

LA PROBLEMÁTICA DE LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS COLECTIVOS DEL ÁMBITO PERSONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Miguel Ángel Garrido Palacios

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
migarr10@ucm.es
Orcid: 0000-0003-0822-5143

Palabras clave: convenios colectivos, exclusión ámbito personal, principio de igualdad y de no discriminación, doctrina judicial

Keywords: collective bargaining, personal exclusion, principle of equality and non-discrimination, judicial doctrine

Resumen: La limitación en la aplicación del ámbito personal de los convenios colectivos es un fenómeno presente en la negociación colectiva. Esto obedece a necesidades empresariales. La distinción entre cuando existen causas justificadas y razonables para su despliegue y cuando se puede vulnerar la Constitución española y la legalidad es fundamental para evitar su judicialización. Este estudio se adentra en las tendencias de la negociación colectiva y en las resoluciones judiciales para tratar de extraer una serie de criterios que permitan arrojar claridad en cuanto a su encaje en nuestro ordenamiento.

Abstract: The limitation in the application of the personal scope of collective agreements is a phenomenon present in collective bargaining. This is due to business needs. The distinction between when there are justified and reasonable causes for its deployment and when it may violate the Spanish Constitution and legality is fundamental to avoid its judicialisation. This study delves into trends in collective bargaining and judicial decisions to extract a series of criteria that will provide clarity as to how it fits into our legal system.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ENFOQUE DOCTRINAL. III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LIMITACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO. IV. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL. V. CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN

Es habitual que los convenios colectivos excluyan a colectivos o perfiles de su ámbito de aplicación personal en los términos que establecen los firmantes, lo cual lleva a una casuística diversa en el alcance de su fuerza de ley. Esta cuestión dificulta el establecimiento de un criterio rígido para determinar en qué consiste este tipo de disposiciones. No obstante esto no va a impedir acercarse a unas líneas o tendencias en la negociación colectiva en base a un estudio del resultado que nos arroja el número de convenios colectivos con un ámbito de vigencia desde 1 de enero de 2017 hasta el 1 de enero de 2030¹. Paradójicamente la facultad de la negociación colectiva para establecer estas exclusiones o limitaciones a la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos puede derivar en la ilegalidad incluso en la lesión de derechos fundamentales por perpetrar situaciones de discriminación en relación de a quien se le aplica la norma convencional y a quien se le excluye del perímetro de esta.

El interés de este trabajo reside en que, como se han pronunciado sectores de la doctrina académica, es un aspecto de las relaciones laborales que no ha sido abordado en profusión por la misma². Esto llama la atención, cuando están en juego aspectos centrales como el derecho a la negociación colectiva o el principio de igualdad y no discriminación. Al mismo tiempo no se parte de cero, sino que se busca sistematizar las aportaciones más relevantes del *iuslaboralismo* hasta la fecha.

La fuerza vinculante de los convenios colectivos asiste a un reto colectivo en los tiempos de la sociedad digital y la precariedad laboral por lo que la limitación del ámbito personal es una tendencia que opera en esta dinámica justificando el presente estudio. Se va a prestar atención a la tendencia de la negociación colectiva, puesto que al final son los protagonistas de los convenios colectivos los que van a delimitar los perfiles de la exclusión, así como las razones para ello.

El siguiente paso es estudiar la doctrina judicial con la finalidad de actualizar el estado del problema e identificar el debate surgido entre los litigantes y los criterios que se van plasmando por los órganos judiciales. Vaya por delante que no se asiste a una tarea fácil ya que al tratarse de la redacción concreta de cada convenio o de las características de cada práctica empresarial se hace difícil inferir unos criterios generales.

Con los anteriores ejes se estará en disposición de formular unas conclusiones en forma de valoraciones y recomendaciones para la mejora en la regulación de los convenios colectivos.

1 La investigación se ha articulado desde la página web del regcon <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/buscadorTextosEstatal> filtrando la búsqueda con el término «exclusión limitación ámbito personal convenio» tanto en convenios colectivos denunciados como no denunciados. La consulta abarca tanto los textos convencionales de empresa y grupo de empresa como los sectoriales. Se han detectado un total de 244 convenios colectivos que recogen de una forma u otra este tipo de limitaciones alcanzando la búsqueda hasta los convenios publicados a 19 de noviembre de 2022. El muestreo es lo suficientemente amplio para trazar las tendencias de la negociación colectiva.

2 MERCADER UGUINA, J., *Salarios y crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 227-256.

II. ENFOQUE DOCTRINAL

El fenómeno de la limitación del ámbito personal de los convenios colectivos se debe abordar desde un plano más amplio. Así ya se advertía en la evolución del *iuslaboralismo* una tendencia a reducir su espacio por intereses empresariales lo que contrasta con la voluntad de las personas trabajadoras y sus organizaciones de expandir el marco de protección³.

A propósito de nuestro sistema de fuentes se debe recordar que el contrato y el convenio colectivo no operan en plano de igualdad prevaleciendo el segundo sobre el primero⁴ de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Consecuencia de esta jerarquía es que el contrato de trabajo no puede recoger condiciones inferiores a las establecidas en la norma colectiva como es sabido. La norma legal parte de la autonomía de la voluntad de los negociadores limitándose el artículo 85.3 b) del Estatuto de los Trabajadores a precisar que como contenido mínimo del convenio estará la determinación del ámbito personal, funcional, territorial y temporal.

Pese a que este artículo trata de las restricciones al ámbito de aplicación personal del convenio colectivo se deben distinguir dos tendencias dentro del fenómeno y que implican consecuencias jurídicas. Me refiero a la exclusión de un grupo de personas del convenio colectivo por privilegiado al gozar de unas condiciones superiores a las del personal adscrito al convenio colectivo⁵ y a aquellas que se les aparta siendo sectores más precarios como los trabajadores temporales. Si en el primer caso no cabe que se rechace de forma categórica esa configuración de las relaciones laborales, en el segundo, al implicar unas condiciones peyorativas o más desfavorables para un colectivo precarizado, atentaría contra la fuerza normativa y vinculante de los convenios colectivos.

No toda exclusión o limitación en el ámbito personal del convenio colectivo supone una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente a la negociación colectiva puesto que se trata de una voluntad de las partes legitimadas para culminar el texto convencional. La clave estaría en si la exclusión supone un desequilibrio y una arbitrariedad manifiesta en perjuicio de la negociación colectiva⁶. Pese a la validez de estas cláusulas convencionales no se transforma la relación contractual en un ámbito ajeno al control sino que habrá que estar a la interpretación común de las partes y a los derechos genéricos reconocidos a la persona trabajadora⁷.

Acotando los efectos lesivos que se pueden dar se trataría de prácticas empresariales o acuerdos individuales que consisten en la alteración de lo pactado en el convenio colectivo

3 MONTROYA MELGAR, A., «El ámbito personal del derecho del trabajo: Tendencias actuales», en *Revista doctrinal Aranzadi*, núm. 3/2006, págs. 1-12.

4 GALLO LLANOS, R. «los acuerdos individuales en masa como forma para regular relaciones de trabajo y posible vulneración del derecho a la negociación colectiva: criterios jurisprudenciales» en *Tribuna*, págs. 1-7.

5 ABELEIRA COLAO, M. «Condiciones de trabajo del personal fuera de convenio. Comentario a la STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª)» en *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 238/2021, págs. 1-8.

6 BENLLOCH SANZ, J.P. «Lesión a la libertad sindical por la limitación del del ámbito personal del convenio colectivo», en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015, págs. 371-378.

7 MERCADER UGUINA, J. *Ibidem*.

o, sin lo anterior, que la medida sea de tal envergadura que afecte al sistema de negociación colectiva⁸. La cuestión tiene una dimensión constitucional puesto que las exclusiones no caben con infracción del principio de igualdad y de no discriminación consagrado en nuestra norma constitucional⁹.

Si bien se ha admitido esta exclusión para sectores como la alta dirección y la dirección en la empresa, aun teniendo contrato laboral común, o la especial responsabilidad o confianza¹⁰, se hace más cuestionable cuando son otros perfiles profesionales como los técnicos o incluso cualquier otra categoría a discreción de la empresa como algunos convenios colectivos recogen.

El punto clave estaría en que la diferencia objetiva ha de basarse en la profesionalidad y el trabajo puesto que aplicaciones arbitrarias, aunque no sean estrictamente discriminatorias, pueden alcanzar un reproche constitucional¹¹. En el campo de la legalidad ordinaria el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores consagra el concepto de trabajo de igual valor estableciendo literalmente: «*Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.*». Aquí se detecta un problema que en ocasiones arroja la negociación colectiva y son aquellos supuestos exclusivos basados en un porcentaje discrecional a criterio de la empresa, lo que provoca que personas que tienen puestos de trabajo iguales o análogos se encuentran con una disparidad respecto a la aplicación del convenio colectivo.

III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LIMITACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO

Antes de abordar el análisis de la tendencia en la negociación colectiva, la doctrina académica ha precisado los perfiles o colectivos que más se suceden en el plano de la exclusión y que son; el personal de alta dirección, el de dirección de la empresa, aun con contrato laboral común; y el de especial responsabilidad¹².

El estudio muestra que en buena medida esta es la línea que mantiene la regulación convencional aunque luego hay textos que por las peculiaridades del sector introducen contenidos que exceden ese criterio general. A continuación procede acudir a los elementos más destacados que aporta la negociación colectiva en alusión a los supuestos que encajan con el objeto del presente estudio.

8 BENLLOCH SANZ, J.P. *Ibidem*.

9 MERCADER UGUINA, J. *Ibidem*.

10 En esto coinciden MONTROYA MELGAR, A. y MERCADER UGUINA, J. en las obras ya citadas en este trabajo.

11 MERCADER UGUINA, J. *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

Se mantiene la línea general que consiste en la exclusión de la aplicación de los textos convencionales para el personal de alta dirección y dirección de la empresa en consonancia con la relación laboral especial que muchos de ellos prestan y la especial confianza y responsabilidad de la empresa. No se puede olvidar que se trata de un colectivo excluido del proceso de elecciones sindicales por aplicación del artículo 16 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y el artículo 1.3. del Estatuto de los Trabajadores¹³. Son en total 137 los convenios colectivos que recogen este tipo de regulación y que no parecen generar problemas con nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la interpretación realizada por la doctrina judicial en reiteradas ocasiones.

Otra tendencia presente en la negociación colectiva es la de fijar la exclusión en base al acuerdo de la empresa y la persona trabajadora¹⁴. Existen una serie de particularidades como limitar el pacto de exclusión antes de la entrada en vigor del convenio estableciendo un tope del 20% para un grupo profesional¹⁵. Aquí cabe manifestar que ese pacto voluntario y expreso ha de salvar la arbitrariedad en esta regulación porque de lo contrario podría implicar la ilegalidad de lo pactado.

La exclusión en base a grupos y categorías profesionales es otra de las características a la limitación del ámbito de aplicación personal de los convenios colectivos. En cuanto se difuminan los rasgos de especial confianza y responsabilidad que caracterizan a los puestos de dirección y alta dirección de la empresa esta disposición incurre en el riesgo de no estar justificada. Se relacionan los convenios que se refieren a técnicos y administrativos¹⁶, ingenieros¹⁷, determinados niveles¹⁸ o los técnicos que tienen funciones comerciales para el área económica¹⁹.

13 CABEZA PEREIRO, J. *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2018.

14 Es el caso del VII convenio colectivo de Patentes Talgo que en su artículo 2 recoge la posibilidad de la exclusión parcial, en los términos que se pacten, del convenio por acuerdo entre empresa y trabajador. Resolución de 17 de mayo de 2022 de la Dirección General de Trabajo, Boletín Oficial del Estado número 128, de 30 de mayo de 2022, páginas 73947 a 74033.

15 En estos términos se expresa el artículo 1.02 del Convenio Colectivo Voesltalpinerrailway System Jez SL. Resolución del Departamento de Trabajo de la Delegación Territorial de Álava de 14 de julio de 2021, Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, número 83, pp. 1-31.

16 Artículo 1 del convenio colectivo de la Siderúrgica Sevillana. Resolución de la Delegación Territorial de Sevilla de 18 de enero de 2019, Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla número 47 de 26 de febrero de 2019, pp. 3-25.

17 Artículo 1 del convenio colectivo de Valeo Iluminación S.A para el centro de Fuenlabrada, bien es cierto que únicamente ceñido a cuestiones salariales y con una serie de limitaciones añadidas como nocturnidad, antigüedad, etc. Resolución de 31 de julio de 2020 de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, número 222 de 12 de septiembre de 2020, pp. 2-46.

18 Así se pronuncia el artículo 2 del convenio colectivo de Telefónica y el artículo 4 del convenio colectivo de Opel España. Resolución de 23 de octubre de 2019 de la Dirección General del Trabajo, por la que se registra y publica el convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España SAU, Boletín Oficial del Estado número 273, de 13 de noviembre de 2019, pp. 125209-125395. Resolución del Servicio Provincial de Economía. Industria y Empleo por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación de la empresa Opel España SLU, Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza número 61, de 16 de marzo de 2018, pp.15-65.

19 Artículo 2 del Convenio colectivo de Michelin España Portugal S.A. para los centros de Tres Cantos

Mayor problema presentan los convenios colectivos que dejan una discrecionalidad amplia a la empresa para dibujar el marco de la exclusión. Es el caso del convenio colectivo de Gefco España²⁰ que en estos términos se delimita o el de Iberia²¹ que recoge que se excluye al personal de especial confianza cuya configuración es discrecional por la empresa y limita numéricamente esta excepción a 650 personas trabajadoras.

Distintos son los convenios colectivos del sector público fundamentalmente de la administración local. Aquí la exclusión viene determinada por no formar parte de las relaciones de puestos de trabajo²², ser personas empleadas con contrato de obra con empresas públicas o privadas que presten servicios para la corporación²³, personal funcional²⁴, de libre designación²⁵, eventual²⁶ o por subvenciones²⁷. Parece que concurre causa justificada en esta exclusión bien por no asistir a una relación laboral, por estar contratadas por otras empresas o estar bajo trabajos concretos al amparo de una subvención o los fondos europeos para trabajos específicos, aunque habrá que reflexionar sobre si esta es razón suficiente para establecer distintas condiciones de trabajo²⁸.

Por último, es de destacar la exclusión en funciones de características o aspectos específicos tanto de colectivos como de condiciones de trabajo. En cuanto a los colectivos la refe-

-
- (Madrid) e Illescas (Toledo). Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de junio de 2020, Boletín Oficial del Estado número 183 de 3 de julio de 2020, pp. 47163-47197.
- 20 Artículo 4 del convenio colectivo de Gefco España S.A. Resolución de 18 de marzo de 2019 de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de economía, Empleo y Hacienda, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 2 de mayo de 2019, pp. 3-38.
- 21 Artículo 4 del XXI convenio colectivo de Iberia LAE Operadora. Resolución de 2 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, Boletín Oficial del Estado número 193, de 15 de julio de 2020, pp. 51627-51857.
- 22 Artículo 2 del convenio colectivo del Ayuntamiento de Traspinedo. Resolución de 27 de marzo de 2019 de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid de 10 de abril de 2019, pp. 6-70.
- 23 Artículo 3 del convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Zafarraya. Resolución de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Delegación Territorial de Granada, Boletín Oficial de la Provincia de Granada número 194, de 11 de octubre de 2017, pp.14-30.
- 24 Artículo 2 del Ayuntamiento de Cuellar. Resolución de la Oficina Territorial de Trabajo de Segovia de 9 de junio de 2017, Boletín Oficial de la Provincia de Segovia número 141, pp. 7-33.
- 25 Artículo 1 del convenio colectivo del Ayuntamiento de Fuentes del Ebro. Resolución del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo de Zaragoza de 4 de junio de 2019, Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza número 140, pp. 4-31.
- 26 Artículo 3 del convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Torrelodones. Resolución de 3 de julio de 2020 de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 191 de 8 de agosto de 2020, pp. 8-68.
- 27 Artículo 2 del convenio colectivo del Ayuntamiento de Villalón del Campo. Resolución de 22 de junio de 2016 de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid número 170, pp. 8-37.
- 28 Lo que de plano no cabría por aplicación del artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores que establece que se deben reconocer los mismos derechos al trabajador temporal que al indefinido, sin perjuicio de las modalidades específicas de cada uno de los contratos

rencia es a las personas en prácticas y formación²⁹, voluntariado³⁰, los que no tienen relación laboral y becarios³¹, los que prestan sus servicios para una administración pública³² o por ser contratados a través de una ETT³³. En cuanto a las condiciones de trabajo se limita en función de los salarios³⁴ o por retribución de méritos para el personal y puestos clave³⁵. La exclusión para el personal de ETT parece lógica puesto que los trabajadores no son empleados de las empresas usuarias sin perjuicio que sus empleadoras respeten el artículo 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, que establece a que estos trabajadores se les debe aplicar las condiciones esenciales de trabajo de la empresa usuaria. Otro aspecto para reflexionar son las distinciones en materia retributiva que deberán estar debidamente justificadas para no incurrir en una doble escala salarial respecto a los trabajadores no excluidos cuando se retribuya trabajo homogéneo y comparable pudiendo vulnerarse el artículo 14 de la Constitución española.

IV. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

Como cuestión previa o metodológica cabe apuntar que del análisis de las resoluciones judiciales se observa una evolución puesto que las más antiguas estudian la exclusión del

-
- 29 Artículo 2 del convenio colectivo de la Diputación Foral de Bizkaia. Resolución del delegado Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Justicia de 23 de mayo de 2018, boletín oficial de Bizkaia número 106 de 4 de junio de 2018, pp.1-70.
- 30 Artículo 1 de la Fundación Uribarren-Abaroa. Resolución del delegado Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Justicia de 28 de septiembre de 2018, boletín oficial de Bizkaia número 213 de 6 de noviembre de 2018, pp.1-43.
- 31 Artículo 1 del Convenio colectivo de Instituto Tecnológico de Informática y el artículo 1 del convenio colectivo del Instituto Biomecánico de Valencia. Resolución de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo de Valencia de 2 de mayo de 2022, por la que se dispone el registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Instituto Tecnológico de Informática, Boletín Oficial de la Provincia de Valencia nº 95, de 19 de mayo de 2022, pp. 61-70.
- 32 Artículo 5 del V Convenio de Residencias de personas de Galicia. Resolución de 4 de mayo de 2022, de la Dirección General de Relaciones Laborales, Diario Oficial de Galicia número 108, de 7 de julio de 2022, pp. 33315- 33366.
- 33 Artículo 4 de la Agencia Pública Andaluza de Educación. Resolución de 26 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 51, de 16 de marzo de 2020, pp. 45- 109.
- 34 Artículo 1 del convenio colectivo de Thales España GRP y el artículo 3 del convenio colectivo de Aludium Transformación de Productos, S.L. Resolución de la Dirección General de Trabajo de 11 de julio de 2020, por la que se registra y publica el convenio colectivo de Thales España GRP, SAU, Boletín Oficial del Estado núm. 190, de 11 de julio de 2020, pp. 50399-50434. Resolución de la delegada Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Empleo de 16 de mayo de 2022, por la que se dispone el registro del convenio colectivo de Aludium Transformación de Productos, S.L, Boletín Oficial de Bizkaia de 29 de junio de 2022, núm. 124, pp. 1-54.
- 35 Artículo 1 del Convenio Colectivo Mondelez España SL. Resolución de la directora general de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo de 20 de septiembre de 2021, Boletín Oficial de Navarra, de 2 de noviembre de 2021, número 251, pp. 1-32.

ámbito del convenio de colectivos con escasa fuerza negociadora a las más recientes que revisten de una mayor pluralidad casuística donde se cuestiona que se excluya del convenio a trabajadores de especial confianza, cualificados y que en definitiva aquellos que no reúnen la característica de debilidad en la negociación colectiva.

IV.I. Doctrina clásica y aplicación de los criterios generales

Llegados a este punto procede analizar la doctrina clásica contenida en la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que ha analizado la exclusión desde el prisma de las responsabilidades asignadas al personal excluido.

Este tipo de redacción convencional ha encajado en la jurisprudencia y tiene lógica que el personal directivo quede fuera, aunque cuando se aterriza a puestos de coordinación o jefatura se entiende que podría bordear la ilegalidad. Avala la exclusión de los altos directivos la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990³⁶, la del personal directivo o determinadas categorías profesionales en la línea de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1991³⁷ o en la doctrina constitucional la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1993³⁸ siempre que las personas trabajadoras gocen de la capacidad negocial para pactar colectivamente sus propias condiciones de trabajo, que es recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre 2010³⁹ y siempre de forma estricta de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005⁴⁰.

No cabe olvidar que el ámbito del convenio se determina libremente por los negociadores pudiendo abarcar a todos los trabajadores o excluir a una parte siempre que no se atente con el principio de igualdad de trato debiendo tener una justificación objetiva y razonable conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987⁴¹.

La doctrina del Tribunal Supremo puede ayudar a recapitular. La misma se encuentra en la sentencia de 5 de mayo de 2009⁴². En la determinación del ámbito de aplicación personal del convenio se recogen una serie de criterios:

1. Las partes no gozan de libertad absoluta.
2. Son limitaciones a lo pactado el principio de igualdad y no discriminación.
3. El principio de igualdad no obliga a que la unidad de negociación comprenda a todos los trabajadores de la empresa o del ámbito funcional.
4. Tampoco impide que determinados trabajadores pacten por separado.
5. Esta exclusión voluntaria no puede asimilarse a la forzosa para aquellas personas trabajadoras que no tengan poder de negociación.
6. La exclusión forzosa se requiere en base a determinadas características.

36 STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:2414).

37 STS (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2591).

38 STC (Sala Primera) núm. 177/1993, de 31 de mayo.

39 STS (Sala de lo Social) de 27 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7524).

40 STS (Sala de lo Social) de 18 de julio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:4917).

41 STC (Sala Segunda) núm. 136/1987, de 22 de julio.

42 STS (Sala de lo Social) de 5 de mayo de 2009 (F.J. 1º) (ECLI:ES:TS:2009:3399).

Esa sentencia reflexionaba sobre el ajuste a la legalidad o no de las exclusiones del convenio del personal temporal en la administración pública, a lo que da una respuesta negativa puesto que el artículo 1256 del código civil rechaza que el cumplimiento de los contratos quede al albur de criterios unilaterales y arbitrarios.

En tal sentido, el artículo 37.1 de la Constitución española no avala la suscripción de acuerdos en masa que establecen condiciones distintas a las pactadas en convenio colectivo tal y como se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias 225/2001⁴³, 208/1993⁴⁴ y 105/1992⁴⁵. En este punto sectores relevantes de la doctrina han precisado que el límite debe encontrarse en el respeto a la Constitución y la legalidad⁴⁶.

No es un debate fácil puesto que el principio de igualdad y de no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución española se modula en el marco de las relaciones laborales por expresión de la autonomía colectiva. El Tribunal Constitucional en su sentencia 34/1984⁴⁷ ha venido a plantear que el artículo 14 de la Carta Magna no impone una igualdad de trato en sentido absoluto sino que hay un margen para la autonomía de voluntad, ya sea en el acuerdo privado o la decisión individual pudiendo disponer de la retribución del trabajador eso si respetando los mínimos legales o convencionales. En sentencia 119/2002⁴⁸ ha dejado claro que no puede establecerse un régimen diferenciado de las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad adecuada que la medida debe poseer para respetar el artículo 14 de la Constitución española. En este sentido, en la sentencia 177/1988⁴⁹ se ha pronunciado por la relevancia cuasi pública del convenio, con su fuerza normativa y que recuerda al jurista italiano que planteaba que el mismo tiene cuerpo de contrato y alma de ley⁵⁰.

IV.II. Evolución jurisprudencial: entre la vulneración del derecho a la libertad sindical y la valoración global de las condiciones de trabajo

Procede acudir a una serie de supuestos más recientes estudiados por la doctrina judicial y alguna sentencia del Tribunal Supremo. Es el caso que conoció el TSJ de La Rioja 330/2009⁵¹ que estima el recurso de la abogacía del Estado en representación de la agencia tributaria revocando la sentencia de instancia que acogía la reclamación de cantidad de un jefe de seguridad bajo el amparo de estar fuera de convenio. La clave de este asunto es la especial justificación que concurre en base a las funciones y responsabilidades que están fuera de lo ordinario. Las remuneraciones y las condiciones de trabajo no son ordinarias y

43 STC 225/2001, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:2001:225).

44 STC (Sala Primera) de 28 de junio (ECLI:ES:TC:1993:208).

45 STC (Sala Primera) 105/1993, de 1 de julio (ECLI:ES:TC:1993:105).

46 VALDÉS DAL-RÉ, F. «El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Villa del Mar, núm. 5, 2011, págs. 129-150.

47 STC (Sala Segunda) 34/1984 de 9 de marzo (ECLI:ES:TC: 1984:34).

48 STC (Sala Primera) 119/2002 de 20 de mayo (ECLI:ES:TC:2002:119).

49 STC (Sala Segunda) 177/1988 de 5 de noviembre (F.J. 4º) (ECLI:ES:TC:1988:177).

50 CARNELUTTI, F., *Teoría del Regolamento Colletivo dei Raporti di Lavoro*, Casa Editrice Dott, A. Milani, Padua, 1930, p.116-117.

51 STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) 330/2009 de 3 de diciembre (ECLI:ES:TSJLR:2009:891).

son las que justifican la exclusión del convenio y animan a la estimación del recurso a favor de la administración.

Se estudia ahora la detallada sentencia del Juzgado de lo Social 19 de Barcelona de 16 de febrero de 2015⁵² que conoció la demanda interpuesta por el sindicato CGT por conflicto colectivo contra Ferrocarril Metropolità de Barcelona en la que se denunciaba la vulneración del derecho a la libertad sindical por la exclusión de una parte de la plantilla del ámbito del convenio colectivo. La cuestión fáctica radicaba en una serie de elementos. El primero que el convenio deja fuera a una serie de categorías: los grupos del 1 al 5 que coincide con directivos y técnicos «DIT». Este colectivo tenía recogida una cláusula en el contrato de trabajo por la que empresa y persona trabajadora pactaban excluirse de la aplicación del convenio colectivo en vigor y de los que puedan alcanzarse en el futuro. El personal directivo y técnico tenía reconocido un reglamento de beneficios sociales. La empresa entregaba al comité de empresa copias básicas de los contratos, la información global sobre la masa salarial por año y número de empleados fuera de convenio. En otro procedimiento el juzgado de lo social que conoció del asunto consideró que este colectivo debía quedar fuera del proceso electoral y en el censo electoral para la RLT se identifica a los trabajadores que tienen la consideración de DIT. Por último en la web existía información sobre la estructura del personal y el marco retributivo del personal de convenio y fuera de convenio. Con todos esos elementos el sindicato actor CGT se planteaba la ilegalidad y discriminación consistente en dejar fuera de convenio a esos trabajadores que tienen la consideración de DIT. Según los hechos probados el ámbito de la exclusión se concreta en 325 personas de un total de 3.608 personas.

El razonamiento del órgano judicial comienza por señalar que la introducción unilateral de condiciones de trabajo puede ser lesiva de la libertad sindical cuando sean de trascendencia y se soslaye y evite la intervención de los representantes sindicales. Por su parte matiza que la exclusión es factible siempre que obedezca a criterios objetivos y no discriminatorios y no comporte una minoración de derechos en relación con la generalidad de la plantilla. La sentencia entiende que no cabe sustraer de la negociación colectiva a la RLT respecto de los DIT que no son alta dirección o consejeros. La cláusula que incorpora el contrato se estima contraria a derecho puesto que consta la renuncia en la aplicación de los convenios que se puedan suscribir a futuro. Reconoce el derecho de la RLT/ secciones sindicales a conocer de las condiciones de trabajo de los DIT incluidos nombres, apellidos y condiciones de trabajo. Finalmente estima parcialmente la demanda al apreciar que la práctica empresarial de excluir del ámbito de aplicación del convenio vigente y futuros al personal DIT, vulnera el derecho a la libertad sindical y la nulidad de la cláusula incorporada a los contratos del personal DIT que así lo establece.

Esta sentencia fue confirmada por el TSJ de Catalunya⁵³ de la que cabe destacar algún aspecto. Se reafirma en que la exclusión ha de contener criterios objetivos cuestión que en este caso brilla por su ausencia y es especialmente preocupante que la misma sea en el momento de la suscripción del contrato de trabajo lo que supone una renuncia de derechos no admisible a tenor del contenido del artículo 3.1 y 5 del Estatuto de los Trabajadores.

52 SJS (nº 19 de Barcelona) 16 de febrero de 2015 (versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS\2015\410).

53 STSJ de Catalunya (Sala de lo Social) 6129/2015 de 16 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TSJ-CAT:2015:9470).

En conclusión respecto a este asunto de Ferrocarriles de Barcelona se puede afirmar que lo que parece que atenta contra la negociación colectiva es la regulación consistente en que la empresa discrecionalmente ofrezca la exclusión de la aplicación del convenio a unos determinados trabajadores sin mayores límites. Aquí se estaría conculcando el derecho a la negociación colectiva en su vertiente a la libertad sindical.

Procede analizar un asunto en el que existía una posición más favorable para los trabajadores fuera de convenio lo que motiva hacer una comparación global de las condiciones de trabajo entre un colectivo y otro, y no aislar una condición concreta. Así, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en sentencia 2341/2021 de 19 de noviembre⁵⁴ que constata que la pretensión de que se les aplique unas condiciones específicas al personal fuera de convenio sin establecer una comparación en términos globales obvia lo dispuesto en el propio convenio colectivo y en los contratos de trabajo. Acudiendo a las cuestiones fácticas se trata de una demanda de conflicto colectivo presentada conjuntamente por APC Alcoa Avilés, Comisiones Obreras Asturias, Unión General de Trabajadores de Asturias y la Unión Sindical Obrera contra Alcoa Inespal Avilés en la que se solicitaba que al personal excluido de convenio se les aplicara el régimen sancionador recogido en el mismo. En primer lugar, hay que introducir que un número de trabajadores se les excluye del convenio, el colectivo «PFD» rigiéndose por lo dispuesto en su contrato individual. Para el tribunal, la exclusión del personal no es más que el fruto de la negociación colectiva pactada libremente por las partes. La razón por la que se suplica que al personal fuera de convenio se les aplique el convenio en ese punto es porque está sometido a un régimen disciplinario más severo que al previsto en la norma convencional. Al margen que tal cuestión no queda probada a criterio del órgano judicial, el enfoque de los sindicatos se estima erróneo, puesto que se debe comparar el conjunto de condiciones laborales de uno y otro grupo de trabajadores, siendo la única forma de determinar si la exclusión del colectivo del convenio les sitúa en una posición peor que al resto de personal bajo convenio. En consecuencia se desestima el recurso de suplicación presentado por las organizaciones sindicales avalando la exclusión del convenio colectivo para el colectivo afectado por el conflicto.

Como se está comprobando existe un repertorio dispar y a veces difícil de distinguir en relación con la resolución de los asuntos por los órganos judiciales. Es necesario rescatar la sentencia reciente del Tribunal Supremo 1130/2020 de 16 de diciembre⁵⁵ por su relevancia. Se trata de un litigio donde la empresa tiene una normativa interna para el personal fuera de convenio no negociado con los sindicatos. El propio convenio recoge como excluidos de convenio tanto perfiles de alta dirección como grupos profesionales de expertos y responsables de algunas áreas de Telefónica. Para el alto tribunal aquí no hay confrontación entre la voluntad individual y el convenio puesto que este no abarca las relaciones laborales del colectivo excluido. Siguiendo su razonamiento plantea que el sistema de relaciones laborales se ha configurado desde el convenio para determinar su exclusión de este y que no está vedado una posterior revisión de esta situación y su inclusión en la norma convencional. La resolución deja abierta una puerta y es que aunque la sentencia de instancia debate sobre una posible situación de desigualdad esto no fue planteado formalmente por el sindicato demandante.

54 STSJ de Asturias (Sala de lo Social) 2341/2019 de 19 de noviembre (ECLI:ES:TSJAS:2019:1786). La demanda se desestimó en la instancia por el juzgado de lo social y conoce el asunto en suplicación el TSJ.

55 STS (Sala de lo Social) 1130/2020 de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4490).

IV.III. Supuestos específicos

Se procede ahora el análisis de la doctrina judicial relacionada con colectivos o perfiles específicos.

IV.III. a) Profesores de religión

Como primer colectivo se encuentran los profesores de religión y su exclusión del ámbito personal del convenio colectivo. Esta casuística fue abordada por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003⁵⁶ en recurso de casación tras demanda de impugnación de convenio presentada por la Federación Estatal de Asociaciones de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas contra la Comunidad Autónoma de Madrid. La demanda fue estimada en la instancia por el TSJ de Madrid y se recurrió en casación por la administración autonómica. El conflicto atañe al personal laboral que presta servicios para la misma y que no forman parte del cuerpo de funcionarios docentes estando encargados de la enseñanza de religión católica en los centros públicos de educación. A este colectivo si se le aplicaba el convenio hasta el año 1999. Añadiendo otro dato fáctico están a cuenta y dependencia de la Comunidad de Madrid, les une una relación laboral temporal y la necesaria intervención episcopal en el otorgamiento de la declaración eclesiástica de idoneidad. La demanda buscaba la declaración de nulidad de la exclusión del ámbito del convenio de ese colectivo conforme el artículo 2.3 del convenio colectivo.

Procede analizar la resolución del Tribunal Supremo en la que se puede avanzar que el recurso es estimado, casando y anulando la sentencia de instancia del TSJ de Madrid de 20 de mayo de 2002⁵⁷. Tras un repaso de la doctrina constitucional, resalta que el principio de igualdad no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con la suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, lo que no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo carecen de poder negociador por sí solos y se ven apartados contra su voluntad de la aplicación del convenio colectivo.

En este caso concreto los trabajadores se ven representados por la Federación Estatal de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas luego no se parece al perfil de precarios sin representación. La sentencia de instancia entendió que esta exclusión vulneraba el propio acuerdo del Estado con la Santa Sede que prevé un trato igualitario para este colectivo y es en consecuencia contrario al artículo 14 de la Constitución española y el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Supremo discrepa de esta decisión trayendo al pleito lo ya dicho en otras sentencias del Alto Tribunal en el sentido que pese a que el legislador no lo haya declarado expresamente así este colectivo de forma objetiva tiene una relación laboral especial que emana del Acuerdo con la Santa Sede, que tiene la consideración de Tratado internacional y que se incorpora a nuestro ordenamiento conforme al artículo 94 de la Constitución española y el artículo 1.5 del código civil. Además, concurren en esta relación las notas de especial confianza y que pese a que prestan servicios para la administración pública no son seleccionados por esta. A esto se añade que la relación laboral no es indefinida, sino que son designados en cada anualidad por el Ordinario diocesano. En cuanto a la cuestión retributiva el propio acuerdo con la Santa Sede establece que esta

56 STS (Sala de lo Social) 6162/2003 de 9 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6162).

57 STSJ de Madrid (Sala de lo Social) 322/2002 de 20 de mayo de (ECLI:ES:TSJM:2002:6792).

materia se concertará entre la administración general del Estado y la Conferencia Episcopal Española, si bien es cierto que el desarrollo legislativo interno a través de la Ley 50/1998 y el Convenio de 26 de febrero de 1999 entre la comisión Episcopal y el Gobierno prevé la equiparación retributiva de los profesores de religión católica de educación infantil y primaria con los profesores interinos del nivel correspondiente de la administración. Todos estos factores hacen que a criterio del tribunal la exclusión al colectivo de profesores de religión católica del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid sea objetiva y razonable.

IV.III. b) Trabajadores contratados en el marco de subvenciones públicas

Otro colectivo relacionado con el estudio de la negociación colectiva es el de los trabajadores contratados de forma temporal por las administraciones locales al amparo de subvenciones públicas. Aquí hay que rescatar la saga que inicia la sentencia en pleno del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2019⁵⁸. En este caso se trata de un RCUd presentado por unos trabajadores, contratados al amparo del programa empleo joven 2014 según Decreto Ley 6/2014 de la Junta de Andalucía, contra el Ayuntamiento de Monachil en el que se solicitaba una serie de cuantías salariales que derivan de la aplicación del convenio colectivo del sector de la construcción en el caso que esto proceda. Aquí se daba la particularidad que el ayuntamiento no tenía convenio colectivo propio y la empleadora aplicaba las condiciones conforme a las instrucciones de la Junta de Andalucía y que se situaban en un plano intermedio, por encima del salario mínimo, pero por debajo de las condiciones del sector. Lo notorio de esta sentencia es que el Tribunal Supremo se pronuncia porque la solución jurídica más adecuada es que los ayuntamientos suscriban sus propios convenios para regular sus condiciones laborales lo que hace vislumbrar que la exclusión de estos trabajadores simplemente por ser contratados a través de una subvención pública no tiene justificación. En este caso el Tribunal Supremo desestima el recurso de los trabajadores al entender que no se puede imponer el convenio colectivo de sector a la administración pública cuando no existe una realización de actividades habitual y constante encuadrable en el convenio colectivo de sector, sumándose a otros factores como que las corporaciones no forman parte de la negociación de este y operan con una lógica ajena al mercado no pudiéndose imponer de forma automática dichos salarios.

Avanzando en el argumento anterior es de rescatar la sentencia del Tribunal Supremo 564/2020⁵⁹. Se trata de un RCUd presentado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares. El procedimiento nace por la demanda de unos trabajadores contra el Ayuntamiento de Alcalá de Henares. En el contrato de trabajo constaba una cláusula adicional que recoge que están financiados con fondos recibidos por el SEPE distribuidos para su gestión por la CAM. La norma colectiva aplicable es el acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Alcalá de Henares. La demanda fue desestimada en la instancia. Los trabajadores recurrieron en suplicación y el recurso fue estimado revocándola y condenando a la demandada a abonar a los actores las cantidades reclamadas en concepto de diferencias salariales. El litigio como se ha avanzado consiste en determinar si los actores tienen derecho a percibir el salario previsto en el acuerdo colectivo reseñado. La corporación en su recurso

58 STS (Sala de lo Social) número 333/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1953). Reiteran el criterio las siguientes resoluciones de la misma sala: STS 334/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1956); STS 335/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1977) y STS 336/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1954)

59 STS (Sala de lo Social) número 564/2020 de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2566).

se ampara en que se debe excluir al personal afectado del convenio colectivo al estar los contratos de trabajo financiados. Para la resolución del caso el Tribunal Supremo se apoya en los argumentos contenidos en la sentencia anterior y en otras como la de 22 de mayo de 2020, para señalar una serie de cuestiones que avalan la aplicación del convenio colectivo de la corporación para estos trabajadores. En primer lugar la existencia de un convenio colectivo propio y la aplicación del Estatuto de los Trabajadores sin que se pueda amparar en una norma autonómica que no tiene competencia para regular las relaciones laborales. En segundo lugar no hay base para defender que el demandante ha de quedarse extramuros del convenio colectivo cuando tampoco hay evidencia que exista un convenio entre la corporación y el SEPE. Por todo ello se desestima el recurso del ayuntamiento.

Por último es pertinente acudir a la doctrina judicial contenida en una sentencia más antigua del TSJ de Andalucía de 15 de abril de 2009⁶⁰ en la que se determinó que dos colectivos que sustancialmente hacían lo mismo y tenían diferencia retributiva en función de la aplicación de un acuerdo a uno y al otro no, estaba justificada la diferencia de trato puesto que la licitación y la financiación era de fuente distinta y siendo dos colectivos diferenciados, desestima que se haya vulnerado el principio de igualdad y de no discriminación.

IV.III. c) Personas trabajadoras de contratas y subcontratas

Se ha constatado en el estudio que hay convenios colectivos que excluyen de su ámbito de aplicación a las personas trabajadoras que prestan servicios para empresas contratadas o subcontratadas por la empresa principal. Este es un asunto de gran complejidad que desborda el ámbito del presente estudio. Sin entrar en el ámbito de la cesión ilegal y las consecuencias jurídicas de conductas patológicas habrá que analizar algunos aspectos sobre este punto. Cabe precisar que los convenios que excluyen a este tipo de personal son de empresa, lo que tiene una base evidente al no ser personal empleado por la principal, aunque en la hipótesis que este tipo de contenidos se recojan en convenios de sector el asunto reviste de una mayor problemática.

La jurisprudencia contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2020⁶¹ analiza un convenio que entraba a la regulación de la norma convencional aplicable a las personas trabajadoras en contratas y subcontratas. Este asunto emana de una demanda de impugnación del convenio colectivo presentada para el sector de hostelería de la provincia de Alicante presentada por Comisiones Obreras en el que se cuestionaba el artículo 20, entre otros, en el que se establecía para las empresas incluidas en el ámbito del convenio la obligación, en el caso que contraten o subcontraten una serie de tareas propias de la hostelería, de incluir en el contrato mercantil que las empresas contratistas cumplirán con las obligaciones salariales establecidas en el convenio así como las obligaciones que emanan de los artículos 42 y 64 del Estatuto de los Trabajadores. Por último se añadía que la empresa principal responde subsidiaria y solidariamente en su caso, en las obligaciones previstas en ese artículo del convenio colectivo sectorial. La sentencia de instancia puesta por el TSJ de la Comunidad Valenciana estimó parcialmente la demanda pero desestimó la impugnación de una serie de artículos y en particular este artículo 20 que entendió ajustado a derecho lo que motiva también la desestimación del recurso de casación presentado por CCOO.

60 STSJ de Andalucía (Sala de lo Social, sede en Granada) 992/2009 de 15 de abril (ECLI:ES:TSJAND:2009:15740).

61 Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 250/2020 de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:1718).

La Sala en su razonamiento parte de la licitud de la externalización como expresión de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución española para lo que la ley puede establecer una serie de límites. En el examen que hace la Sala del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, anterior al texto actual tras la reforma laboral del actual gobierno⁶², recoge que no regula el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas o subcontratistas. Ello es así puesto que la delimitación del ámbito funcional del convenio colectivo corresponderá a los sujetos legitimados en el ámbito concreto de cada negociación. Esta decisión de no inmiscuirse por el legislador en la aplicación del convenio colectivo, más allá de las reglas expuestas, contrasta con su intervención en el campo de las ETT donde establece que se deben respetar las condiciones de trabajo esenciales establecidas en los convenios colectivos de las empresa usuarias⁶³. Es más, hay planteamientos que rebajan el grado de la reciente reforma laboral si bien parece existir consenso en que el texto busca limitar el uso del convenio colectivo de empresa como forma de degradar las condiciones salariales del sector⁶⁴. También se ha apuntado a que la apuesta por la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal en las contrataciones supone un problema de técnica jurídica⁶⁵ aunque otros sectores de la doctrina siguen planteando que es posible la aplicación del convenio colectivo de la principal amparándose en la regulación para las ETT y en alguna respuesta de la doctrina judicial que ha admitido tanto las cláusulas inclusivas como las extensivas en los convenios⁶⁶. Se concluye claramente en la sentencia que: «*las contrataciones o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal*»⁶⁷. De esto se infiere que si esa aplicación no compelia a las empresas contratistas o subcontratistas menos amparo tendrá la inclusión en el convenio colectivo de la principal de trabajadores que formalmente no prestan sus funciones para ellas.

Esa sentencia no pudo analizar la actual regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. El texto vigente ha dado lugar a mucho debate en la doctrina sobre su alcance así como las expectativas generadas previamente⁶⁸, se ha limitado a recoger que se aplicará

62 Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, Boletín Oficial del Estado núm. 313, de 30 de diciembre de 2021, pp. 166882-166935, convalidado por resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, Boletín Oficial del Estado núm. 33, de 8 de febrero de 2022, páginas 16140-16140

63 MONEREO PÉREZ, J.L. Este autor postula la necesidad de acometer esta reforma, de lo que también está de acuerdo MIÑARRO YANINI, M.

64 En estos términos se pronuncia DURÁN LÓPEZ, F. cuando defiende que ni el convenio de sector afecta al de empresa ni el de empresa al de sector salvo que se negocie un convenio de empresa cuando se encuentra en vigor uno sectorial en lo previsto en la materia salarial.

65 Para LAHERA FORTEZA, J. esta decisión de política legislativa podría incurrir en el problema de aplicar el convenio a empresas que no han negociado el mismo.

66 Esta es la salida que plantea MIÑARRO YANINI, M. en su comentario de la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 815/2022 y apoyándose en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 30 de diciembre de 2019.

67 Fundamento Jurídico tercero de la referida sentencia.

68 MONEREO PÉREZ, J.L. califica a los cambios introducidos en la reforma laboral de 2021 en materia de subcontratación como que «no han sido tan ambiciosos como era previsible en su momen-

a las empresas contratistas o subcontratistas el convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III del Estatuto de los Trabajadores. Se añade como excepción que si la empresa contratista o subcontratista tiene convenio colectivo propio se aplicará este apartando la regla anterior. La duda es si esta regulación es sobre la externalización que se refiere a la «propia actividad de la principal» o abarcaría a todas las contrataciones lo que parece que se impone en la doctrina académica⁶⁹ aunque sigue siendo un debate abierto. En conclusión y en principio se puede afirmar que los convenios colectivos que recojan que estos no se aplican para trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas tiene encaje legal sin perjuicio de la posible extensión de estos en cuanto a los convenios sectoriales cuando esas empresas no tengan convenio propio en los términos vistos anteriormente.

V. CONCLUSIONES

Como primera cuestión el uso de este tipo de limitaciones en la aplicación del convenio colectivo debe ser con moderación puesto que una aplicación extensiva de estas fórmulas puede provocar un vaciamiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. No obstante se está lejos de alcanzar tal realidad fáctica puesto que su uso es limitado en los términos que a continuación se van a valorar.

Se ha podido constatar como gran parte de los convenios colectivos que apuestan por limitar el ámbito personal de estos lo hacen en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo que ha venido a admitir la exclusión del personal directivo y definiciones o situaciones análogas. El argumento fundamental que objetiva esta medida es la especial confianza y responsabilidad lo que lleva a que el contenido del contrato no sea equiparable al del resto de trabajadores bajo convenio.

Sin embargo, se observa que descendiendo en la escala del organigrama mercantil existen otros puestos como técnicos cualificados, jefes de sección o área, donde existe un interés por parte de las empresas en excluirlos del ámbito de aplicación de los convenios. Son perfiles más difusos que necesitan estar asistidos de objetividad y no arbitrariedad para que superen los filtros de la legalidad.

Existen desde luego algunos supuestos en alto riesgo como son aquellos con redacciones que contienen un porcentaje global de la plantilla o la afectación a categorías ordinarias o

to» (p. 260). Otros autores plantean que partimos de un problema histórico como falta de regulación en materia de subcontratación (VILA TIERNO, F. A.). Incluso voces que han asesorado en la culminación de la reforma reconocen que será necesario abordar una modificación que coordine mejor a los convenios sectoriales con los de empresa (BALLESTER PASTOR, M.A.).

69 Así se han pronunciado autores como LAHERA FORTEZA, J. que aboga por que la exclusión expresa en la D.A. 27 del ET de los centros especiales de empleo de esta regulación carecería de sentido si se estuviera hablando únicamente de las contrataciones de propia actividad. Comparte esta postura ROJO TORRECILLA, E. o BELTRÁN HEREDIA, I. que suma un argumento y es su ubicación en el texto, anterior a los apartados 3 y 4 que no se ciñen a las contrataciones de propia actividad. Más reticente a esta interpretación se encuentra MONEREO PÉREZ, J.L. planteando que el artículo 42 del ET se refiere a las contrataciones de propia actividad.

comunes en la empresa. También se percibe como problemático o insuficiente como justificación que se escude la redacción del convenio en el acuerdo entre empresa y persona trabajadora debiéndose reunir razones objetivas para ello.

En cuanto a los perfiles colectivos en discusión hay una línea clara entre precariedad y no precariedad. Si son colectivos con fuerza negociadora la exclusión que nace de la propia negociación colectiva puede tener amparo. En tal sentido conviene destacar el caso de los profesores de religión donde se asocia afiliación con fuerza negociadora lo que es una nueva muestra de nuestro marco de relaciones laborales sindicalizado. En sentido contrario se encuentran los sectores temporales de la Administración como precarizados y cuya exclusión es contraria a nuestro ordenamiento.

En este campo de la exclusión del ámbito personal no existe una libertad absoluta a favor de los negociadores de los convenios colectivos y ante situaciones de exclusión y de discrecionalidad entrará en liza el principio de igualdad y no discriminación debiendo concurrir razones objetivas para poder justificar esa limitación en la fuerza vinculante de los convenios colectivos. En tal sentido la salvaguarda de muchos textos al amparo de la voluntariedad expresada entre el acuerdo suscrito por empleador y persona trabajadora tiene corto alcance puesto que habrá que estar a los cánones constitucionales de la medida aplicada para que encuentre apoyo en nuestro ordenamiento legal.

La casuística limítrofe entre la legalidad y la ilegalidad de lo pactado en el convenio colectivo persistirá. Es aquí donde la doctrina judicial seguirá interviniendo, teniendo suma importancia el contexto y la justificación de los negociadores en lo pactado. Como se ha podido ver existe una doctrina asentada pero que tiene la tarea de seguir evolucionando ante los nuevos retos de las relaciones laborales.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.

BELTRÁN HEREDIA, I., «Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contratas y subcontratas y el «trabajo externalizado» (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)», en *una mirada crítica de las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>

CABEZA PEREIRO, J. *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2018.

CARNELUTTI, F., *Teoría del Regolamento Colletivo dei Raporti di Lavoro*, Casa Editrice Dott, A. Milani, Padua, 1930.

DURÁN LÓPEZ, F., «Reforma Laboral: fuese y no hubo nada», en *Cinco Días*, 2021, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/12/27/opinion/1640602431_546993.html

- GALLO LLANOS, R. «los acuerdos individuales en masa como forma para regular relaciones de trabajo y posible vulneración del derecho a la negociación colectiva: criterios jurisprudenciales», en *Tribuna*, págs. 1-7.
- LAHERA FORTEZA, J., *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- MERCADER UGUINA, J., *Salarios y crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 227-256.
- MIÑARRO YANINI, M., «El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores», en *Diálogos con la jurisprudencia*, págs. 161-169.
- MONEREO PÉREZ, J.L., «Subcontratación empresarial y reforma laboral», en *La Reforma Laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, obra colectiva, director Monereo Pérez J.L., Rodríguez Escanciano, Susana, Rodríguez Iniesta, Guillermo, coordinador: Ortiz Castillo, Francisco, Laborum, Murcia, págs. 259-372.
- MONTOYA MELGAR, A., «El ámbito personal del derecho del trabajo: Tendencias actuales», en *Revista doctrinal Aranzadi*, núm. 3/2006, págs. 1-12.
- ROJO TORRECILLA, E., «La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, págs. 77-117.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. «El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Villa del Mar, núm. 5, 2011, págs. 129-150.
- VILA TIERNO, F. A., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva, al hilo de la reforma del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.