se adopten y que les puedan afectar directa o indirectamente, en un deber de comunicación que funciona en una sola dirección y que no supone para los trabajadores más que el derecho a la recepción de la misma, con distintas variantes en atención a los contenidos --sustanciales o marginales¹⁶-- y a la propia extensión del derecho, cuya iniciativa puede surgir del propio empresario o ser ejercitada por los trabajadores.

Este planteamiento de los derechos de información como instrumentos que en sí mismos no permiten a los trabajadores intervenir directamente en la conformación final de aquellas decisiones de las que pueden ser destinatarios --aun cuando posibiliten ejercer un control externo de los procesos decisionales--, da lugar a su consideración como medios de una participación atenuada o débil, o más exactamente, como simples elementos primarios para el desarrollo de mecanismos de intervención más incisiva, como podrían ser la consulta, la negociación o la cogestión¹⁷.

Entrando en el análisis del contenido del art. 64.2.c) ET, puede ser tan correcto interpretar el precepto afirmando que el objeto de la información hace referencia a las actuaciones de futuro del empresario en materia de externalización productiva --“previsiones”-- como que la misma trata de los acuerdos de cooperación interempresarial ya celebrados o en curso de desarrollo --supuestos--¹⁸. Y no sólo respecto al contenido de la información, sino que la parca regulación del precepto presenta otros interrogantes, entre los que cabe destacar si esta obligación se refiere tanto a las contrataciones como a las subcontratas, la forma de la misma y sus destinatarios. Interrogantes que, salvo que hayan sido resueltos por la negociación colectiva, no han sido solventados por la jurisprudencia porque no han dado lugar a la suficiente litigiosidad, probablemente, porque su

¹⁶ Esta ampliación de los derechos de información a los representantes supone tanto como superar una fase en la cual aquellos sólo eran reconocidos a los representantes electos, excluyendo a los órganos de carácter asociativo-sindical. BIAGI, M.: *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, Madrid (MTAS), 1985, p. 185 o GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid (CES), 1995, p. 25.

¹⁷ GARRIDO PÉREZ, E.: “Los derechos de información y participación de los trabajadores”, en AA.VV.: *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*, Madrid (CGPJ), 1997, pp. 172 y ss.

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTIM), 2000, p. 296 y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Los derechos de información en la Ley 2/1991: Sujetos y ámbito de aplicación”, *RT*, núm. 100, 1990, p. 64.

ambigüedad permite un cumplimiento fácil de la obligación y un escaso interés por parte de los representantes de los trabajadores¹⁹.

En cualquier caso, la información sobre “previsiones” de subcontratación no condiciona en modo alguno la actuación empresarial en el futuro, es decir, no tiene carácter vinculante²⁰, de modo que el mandato legal tiene muy escasa operatividad, pues amparado en la libertad de empresa, el empleador no tiene por qué sujetarse a las previsiones efectuadas, teniendo en cuenta la dificultad intrínseca de las decisiones previsoras en una materia tan sujeta a los vaivenes de la actividad económica. De ahí que se haya llegado a defender la bondad “más sindical que jurídica de este precepto”, dada la dificultad tanto de su exigibilidad jurídica como de su realización práctica²¹. Es más, la previsión legal no vulnera el art. 38 CE, en tanto el carácter privado de las estrategias productivas en la empresa y el contenido de tales informaciones queda protegido por el art. 65.2 ET, que establece un deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores respecto de las informaciones que puedan recibir por esta vía²².

Por lo demás, el término “subcontratación” es utilizado aquí de una forma especialmente “atécnica”, incluyendo no sólo las contrata y subcontratas de la propia actividad²³, sino también otros fenómenos de descentralización productiva que seguramente ni tan siquiera tienen encaje en el art. 42 ET²⁴. La interpretación correcta pasa por primar una concepción económica y amplia²⁵ del término, ligada al empleo y cercana al más extenso concepto de *outsourcing*²⁶. Es más, carecería de sentido predicar el derecho de información exclusivamente de las contrata de la propia actividad, cuando resulta evidente que la concertación por la empresa de contrata que no sean de la propia actividad, como estrategia organizativa, incide en el programa de producción y, con ello, en las perspectivas de empleo en la misma.

¹⁹ GARCÍA VIÑA, J.: “Subcontratación. Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, *TS*, núm. 124, 2001, p. 27.

²⁰ Se trata, por tanto, de un mandato poco operativo en la práctica y fuente de posibles situaciones conflictivas. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y MONTOYA MELGAR, A.: *El Proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, Madrid (IEE), 1990, pp. 57 y ss.

²¹ ROJO TORRECILLA, E.: “Prórroga y denuncia de contratos...”, cit., p. 292.

²² Por extenso, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “El deber de sigilo de los representantes del personal”, *AL*, núm. 9, 1992, pp. 131-132 o DURÉNDEZ SÁEZ, I.: “Capacidad y sigilo profesional de los órganos de representación unitaria”, *REDT*, núm. 100, 2000, pp. 1271 y ss.

²³ En tal sentido ya se pronunció hace décadas GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”, *RT*, núm. 100, 1990, p. 253.

²⁴ CALVO GALLEGO, F.J.: “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 83. Considerando que si el legislador hubiese querido circunscribir las obligaciones informativas a las contrata y subcontratas de la propia actividad lo hubiese establecido así de forma expresa, MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 430.

²⁵ Entre otros, PÉREZ AMORÓS, F.: *Derechos de información sobre empleo y contratación*, Barcelona (Bosch), 1993, p. 58; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: “Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”, *RT*, núm. 100, 1990, p. 45 o ALBIOL MONTESINOS, I.: “Derechos colectivos en materia de contrata y subcontratas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata...*, cit. p. 324.

²⁶ BAYLOS GRAU, A.: “La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones”, *RT*, núm. 100, 1990, p. 358.

En cuanto a los representantes titulares del derecho y los empresarios obligados a proporcionar información, conviene precisar que el legislador reconoce el derecho al comité de empresa. Sin duda, en caso de constitución de comités de empresa conjuntos o de un comité intercentros, serán estos quienes reciban la información. El derecho se ha de hacer extensivo también a los delegados de personal, a los delegados de prevención con el fin de que puedan desempeñar eficazmente sus funciones de coordinación y a los delegados sindicales, a quienes el art. 10.3 LOLS atribuye el acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición de la representación legal de los trabajadores. Las secciones sindicales, en cambio, no tienen atribuido este derecho, sin perjuicio de que puedan tener conocimiento de esta información, de manera indirecta, por medio de los representantes unitarios afiliados al sindicato de que se trate o, simplemente, porque tengan reconocido el derecho en el convenio colectivo aplicable. En cuanto a quiénes son los empresarios obligados a proporcionar información sobre previsiones de futuras contrataciones, parece claro que se limita exclusivamente a la empresa principal, pues es a ella a quien corresponde la iniciativa descentralizadora.

Por último, la transgresión por el empresario de los derechos de información constituye una infracción administrativa grave tipificada en el art. 7.7 TRLISOS. Dicha infracción ha de entenderse configurada por toda conducta empresarial renuente a facilitar la información debida u obstaculizadora del derecho: la negativa total o parcial a facilitar la oportuna documentación, la transmisión de información incompleta o fraudulenta, así como la comunicación extemporánea más allá de los tres meses²⁷. Además, la transgresión de los derechos informativos faculta a la representación legal de los trabajadores y, en su caso, a los delegados sindicales, a interponer la correspondiente acción ante la Jurisdicción Social, exigiendo el cumplimiento empresarial de su deber de información, por la vía del conflicto colectivo o de la tutela de la libertad sindical, siempre que se trate de una acción ejercitada por un sindicato. Tratándose de una obligación de hacer, su cumplimiento coactivo por la vía judicial no es posible, por lo cual la mencionada acción irá dirigida al resarcimiento de daños y perjuicios y además, al tratarse de un derecho de información pasiva, su incumplimiento no suele configurarse como requisito de validez de la decisión empresarial.

4.- Derechos de información del empresario principal, contratista y subcontratista sobre contrataciones ya concertadas (art. 42 ET)

Surge la duda de si los derechos de información contenidos en los últimos apartados del art. 42 ET reemplazan al derecho previsto en el art. 64 ET o, por el contrario, no existe sustitución alguna por tratarse de normas independientes y compatibles entre sí. Teniendo en cuenta que los mandatos del art. 42 se refieren a contrataciones y subcontratas ya celebradas, la respuesta dependerá de si la información referida en el art. 64 se predica en relación a toda contratación concertada o tan solo respecto a las meras previsiones empresariales sobre la concertación de contrataciones futuras. Pasando por alto el debate doctrinal que en su día se generó, la previsión en el art. 42.4 de un deber de información de la empresa principal, sin perjuicio del establecido en el art. 64 para las “previsiones en materia de subcontratación”, invita a pensar que esta última norma sigue vigente y, por

²⁷ MERCADER UGUINA, J.R.: “Algunas consideraciones sobre los efectos del incumplimiento de los deberes de información en la Ley 2/1991”, *RT*, núm. 100, 1990, pp. 177-179.

tanto, su aplicación es compatible con el art. 42 por referirse no a contrataciones ya celebradas sino a previsiones empresariales de futuras subcontrataciones²⁸.

Este derecho de información tiene como finalidad esencial conocer las repercusiones en el empleo de las decisiones empresariales de descentralización productiva (no en vano la estrategia externalizadora sobrevenida suele ir precedida o seguida de medidas de ajuste de plantilla en los puestos de trabajo cuyas funciones se exteriorizan)²⁹ pero, sobre todo, pretende evitar el recurso fraudulento a la subcontratación³⁰. Sin embargo, esta última finalidad resulta debilitada desde el momento en que, a diferencia de otros ejemplos comparados, no se establecen derechos de veto sindical³¹ (tendientes a evitar prácticas ilegales), o deberes procedimentales de negociación ni se detalla el contenido con una información relevante sobre las condiciones laborales de los trabajadores de la contratista.

La reforma del art. 42 ET operada por el mencionado RDL 5/2001 y por la Ley 12/200, trataba de solventar dos cuestiones principales: a) concretar el contenido de la información que cada empresa ha de dar a sus trabajadores y b) el cruce de información entre las diversas empresas incluidas en la relación interempresarial, así como respecto a la Administración Pública. En virtud de estos dos objetivos, surgen dos tipos de obligaciones, según aquella que cada empresa da a sus trabajadores y la que las empresas contratistas o subcontratistas han de ofrecer a la TGSS. Pero sobre todo se han pretendido reforzar las garantías instauradas para los trabajadores implicados en el proceso de descentralización, facilitándoles una precisa identificación de los empresarios participantes en dicho proceso, pues son, a la postre, quienes asumen el régimen de responsabilidad solidaria regulada en dicho precepto.

Los apartados 3, 4 y 5 del art. 42 ET contemplan con detalle los deberes de información que se imponen a los empresarios principal, contratista y subcontratista, con la finalidad de favorecer “la transparencia”³² en el uso de las contrataciones y subcontratas, y facilitar a los trabajadores el ejercicio de sus derechos individuales y colectivos. Es más, en ocasiones, algún pronunciamiento menor ha declarado la “nulidad” de la externalización de un servicio por un ente público, al haber incumplido la obligación de información contemplada en el precepto³³.

²⁸ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contrataciones y protección de los trabajadores*, cit., p. 430.

²⁹ La realización de la contrata puede ocasionar una reducción de empleo en la empresa principal (pues se dejan de desempeñar actividades con personal propio) y una oportunidad de nuevos empleos en la contratista. ALBIOL MONTESINOS, I.: “Derechos colectivos en materia de contrataciones y subcontratas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones*, cit., pp. 328-329.

³⁰ Una doble función “profiláctica” y “participativa”, como ya pusiera de manifiesto MARTÍN VALVERDE, A.: “La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo”, *RT*, núm. 100, 1990, p. 634.

³¹ Analizando el caso de Suecia, ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 123.

³² MERCADER UGUINA, J.R.: “Subcontratación de obras y servicios”, en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.Mª., Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 804.

³³ STSJ Madrid 19 diciembre 2001 (Rec. 5596, 2001).

Los deberes informativos de la empresa principal tienen como destinatarios a los representantes legales de los trabajadores de su plantilla, mientras que para las empresas contratistas y subcontratistas la obligación se subdivide en tres: obligación de información individual respecto a los trabajadores; obligación de información institucional a la Seguridad Social y obligación de información colectiva a los representantes de los trabajadores. Razones lógicas obligan a entender que la información que emitan los empresarios irá dirigida a los representantes de los trabajadores del centro de trabajo donde se llevará a cabo la ejecución de la contrata cuando la obligación corresponda al empresario principal, y a los del centro de trabajo donde se hallen ocupados los trabajadores que se destinarán a la contrata o subcontrata cuando corresponda a la empresa contratista o subcontratista.

El art. 42.3 ET establece el régimen jurídico del deber de información de las empresas contratistas y subcontratistas a sus trabajadores y a la TGSS, en tanto que la información que han de facilitar a los representantes legales se regula en el art. 42.5. En concreto, deben informar por escrito a sus trabajadores acerca de la identidad de la empresa principal para la cual están prestando servicios en cada momento. En los supuestos de subcontratas se puede plantear quién es el empresario principal sobre cuya identidad se ha de informar: si el primer empresario de la cadena o el contratista que actúa como principal respecto al contratista, considerando cierto sector doctrinal, en aras de asegurar la efectividad de la garantía legal, que la información remitida por la empresa subcontratista ha de ir referida a la empresa contratista y a la comitente “cuando sea conocida”³⁴, que lo será, seguramente, si la subcontrata se desarrolla en su centro de trabajo. En este sentido, la Proposición de Ley de modificación del art. 42 ET para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados³⁵, propone que los trabajadores del contratista o subcontratista sean informados, no solo de la identidad de la empresa principal para la cual están prestando servicios en cada momento, sino “de todas aquellas que le precedan en la cadena de subcontratación”.

En esa información, que se prestará antes del inicio de la prestación de servicios de acuerdo con lo que se prevea reglamentariamente (sin que hasta la fecha se tenga noticia de regulación específica de esta cuestión), se debe incluir el nombre o razón social del empresario principal (en la Propuesta normativa de todos los empresarios intervinientes en la cadena), su domicilio social y el número de identificación fiscal. En cuanto a los sujetos destinatarios de la información, aunque la norma parece mencionar a los trabajadores como colectivo, todo parece indicar que la información es a título individual, por lo cual un incumplimiento de la obligación respecto a todos o alguno de estos trabajadores no supone una única infracción, sino que genera tantas infracciones como trabajadores respecto a los cuales no se haya observado dicha obligación.

Asimismo, la contratista y subcontratista han de informar a la TGSS de la identidad de la empresa principal. En este caso, la Seguridad Social es ente interesado en recibir esta

³⁴ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pp. 454-455, considerando que la información se ha de facilitar en relación a tantos empresarios principales como empresas para las que la contratista lleve a cabo la prestación de servicios, ya sea de manera simultánea o sucesiva.

³⁵ Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, 9 septiembre 2016, núm. 25-1. Las enmiendas presentadas pueden consultarse en serie B, 3 mayo 2017, núm. 25-4. El 22 febrero 2018 el Grupo Parlamentario Socialista ha solicitado avocación por el Pleno de la Cámara de la deliberación y votación final de la misma.

información con vistas al eventual ejercicio de la acción de responsabilidad solidaria contra los empresarios participantes en la contrata o subcontrata, con lo que prima aquí la tutela del interés público. La información ha de ser actualizada en caso de variación de alguno de los datos identificativos de la empresa principal o en el supuesto de cambio de la misma, ya sea por cambio de su titularidad formal o por el inicio de una contrata adicional a consecuencia del encargo encomendado por un nuevo empresario comitente. En este supuesto, sorprende que no exista una tipificación expresa en el TRLISOS de la infracción de este deber, de modo paralelo a cuanto ocurre con el deber de informar a los trabajadores, por lo cual, en ausencia de previsión expresa, es preciso remitirse a un tipo infractor de menor gravedad, cual es el establecido en el art. 21.4 TRLISOS, que califica como infracción leve de los empresarios “no facilitar o comunicar fuera de plazo a las entidades correspondientes los datos, certificaciones y declaraciones que estén obligados a proporcionar, u omitirlos, o consignarlos inexactamente”.

Por su parte, el art. 42.5 ET aborda el contenido de la información que ha de suministrar el contratista o subcontratista a los representantes legales de sus trabajadores, tanto unitarios como delegados sindicales, en relación con cada contrata que concierten. Al respecto, y antes de iniciar cada contrata, la información que ha de aportarse debe incluir el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal; el objeto y duración de la contrata; el lugar de su ejecución; en su caso, el número de trabajadores que serán destinados en el marco de la contrata a prestar servicios en el centro de trabajo de la empresa principal y, finalmente, las medidas previstas para la coordinación de actividades de prevención de riesgos laborales.

La información sobre el objeto y duración de la contrata persigue el conocimiento de la realidad subyacente a la misma y, en cierta medida, justificar la necesidad técnica u organizativa que la inspira, para evitar situaciones de mero prestamismo laboral o de sustitución de mano de obra directa y fija por empleo externo y precario, con la finalidad de cubrir puestos de trabajo permanentes. Si bien el objeto ha de ser perfectamente acotado, no ocurre lo mismo con su duración, pues puede tratarse de contrataciones de duración incierta donde el límite temporal venga determinado por la consecución del fin productivo pretendido.

El desconocimiento por parte del empresario contratista o subcontratista de esta obligación informativa respecto a los representantes de sus trabajadores constituye la infracción genérica de carácter grave establecida en el art. 7.7 TRLISOS para toda suerte de transgresiones empresariales de los derechos de información, audiencia y consulta de estos, si bien la Proposición de Ley propone la adición de un apartado 8 en el art. 42 ET que permita presumir la cesión ilegal de trabajadores cuando se incumplan los deberes informativos.

Por último, en cuanto a las obligaciones informativas de la empresa principal, en virtud del art. 42.4 ET, y sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el art. 64.2.c) ET³⁶, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar³⁷ a los representantes legales de sus trabajadores y delegados de

³⁶ Analizado pormenorizadamente en su día por RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *RL*, núm. 7, 2001, p. 20.

³⁷ En la Proposición de Ley se precisa que dicha información deberá ser documental.

prevención (*ex art. 15.1 RDCAE*) sobre una serie de extremos que, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, tienen la consideración de “*numerus clausus*”³⁸. En concreto, identidad de la empresa contratista (nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal)³⁹ y de los mismos extremos relativos a la ejecución de la contrata sobre los que las empresas contratistas y subcontratistas deben informar a los suyos.

El robustecimiento de los derechos de información puede contribuir a reducir, en alguna medida, la fuerte opacidad que, demasiadas veces, rodea este tipo de prácticas empresariales y la fortísima inseguridad jurídica que, muy a menudo, las acompaña⁴⁰. El incumplimiento de esta obligación de información a los representantes de los trabajadores es calificado en el TRLISOS como infracción grave (art. 7.7), siendo sujeto activo de la misma tanto el empresario principal en una contrata como el contratista en una subcontrata⁴¹.

El precepto estatutario comentado contempla expresamente, en el mismo apartado 4, los supuestos en que las empresas principal, contratista y subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo. Para estos casos, se establece una obligación para la empresa principal consistente en la llevanza de un libro registro en el que deberá constar la información sobre las cinco cuestiones enumeradas. Tal libro registro, con todos los datos mencionados, deberá estar a disposición de los representantes de los trabajadores. El hecho de que la empresa principal incumpla esta obligación y no disponga del libro registro, cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes, constituye una infracción grave tipificada en el art. 7.12 TRLISOS.

5.- La representación de los trabajadores de empresas contratistas. Alcance de la representatividad de los delegados de personal o del comité de la empresa principal

La regulación estructural del Título II ET, procedente en esencia de la norma estatutaria originaria de 1980 (remozada en 1994), no se ajusta a las nuevas formas de organización empresarial ni a los nuevos métodos de organización del trabajo, que han dado lugar a una creciente diversificación, fragmentación y reducción de la dimensión de las estructuras empresariales mediante diversas fórmulas de descentralización productiva en una economía digitalizada y colaborativa⁴² en la que el trabajo se presta en ocasiones sin tan siquiera el soporte físico de una unidad empresarial. Estos cambios han provocado

³⁸ Rechazando la pretensión de entender que estamos ante una lista abierta, la STS 20 junio 2012 (Rec. 176/2011) considera que no cabe llevar “el alcance de las materias acogidas al derecho de información más allá de los términos empleados por los preceptos en los que el mismo se regula”.

³⁹ Información que será especialmente útil para los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas en el supuesto que decidan reclamar frente a la empresa principal. GARCÍA VIÑA, J.: “Subcontratación. Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, cit., p. 28.

⁴⁰ Muy posiblemente, el cambio de rótulo que preside el art. 42 ET (“Subcontratación de obras y servicios”) en vez del que ha figurado durante casi veintiún años en su lugar (“Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”) obedezca a que, ahora, el mismo ya no sólo regula cuestiones relacionadas con dicha responsabilidad, sino que el grueso está dedicado a la concreción de los mencionados derechos de información. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, *RL*, núm. 10, 2001, pp. 133-134.

⁴¹ LLANO SÁNCHEZ, M.: “Innovaciones legales en materia de contratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *AL*, núm. 1, 2002, p. 10.

⁴² Sobre el particular vid. el recentísimo análisis de GARRIDO PÉREZ, E.: “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, *RDS*, núm. 80, 2017, pp. 209 y ss.

desajustes respecto de los ámbitos legales de elección y constitución de las instituciones unitarias de representación, que se han saldado con la pérdida de derechos de representación colectiva de los trabajadores⁴³.

Una de las escasas soluciones normativas dispuestas por el legislador ante el déficit representativo sufrido por los trabajadores pertenecientes a empresas contratistas se contempla en el art. 42.6 ET; precepto procedente del Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo e incorporado en el texto estatutario mediante el RDL 5/2006, de 9 de junio, de igual denominación. A partir de ese momento, se establece el derecho de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que carezcan de representación legal a formular a los representantes de los trabajadores de la principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral mientras compartan centro de trabajo. Se excluyen, sin embargo, las reclamaciones de los trabajadores respecto de la empresa de la que dependen. Con ello se viene a acoger una solución similar a la prevista en el marco de las ETT para los trabajadores en misión y a la interpretación que, al respecto, aportó la doctrina judicial al otorgar competencia a los trabajadores de la ETT para formular cuestiones “únicamente en lo que a las condiciones de ejecución de la actividad laboral se refiere”, pero no en aquellas reclamaciones que hayan de formular frente a la empresa de la que dependen, como son las referidas al sistema retributivo⁴⁴.

No obstante, se reconoce dicha atribución representativa con un alcance más limitado que el previsto para los trabajadores puestos a disposición, al exigir la concurrencia acumulativa de tres requisitos, a saber: a) la inexistencia de representación legal en la empresa contratista (elemento no exigido en el supuesto de las ETT); b) que los trabajadores de estas empresas compartan centro de trabajo con los de la principal y c) que las cuestiones sean relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral (misma prescripción que la prevista para las ETT), con la sustancial diferencia de que el legislador no se ha atrevido a efectuar un reconocimiento legal y expreso de las facultades organizativas que pueda ostentar la empresa principal sobre los asalariados que prestan servicios en empresas auxiliares⁴⁵, lo que hubiese dado carta de naturaleza al “empresario dual o de naturaleza compleja”⁴⁶.

El modelo se sustenta en la ficción de que el poder de dirección lo ostenta la empresa auxiliar contratante, obviando que la empresa principal adopta, en la práctica, una serie de medidas que afectan directamente a las condiciones de ejecución de la prestación laboral de los trabajadores de las empresas auxiliares (fijación de un determinado calendario laboral, elaboración de protocolos de uso de herramientas, facultades de control de entrada o salida en el centro, etc.) sobre las que los representantes de la empresa principal no gozan de ninguna facultad de intervención⁴⁷.

⁴³ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J.; MENÉNDEZ CALVO, R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Coords.): *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Albacete (Bomarzo/UGT), 2017, p. 90.

⁴⁴ STS 27 abril 2004 (Rec. 2133, 2003).

⁴⁵ Crítica en tal sentido, NIETO ROJAS, P.: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, cit., p. 153.

⁴⁶ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, cit., p. 95.

⁴⁷ NIETO ROJAS, P.: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, cit., p. 156.

Desde esta perspectiva, la representación que pueden asumir los representantes de la principal resulta francamente limitada y centrada en el campo de las medidas de coordinación o, sobre todo, en las condiciones de protección y tutela del medio en el que se desarrolla la prestación⁴⁸. No se olvide que es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata e, incluso, que esa actuación sea la causa determinante de posibles accidentes laborales sufridos por este⁴⁹.

La concurrencia locativa de trabajadores de las empresas auxiliares y de la principal implica que, esta última, asuma importantes obligaciones en el campo de la prevención de riesgos laborales, adoptando, en la mayoría de las ocasiones, todo un conjunto de medidas que afectan a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, cuyo cumplimiento podrá ser tutelado por las instancias colectivas de la empresa principal⁵⁰. En dicho contexto, el art. 15.3.c) RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el art. 24 LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales, reconoce del derecho de los delegados de prevención (o, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo) a comunicarse durante la jornada con los delegados de prevención o representantes legales de los trabajadores de las demás empresas concurrentes o, en su defecto, con los propios trabajadores, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo.

La atribución representativa se construye sobre la presunción de que en la empresa principal existen instancias colectivas y que la empresa auxiliar carece de ellas. De no cumplirse ambas circunstancias, la regla estatutaria resulta inoperante, puesto que atribuye un derecho individual (y plural) a los trabajadores de la empresa auxiliar, instrumentado a través de los representantes de la empresa principal, siempre que compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

La principal cuestión que suscita la redacción estatutaria es si la carencia representativa lo es en toda la empresa auxiliar o sólo en el centro de trabajo que esta comparte con la principal, y la respuesta doctrinal más solvente es aquella que defiende

⁴⁸ CALVO GALLEGU, J.: “Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *La reforma laboral de 2006. Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2006, p. 149 o MERCADER UGUINA, J.R.: “Subcontratación de obras y servicios”, en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.Mª., Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, cit., p. 805.

⁴⁹ STS 16 diciembre 1997 (Rec. 136, 1997) y 5 mayo 1999 (Rec. 3656, 1997). También existen ejemplos en suplicación de la extensión de la responsabilidad de las consecuencias indemnizatorias de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador con ocasión del acaecimiento de un accidente de trabajo tanto a la empresa contratista como a la principal. SSTSJ Aragón 18 abril 2002 (Rec. 884, 2001) o Andalucía/Sevilla 10 febrero 2011 (Rec. 376, 2010).

⁵⁰ Sobre el particular, MARTÍNEZ GAYOSO, Mª.N.: “Novedades sobre derechos de información y facilidades para los representantes de los trabajadores en supuestos de subcontratación”, *Revista de dirección y administración de empresas*, vol. 14, 2007, p. 147. En el marco del complejo Repsol-YPF se impulsó una de las primeras unidades transversales de negociación con ocasión del fin del conflicto surgido en la totalidad de las empresas auxiliares. En dicho proceso se alcanzó un acuerdo suscrito por las Federaciones, estatal y regional, del metal, construcción y afines de CCOO y UGT y la Federación de Empresarios de Puertollano en representación de las empresas contratistas y subcontratistas, habiendo sido reconocida su naturaleza estatutaria por STSJ Castilla-La Mancha de 17 octubre 2005 (Rec. 944, 2005).

que la ausencia de representación tendrá que estar referida al centro de trabajo en el que dichos trabajadores prestan sus servicios⁵¹, pues parece que tal atribución se activa en tanto que estos trabajadores carecen de representación propia en el lugar de prestación de la actividad, con independencia de que pueda haberla en otros centros de la empresa y con independencia de cuál sea la causa de dicha carencia⁵².

Normalmente tal déficit representativo obedece al escaso volumen de empleo que caracteriza a las empresas auxiliares, en tanto uno de los efectos más preclaros de los procesos de descentralización productiva ha sido precisamente el de generar la aparición de numerosas microempresas que no superan el umbral mínimo para constituir instancias de base electiva. Con el ánimo de enmendar dicho vacío, la doctrina más solvente plantea la posibilidad de que los trabajadores de las contratadas puedan constituir secciones sindicales radicadas en las empresas principales (dado que la LOLS no establece dimensión mínima para constituir secciones) que surgirían, en consecuencia, con un ámbito limitado de representación, tanto subjetivo (los trabajadores afiliados de las empresas auxiliares) como temporal (durante el tiempo de vigencia de la contrata). Sin embargo, lo cierto es que tal solución se muestra “poco edificante” en la práctica, teniendo en cuenta la temporalidad que impregna a la mayoría de los contratos concertados por las empresas subcontratadas y la precariedad que ello genera⁵³.

El segundo elemento determinante es la coincidencia física en torno al mismo centro de trabajo, si bien no se exige que la presencia sea continuada en el tiempo, sino en tanto se produzca la concurrencia locativa. Surge la duda, llegados a este punto, de si tal atribución ha de limitarse a las contratadas de la “propia actividad” o si, por el contrario, el legislador no supedita dicho derecho a tal exigencia. Aunque existen opiniones discrepantes al respecto en la doctrina, la opinión mayoritaria es que, a partir de una interpretación literal del precepto, las instancias representativas de la empresa principal podrán asumir dicha representación en todos los procesos de subcontratación, sin que tenga que circunscribirse a las contratadas que tengan por objeto la propia actividad⁵⁴.

En cualquier caso, y a pesar de las referidas deficiencias, el art. 42.6 ET supone una de las escasas respuestas legales a la subcontratación, pues a través de este denominado “préstamo de uso”⁵⁵, reconocido a los representantes de la empresa principal, se trata de preservar y tutelar los intereses de los trabajadores de las auxiliares ante la propia empresa pero también en sede administrativa y judicial.

Por último, en cuanto a la titularidad del derecho hace, aun reconociendo que la reforma legislativa se ha producido única y exclusivamente en el texto estatutario sin afectar expresamente a la LOLS, lo cierto es que el carácter legal atribuido a la

⁵¹ NIETO ROJAS, P.: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, cit., pp. 153-154.

⁵² SEMPERE NAVARRO, A.V. (Ed.): *La reforma laboral de 2006. Análisis de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre*, Cizur Menor (Aranzadi), 2007, p. 192.

⁵³ Propuesta efectuada por NIETO ROJAS, P.: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, cit., p. 154.

⁵⁴ CALVO GALLEGOS, J.: “Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación”, cit., p. 149 o MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, cit., p. 73.

⁵⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, cit., p. 67.

representación ha de interpretarse de un modo omnicompreensivo, haciendo referencia tanto a la representación de base electiva como a la sindical. No obstante, la construcción legal adolece de ciertas carencias que en la práctica limitan notablemente su eficacia. De una parte, la ausencia de un aumento del crédito horario para adecuarlo al número de trabajadores efectivamente representados, lo que pudiera entenderse como un auténtico “abaratamiento” de la representación⁵⁶. Y, en segundo término, porque la citada atribución está condicionada a que las instancias colectivas tengan reconocidas facultades frente a este otro personal, lo cual limita notablemente la virtualidad de esta atribución en materia de contratos, en la medida en que este reconocimiento solo se observa en la esfera preventiva, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores en misión, conforme a la doble titularidad del poder de dirección que ostentan tanto la ETT como la usuaria⁵⁷.

6.- Uso de los locales a disposición de los representantes de personal

En los casos en que la empresa principal, contratista y subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, se reconoce el derecho de reunión de los representantes legales de los trabajadores empleados para todas ellas con la finalidad de coordinar el ejercicio de sus funciones representativas. Este derecho se materializa mediante el reconocimiento expreso del derecho de los representantes de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas a hacer uso de los locales que existan en la empresa principal a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa, en los términos que se pacten con la empresa (art. 42.7)⁵⁸.

7.- El escaso desarrollo de estructuras representativas en la empresa red y su influencia en la negociación colectiva. En especial, las unidades transversales de negociación

En ocasiones se han planteado posibles ámbitos de negociación colectiva que, siendo superiores a la empresa, no responden a la noción clásica, más relacionada con clasificaciones económicas, del sector de actividad. Procede, por tanto, valorar la oportunidad de eventuales unidades de negociación formadas por empresas que tienen características comunes, en cuanto a su ubicación física, su participación conjunta en un mismo proceso productivo, o el desarrollo de procesos comunes de gestión, aun sin pertenecer a un mismo sector económico⁵⁹.

El ejemplo paradigmático vendría constituido por las redes de empresas, que han sido definidas por la doctrina como un modelo de coordinación empresarial estable de

⁵⁶ La ausencia de ampliación del crédito horario se señala expresamente en el art. 17.1 LETT y, aunque nada se dice en el art. 42.6 ET, es posible hacer una interpretación analógica a lo dispuesto para las ETT. MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, cit., p. 94. En sentido contrario se postula la Proposición de Ley comentada.

⁵⁷ Poniendo de manifiesto tales carencias NIETO ROJAS, P.: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, cit., p. 157.

⁵⁸ A este respecto, las enmiendas presentadas a la Proposición de Ley no supeditan el uso de los locales al hecho de que el centro se comparta de forma continuada.

⁵⁹ Destacando la necesidad de regular esta materia MENÉNDEZ CALVO, R.: *Negociación colectiva y descentralización productiva*, Madrid (CES), 2009, pp. 281-282 o MORÓN PRIETO, R.: *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid (El Derecho), 2011, pp. 25-26, considerando muy positivo que se supere esta insuficiencia reconociendo la posibilidad de concebir tal ámbito como unidad de negociación y además articulando unas concretas reglas de legitimación.

medios instrumentales con repercusión laboral para el impulso de los objetivos propios de cada empresa miembro⁶⁰.

El elemento diferenciador con respecto al grupo de empresas parece encontrarse en que no se subordina el interés individual de cada una de las empresas afectadas al interés general de la red. Las redes tienen como finalidad potenciar los objetivos propios de cada empresario, mientras que en los grupos de empresa se pueden poner en común determinados servicios, pero siempre con fines integrados⁶¹. Tampoco cabe identificar la red empresarial con un grupo horizontal, puesto que no existe una coordinación de sus objetivos económicos, sino que comparten algún aspecto puntual de sus diversas actividades⁶², prestándose ayuda mutua desde la autonomía de cada una de ellas⁶³.

En dicho concepto encajan diversos supuestos de colaboración interempresarial a través de relaciones distintas (afiliación, alianza, subcontratación, franquicia, concesión, etc.), gozando cada unidad empresarial de personalidad jurídica propia y de independencia económica, si bien optan por la coordinación de algunos aspectos de forma más o menos permanente, pero en posición de igualdad⁶⁴, pudiendo negociar en dicho ámbito lo que se ha dado en llamar “convenios plurales de empresa”⁶⁵.

No obstante, cabe aventurar una cierta resistencia a negociar estos convenios conjuntos por varios motivos⁶⁶, fundamentalmente porque una de las razones para externalizar es el deseo de aplicar distintos estándares laborales a los trabajadores de los servicios externalizados, que en la mayoría de las ocasiones gozan de condiciones de trabajo inferiores y con contratos de trabajo con una duración vinculada a la de la contrata o la de la concesión. En segundo lugar, porque la negociación de convenios en empresas vinculadas parece presuponer una cierta “estabilidad” de los vínculos empresariales, y aunque la práctica muestra que se forman redes empresariales para la actuación “coordinada” en la prestación de servicios, dichas redes no son inalterables y no es frecuente que la actividad de prestación de servicios auxiliares a una empresa cliente sea una relación a largo plazo, sino que las redes suelen ser fluctuantes e inestables, y nacen con una duración predeterminada. Es más, el interés de negociar un convenio plural de empresas puede ser lógico si la actividad de las empresas es similar o

⁶⁰ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “La representación sindical interempresa o territorial” en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., Eds.): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, cit., pp. 127-128.

⁶¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a.C.: *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, Madrid (CES), 2007, p. 34.

⁶² OJEDA AVILÉS, A.: “Aspectos laborales de las redes de empresas”, *REDT*, núm. 125, 2005, pp. 798 y ss.

⁶³ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red”, *RTSS (CEF)*, núm. 356, 2012, p. 178.

⁶⁴ Insistiendo en dicha premisa NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas y de trabajo temporal y franjas de trabajadores”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Manual Jurídico de negociación colectiva*, Madrid (La Ley), 2008, pp. 307 y ss.

⁶⁵ En la doctrina, entre otros, SOLANS LATRE, M.Á.: *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid (MTAS), 2014, p. 219.

⁶⁶ Siguiendo a ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, cit., pp. 231 y ss.

desarrollan un mismo proyecto empresarial, lo que lógicamente plantea dificultades en relación con las auxiliares. También desde la perspectiva laboral, puede haber una cierta resistencia de los trabajadores a homogeneizar sus condiciones de trabajo, en particular, a distribuir las ventajas que disfrutaban los trabajadores de una empresa (generalmente la principal) a las contratistas.

Las propuestas doctrinales que anticiparon la regulación de convenios para redes de empresas, concebían la figura como “*supraconvenios*” que regularían aspectos comunes, debiendo integrarse el convenio del grupo o de la red con los convenios propios de las empresas que la forman⁶⁷. Difícilmente, pues, los convenios de empresas red servirían para salvar las situaciones de ausencia de convenio en una de las auxiliares. Finalmente, un obstáculo añadido, es que la negociación colectiva no nace en el vacío, sino que previamente suele ir precedida de la creación de una estructura de representación interesada en abrir una unidad de negociación (en el banco social o en el patronal). Sin embargo, en este caso, la norma ha posibilitado una nueva unidad de negociación para empresas vinculadas sin crear previamente estructuras de representación transversales para los trabajadores de las empresas llamadas a negociar.

Lógicamente, esta ausencia conduce a la inoperatividad práctica de la regulación, si bien su finalidad es loable en cuanto pretende evitar que la externalización impulsada por la empresa principal hacia las auxiliares, suponga una rebaja en las condiciones laborales de los trabajadores afectados por tal decisión en tanto que se verán excluidos del ámbito de aplicación del convenio colectivo de la empresa principal⁶⁸.

Las manifestaciones que se encuadran bajo la denominación de redes de empresas han avanzado de forma paulatina y responden a patrones muy variados. En primer lugar, se plantean los problemas de coordinación de empresas en posición de igualdad que pertenezcan a la misma o distinta actividad, validada por el propio Tribunal Supremo⁶⁹. En segundo término, la Unión Temporal de Empresas (UTE) o “sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”⁷⁰, que en la práctica no plantea una especial litigiosidad y donde las reglas de legitimación tradicional habían sido las previstas para los convenios de empresa⁷¹. Por último, las

⁶⁷ Apuntando que el contenido de estos convenios no es tan rico como para posibilitar la sustitución del convenio sectorial o empresarial de aplicación en cada una de las empresas de la red, GÁRATE CASTRO, J.: “La nueva regulación de la legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos estatutarios”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Dirs.): *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, Madrid (La Ley), 2012, p. 137.

⁶⁸ NIETO ROJAS, P.: “Estructuras transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales”, en AA.VV. (AEDTSS): *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, 21 al 23 septiembre 2011. <http://e-archivo-uc3m.es>

⁶⁹ STS 20 octubre 1997 (Rec. 2717, 1995). A pesar de que el art. 87 ET no aludiese ni a los grupos de empresas ni a otras estructuras complejas, ellos no había sido óbice para la conclusión de convenios en estos ámbitos. MERINO SEGOVIA, A.: *La legitimación para negociar convenios de eficacia general*, Albacete (Bomarzo), 2005, p. 40.

⁷⁰ Ex art. 7 Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones, uniones temporales de empresa y de las sociedades de desarrollo industrial regional.

⁷¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores”, cit., p. 309.

contratas y subcontratas que han sido objeto de análisis por algún fallo judicial aislado, como es el caso del complejo petroquímico Repsol YPF-Puertollano, en el que las empresas contratistas y subcontratistas de una empresa principal (Repsol YPF) negociaron un convenio colectivo con la singularidad de que las firmantes pertenecían a diferentes sectores de actividad: construcción, metal, limpieza, etc. En este caso, la doctrina de suplicación confirmó la legalidad de la unidad de negociación y el convenio colectivo resultante⁷². Existen otras experiencias de negociación en red que aglutinan a empresas que comparten el nexo de unión de prestar su actividad para una contratista. Es el caso del CC de Contratas Ferroviarias o del Acuerdo Colectivo pactado en torno a Aceralia, que afecta a todas sus empresas auxiliares. En un contexto más amplio, grandes cadenas productoras multinacionales han suscrito acuerdos de ordenación de las relaciones laborales que incorporan tanto a la empresa principal como a sus auxiliares. Estos pactos, aunque formalmente no puedan ser calificados como convenios colectivos en los términos regulados en el Título III ET (tanto por el ámbito de dichos acuerdos que, con carácter general, exceden al territorio nacional, como por los sujetos firmantes, en tanto que su negociación ha sido asumida por las Federaciones Internacionales del ramo), suponen el reconocimiento de una estructura transversal de negociación, en el sentido de que el resultado negocial afectará tanto a los trabajadores de la empresa matriz como a los contratados por empresas auxiliares⁷³.

Estas experiencias negociales han surgido en medio de un vacío normativo del Estatuto de los Trabajadores, que no establecía nada respecto a cuáles debían ser las reglas de constitución de la mesa negociadora del convenio de un grupo de empresas⁷⁴ o de otras estructuras complejas, lo cual hacía de todo punto necesaria una intervención legal que dotase de certidumbre a estos nuevos ámbitos de negociación⁷⁵. Ante esta laguna legal, los Tribunales, especialmente por lo que se refiere al grupo empresarial⁷⁶,

⁷² STSJ Castilla-La Mancha 27 octubre 2005 (Rec. 944, 2005). Un comentario a la misma en MERINO SEGOVIA, A.: “Descentralización productiva en el complejo petroquímico Repsol-YPF y constitución de unidades transversales de negociación”, *RDS*, núm. 32, 2005, pp. 213 y ss. o RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L.: “La eficacia jurídica de la negociación colectiva sectorial transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de Repsol-YPF”, *RGDTSS (IUSTEL)*, núm. 7, 2004.

⁷³ En octubre de 2007, el Grupo Inditex suscribió con la Federación Sindical del Textil, la Confección y el Cuero un “Acuerdo Marco Interconfederal sobre derechos humanos y laborales fundamentales”, de aplicación a todos los trabajadores de su cadena de producción, tanto los contratados directamente por Inditex, como los contratados por sus fabricantes y/o talleres externos. Otras empresas que han suscrito este tipo de pactos pueden consultarse en PÉREZ YÁÑEZ, R.M^a.: “Los acuerdos marco internacionales como experiencia de negociación colectiva transnacional”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.): *Observatorio de Negociación Colectiva*, Madrid (Cinca), 2010, p. 469.

⁷⁴ Sin hacer distinción entre grupos de empresas de estructura vertical y horizontal. En los primeros existe una dirección única dominante y varias empresas que conservan la personalidad jurídica y cierta autonomía económica y organizativa pero muy debilitada; en los segundos, las empresas coordinan sus objetivos en plano de igualdad por un interés común, conservando un mayor grado de autonomía, aunque sujetas a una misma dirección pero menos intensa. SOLANS LATRE, M.Á.: *El ejercicio de la legitimación...*, cit., pp. 216-217. Respecto a los convenios colectivos extraestatutarios de grupos de empresas, vid., AA.VV. (MARTÍNEZ GIRÓN, J., Coord.): *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Madrid (MTAS), 2003, pp. 37 y ss.

⁷⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Por una reforma de la disciplina estatutaria de la negociación colectiva”, *RL*, núm. 1, 2010, pp. 3 y ss.

⁷⁶ De este modo, del lado de la empresa, la negociación del convenio colectivo correspondería al propio grupo y a sus órganos de dirección, pues carecería de lógica conferir la legitimación a las asociaciones empresariales, cuando el grupo empresarial puede estar presente por sí mismo y obedece a demás a una

venían aplicando el denominado criterio mixto o cruzado, consistente en aplicar las reglas propias del convenio de empresa para la representación empresarial y las reglas de los convenios de ámbito supraempresarial, para la representación de los trabajadores⁷⁷.

Finalmente, el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, otorga carta de naturaleza a las nuevas realidades empresariales susceptibles de negociar convenios colectivos, como son los grupos de empresa o la pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, siendo pacíficamente aceptadas por sus protagonistas⁷⁸. Entre los objetivos principales que el propio RDL se marca en la Exposición de Motivos se encuentra el de adaptar el sistema de negociación colectiva a las renovadas realidades empresariales que “actúan” en el mercado de trabajo, por lo que el legislador está reconociendo que ya son una realidad presente. A partir de este momento, el art. 87 ET reconoce explícitamente estas unidades de negociación, si bien, pese a su plasmación normativa, la principal dificultad asociada a estas unidades negociales sigue siendo su propia definición⁷⁹.

Como establece la Exposición de Motivos del RDL 7/2011, la referencia a la pluralidad de empresas vinculadas, alude a las denominadas empresas en red⁸⁰ surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva, si bien es posible admitir otras realidades que encajen en dicha denominación legal⁸¹. El hecho de que el legislador

dirección común. Y del lado de los trabajadores, ante la dificultad de llevar a efecto una negociación colectiva a través de la representación unitaria (dado que no hay órganos de representación para todo el conjunto), los Tribunales habían admitido la posibilidad de que los negociadores fueran los sindicatos más representativos en el ámbito del grupo de empresas. Entre otras, SSTs 24 abril 2001 (Rec. 2544, 2000) y 17 junio 2002 (Rec. 1001, 2001).

⁷⁷ Paradigmática en tal sentido resultó la STS 21 diciembre 1999 (Rec 4295, 1998), si bien la teoría de la legitimación cruzada encontraba excepciones “casuísticas” en aquellos supuestos en que la estructura organizativa de las entidades comprendidas en la unidad de negociación fuera relativamente “simple”, figurando como criterio determinante de la complejidad de la unidad de negociación la diversificación de actividades funcionales. STS 10 junio 2002 (Rec. 1198, 2001), respecto al CC del grupo de empresa de la Estrella, S.A de Seguros y Reaseguros o STS 18 mayo 2004 (Rec. 87, 2003), sobre el CC de trabajo interempresas EADS-CASA y Airbus España, sociedad limitada y su personal. Esta flexibilidad permitida jurisprudencialmente respecto a la aplicación o no de la tesis de legitimación cruzada o mixta dependiendo de la estructura del grupo se pierde con la actual regulación.

⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011” o GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negociadora”, ambos en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 34 y 131 y ss., indicando cómo la norma de urgencia ha proporcionado una nueva regulación de algunos aspectos que se refieren a la legitimación en los convenios estatutarios y ha intentado ordenar determinadas cuestiones que presentaban ciertos defectos de estructura formal, sobre todo, teniendo en cuenta que no es función de la jurisprudencia crear reglas jurídicas *ex novo*, sino más bien adaptar el ordenamiento existente a los supuestos de hecho de la práctica.

⁷⁹ MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Problemas prácticos del convenio colectivo de empresa*, Valladolid (Lex Nova/Thomson-Reuters), 2014, pp. 48 y ss.

⁸⁰ Aludiendo a dicha correspondencia RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 88. Comisión negociadora”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 2012, p. 1083.

⁸¹ BLASCO PELLICER, A.: “Un nuevo marco legal para la negociación colectiva”, *Revista Teoría y Derecho*, núm. 13, 2013, p. 181.

sitúe las reglas de legitimación de los convenios colectivos de empresas en red en el mismo apartado que los de empresa o ámbito inferior, induce a pensar que, efectivamente, considera a estas nuevas realidades como empresa y más próximas a las reglas de legitimación de estas, si bien se desmarca de esta opción al imponer un régimen estricto en lo que a reglas de legitimación negocial del banco social se refiere, y acoger casi en su totalidad las reglas previstas para este banco en los convenios colectivos sectoriales.

Especialmente problemáticos son los supuestos de unidades transversales de empresas contratistas y subcontratistas cohesionadas por la empresa principal, pero que realizan su actividad en sectores productivos diferentes. El carácter de lista abierta ofrecido por el legislador en cuanto a los niveles de negociación estatutarios, conjugado con el principio de libertad de las partes para concretar la unidad de negociación, permite admitir pacíficamente esta práctica negocial con eficacia *erga omnes*. Sin embargo, el legislador no ha pretendido dar cobertura a todos los posibles supuestos de externalización, sino que este nuevo ámbito se dirige a adaptar las condiciones laborales de todos los trabajadores que desempeñen las actividades propias del “ciclo productivo”, sean estas asumidas por la empresa principal o subcontratadas a una “pluralidad de empresas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas”, lo que supondría una primera limitación material a esta unidad de negociación, quedando excluidas las denominadas “actividades instrumentales” (elaboración de nóminas, servicios de limpieza o seguridad)⁸². No será, por tanto, el elemento locativo el que determine la configuración de este nuevo ámbito negocial, sino uno funcional, de modo que el convenio afectará a la totalidad de empresas que intervienen en el ciclo productivo, siempre que queden nominativamente identificadas y estén vinculadas por razones organizativas o productivas⁸³.

No obstante, la complejidad que presenta su identificación, la escasa sindicación y los obstáculos para negociar convenios en este nivel abandonan al trabajador a una especie de “tierra de nadie” a merced de los intereses económicos⁸⁴. Doctrinalmente también se han propuesto otras fórmulas de solución, pretendiendo paliar la desigualdad en las condiciones de trabajo que se generan a raíz de la descentralización productiva, defendiendo la aplicación directa del convenio colectivo de la empresa principal para esos trabajadores de las contratistas y subcontratistas⁸⁵, si bien esta solución no es viable en numerosos supuestos por la disparidad de actividades que confluyen, no comprendiendo el convenio de la empresa principal las tareas descentralizadas.

Como con acierto se ha dicho, la aplicación práctica de este supuesto novedoso de negociación colectiva será mayor cuando se trate de regular materias concretas por

⁸² NIETO ROJAS, P.: “Estructuras transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales”, cit., p. 12.

⁸³ A título de ejemplo vid. la Resolución de 16 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el CC de pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas: Atlas Servicios Empresariales, SAU y Adecco Outsourcing, SAU (BOE 4 julio 2017).

⁸⁴ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red”, cit., p. 179.

⁸⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L.: “Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, cit., p. 171.

razón de su afectación a un grupo de trabajadores que coinciden en un espacio físico concreto, aun cuando pertenezcan a distintas empresas y estén afectados por distintos convenios colectivos, como pudiera ser la prevención de riesgos laborales, cuando un grupo de trabajadores esté expuesto a riesgos comunes y tenga sentido establecer medidas de seguridad coordinadas (tales como la constitución de un comité intercontratas, deberes de información mutuos o adopción de medidas de prevención conjuntas)⁸⁶ o bien una regulación homogénea de los horarios de trabajo, que faciliten unas reglas coordinadas de apertura de grandes superficies comerciales.

7.1.- Reglas de legitimación inicial y plena en los supuestos de pluralidad de empresas vinculadas

El art. 87.3.b) ET aplica el criterio cruzado o mixto de legitimación, de forma que desde la perspectiva sindical, son los sindicatos más representativos los legitimados para negociar y, desde la óptica empresarial, se confiere legitimación a “la representación de dichas empresas”. Dicha expresión suscita dudas de interpretación, si bien en caso de desacuerdo en el reparto de los puestos en la comisión negociadora, parece sensato acudir al criterio de la distribución proporcional en función del número de trabajadores empleados por cada una de las empresas de la red⁸⁷. Será una comisión *ad hoc* de carácter empresarial cuyas empresas no están vinculadas voluntariamente de forma más o menos estable, sino que su vinculación deriva de la empresa principal, de ahí que sea posible incluso que la empresa principal incluya en el pliego de condiciones la obligada adhesión al convenio colectivo resultante, para evitar la competencia desleal de posibles terceras empresas⁸⁸.

La legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la establecida en el art. 87.2 ET para la negociación de convenios sectoriales: los sindicatos. En concreto, a) aquellos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; b) los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; y c) los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico o funcional al que se refiera el convenio. Será una decisión interna del sindicato la que conforme el banco social, sin que necesariamente tengan que estar presentes las secciones sindicales de las empresas afectadas por la negociación⁸⁹. Es más, en los nuevos ámbitos negociales van a verse implicadas diversas federaciones si, como será lo habitual, la pluralidad de empresas vinculadas pertenecen a distintas actividades productivas.

⁸⁶ A título de ejemplo, CC de Carlson Wagonlit España, SLU o el CC de Enagas, S.A.

⁸⁷ Criterio planteado por NIETO ROJAS, P.: “Estructuras transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales”, cit., p. 9 y MUÑOZ RUIZ, A.B: “Legitimación para negociar”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo (CCOO)*, Seminario sobre la Reforma de la Negociación Colectiva, núm. 1, 2011, p. 7.

⁸⁸ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red”, cit., p. 191, si bien los estudios de campo han puesto de manifiesto que las cláusulas de adhesión han sido infrecuentes, en general, en empresas auxiliares.

⁸⁹ MARTÍN PUEBLA, E.: “La legitimación del sindicato para negociar en la empresa”, *AL*, núm. 6, 2006, p. 4.

El criterio utilizado por el legislador no tiene en cuenta que en la práctica negociadora precedente, la representación unitaria frecuentemente había asumido esta negociación, bien mediante una pluralidad de comités de empresa, bien a través del comité intercentros, tras haber recibido legitimación convencional para impulsar dicho proceso⁹⁰. Por ello, hubiera sido más conveniente que la regulación de este concreto aspecto se hubiese dejado lo más abierta posible a distintas posibilidades de configuración subjetiva de la representación de los trabajadores en las empresas red, de modo que fueran los protagonistas empresariales y sociales los que pudiesen decidir entre las tres alternativas posibles (sindicatos, secciones y representaciones unitarias), la que mejor se adaptase a sus intereses y a las peculiaridades organizativas de la empresa de estructura compleja, ocupándose la ley sólo de garantizar que, con independencia del tipo de sujeto que negocie, los que lo hagan, representen a la mayoría de los miembros de comités de empresa y delegados de personal presentes en esta unidad negociadora⁹¹.

La asunción de un criterio exclusivamente sindical puede restar virtualidad práctica a las estructuras transversales de negociación, máxime si se tiene en cuenta que en no todos los supuestos la empresa principal está obligada a asumir este nuevo ámbito negociador. En concreto, si expirada la vigencia de un convenio de empresa (generalmente será el de la empresa principal) esta recibe una notificación en la que se solicita la apertura de un proceso negociador dirigido a la creación de un convenio de afectación a una pluralidad de unidades productivas (las que conforman la empresa red), podrá negarse a participar en dicho proceso negociador si acredita que está afectada por un convenio cuyo ámbito está interesada en mantener⁹².

En cuanto al proceso negociador, el ET omite cualquier regla que concrete los criterios para la constitución de la comisión negociadora por parte del banco social, regulando tan sólo la articulación de la legitimación inicial. Dicha laguna puede integrarse a partir de una aplicación analógica y selectiva del régimen jurídico relativo a las garantías subjetivas de negociación. Siguiendo este criterio, en cuanto hace al banco social, la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones legitimados inicialmente representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, siendo el parámetro de medida el cómputo global de todas las empresas que integran la red⁹³. No obstante, la práctica muestra convenios negociados por sujetos “designados por los comités de empresas”, sin que el control formal de la Administración repare en estos aspectos, pues las impugnaciones de convenios

⁹⁰ Entre otros, BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada (Comares), 2002, p. 46.

⁹¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negociadora y comisión negociadora”, cit., p. 10. o CARDONA RUBERT, M^a.B.: “Sujetos y eficacia de la negociación colectiva”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Dir. y Coord.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid (Cinca), 2017, p. 120, censurando que no se haya realizado el mismo esfuerzo de adaptación en el caso de otras nuevas realidades, tales como “la legitimación para negociar convenios comunes para empresas del sector privado y Administraciones públicas, convenios comunes para varias empresas que no forman grupo, contratadas y subcontratadas o la realidad de las empresas multiservicios”.

⁹² NIETO ROJAS, P.: “Estructuras transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales”, cit., pp. 15-16.

⁹³ LAHERA FORTEZA, J.: “El nuevo procedimiento negociador”, *RL*, 2011, T.II, p. 210.

difícilmente alcanzan a la mayor parte de convenios que presentan algún problema de esta índole, que en última instancia, si se practicaran de forma masiva, generarían consecuencias negativas como inseguridad jurídica y conflictividad social⁹⁴. Todo ello permite intuir una cierta flexibilización⁹⁵ en el cumplimiento de las reglas de legitimación⁹⁶. Es más, en el ámbito de las redes de empresas, los escasos convenios colectivos que se negocian raramente aluden a la circunstancia de que son redes, y solo algunas UTE lo hacen constar⁹⁷, por lo que no siempre resulta fácil distinguir ante qué forma empresarial se está con la sola lectura del convenio. Algunos estudios recientes ponen de manifiesto como en mayo de 2017 sólo había registrados 157 en esta unidad, cuyo análisis cualitativo evidencia que son mayoritarios los convenios de grupos de empresas, seguidos de los formalizados por UTE, siendo el grupo menos numeroso el compuesto por convenios de empresas red, quizá por la dificultad que encuentran los sindicatos para articular estos nuevos ámbitos de negociación⁹⁸.

Todo lo anterior permite calificar la solución legislativa como imprecisa, porque no define qué se entiende por empresa red, exigiendo tan solo que haya un listado de carácter nominativo; y rígida, porque desconoce la riqueza organizativa de la parte laboral en la actual experiencia convencional, no dejando mucho margen interpretativo la literalidad de la norma que posibilite el derecho a la negociación colectiva de los órganos de representación unitaria⁹⁹.

En el caso del banco económico, existe coincidencia entre legitimación inicial y

⁹⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L.: “La reforma (por el momento fallida) de la normativa legal sobre negociación colectiva”, en AA.VV. (ROJO TORRECILLA, E., Dir.): *Las reformas laborales del nuevo milenio*, Madrid (Marcial Pons), 2003, p. 205.

⁹⁵ Aconsejando una regulación más flexible que dé cabida a comités intercentros y comités de grupos de empresas, teniendo en cuenta que la diferenciación es sustancial, puesto que si se reconducen a los comités intercentros, deben someterse a lo establecido en el art. 63.3 ET, mientras que si se entiende que no se trata de la misma figura, las partes que decidan constituirlo gozan de una mayor libertad, TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red”, cit., p. 196; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La representación unitaria de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E.,Coords.): *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid (Tecnos), 2011, pp. 74-75 o BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Participación y negociación colectiva en las empresas del grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas”, *RDS*, núm. 34, 2006, p. 209, quien entiende que aunque no está expresamente previsto en el ordenamiento el acuerdo colectivo de grupo de creación de un comité de grupo nacional, no hay ningún obstáculo jurídico para crearlo.

⁹⁶ Vgr. II Convenio del Grupo de Empresas Swissport-Menzies (BOE 9 agosto 2011) o Grupo de Empresas Vips (BOE 29 noviembre 2011).

⁹⁷ OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley-Actualidad), 2010, pp. 326 y ss., citando convenios de UTE negociados tanto por la representación unitaria como por las representaciones sindicales mayoritarias, antes de la reforma comentada.

⁹⁸ NIETO ROJAS, P.: “Legitimación para negociar convenios de empresas en red o vinculadas”, *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018, p. 67 o SANGUINETI RAYMOND, W.: *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada (Comares), 2017, aludiendo al hecho de que su adopción precisa de una intervención de soporte de la empresa principal. Puede destacarse en este ámbito el CC del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas gallegas (Vigo, Santiago de Compostela y La Coruña, DOG 14 abril 2011), que dio carta de naturaleza a una unidad “atípica” de negociación (pues sin ningún vínculo legal que las quiera y manteniendo cada una plena autonomía de actuación y disposición, convinieron en dotarse de un convenio propio) que ha sido seguida por otras Universidades públicas.

⁹⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: “La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último ‘botín’ de los mercaderes del tiempo?”, *RTSS (CEF)*, núm. 340, 2011, p. 70.

plena. En cuanto a la composición numérica de la comisión negociadora conviene recordar que el legislador tan solo indica que “en los convenios sectoriales el número de miembros en representación de cada parte no excederá de quince. En el resto de los convenios no se superará el número de trece” (art. 88.4 ET). Una interpretación literal de lo dispuesto en dicho precepto indica que el número es de trece, como máximo, si bien es posible que los propios negociadores lo puedan minorar atendiendo a necesidades concretas¹⁰⁰.

Por último, respecto a la legitimación decisoria, cabe aplicar la misma regla general que resulta de aplicación para los convenios de empresa o de ámbito inferior, conforme a la cual se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET), lo cual constituye un requisito de obligado cumplimiento para que el producto negocial resultante adquiriera la consideración de convenio colectivo estatutario.

7.2.- Concurrencia conflictiva entre convenio colectivo de sector y pluralidad de empresas vinculadas y peculiaridades de la contratación en el sector público

La creación de estas nuevas unidades de negociación plantea asimismo numerosas cuestiones desde la perspectiva de la estructura de la negociación colectiva y, en su caso, ante la posible concurrencia de los convenios sectoriales con los convenios de afectación a una pluralidad de empresas y/o con los convenios propios con cada una de las empresas.

El art. 84. ET resulta de aplicación cuando se produzca una situación de concurrencia conflictiva entre el convenio colectivo de sector y el de empresa. Las reglas de solución del conflicto han sido alteradas de forma sustancial con la aprobación del RDL 7/2011; el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, si bien la regla general sigue siendo que no se permite la afectación de un convenio colectivo por otro de distinto nivel de negociación durante la vigencia del primero. La finalidad de esta previsión es evitar que, en el ámbito de aplicación territorial o funcional, cubierto por un convenio estatutario, se introduzca una nueva regulación negociada, que coincida en todo o en parte con alguno de dichos ámbitos. En otros términos, tiene prioridad y se aplica el convenio previo en el tiempo. Conforme a esta regla, resultará de aplicación el convenio de empresa frente al convenio de sector cuando el primero haya sido negociado y firmado en un momento anterior al convenio de sector. De igual forma, se aplicará el convenio de empresa cuando el convenio de sector esté en fase de ultraactividad, ya que la prohibición de concurrencia no alcanza los períodos de vigencia extraordinaria¹⁰¹.

¹⁰⁰ Respecto a la exigencia o no del carácter paritario de la comisión negociadora y las distintas posiciones doctrinales, LLEÓ CASANOVA, B.: “La composición, la designación de componentes y la adopción de acuerdos en la comisión negociadora del convenio colectivo”, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y GOERLICH PESET, J.M^a, Coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: Estudios en Homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pp. 341-342, defendiendo la libertad de las partes para determinar la composición numérica sin que esté limitada por la obligación de que esta sea paritaria.

¹⁰¹ Una interesantísima exégesis sobre las notas evolutivas de la ultraactividad y concurrencia de convenios en CABEZA PEREIRO, J.: “Vigencia y ultraactividad de los convenios”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Dir. y Coord.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, cit., pp. 149 y ss.

Ahora bien, junto a la regla general descrita, el legislador prevé dos excepciones: 1ª) la concurrencia entre convenio colectivo estatal, autonómico o de ámbito inferior y convenio de empresa (art. 84.2 ET). 2ª) la concurrencia entre convenio colectivo estatal y convenio colectivo autonómico (art. 84.3 y 4 ET). La primera de ellas supone uno de los cambios de mayor calado, pues hasta la reforma comentada, se trataba de una situación absolutamente prohibida.

Con el objetivo de garantizar una descentralización convencional que facilite una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores, se permite negociar un convenio de empresa en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior sin que sea preciso esperar a que finalice la vigencia del convenio colectivo de ámbito superior, como ocurría antes de las reformas comentadas. O, en otros términos, el convenio colectivo de empresa podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior (art. 84.2 ET). Cuando se produzca la concurrencia normativa, el convenio de empresa se aplicará con carácter preferente en determinadas materias tasadas: cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo¹⁰²; el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación; las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal y aquellas otras que dispongan los acuerdos interprofesionales o los acuerdos colectivos sectoriales. Una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo, con lo cual se reduce significativamente el papel que venían asumiendo los convenios sectoriales (estatales, autonómicos o provinciales) en orden a la fijación de la estructura de la negociación colectiva¹⁰³ y a la homogeneización de las condiciones laborales¹⁰⁴, convirtiendo a la figura en “sospechosa” a los ojos de los Tribunales¹⁰⁵.

Dicha prioridad aplicativa del convenio de empresa¹⁰⁶, referida a los convenios

¹⁰² Mientras que la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias listadas, por lo que, respecto de ella, no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio de empresa mientras la vigencia del convenio sectorial provocara la concurrencia de ambos convenios. STS 10 noviembre 2016 (Rec. 290, 2015).

¹⁰³ AGRA VIFORCOS, B. Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Introducción del Derecho Colectivo del Trabajo*, Derecho Sindical, 2ª ed., León (EOLAS), 2017, p. 209.

¹⁰⁴ LÓPEZ ANIORTE, Mª.C.: *Nuevas reglas de concurrencia de convenios y descentralización de la negociación colectiva. La empresa como unidad de negociación prevalente*, Murcia (Laborum), 2014, p. 1.

¹⁰⁵ BLASCO PELLICER, A.: “Análisis de la negociación colectiva. Estructura de la negociación colectiva”, *El laboralista*, <http://www.elaboralista.com>, noviembre 2016, p. 8.

¹⁰⁶ Una interpretación restrictiva de la noción de empresa, para rechazar que el legislador pretendiese conceder dicha prioridad a los convenios de centro de trabajo o convenios franja en LÓPEZ TERRADA, E.: “Problemas interpretativos recientes sobre concurrencia de convenios, prioridad aplicativa del convenio de empresa y cambios de unidad de negociación”, *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, analizando la jurisprudencia al respecto. No obstante, lo cierto es que la doctrina científica se ha dividido entre quienes han efectuado una interpretación amplia de la norma, amparando la extensión de la institución también para los supuestos de convenios de ámbito inferior a la empresa, y quienes, por el

estatutarios *stricto sensu*¹⁰⁷, sirve al objetivo de eliminar o reducir las facultades uniformadoras tradicionalmente desempeñadas por los convenios de sector, y pone al alcance de los negociadores de ámbito empresarial un mecanismo de adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de cada empresa, lo que de alguna manera convierte al convenio colectivo en un nuevo instrumento de expresión de la “competencia entre empresas”¹⁰⁸ que determina una reducción del poder negociador de los sindicatos en los ámbitos sectoriales¹⁰⁹. De hecho, la reforma olvida una de las funciones sustanciales que ha de cumplir la negociación de ámbito sectorial, cual es la de establecer unos estándares mínimos de obligada aceptación por parte de todas las empresas encuadradas en un determinado sector que ordene las reglas de juego y evite la competencia desleal o el llamado *dumping* social entre ellas¹¹⁰.

Pasados ya varios años desde la implantación legal de la medida, cabe constatar cómo ha llevado en muchos casos a una reducción peyorativa de condiciones de trabajo de todo tipo, siendo la salarial una de las más afectadas¹¹¹. De hecho, en materia salarial cierto sector doctrinal ha considerado incongruente la labor del legislador, apostando por un cambio normativo que regule de manera inversa la distribución de facultades entre las unidades negociadoras de ámbito empresarial y sectorial, de manera que se permita al convenio sectorial establecer el monto total del salario, dejando en manos del nivel de empresa el ajuste de la estructura de las retribuciones a sus necesidades especiales. De este modo se permitiría un cierto margen de actuación en los niveles inferiores, que podrían fijar naturalezas fijas o variables a determinadas partidas, al tiempo que se garantizaría el mantenimiento de las funciones uniformadoras de las condiciones de trabajo atribuidas a los convenios sectoriales¹¹².

contrario, han efectuado una interpretación más restringida de la regla del art. 84.2 ET, defendiendo la inaplicabilidad de la figura. Un análisis exhaustivo al respecto en DE CASTRO MARÍN, E.: *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET: puntos críticos en la jurisprudencia del Supremo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 47 y ss.

¹⁰⁷ No siendo posible la extensión por vía analógica a otras figuras más o menos afines, OJEDA AVILÉS, A.: “El convenio colectivo de empresa prioritario”, *RGDTSS*, núm. 34, 2013, pp. 507 y ss.

¹⁰⁸ GÓMEZ GORDILLO, R.: “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Dir. y Coord.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, cit., p. 55, dudando de la “utilidad práctica” de la medida (p. 65).

¹⁰⁹ ALFONSO MELLADO, C.L.: “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”, *RL*, núm. 3, 2013, págs. 15 y ss. Adivinando una suerte de rechazo de la acción sindical, considerada por el legislador más como un elemento disfuncional de la economía que como instrumento de poder colectivo, BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *RDS*, núm. 57, 2012, p. 9.

¹¹⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 29.

¹¹¹ VIVERO SERRANO, J.B.; CRUZ VILLALÓN, J.; PÉREZ REY, J.; SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. y MORATO GARCÍA, R.: “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, en AA.VV. (ALFONSO MELLADO, C.L., et alii, Coords.): *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid (Lefebvre El Derecho), 2016, pp. 97 y ss.

¹¹² GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014 (procedimiento 259/2014): la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 124 y ss. Proponiendo *de lege ferenda* la ampliación de la prevalencia aplicativa del convenio de empresa tanto a la estructura salarial como, sobre todo, a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, DE CASTRO

Pues bien, igual prioridad aplicativa tendrán, en las materias descritas, los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas. Esta regla va a significar que si se produce concurrencia conflictiva entre un convenio colectivo de sector y uno negociado para una pluralidad de empresas vinculadas, será preferente en su aplicación el segundo de los convenios en la lista de materias mencionada¹¹³.

No obstante, sin llegar a modificar el texto estatutario que establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa (y, en su caso, el de pluralidad de empresas vinculadas) frente al de sector, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (arts. 122.2, 149.4 último párrafo y 202.3 tercer párrafo), en vigor desde el 9 de marzo de 2018, introduce reglas adicionales de parcial corrección de la misma. Dicha previsión legal afecta a las contrataciones administrativas de obras y servicios por parte de empresas privadas con Administraciones Públicas, al imponer que los pliegos de cláusulas administrativas particulares obliguen al adjudicatario a cumplir las “condiciones salariales” de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación. Dicho convenio prioritario es aquel que entra dentro del ámbito de aplicación de la actividad de la empresa contratista (no el de aplicación a la Administración Pública como empresa principal), lo cual puede entrar en cierta contradicción con lo previsto en la reforma proyectada del art. 42 ET, que resulta de aplicación a las contrataciones tanto del sector privado como del público, si bien dado que aún está en fase de tramitación parlamentaria, es necesario pensar que, en su caso, se adopten las cautelas necesarias para que ese solapamiento parcial de regulaciones no provoque un resultado excesivamente complejo y farragoso y que se establezcan las necesarias conexiones entre lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público y las reglas comunes sobre concurrencia de convenios.

Dicha exigencia de respeto a lo previsto en el convenio sectorial (que resulta de aplicación también a las empresas multiservicios cuando contraten con Administraciones Públicas) posee, de facto, un efecto jurídico asimilado a una típica de regla de concurrencia, pues por vía indirecta altera parcialmente¹¹⁴ la regla de preferencia aplicativa del convenio de empresa y, además, afecta a la generalidad de contrataciones en el sector público. No obstante, la obligación de la empresa contratista

MARÍN, E.: *La prioridad aplicativa del convenio de empresas del art. 84.2 ET: puntos críticos en la jurisprudencia del Supremo*, cit., pp. 108-109.

¹¹³ La doctrina más autorizada ya había propuesto, con anterioridad a la reforma, que los convenios concurrentes con el convenio negociado en uno de estos espacios pudieran ser afectados por este último; o dicho de otro modo, que en caso de producirse dicha situación de concurrencia se declarara de aplicación preferente el convenio de distrito o red, dejando de aplicarse los convenios de sector afectados. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L.: “La reforma (por el momento fallida) de la normativa legal sobre negociación colectiva”, cit., p. 217.

¹¹⁴ Considerando que en el caso de que las condiciones salariales del convenio de empresa fuesen superiores a las del convenio de sector, ha de interpretarse que la Ley de reforma de los contratos del sector público no está derogando la previsión estatutaria y, por tanto, resultaría de preferente aplicación el convenio empresarial, CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura de la negociación colectiva”, cit., pp. 50 y ss., partiendo de la premisa de que las licitaciones de estas empresas se verifican sobre la base de unas ofertas a la baja utilizando una intensa reducción de los costes laborales de los empleados destinados a la ejecución del contrato público y, una vez más, dicha reducción de costes viene facilitada por una estrategia de celebración de convenios colectivos de empresa propios, con una marcada brecha salarial respecto del convenio sectorial de referencia.

abarca exclusivamente a las “condiciones salariales”, de modo que, para el resto de materias, juegan las reglas sobre concurrencia entre convenios de empresa y sector *supra* expuestas, si bien es posible presumir una aplicación extensiva de la institución para extenderla a las partidas extrasalariales.

De otra parte, ante una hipotética concurrencia entre convenios de una pluralidad de empresas vinculadas y un convenio de empresa, la solución debería articularse de modo que el primero cumpliera la función que, en un marco más general, cumple la negociación colectiva sectorial, esto es, procurar la cobertura convencional de todos los trabajadores concurrentes y, al tiempo, servir de marco dentro del que se desarrollará la negociación colectiva en el ámbito de la empresa¹¹⁵.

7.3.- El convenio colectivo como barrera de acceso al mercado laboral: las restricciones a la descentralización productiva

Tales restricciones pueden implicar la prohibición del recurso a terceras empresas para desarrollar determinadas facetas del proceso productivo, o bien la sujeción de la descentralización a requisitos o garantías especiales diferentes a las legalmente establecidas. En cualquiera de estos supuestos, las empresas cuya actividad en el mercado consiste precisamente en la cobertura de estas necesidades descentralizadas (contratistas y ETT, fundamentalmente) se encuentran con una barrera de acceso a aquella parte del mercado constituida por las empresas afectadas por el convenio colectivo.

El panorama en relación con este tipo de cláusulas convencionales resulta confuso¹¹⁶, pues no cabe duda de que pueden ser contrarias a la normativa *antitrust*, si bien no faltan ejemplos en la doctrina judicial, admitiendo dichas restricciones, mejorando el cuadro de garantías del art. 42 ET (por ejemplo, extendiendo la responsabilidad solidaria a materias no claramente contempladas en el precepto)¹¹⁷, pero también admitiendo la legalidad de cláusulas que prohíben recurrir a la subcontratación, frente a la alegación de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia¹¹⁸.

La negociación colectiva sectorial pretende justificar dichas prohibiciones absolutas¹¹⁹ o limitaciones (optando por restringir únicamente los puestos susceptibles

¹¹⁵ NIETO ROJAS, P.: “Estructuras transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales”, cit., p. 17. Poniendo de manifiesto las especiales dificultades que surgen cuando los auxiliares son multiservicios, de la misma autora: “Propuestas legislativas y convencionales para la protección de los trabajadores de las empresas multiservicios”, Comunicación inédita.

¹¹⁶ Parfraseando a GOERLICH PESET, J.M^a.: “Negociación colectiva y Derecho de la Competencia: un complejo panorama”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Cizur Menor (Lex Nova/Thomson Reuters), 2015, pp. 129-130.

¹¹⁷ SSTSJ Aragón 25 mayo 2005 (Rec. 233,2005), Extremadura 19 noviembre 2009 (Rec. 385, 2009) o Andalucía/Sevilla 29 abril 2010 (Rec. 1425, 2009).

¹¹⁸ SAN 7 noviembre 2001 (núm. 95, 2001), considerando que el precepto convencional cuestionado tenía una finalidad legítima: favorecer la contratación directa frente a la externalización de los servicios de las empresas afectadas por el convenio.

¹¹⁹ CC de exhibición cinematográfica de Girona, Lleida y Tarragona (DOGC 29 agosto 2016).

de externalización)¹²⁰ con el objetivo de mitigar el riesgo de desprotección de los trabajadores de empresas multiservicios, debido al incremento de la competencia desleal entre empresas de un mismo sector, la implantación de dobles escalas salariales, la reducción de las plantillas oficiales y la apertura de nuevos espacios no regulados que escapan al control de la cesión ilegal de los trabajadores¹²¹. No obstante, la imposibilidad de contratar trabajadores a través de empresas multiservicios, sin ningún tipo de motivación económica que justifique su introducción, podría considerarse una conducta susceptible de restringir la competencia en un doble sentido. Primero, porque la empresa sometida a esta prohibición ve limitada su capacidad organizativa, al no poder hacer uso de un servicio ofertado en el mercado que, en determinadas circunstancias, puede resultar esencial para el buen funcionamiento de la empresa y, en segundo término, porque con esa prohibición se establece una barrera de entrada, al impedir que las empresas multiservicios puedan ofertar sus servicios a todas las empresas afectadas por el convenio en el que se incluya la prohibición. Por tanto, la solución quizás pudiera venir de la mano de vetar únicamente la contratación de aquellas empresas auxiliares que no respeten los estándares mínimos fijados en los convenios sectoriales aplicables a la principal¹²², si bien, para evitar problemas de legalidad, lo más plausible será optar por la inclusión de cláusulas convencionales más matizadas, en las que la principal se reserve el derecho (“*en el caso de proceder a subcontratar parte de su actividad de los servicios de hostelería y siempre que la prestación del trabajo se realice en sus instalaciones...*”) a exigir a la empresa subcontratada su autorización y alta en la actividad empresarial para prestar servicio en la actividad de hostelería”, debiendo aplicar a sus trabajadores todas las condiciones previstas en el convenio provincial¹²³.

Por último, debe tenerse en cuenta que las cláusulas restrictivas pueden plantear problemas de colisión con el principio de libertad de empresa, de ahí la oportunidad de tener en consideración la tendencia de otros ordenamientos que han sustituido las cláusulas de restricción a la subcontratación por determinados “deberes de negociación” o procesos de información o consulta, que pueden conducir al ejercicio de un derecho

¹²⁰ CC de hostelería de Tenerife (BO Tenerife 28 octubre 2015), que prohíbe la subcontratación con otras empresas de “personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos”, admitiéndose, por el contrario, que sean objeto de subcontratación actividades profesionales de carácter accesorio en el sector (seguridad, jardinería, animación, mantenimiento técnico, socorrismo, limpieza, etc.), aclarando que las funciones de limpieza que se permiten subcontratar se refieren a tareas especializadas a realizar por personal especializado y con maquinaria de tal carácter y no incluye la limpieza normal y habitual de las zonas comunes de trabajo y de las zonas de clientes que puedan realizarse por el propio personal del departamento de pisos y/o limpieza del establecimiento. En cualquier caso, dicha cláusula no está exenta de litigiosidad. STSJ Canarias/Tenerife 22 febrero 2016 (Rec. 623, 2015), que ni declara la nulidad del contrato suscrito entre ambas mercantiles (que sería lo acorde con el art. 6.3 CC, ni extiende la responsabilidad de forma solidaria a contratante y contratista). Un comentario crítico en RAMOS QUINTANA, M^a.I.: “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, núm. 25, 2017, pp. 13 y ss.

¹²¹ Comunicado conjunto CCOO/UGT:

<http://www.ccoo-servicios.es/multiservicios/html/37910.html>

¹²² FERNÁNDEZ AVILÉS, J.F.: “Empresas `multiservicios´ y `dumping´ social: Estado de la cuestión”, *RTSS (CEF)*, núm. 405, 2016, p. 10.

¹²³ CC Hostelería de Teruel (BOP Teruel 16 junio 2016”), en excelente propuesta realizada por NIETO ROJAS, P.: “La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios”, *IL*, núm. 7, 2017, pp. 229 y ss.

de veto de los sindicatos fundado en la necesidad de evitar prácticas ilegales¹²⁴. Con todo, la experiencia negocial obsequia con cláusulas de condiciones mínimas para empresas auxiliares en convenios colectivos sectoriales y con cláusulas de equiparación salarial y de otras condiciones de trabajo¹²⁵, a fin de evitar la competencia desleal, que es difícil que se generalicen por la vía de los hechos sin una obligación legal, pues tanto las empresas auxiliares como las principales utilizan el precio del trabajo como elemento de “competitividad”, obviando la función de la negociación colectiva como vía para establecer unos costes laborales uniformes.

8.- Medidas proyectadas para conseguir la paridad retributiva y evitar la competencia desleal

En los últimos años, la mayor tensión derivada de la preferencia aplicativa del convenio de empresa se ha producido en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras y servicios, razón por la cual está en fase de tramitación parlamentaria una Proposición de Ley de modificación de la regulación estatutaria para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, a partir de un triple objetivo: a) dotar de seguridad jurídica a los procesos de subcontratación; b) evitar la competencia desleal entre empresas, especialmente en materia salarial y c) asegurar que los trabajadores que presten servicios en un mismo sector de actividad tengan garantizado el mismo salario y las mismas condiciones de trabajo.

La regla de garantía proyectada se traduce en que “las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos, se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales”. La paridad retributiva se supedita al sistema de clasificación profesional derivado de la regulación convencional aplicable a la principal o, en su defecto, al sistema de clasificación que rija de facto en la misma, con lo cual se corre el riesgo de que en el supuesto de inexistencia de trabajadores contratados directamente asimilables profesionalmente, la regla resulte de imposible aplicación¹²⁶.

¹²⁴ Citando a NYSTRÖM, ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, cit., p. 251.

¹²⁵ A título de ejemplo vid. la recogida en el art. 20 del CC Hostelería de Alicante (BOP Alicante 28 septiembre 2017): “A fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que estos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET. La empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente, de las obligaciones previstas en el presente artículo”.

¹²⁶ Apostando por acudir al criterio de trabajo de igual valor, CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura de la negociación colectiva”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Dir. y Coord.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, cit., p. 43.

La reforma proyectada se condicionaba, inicialmente, a que se tratase de contrata y subcontrata de la propia actividad (esto es, cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares¹²⁷ del empresario contratante) y se asemeja considerablemente al principio de igualdad de condiciones de trabajo establecido ya para los trabajadores en misión contratados por las ETT para ser puestos a disposición de la empresa usuaria¹²⁸, lo cual permite aventurar que, si prospera la reforma, la identidad de tratamiento se extenderá analógicamente a los convenios extraestatutarios y pactos de empresa, así como a las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo¹²⁹. Es más, la exigencia de que se trate de contrata de la propia actividad no excluiría la regla de la paridad para las empresas multiservicios, si bien puede limitarla notablemente, exigiendo un análisis *in casu* del concreto servicio prestado a la principal. Sin embargo, en aquellos supuestos en que no haya concurrencia de actividades, quizás los más numerosos, se mantiene el riesgo de precarización, en virtud de la aplicación de convenios diferenciados en unas y otras empresas¹³⁰.

La regla proyectada se superpone y contrarresta la preferencia aplicativa del convenio de empresa cuando el convenio de la empresa a auxiliar se pretenda pactar con el objetivo de establecer condiciones laborales esenciales peores a las establecidas en el convenio aplicable a la principal. No obstante, dado que no se produce una identidad absoluta de condiciones de trabajo entre las mencionadas en la Proposición de Ley comentada y en el art. 84.2 ET para la preferencia aplicativa del convenio de empresa, al ser esta última más amplia, dicha preferencia aplicativa seguirá aplicándose, en su caso, para aquellas condiciones laborales no referidas en la propuesta legislativa.

En la tramitación parlamentaria de dicha Proposición¹³¹ se ha alcanzado un acuerdo en orden a clarificar el convenio aplicable en los supuestos de descentralización productiva en el siguiente sentido: “Cuando el objeto de la obra o servicio contratado corresponda con la propia actividad de la principal, a los trabajadores que prestan servicios en la contrata o subcontrata les será de aplicación el convenio colectivo aplicable a la empresa principal, debiendo el empresario principal garantizar que en todo caso se aplique a estos trabajadores iguales condiciones laborales y de empleo

¹²⁷ Utilizándose el plural con la clara intención de no circunscribir a una sola la actividad propia de la empresa contratante y permitir identificar varias actividades como propias de la principal.

¹²⁸ Art. 11 Ley 14/1994, de 1 de junio, a resultas de las modificaciones operadas internamente como resultado de la transposición de la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de ETT.

¹²⁹ Analógicamente a como han sido interpretadas tales exigencias de paridad en las ETT en las SSTs 25 septiembre 2002 (Rec. 70, 2002) o 7 febrero 2007 (Rec. 104, 2005).

¹³⁰ Para el supuesto de empresas multiservicios sin convenio propio, y a falta de un convenio sectorial específico para las mismas, resultará de aplicación el correspondiente a la actividad real preponderante de la empresa multiservicios. CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura de la negociación colectiva”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Dir. y Coord.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, cit., p. 47. Valorando otras opciones, como un hipotético vacío de cobertura o la aplicación a cada grupo de trabajadores del convenio de la actividad que realizan en la principal, ESTEVE SEGARRA, A.: “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS 17 de marzo de 2015, Rec. 1464/2014”, *IL*, núm. 9, 2015, pp. 17 y ss. o MUÑOZ RUIZ, A.B.: “El convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios: situaciones posibles y criterios judiciales para su resolución”, *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2016, pp. 84 y ss.

¹³¹ BOCG Congreso de los Diputados, serie B, núm. 25-4, de 3 mayo 2017.

esenciales a las que sean de aplicación a sus propios trabajadores (...). De no corresponder con la propia actividad, el convenio colectivo de aplicación será el “del sector de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata, ello sin perjuicio de la aplicación en ambos supuestos, del convenio de la empresa, si lo hubiere, cuando en su conjunto sea más favorable o en ausencia de los convenios señalados”.

Por tanto, el problema no está en las contratas ni en la externalización de actividad productiva, que forma parte de la organización de la empresa y funciona con razonabilidad en la mayor parte de las ocasiones, sino en ciertos abusos localizados en las empresas multiservicios. La preocupación por las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares está justificada¹³² y las decisiones políticas para mejorarlas son necesarias. Por tanto, resulta necesario aislar el problema, centrarlo y solucionarlo¹³³ barajando todas las opciones posibles, pues la norma proyectada da un salto cualitativo y pasa de la técnica de la extensión de la responsabilidad a la de parificación de condiciones de trabajo, la cual implica una cierta consideración del comitente como empleador de los trabajadores adscritos, al menos durante el tiempo de la adscripción y, en definitiva, imponer a una empresa independiente los términos y condiciones convenidos por otra¹³⁴.

¹³² Vid. los extraordinarios análisis de ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia (Tirant lo Blanch/CCOO), 2006, pp. 73 y ss. o VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Barcelona (Atelier), 2016, pp. 117 y ss.

¹³³ Vid. las atinadas propuestas de LAHERA FORTEZA, J. en

http://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/19/midiner/1505846797_144222.html.

¹³⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “El concepto laboral de contrata: una reconstrucción a la luz del fundamento de la extensión de responsabilidad empresarial”, cit., pp. 1071-1072.