



ANTRÀS



ABRIL 2023

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Abril 2023



La determinación del convenio colectivo en las contratas y subcontratas.

La determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de contratas y subcontratas constituye una materia que fue objeto de regulación expresa por primera vez con la reforma operada por el RDL 32/2021. El legislador introdujo un nuevo redactado en el art. 42.6 ET:

“El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84.”

La reforma, apartándose de la reclamación efectuada desde ciertas posiciones de aplicar un régimen similar al de las ETTs, consistente en la aplicación del convenio aplicable a la empresa principal, se limitó a asumir la posición mantenida por los tribunales: la aplicación del convenio sectorial aplicable a la actividad contratada o subcontratada. Resulta interesante resaltar los aspectos más destacados y, en su caso, controvertibles que presenta la regulación:

- La regulación del art. 42.6 se aplica a las empresas contratistas y subcontratistas, con independencia del tipo de actividad

contratada o subcontratada, sea de propia actividad o no, y ya sea esta una empresa multiservicios o una empresa con un objeto social clásico o tradicional. La ausencia de referencia alguna a la tipología de contrata o subcontrata realizada, a diferencia de lo que ocurre en el apartado primero del art. 42 y la expresa inclusión de toda empresa “con independencia de su objeto social o forma jurídica” refuerzan una interpretación amplia.

- Aunque la norma se refiere al “convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas” parece que debería entenderse referido al convenio de aplicación a los trabajadores empleados en ese tipo de forma organizativa y no, por ejemplo, para el personal de estructura que presta servicios directamente para la empresa contratista y no para la empresa cliente.
- La regla general será la aplicación del convenio “del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”, hay que entender conforme había determinado la jurisprudencia que será la actividad realmente desarrollada por los trabajadores o, en palabras, de la sentencia del Tribunal Supremo 438/2020, de 11 de junio, “las relaciones laborales en la contrata o subcontrata quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad



que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata”. Ello puede suponer, en el caso de las empresas multiservicios pero también en el de empresas contratistas “clásicas”, que, a salvo de que cuenten con un convenio de empresa, deban de aplicar varios convenios sectoriales cuando estén desarrollando contratas pertenecientes a sectores diferenciados.

- La regla general (aplicación del convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata) cuenta con tres importantes excepciones: 1) “que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”; 2) que la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio; 3) contratas o subcontratas suscritas por centros especiales de empleo. Siendo las dos primeras las que más dudas y cuestiones suscitan.

- Primera excepción: la existencia “de otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”. Estamos ante la excepción que mayores dudas suscita. No en vano, no acaba de entenderse que en una norma que pretende regular específicamente la determinación del convenio aplicable a las empresas contratistas se establezca como excepción la aplicación de las reglas generales que son las que se contienen en aquel Título III. A la espera de lo que puedan señalar los Tribunales, una opción interpretativa sería considerar que estamos ante un llamamiento a que la negociación colectiva pueda establecer como convenio aplicable otro distinto al sectorial, por ejemplo, el aplicable a la empresa principal. Ello, en cualquier caso, requeriría que el convenio que estableciese dicha regulación alternativa fuese aplicable a la empresa contratista o subcontratista.

- Segunda excepción: “cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con

un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”. El legislador, en el caso de que la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio le otorga preferencia frente al sectorial aplicable a la actividad desarrollada en la contrata. Aunque aún no tenemos jurisprudencia al respecto parece lógico pensar que la excepción se circunscribirá a los convenios estatutarios de empresa, no por lo tanto, a los extraestatutarios, acuerdos de empresa ni convenios de ámbito inferior (por ejemplo, de centro de trabajo). La referencia al art. 84 del TRLET supone que dicho convenio deberá ajustarse a las reglas de concurrencia establecidas en dicho precepto, también a la preferencia aplicativa que con relación a determinadas materias se continúa reconociendo en el art. 84.2 del TRLET.

- Tercera excepción: a las contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo, conforme a la Disposición Adicional 27^a, no les será de aplicación el artículo 42.6 del TRLET. Así, en el caso de que la empresa contratista o subcontratista sea un centro especial de empleo, parece que las relaciones laborales de estos centros especiales se seguirán rigiendo por los convenios colectivos del propio “sector” de centros especiales de empleo.

- Una advertencia. La aplicación del convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata determinará que una misma empresa pueda tener trabajadores a los que resulten de aplicación más de un convenio. A la hora de determinar el convenio aplicable habrá que estar a la delimitación del ámbito de aplicación que se efectúe en dicho convenio y, en ningún caso, la empresa podrá efectuar una selección que implique una aplicación discriminatoria de convenios. Es este caso, resuelto muy recientemente por el



Tribunal Supremo en el que una empresa multiservicios aplicaba el convenio de limpieza a las trabajadoras de sexo femenino empleadas en las tareas de limpieza de la estación de trenes de Cuenca, mientras que aplicaba el estatal de contratas ferroviarias (con salario más alto) al trabajador varón empleado en la misma estación. El Tribunal Supremo considera que ambas actividades

estaban incluidas en el ámbito del convenio de contratas ferroviarias recordando que la STC 145/1991 afirmó que la discriminación directa no admite justificaciones, y en ella se residenciaría la que derive de normas o prácticas que asignan a la mujer un salario inferior al hombre en caso de trabajos iguales.

Delimitación del ámbito de constitución de los órganos de representación unitaria. Una cuestión regida por la ley.

La elección por parte de los trabajadores de sus órganos de representación unitaria (comités de empresa y delegados de personal) está regulada en los [arts. 61 a 76 del TRLET](#) y el procedimiento electoral que debe seguirse en el [Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre](#), por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (en el sector público la regulación la establecen, entre otras, los arts. 31 a 46 y Disp. transitoria 5ª del [Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; parcial y transitoriamente, la [Ley 9/1987, de 12 de junio](#), de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y el [Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre](#), por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado).

En las líneas que siguen trataremos de exponer los grandes rasgos de la regulación en el ámbito privado. Un análisis que deviene especialmente necesario por cuanto,

como ha dejado de manifiesto una reciente sentencia del Tribunal Supremo, constituye el único marco normativo aplicable en lo que se refiere a la determinación del ámbito de constitución y conformación de tales órganos. De conformidad con dicha sentencia, la negociación colectiva podrá mejorar o concretar los derechos y competencias reconocidos legalmente a la representación legal de los trabajadores pero no podrá modificar el ámbito de constitución de dichos órganos para, por ejemplo, facilitar su constitución en empresas que presenten un elevado grado de dispersión geográfica de su plantilla.

Veamos cuales son las características del marco normativo y su interpretación jurisprudencial:

- El punto de referencia es el centro de trabajo. La denominación, comité de empresa, no puede conducirnos a error, tanto el comité como los delegados de personal se deberán constituir, como regla general, a nivel de centro de trabajo. Es en el ámbito del centro donde deberán de convocarse y desarrollarse las elecciones, donde deberán computarse los trabajadores que conforman la plantilla a los efectos de



determinar el tipo de órgano que debe constituirse (comités de empresa/delegados de personal) y el número de sus miembros (conforme a las escalas del art. 62.1 y 66 del TRLET).

- La superación del centro de trabajo como ámbito de referencia, permitiéndose la agrupación de uno o más centros de trabajo, sólo será posible en un supuesto (art. 63.2 TRLET): cuando en la misma provincia o en municipios limítrofes existan dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Si algunos centros tienen cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro, siempre y cuando alcancen el número de 50 trabajadores tal y como ha precisado la jurisprudencia.

- El Tribunal Supremo ha considerado que no cabe incluir en esa agrupación de centros a los efectos de constituir un comité de empresa conjunto, a los centros de trabajo que tengan 10 o menos trabajadores.

- También el Tribunal Supremo ha considerado que no cabe operar esa agrupación de centros de trabajo ubicados en la misma provincia o municipios limítrofes a los efectos de elegir un delegado de personal conjunto. Así, por ejemplo, no será posible agrupar dos centros de trabajo, ubicados en la misma provincia, con 5 trabajadores cada uno para escoger un delegado de personal conjunto.

- Como señalábamos al inicio de este comentario, el Tribunal Supremo ha indicado el carácter indisponible de estas normas para la negociación colectiva, que

no podrá modificarlas: “las normas que establecen el procedimiento electoral de los representantes de los trabajadores tienen, en general el carácter de no disponibles y esta previsión se aplica, específicamente para las reglas que rigen en la determinación de las unidades electorales y el mapa electoral, como se deriva de su propia redacción que contiene previsiones imperativas y cerradas que conducen a considerarlas como normas de orden de imposible modificación por la autonomía colectiva (...) Por ello, las normas que regulan la obtención de representantes han de tener el carácter de derecho necesario absoluto para que rijan las mismas normas en todos los procesos electorales”.

- Lo que sí podrá la negociación colectiva es prever y regular la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de trece miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro. Estamos ante un órgano de segundo grado que representa a los distintos órganos de representación que puedan existir en la empresa, de ahí que en su constitución se deba de respetar la proporcionalidad existente a nivel de los comités de empresa y delegados de personal considerados globalmente en el momento de su constitución con independencia de las vicisitudes posteriores, proporcionalidad en la que hay que tener en cuenta, también, los puestos obtenidos por candidaturas independientes o no sindicales.

- La imperatividad de las reglas relativas a la representación unitaria contrasta con el amplio margen de autonomía sindical que se reconoce en relación a la representación sindical (secciones sindicales y delegados sindicales): previsión expresa de la intervención de la autonomía colectiva en la delimitación del número



de representantes a elegir (art. 10.2 de la LOLS) y capacidad del sindicato de fijar la unidad de representación que determinará dónde hayan de computarse los 250

trabajadores que fija la LOLS a los efectos de tener un delegado sindical (número también reducible por convenio o decisión unilateral empresarial).

En marcha el programa piloto de la jornada laboral de 4 días.

En el BOE del pasado 13 de abril se publicó el extracto de la [Resolución de 11 de abril de 2023, de la Fundación EOI, F.S.P.](#), por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de ayudas dirigidas al impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral.

La propia resolución remite, para comprobar los requisitos exigibles y demás circunstancias relativas a estas ayudas, a la Orden ICT/1238/2022, de 9 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de estas subvenciones. Pueden encontrar un resumen en nuestro [Newsletter de diciembre](#).

El plazo de presentación de solicitudes finalizará el lunes 15 de mayo de 2023.

Consumo de sustancias estupefacientes en el trabajo.

La toxicomanía o embriaguez habitual que repercutan negativamente en el trabajo pueden constituir conforme el art. 54.2.f) del ET un incumplimiento contractual que puede desembocar, en los supuestos en los que concurran las notas de gravedad, habitualidad y repercusión negativa en el trabajo, en un despido disciplinario. Sin embargo, en determinados supuestos, el consumo de drogas o la embriaguez, por sí solas, sin la necesidad de la concurrencia de la habitualidad o la repercusión negativa, puede suponer una “transgresión de la buena fe contractual” que determine, en sí misma, el despido disciplinario. Un ejemplo de ello lo encontramos en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2023 que declara procedente el despido de un conductor de autobuses que en un trayecto habitual de su ruta de ida y vuelta es interceptado por un control rutinario de la Guardia Civil, que le practica la prueba de alcoholemia y drogas. Siendo el resultado de esta última positivo, la consecuencia es que se inmoviliza el vehículo, la empresa desplaza a dos conductores a la zona para finalizar el trayecto y se reciben numerosas quejas de los viajeros del autobús, debiendo la empresa devolver el importe de los billetes. Aunque el Juzgado declaró el despido procedente, el Tribunal Superior de Justicia lo consideró improcedente por considerar que el Convenio Colectivo únicamente consideraba que esas situaciones de consumo sólo operaban como causa de despido cuando tuviesen una efectiva influencia en la conducción, máxime cuando el rastro en sangre de muchas de estas sustancias perdura varios días desde el momento de su consumo y desde que cesó su influencia en las facultades cognitivas y volitivas del consumidor. Al no haber quedado acreditado que la conducción del actor se hubiera visto influida por el consumo de



sustancias tóxicas, la conducta —reprochable desde otra perspectiva— no resultaba, a juicio de la sala de suplicación, suficiente para justificar el despido.

El Tribunal Supremo, sin embargo, va a considerar que el despido es procedente por entender que, en aplicación de la normativa convencional aplicable no se exige condicionante adicional alguno, la mera superación de la tasa de alcoholemia constituye en sí misma un incumplimiento muy grave y la conducción «bajo los efectos de drogas» no requiere pruebas que acrediten la irregular conducción. Para el Tribunal resulta relevante la singular naturaleza de la actividad desarrollada, la asunción de un riesgo probado como es el que hubo consumo de drogas y que el mismo se produce pese al conocimiento de que está absolutamente prohibido en un conductor profesional hacerlo, vulnerando la confianza que la empresa deposita en un trabajador que transporta pasajeros y debe ser extremadamente cuidadoso con todos aquellos comportamientos que puedan afectar a la seguridad vial, tanto de los usuarios del servicio, como del resto de conductores y viandantes, provocando un deterioro de la imagen de la compañía y perturbaciones para los usuarios y la empresa.

La información contenida en este Boletín constituye una síntesis que no puede ser aplicada sin un asesoramiento legal previo.
Quedamos a su disposición para cualquier comentario o aclaración sobre la información contenida en este documento en: newsletter@antras.net.