

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA. 2008

Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos



INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES

NIPO: 790-09-177-3



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN



Govern
de les Illes Balears

Conselleria
de Treball i Formació

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA. 2008

Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos



INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES

NIPO: 790-09-177-3



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN



Govern
de les Illes Balears

Conselleria
de Treball i Formació

La negociación colectiva
en el sector de la hostelería. 2008

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Relaciones Laborales Núm. 93

La negociación colectiva en el sector de la hostelería. 2008

Autores:

Remedios Roqueta Buj
*Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia*

Margarita Tarabini-Castellani Aznar
*Profesora Titular. Universidad de las Islas
Baleares*

Erik Monreal Bringsvaerd
*Profesor Titular. Universidad de las Islas
Baleares*

Magdalena Llompart Bennàssar
*Profesora Titular. Escuela Universitaria
de la Universidad de las Islas Baleares*

Javier Thibault Aranda
*Profesor Titular. Universidad Autónoma
de Barcelona*

Ángel Jurado Segovia
*Doctor en Derecho. Investigador
de la Università degli studi di Milano*

La presente obra se ha realizado a instancia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, conforme al Programa de Estudios 2007 del Ministerio de Trabajo e Inmigración; su publicación se ha realizado en el marco del Programa Editorial 2009 del citado Ministerio, conforme al Convenio de Colaboración suscrito entre dicho Departamento y la Conselleria de Treball i Formació del Gobierno de las Illes Balears para su coedición, habiendo sido financiada por dicho Gobierno.

© Ministerio de Trabajo e Inmigración. España

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo e Inmigración

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mtin.es

Internet: www.mtin.es

NIPO: 790-09-187-5

ISBN: 978-84-8417-345-8

Depósito legal: M-43367-2009

Impreso en papel reciclado y libre de cloro

Imprime: Artesa, S. L.



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN.....	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I. LA ESTRUCTURA Y LA ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	19
I. Introducción.....	20
II. El proyecto articulador del III ALEH.....	22
1. La eficacia jurídica y personal del III ALEH	22
2. La estructura y articulación del sector.....	22
2.1.La estructura del sector.....	22
2.2.El reparto material.....	23
2.3.Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad	28
III. El seguimiento del diseño del III ALEH en la negociación colectiva de ámbitos inferiores	30
1. El ámbito supraempresarial	31
1.1.La estructura existente y la definida.....	31
1.2.El reparto material.....	32
1.2.1. La clasificación profesional y la movilidad funcional.....	35
A) La clasificación profesional	35
B) La movilidad funcional	38
1.2.2. Los contratos formativos.....	39

	<u>Pág.</u>
1.2.3. La formación profesional	41
1.2.4. El régimen disciplinario	42
1.2.5. La solución extrajudicial de conflictos.....	43
1.2.6. La subrogación de colectividades.....	43
1.2.7. Las demás materias	44
1.3. Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad	45
2. El ámbito empresarial.....	46
2.1. La estructura existente y la definida.....	46
2.2. El reparto material.....	46
2.2.1. La clasificación profesional y la movilidad funcional.....	47
2.2.2. Las demás materias	48
2.3. Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad	49
IV. Conclusiones.....	50
 CAPÍTULO II. LA POLÍTICA DE EMPLEO.....	 55
I. Introducción.....	56
II. Pluriempleo.....	56
III. Formación profesional.....	57
1. Formación profesional y contrato de trabajo.....	58
1.1. Contratación y ascensos	58
1.2. Complementos retributivos y prestaciones socia- les.....	59
1.3. Los específicos derechos de promoción y forma- ción profesional en el trabajo (art. 23 ET).....	60
1.4. Suspensión del contrato de trabajo.....	67
1.5. Extinción del contrato de trabajo por falta de adap- tación a los cambios tecnológicos	69
2. La formación profesional continua.....	70
2.1. Las iniciativas formativas.....	72
2.2. Órganos paritarios en materia de formación conti- nua.....	74
2.3. La formación continua como obligación de los trabajadores y los tiempos empleados en la mis- ma.....	78

	<u>Pág.</u>
IV. Garantías frente a la descentralización productiva	80
1. Transmisión de actividades. Regímenes convencionales de subrogación empresarial.....	80
1.1.Regulación en el III ALEH.....	82
1.2.Regulación en los convenios de ámbito autonómico y provincial.....	90
2. Otras cláusulas relativas la contratación de servicios con terceros.....	93
3. El suministro de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal.....	95
V. Conclusiones.....	97
CAPÍTULO III. EL INGRESO EN LA EMPRESA.....	101
I. Introducción.....	102
II. La selección y las preferencias en el empleo.....	103
III. El período de prueba.....	104
IV. La contratación temporal	108
1. El contrato para obra o servicio determinados	108
2. El contrato eventual por circunstancias de la producción.....	109
3. El contrato de interinidad	115
4. Otras previsiones en materia de contratación temporal.....	115
V. El contrato de trabajo fijo discontinuo.....	118
VI. El contrato de trabajo a tiempo parcial	123
VII. Los contratos formativos	125
1. El contrato para la formación	126
2. El contrato de trabajo en prácticas.....	134
VIII. Conclusiones.....	138
CAPÍTULO IV. LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y LA MOVILIDAD FUNCIONAL	141
I. Introducción.....	142
II. La clasificación profesional	143
1. El III ALEH	143
2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales	149
2.1.Los incumplimientos	150
2.2.Las particularidades.....	151

	<u>Pág.</u>
2.3.La clasificación a efectos económicos	152
3. Los convenios colectivos empresariales.....	153
III. La movilidad funcional.....	154
1. El III ALEH	154
2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales	156
3. Los convenios colectivos empresariales.....	159
IV. Los ascensos	159
1. El III ALEH	159
2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales..	160
3. Los convenios colectivos empresariales.....	163
V. Conclusiones.....	163
CAPÍTULO V. EL TIEMPO DE TRABAJO.....	165
I. Introducción.....	166
II. Jornada.....	166
1. Jornada ordinaria máxima diaria	167
2. Jornada ordinaria máxima anual.....	169
3. Jornada máxima total.....	171
4. Cómputo de la jornada.....	175
5. Distribución de la jornada máxima ordinaria	176
5.1. Distribución de la jornada ex artículo 34.2 del ET...	177
5.2. Distribución irregular ex artículo 35 del ET.....	181
III. Descansos legales	182
1. Pausa durante la jornada diaria.....	183
2. Descanso diario.....	184
3. Descanso semanal.....	186
4. Fiestas laborales.....	189
5. Vacaciones	191
IV. Horario de trabajo.....	197
1. Horario nocturno.....	200
2. Trabajo a turnos	201
3. El calendario laboral.....	204
V. Conclusiones.....	205
CAPÍTULO VI. EL SALARIO.....	209
I. Consideraciones generales.....	210

	<u>Pág.</u>
II. Percepciones extrasalariales	211
1. Indemnizaciones y suplidos.....	211
2. Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.....	215
3. Indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos.....	216
III. Percepciones salariales	217
1. Salario en metálico y en especie.....	217
2. Estructura y cuantía salarial.....	222
2.1.Salario base y otros conceptos asimilables. Especial referencia a las pagas extraordinarias.....	222
2.1.1. Salario base.....	222
2.1.2. Otros conceptos asimilables. Especial referencia a las pagas extraordinarias	224
2.2.Complementos salariales.....	229
2.2.1. Relativos a las condiciones personales del trabajador.....	229
2.2.2. Relativos al trabajo realizado	234
A) Complementos de puesto de trabajo.....	234
B) Complementos por calidad o cantidad de trabajo realizado.....	241
IV. Cláusulas de descuelgue salarial.....	243
V. Conclusiones.....	247
CAPÍTULO VII. DERECHOS FUNDAMENTALES	249
I. Introducción.....	250
II. Igualdad y no discriminación, en especial entre hombre y mujeres.....	250
III. Conciliación de la vida laboral, personal y familiar	254
IV. Tutela frente las diversas formas de acoso en el trabajo....	261
1. Prevención y protección frente a las conductas de acoso ..	262
2. Sanción disciplinaria de las conductas de acoso	270
V. Conclusiones.....	276
CAPÍTULO VIII. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	279
I. Consideraciones generales.....	280

	<u>Pág.</u>
II. Los aspectos negociables en materia de seguridad y salud laboral	281
III. Contenido de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral.....	283
1. Cláusulas de vinculación general	283
2. La evaluación, la planificación y gestión del riesgo....	286
3. Organización técnica de la prevención en la empresa .	288
4. Equipos de trabajo y medidas de protección individual.....	290
5. Información y formación a los trabajadores	292
6. Medidas en caso de riesgo grave e inminente.	294
7. Vigilancia de la salud.....	296
8. Protección de determinados trabajadores.	301
9. Derechos de participación y de representación de los trabajadores.....	304
10. Comisiones de Seguridad y Salud	309
11. Otras cuestiones.....	313
IV. Conclusiones	315
CAPÍTULO IX. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.....	319
I. Introducción.....	320
II. Incapacidad temporal.....	320
1. Complementación igualitaria de la incapacidad temporal.....	320
2. Complementación diferenciada de la incapacidad temporal en función de su origen común o profesional....	322
3. Complementación diferencia de la incapacidad temporal en función de que el enfermo o accidentado sea o no sustituido por un interino.....	324
4. El control empresarial de las situaciones de incapacidad temporal	325
III. Maternidad y riesgo durante el embarazo.....	326
IV. Muerte y supervivencia e incapacidad permanente	327
V. Jubilación.....	334
1. La incentivación de la jubilación anticipada	337
2. Las ayudas a la jubilación.....	342
VI. Conclusiones.....	345

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO X. LAS VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	347
I. Consideraciones generales.....	348
II. Movilidad geográfica.....	348
III. Modificación sustancial de condiciones de trabajo	349
IV. Suspensión del contrato y excedencia forzosa.....	352
V. Excedencia voluntaria.....	354
VI. Extinción del contrato de trabajo.....	357
VII. Régimen disciplinario.....	361
VIII. Conclusiones.....	363
CAPÍTULO XI. DERECHOS COLECTIVOS.....	365
I. Introducción.....	366
II. La representación legal de los trabajadores en la empresa ..	366
III. Las secciones y delegados sindicales	371
IV. Derecho de reunión de los trabajadores.....	374
V. Recaudación de la cuota sindical y abono del canon por negociación colectiva.....	374
VI. Conclusiones.....	376
CAPÍTULO XII. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS.....	379
I. Introducción.....	380
II. Las comisiones paritarias.....	380
1. Composición.....	381
2. Funciones.....	382
3. Procedimiento de actuación.....	386
III. Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales.....	387
IV. Conclusiones.....	389
ANEXO. RELACIÓN DE CONVENIOS.....	391

PRESENTACIÓN

La obra que el lector tiene en sus manos y que quien redacta estas líneas tiene la satisfacción de presentar, constituye un pormenorizado análisis de la dinámica de la negociación colectiva en un ámbito de actividad tan relevante como el de la hostelería nacional. La satisfacción es por partida doble. En primer lugar, porque esta obra ha visto la luz merced a una estrecha colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración, de una parte, a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y la Conselleria de Treball i Formació del Govern de les Illes Balears, de otra, a través de la Direcció General de Treball. Nunca antes como ahora, en efecto, se han dado condiciones tan idóneas para hacer posibles desde nuestros respectivos puestos de responsabilidad este tipo de avances en la investigación jurídica. Y a la vista está que estas condiciones han sido bien aprovechadas. Esta monografía constituye, sin duda, un valioso instrumento en manos de nuestros interlocutores sociales para incorporar claves normativas de competitividad y prosperidad de las empresas turísticas en general y hosteleras en particular; claves que son la llave que permite avanzar en la consecución del objetivo, imprescriptible, de cohesión social. Estoy segura de que leída con atención, no serán pocos los réditos de esta obra apreciables a corto plazo en el plano de la calidad y competitividad del trabajo en este ámbito de actividad.

En unos momentos tan delicados como estos por los que atraviesa actualmente la economía nacional e internacional, presentar esta obra produce satisfacción, en segundo lugar, porque implícita en la misma se contiene una idea trascendental. El lector, efectivamente, podrá percibir y constatar que este ámbito de actividad tiene mucho

que decir -ya lo está haciendo- en el panorama de reactivación de la dinámica económico productiva. La crisis en otros sectores recalca la potencialidad de este sector de actividad como uno de los principales motores del desarrollo económico productivo. Hallar soluciones adecuadas y fiables a problemas socio laborales actuales constituye, indudablemente, garantía de desarrollo armónico o en todo caso no traumático de las relaciones laborales.

No quiero finalizar estas líneas sin agradecer el tiempo que han dedicado a la gestión de la edición de esta obra tanto la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como la Dirección General de Treball, agradecimiento asimismo a los autores, bajo la dirección de la Dra. Remedios Roqueta, la elaboración de este riguroso estudio de la máxima actualidad

Joana M. Barceló Martí
*Consellera de Treball i Formació
del Govern de les Illes Balears*

INTRODUCCIÓN

El presente Informe de actualización del estudio sobre la negociación colectiva en el Sector de Hostelería realizado en su día por el Profesor Juan Rivero Lamas, cuya elaboración se acordó por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ha sido fruto, a lo largo del año 2007, de un equipo de profesores universitarios compuesto por: Remedios Roqueta Buj, Catedrática Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia; Margarita Tarabini-Castellani Aznar, Profesora Titular de la Universidad de las Islas Baleares; Erik Monreal Bringsvaerd, Profesor Titular de la Universidad de las Islas Baleares; Magdalena Llompart Bennàssar, Profesora Titular de Escuela Universitaria de la Universidad de las Islas Baleares; Javier Thibault Aranda, Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona, y Ángel Jurado Segovia, *assegnista di ricerca* Università degli Studi di Milano. Tanto la directora y primera responsable del Informe como el resto de integrantes del equipo contaban con un amplio conocimiento del sector, por haber sido los autores de otro estudio anterior sobre «La negociación colectiva en el Sector de la Hostelería», que recogía la situación laboral del sector en el año 2004, y que fue publicado por la Universitat de les Illes Balears.

Su objeto es el análisis, desde la perspectiva de la negociación colectiva, de un sector clave de la economía española como el de la Hostelería. En esta institución laboral por excelencia confluyen los intereses económicos y sociales de empleadores y trabajadores y permite una visión de conjunto de las relaciones laborales en el sector y al tiempo, un análisis profundo de las mismas. Con el fin de que la investigación fuera completa, se han analizado los convenios colectivos vigentes a 1 de septiembre de 2007 a nivel estatal, autonó-

mico, provincial y empresarial. En este último caso el trabajo se ha centrado en aquellos obtenidos en la Base de Datos de Westlaw.

De toda la panorámica laboral se ha optado por atender pormenorizadamente a los temas que tienen una relevancia especial en el sector de actividad de que se trata, a saber: la estructura y articulación negocial, la política de empleo, el ingreso en la empresa, la clasificación profesional y la movilidad funcional, el tiempo de trabajo, el salario, los derechos fundamentales del trabajador, la prevención de riesgos laborales, la protección social complementaria, las vicisitudes del contrato de trabajo, las relaciones colectivas y la interpretación y aplicación de los convenios colectivos del sector de hostelería.

Por último, los autores de este trabajo quieren aprovechar esta ocasión para rendir un sentido y sincero homenaje al Profesor Juan Rivero Lamas, excelente maestro y mejor persona, con el que tuvieron la oportunidad de compartir momentos muy gratos.

CAPÍTULO I. LA ESTRUCTURA Y LA ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Margarita Tarabini-Castellani Aznar

Sumario: I. Introducción. II. El proyecto articulador del III ALEH. 1. La eficacia jurídica y personal del III ALEH. 2. La estructura y articulación del sector. 2. 1. La estructura del sector. 2. 2. El reparto material. 2. 3. Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad. III. El seguimiento del diseño del III ALEH en la negociación colectiva de ámbitos inferiores. 1. El ámbito supraempresarial. 1. 1. La estructura existente y la definida. 1. 2. El reparto material. 1. 2. 1. La clasificación profesional y la movilidad funcional. A) La clasificación profesional. B) La movilidad funcional. 1. 2. 2. Los contratos formativos. 1. 2. 3. La Formación profesional. 1. 2. 4. El régimen disciplinario. 1. 2. 5. La solución extrajudicial de conflictos. 1. 2. 6. La subrogación de colectividades. 1. 2. 7. Las demás materias. 1. 3. Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad. 2. El ámbito empresarial. 2. 1. La estructura existente y la definida. 2. 2. El reparto material. 2. 2. 1. La clasificación profesional y la movilidad funcional. 2. 2. 2. Las demás materias. 2. 3. Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el art. 83. 2 del RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) atribuye a los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico la competencia para articular la negociación colectiva. En él puede leerse que «*mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores*». El art. 83. 2 del ET abre el campo de esta manera a los llamados acuerdos marco o «convenios para convenir».

La doctrina ha distinguido dos clases de acuerdos marco, los propios, dedicados en exclusiva a fijar la estructura negocial y los impropios que, junto a la articulación de la negociación en niveles inferiores, también determinan las condiciones de trabajo aplicables en su ámbito¹. Pues bien, el III Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de las Hostelería², cuyo Texto Refundido se ha publicado recientemente (III ALEH)³, y como lo fueron sus antecesores, es un convenio marco impropio ya que, al muy básico diseño de la articulación del sector, añade la fijación de algunas condiciones de trabajo en su ámbito de aplicación.

Un análisis de la estructura que en él se propone requiere atender a los elementos que el art. 83. 2 del ET exige a este tipo de convenios. Por ello, en primer término, se examinará el proyecto articulador del convenio marco estatal, donde se tratará de su eficacia jurídica y personal y de las normas que organizan la negociación colectiva en los distintos niveles. Esta última cuestión demanda a su vez estudiar la estructura planteada en el sector, el reparto material efectuado y los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad entre los distintos ámbitos. A continuación, en

¹ Véase Sala Franco, T. (1981: 565): «Artículo ochenta y tres. Unidades de negociación», en I. Albiol y otros, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid.

² BOE núm 156, de 1 de julio de 2002.

³ BOE núm 48, de 25 de febrero de 2008.

segundo término, habrá de analizarse el seguimiento del proyecto articulador en la negociación colectiva de ámbito inferior, tanto en el segundo nivel, formado por los convenios colectivos autonómicos o provinciales, como en el ámbito empresarial. Se reparará entonces en la correspondencia entre la estructura diseñada y la existente, en el seguimiento del reparto material efectuado y en la asunción de las reglas de solución de conflictos de concurrencia y de los principios de complementariedad. No se considerarán, en cambio, las materias que pudiendo negociarse en el ámbito estatal, *ex art. 84.3 del ET*, no han sido reguladas por el convenio marco, como algunas modalidades de contratación, las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y la movilidad geográfica, ya que, salvo esta última, las mismas han sido estudiadas en los siguientes capítulos⁴. Cerrará este estudio, en tercer lugar y a modo de conclusión, una valoración crítica de las cuestiones planteadas⁵.

A lo largo del trabajo se tendrá en cuenta lo previsto en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 6 de febrero de 2007⁶ (AINC 2007), prorrogado por el Acuerdo de 18 de diciembre de 2007⁷. En su capítulo IX recomienda que los negociadores en sus ámbitos y con pleno respeto a la autonomía de las partes procedan, de un lado, a analizar la estructura de la negociación colectiva del sector correspondiente, estatal o de ámbito inferior, así como la articulación de materias entre los distintos ámbitos negociales. De otro, a adoptar las decisiones que correspondan respecto del ámbito apropiado para el tratamiento de las materias que integran el convenio colectivo, de forma tal que una posible articulación de las mismas incida en una mejor aplicación y eficacia de lo pactado.

⁴ Únicamente habría que valorar el tratamiento de la movilidad geográfica, materia, que por su carácter residual, no ha sido analizada. Así, sólo el art. 36 Álava, el art. 19 CC Almería, el art. 21 CC Córdoba, el art. 13 CC Teruel y el art. 56 CC Toledo, contienen previsiones al respecto centradas en la concreción de la indemnización por traslado y en el caso del último de los convenios citados, en la prioridad de permanencia de determinados trabajadores. Por su parte, también pueden encontrarse preceptos que no añaden nada a la Ley como el art. 29 CC Cáceres. Aparte de ello, merece la pena señalar que los traslados se abarcan en determinados convenios en el seno de la regulación sobre subrogación de colectividades, como en el CC Madrid-Hostelería y CC Valladolid.

⁵ Esta estructura es parecida a la que seguimos en Pérez delos Cobos, F., y otros, (2003) *Experiencias de negociación colectiva articulada*, Madrid.

⁶ BOE núm. 48, de 24 de febrero de 2007.

⁷ BOE núm. 12, de 14 de marzo de 2008.

II. EL PROYECTO ARTICULADOR DEL III ALEH

1. La eficacia jurídica y personal del III ALEH

El III ALEH es, a tenor de su art. 2, de eficacia general y ha sido negociado y pactado conforme a las facultades previstas en el Título III del ET. Así lo confirma el art. 1, donde se especifican las partes firmantes y el reconocimiento mutuo de legitimación y representatividad como interlocutores en el ámbito estatal del sector de Hostelería. Estos elementos habilitan a la adopción de medidas articuladoras del sector que únicamente procede, *ex art. 83. 2 del ET*, en los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma.

2. La estructura y articulación del sector

2.1. La estructura del sector

La única disposición dedicada en el III ALEH a fijar la estructura negocial de hostelería es su art. 10. En su apartado 3 articula el sector en dos niveles, el estatal y el provincial o autonómico. No obstante, el precepto señala que los convenios del segundo nivel pueden a su vez establecer las materias objeto de negociación en el ámbito inferior o de empresa. Previsión que, en un principio, permitiría abrir el diseño articulador a dos o tres niveles más, según los casos. Si se trata de un convenio de carácter autonómico, éste podría determinar las materias negociables en los provinciales y en los empresariales. Si, por el contrario, se trata de un convenio provincial, cabría la posibilidad de entender que éste estableciera el reparto material con los empresariales posteriores. Y aunque este último supuesto no queda cubierto por el art. 83. 2 del ET, nada impide, a tenor del art. 84. 1 del ET, que prohíbe que un convenio durante su vigencia pueda ser afectado por otro salvo pacto en contrario, que los convenios puedan determinar en qué puntos pueden admitir la concurrencia de otros. Esta constituiría la única vía legal que permitiría a los convenios provinciales articularse con los empresariales, a no ser que se considere que las disposiciones de cariz centralizador o descentralizador por parte de aquellos son una manifestación del art. 83. 2 del ET. Con otras palabras, en la medida en la que el III ALEH, al amparo del art. 83. 2 del ET, permite a los convenios provinciales articularse con los de ámbito inferior, toda norma que se adoptase en este senti-

do podría interpretarse como una manifestación del citado precepto estatutario. Si así fuera, los convenios provinciales podrían no sólo señalar las materias en las que pudiesen ser completados por los convenios empresariales sino, por ejemplo, reservarse su regulación en exclusiva.

2.2. El reparto material

A tenor del art. 10. 1 del III ALEH las materias contenidas y reguladas por él no pueden ser negociadas en ámbitos inferiores. Pero, además, en virtud tanto del preámbulo del III ALEH como de su art. 6. 2, las partes firmantes se comprometen a integrar en el texto del Acuerdo las regulaciones futuras en materias que las partes acuerden dentro del proceso de negociación continua que se sigue en el ámbito estatal. En previsión de esta posibilidad, el art. 10. 2 del III ALEH contempla una regla para solucionar los conflictos de concurrencia que pudiesen producirse en estos casos, que enseguida se estudiará.

Dicho proceso de negociación continua ha sido una realidad. De hecho, a lo largo del II ALEH se incorporaron al texto convencional un capítulo que regulaba los contratos formativos y una disposición en materia de premios de jubilación⁸. Y durante la vigencia del III ALEH, antes de la aprobación del texto refundido, ha habido dos modificaciones. La primera añade un nuevo capítulo sobre el período de prueba y una nueva disposición en materia de premios de jubilación o denominaciones similares⁹. La segunda renueva las disposiciones relativas a clasificación profesional, régimen disciplinario y, de nuevo, las concernientes a los premios de jubilación¹⁰. De hecho, el actual III ALEH es un texto refundido de estas normas.

Lógica consecuencia de cuanto se acaba de decir es la progresiva ampliación de las materias reguladas en el ámbito estatal de suerte que de una exigua regulación en el primer ALEH¹¹, tomando como término de comparación las posibilidades que abre el art. 84. 3 ET,

⁸ Véase Tarabini-Castellani Aznar, M., «La estructura y articulación de la negociación colectiva» en AA. VV., Roqueta Buj, R. y otros (2005: 16 y ss) *La negociación colectiva en el sector de la Hostelería*, Palma.

⁹ BOE de 27 de julio de 2006.

¹⁰ BOE de 2 de junio de 2007.

¹¹ Véase sobre ello, Rivero Lamas y otros, (1999: 21 y ss): *La negociación colectiva en el sector Hostelería* y Thibault Aranda, J., «Hostelería» en Pérez de los Cobos y otros (2003: 131 y ss).

se ha pasado en el III ALEH a una regulación relativamente completa. La primera de ellas es la clasificación profesional basada en áreas funcionales, grupos y categorías profesionales (arts. 11 a 19), aunque se permite que las empresas no establezcan todos y cada uno de los grupos y categorías profesionales contempladas (art. 14 del III ALEH). Además, su art. 16 y su anexo I determinan que el nivel salarial y la retribución de la diferentes categorías correrán a cargo de los convenios de ámbito inferior de acuerdo a su estructura profesional y valoración de las distintas tareas. La reciente modificación de este capítulo añadió categorías nuevas y un área funcional que busca adaptar la clasificación profesional a las nuevas necesidades y servicios del sector. Dentro de esta materia se encuentra la movilidad funcional, si bien la previsión sectorial no incorpora variaciones a la legal a la que, por otra parte, se remite. La segunda materia la constituye el período de prueba (arts 20 a 24). El art. 20 del nuevo Capítulo III del III ALEH establece la duración máxima del período de prueba en función de la clasificación profesional del trabajador y de la duración del contrato de trabajo, introduce las particularidades aplicables a los trabajadores a tiempo parcial que no prestan servicios todos los días de la semana y al personal directivo. La tercera está constituida por las disposiciones sobre de los contratos formativos (arts 27-29). En ellos se determinan los puestos que se pueden cubrir mediante estas modalidades contractuales, la duración de los contratos formativos, el período de prueba, y el régimen aplicable a la formación teórica en el contrato para la formación. Por su parte, los arts 30-33 del III ALEH hacen referencia a la Formación Profesional, la cuarta de las materias, donde se establece la necesidad de un Plan de Referencia para la Formación Continua en el Sector de la Hostelería de ámbito estatal de acuerdo con lo previsto en el RD 395/2007, a elaborar por la Comisión Paritaria prevista en el art. 32 del III ALEH. La quinta materia que se reserva el III ALEH es el régimen disciplinario donde se tipifican las faltas, se gradúan en leves, graves y muy graves (arts. 34-41) y se les asigna una sanción conforme a lo previsto en el art. 40 del III ALEH y un plazo de prescripción de acuerdo con el art. 41 del mismo. La modificación de que fue objeto este capítulo ha servido para actualizar el cuadro de infracciones y, sobre todo, para mejorar la regulación en beneficio de la seguridad jurídica. La quinta materia es la solución extrajudicial de conflictos. Por medio del art. 42 del III ALEH las partes firmantes se adhieren total e incondicionalmente al III Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos (III ASEC). Aún así, se admite que en los ámbitos sectoriales inferiores las partes negociadoras puedan adherirse a los sistemas de solución

extrajudicial de conflictos autonómicos quedando sujetos al III ASEC los conflictos que afecten a más de una Comunidad Autónoma. La séptima materia reservada es la subrogación convencional en el subsector de colectividades o restauración social (arts. 43-52 y anexo II), sólo aplicable a este subsector y del que se excluyen expresamente las actividades de alojamiento y hospedaje, tanto como empresa principal o cliente o como empresas cedente o cesionaria (art. 44 del III ALEH). Ahora bien, la Disposición Transitoria (DT) primera del III ALEH establece que ello será así mientras que la Comisión paritaria del presente Convenio no acuerde expresamente lo contrario. Finalmente, la DT primera regula la octava materia, los premios de jubilación, si bien ésta se configura como obligacional y de carácter transitorio. Se busca únicamente el compromiso de las partes firmantes de impulsar en la negociación colectiva de ámbitos inferiores de negociación la sustitución de las cláusulas de los llamados premios de jubilación bajo unas determinadas directrices y ofrecer un remedio de mediación y arbitraje, en su caso, que de respuesta a los problemas que puedan provocarse en dichos ámbitos si no se alcanza un acuerdo antes de determinada fecha, fecha que se ha ido variando al compás de las progresivas ampliaciones de plazo para la externalización de los planes de pensiones.

Una vez visto el reparto material, ha de tratarse de los límites del mismo. Es cierto que el art. 83. 2 del ET permite a los convenios marco determinar qué materias son negociables en ámbitos inferiores, pero no es menos cierto que el art. 84. 2 del ET señala que, en todo caso y a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los sindicatos y asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los arts. 87 y 88 del ET podrán, en un ámbito supraempresarial, negociar acuerdos o convenios que afecten a los de ámbito superior, siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación, y que no se trate de las materias enumeradas en el art. 84.3 del ET: el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, régimen disciplinario y las normas mínimas sobre seguridad y salud laboral y la movilidad geográfica.

Repárese en dos puntos. El primero es la tajante primera frase del art. 84. 2 del ET que señala que a pesar de lo que se haya establecido conforme al art. 83. 2, los convenios supraempresariales de ámbito autonómico o provincial podrán concurrir con el convenio marco sin seguir sus reglas, a excepción de las materias citadas. El segundo es

que conocer las mayorías en cuestión obligará a acudir a las actas de la negociación y, en todo caso, aquéllas no se evidencian en el convenio¹². Podría pensarse, además, que el art. 84. 2 del ET asegura, simplemente, una preferencia aplicativa de los convenios en él señalados sobre las disposiciones sectoriales estatales; que no establece, por tanto, una prohibición de negociar sino que parte de la base de la existencia de convenios concurrentes y determina cuál es el aplicable, sin prejuzgar la validez o invalidez de las cláusulas que no se pueden aplicar¹³. Con otras palabras, las cláusulas que «ignoran» al art. 84.2 del ET podrían considerarse simplemente inaplicables¹⁴. Sin embargo, no ha sido esta la posición predominante del Tribunal Supremo (TS). Su sentencia de 22 de septiembre de 1998¹⁵ declaró nulas las cláusulas convencionales del Convenio Estatal de la Madera adoptadas conforme al art. 83. 2 del ET que abarcaban el espacio normativo del art. 84.2 del ET. Esta doctrina, luego confirmada por otras sentencias¹⁶, implica que la reserva material del III ALEH para ser válida debería quedarse en las fronteras del art. 84. 3 del ET. De otra forma, si sobrepasase las mismas añadiendo más materias a su competencia exclusiva, invadiría el terreno que el art. 84. 2 del ET

¹² Sobre las mayorías exigidas, véase, López Terrada, E., (2000: 192 y ss) *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia, donde se da cuenta de las distintas interpretaciones vertidas sobre la especial exigencia de legitimación del art. 84. 2 del ET. La autora se decanta por entender que la orientación del precepto es exigir una mayoría reforzada en relación con la legitimación decisoria, y que dicha mayoría es la exigida para constituir la comisión negociadora en el artículo 88. 1. 2 del ET, que sustituye a la que con carácter general se establece en el art. 89. 3 del ET, lo que significaría que se requeriría mayoría absoluta en vez de mayoría.

¹³ En este sentido, Martín Valverde, A., (1995: 54 y ss) «Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo» en Borrajo Dacruz, E., y otros, *El Estatuto de los Trabajadores*, 2ª ed. Vol XII, Madrid; Desdentado Bonete, A., (1995: 92-93) «La concurrencia de convenios colectivos tras la reforma de 1994», en *La negociación colectiva II*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid. Por su parte, Merino Segovia, A., (1995: 128) «Concurrencia de convenios colectivos y nueva articulación de la negociación colectiva: un estudio del artículo 84 de la LET», en Cruz Villalón, J., y otros, *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, considera que la invasión de las materias prohibidas ex art. 84.3 ET no supondrá la nulidad de la cláusula convencional concurrente sino la suspensión de su aplicación en tanto el convenio superior preexistente continúe vigente.

¹⁴ Valdés Dal-Ré, F., (1999: 40 y ss) «Reforma de la estructura contractual y la autonomía colectiva (y II)», RL, Tomo I.

¹⁵ RJ: 7576.

¹⁶ Véanse, STS de 3 de noviembre de 2000, RJ: 9631; STS de 27 de mayo de 2003, (La Ley nº 5800, 2003); STS de 26 de enero de 2004, RJ: 1373 y STS de 1 de junio de 2005, RJ: 7320.

quiere dejar libre para determinados ámbitos inferiores de negociación y podría dar lugar a una declaración de nulidad de las cláusulas que así procedieran. Ahora bien, no puede considerarse que el Tribunal Supremo haya cerrado filas alrededor de esta interpretación. La STS de 31 de octubre de 2003¹⁷ declara, en contraposición con las anteriores, simplemente inaplicable el convenio invasor del espacio competencial de otro convenio anterior ante un conflicto de concurrencia; declaración que, además de adaptarse mejor al significado de la prohibición de concurrencia, que no busca la invalidez sino la inaplicabilidad de los convenios que ocupan el terreno de otros, permite una mínima subsistencia de la efectividad del art. 83. 2 del ET. En efecto, si en virtud del mismo un convenio colectivo de ámbito estatal se reserva más materias que las contempladas en el art. 84. 3 del ET, los convenios del nivel autonómico o estatal podrán separarse de la regulación al respecto, pero, del mismo modo, pueden elegir seguirlo. Declarar la nulidad de toda disposición sectorial estatal que contraría el art. 84. 2 del ET, posición mayoritaria del TS, impediría esta última opción. La declaración de inaplicabilidad, en cambio, permitiría que el convenio estatal mantuviera su vigencia y rigiera en todos aquellos ámbitos supraempresariales que han preferido no regular las materias que se ha reservado aquél.

A la vista de cuanto precede, parece lógico que el AINC 2007 sólo pueda recomendar, como lo hace, que los negociadores, con pleno respeto a la autonomía de las partes, procedan a la articulación de materias entre los distintos niveles negociales y a adoptar las decisiones que correspondan respecto del ámbito apropiado para el tratamiento de las materias que integran el convenio colectivo. Y como tal manifestación de «soft law» podrá ser acogida o no por los diversos convenios sectoriales. No obstante, lo cierto es que esta posibilidad expresada por el AINC 2007 siempre ha estado abierta, lo que sucede es que el umbral de madurez de la negociación colectiva debe ser muy alto para no aferrarse al poder que las disposiciones estatutarias y su interpretación jurisprudencial otorgan a determinados ámbitos de negociación y proceder a una vertebración eficiente de los diversos sectores.

Más allá de lo anterior, como puede observarse, de las materias exclusivas del ámbito estatal contempladas por el art. 84. 3 del ET, el III ALEH sólo nombra el período de prueba, la clasificación profesional¹⁸, el régimen disciplinario y la contratación temporal, en

¹⁷ RJ: 2004\589.

¹⁸ Cierto es que el art. 84.3 del ET hace referencia a los grupos profesionales y no a la clasificación profesional. No obstante, de acuerdo con la más solvente doctrina, considero que ambos términos son equivalentes. Véase, López Terrada, (2000: 226 y ss.)

particular los contratos formativos. Ello significa que, salvo en éstas, los convenios supraempresariales de ámbito inferior, que cumplan con los requisitos exigidos en el art. 84. 2 del ET, no estarán obligados al seguimiento del III ALEH, aunque sí podrán derivarse efectos intraorganizativos en las asociaciones empresariales y los sindicatos firmantes ¹⁹.

2.3. *Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad*

La regla para solventar los conflictos de concurrencia sólo puede derivarse del reparto material, puesto que no hay norma dedicada específicamente a la resolución de los mismos. Ha de entenderse que con la reserva material el III ALEH busca que los eventuales conflictos que surjan se solucionen con la prevalencia de la regulación estatal. No obstante, el art. 10. 2 del III ALEH completa dicho reparto material con una reserva *ad futurum* en la que se encuentra una regla para resolver los conflictos de concurrencia. Así, «*Cuando en el futuro se negocien y se incorporen al contenido del ALEH nuevas materias, las partes determinarán, en cada caso, si las mismas quedan reservadas a este ámbito estatal sectorial, sin que puedan negociarse en ámbitos inferiores, o su regulación puede resultar complementada por otras disposiciones convencionales en ámbitos inferiores de negociación colectiva, en los términos que se establezca*». Por tanto, a tenor del precepto transcrito, los eventuales conflictos de concurrencia se solventarán con la preferencia aplicativa del III ALEH.

A esta regla han de hacerse dos comentarios. Debe entenderse, en primer término, que en caso de que en el ámbito estatal se llegara a nuevos acuerdos en virtud del citado precepto, la posibilidad de negociar en ámbitos inferiores supraempresariales no vendría determinada por la disposición convencional sino por el art. 84. 2 y 3 del ET, de conformidad con lo señalado anteriormente. Si la materia en cuestión fuese una de las enumeradas en el apartado 3 del art. 84 del ET, es evidente que la completa reserva por parte del III ALEH tendría apoyo legal, lo mismo que si optase por descentralizar determinados aspectos de su regulación. Pero si fuera cualquier otra materia, los convenios de los que habla el art. 84. 2 del ET no tendrían por qué respetar dicha reserva. No sucedería lo mismo, como se sabe, con los futuros convenios empresariales que quedarían vinculados

¹⁹ Véase, López Terrada, (2000: 308).

por las disposiciones acordadas en el ámbito estatal y en su caso, por las concluidas en el nivel autonómico o provincial de acuerdo con lo previsto en el art. 84. 2 del ET.

En segundo término, surge la duda de si el art. 10. 2 del III ALEH pretende tener efectos retroactivos, esto es, que, de llegarse a nuevos acuerdos en el nivel estatal, éstos se impondrán a los convenios vigentes aunque, en caso de ser supraempresariales, sólo tendría sentido respecto de las materias del art. 84. 3 del ET. La cuestión reside en dilucidar si las posibilidades de los convenios marco para articular la negociación colectiva ex art. 83. 2 del ET son sólo hacia el futuro o si pueden articularse con los convenios ya en vigor. El art. 84. 1 del ET prohíbe que vigente un convenio pueda quedar afectado por lo dispuesto en otro posterior, salvo, precisamente, que así se disponga en el convenio marco, en virtud del art. 83. 2 del ET. Razón por la cual un sector doctrinal minoritario se ha manifestado, si bien con dudas, a favor de la segunda posibilidad, siempre que se mueva en los parámetros del art. 9.3 de la Constitución Española (CE), esto es que no sea restrictiva de derechos individuales²⁰. Admitirla significaría, sin embargo, una quiebra de la autonomía colectiva de las unidades de negociación inferiores a la estatal, lo que ha provocado que cierto sector de la doctrina considere que la virtualidad articuladora del art. 83. 2 del ET tiene únicamente consecuencias hacia el futuro²¹. El tema no es nada claro porque, a la literalidad del ET, que prohíbe la concurrencia entre convenios vigentes salvo lo dispuesto en un convenio marco, sin mayores matizaciones, se opone una idea, quizá preconcebida, de salvaguarda de las unidades de negociación. Ciertamente esta concepción no es sino una garantía de la autonomía colectiva. Por ello ha de admitirse que esta posibilidad implicaría un desorden descomunal en la estructura negocial del sector y una guerra entre las diversas unidades de negociación del mismo. En este sentido, a pesar de asegurar que la retroactividad no es contraria al art. 9. 3 de la CE, el desconcierto para determinar la normativa aplicable podría ser mayúsculo. Pero es que, además, una invasión del convenio marco a los convenios anteriores no serviría en absoluto para articular el sector sino para imponerse y uniformar el mismo. El Tribunal Supremo, en sus SSTS de 29 de septiembre de 1993²² y de 28 de octubre de 1999²³ ha señalado que un supuesto de con-

²⁰ Valdés Dal-Re, F., (1998: 14-15) «La estructura de la negociación colectiva en materia de formación profesional», RL 1998, Tomo II.

²¹ Por todos, López Terrada, (2000: 111).

²² RJ: 1993\7088.

²³ RJ: 1999\8510.

currencia entre un convenio de ámbito inferior y otro superior pero posterior ha de resolverse con la aplicación del primero en el tiempo. Considera, en esta línea, que el art. 84. 1 del ET no impide que se negocie o entre en vigor otro convenio de ámbito más amplio, siempre que quede preservada la regulación mínima o peculiar establecida en el convenio anterior todavía vigente. Con todo, esta posición jurisprudencial se limita a determinar el sentido de la prohibición de concurrencia cuando el convenio concurrente es de mayor ámbito pero no se refiere a supuestos en los que éste contenga una cláusula articuladora de «efectos retroactivos».

En cualquier caso, no parece que el art. 10. 2 del III ALEH busque dicha retroactividad. De su literalidad no se deduce la misma. Otra cosa es, como se tendrá ocasión de analizar, que algunos convenios sectoriales de ámbito inferior contengan previsiones acerca de la primacía de las disposiciones de ámbito estatal que se negocien con posterioridad a ellos.

III. EL SEGUIMIENTO DEL DISEÑO DEL III ALEH EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ÁMBITOS INFERIORES

El seguimiento del III ALEH por los convenios de ámbito inferior requiere varias advertencias previas. La primera es que aquél no es siempre anterior a éstos. En la realidad, el entramado estructural no está ordenado en el tiempo. Es perfectamente posible encontrar convenios que son anteriores al III ALEH respecto de los que no pueden jugar las reglas previstas en el art. 84. 2 y 3 del ET, en caso de ser de ámbito supraempresarial, sino, precisamente, la prohibición de concurrencia contemplada en el art. 84. 1 del ET y sus excepciones. En esta línea, la segunda es que la relativamente reciente incorporación al III ALEH del período de prueba y la aún más reciente modificación de la clasificación profesional, el régimen disciplinario y los premios de jubilación, con la consiguiente aprobación del Texto refundido, no va a permitir siempre analizar la adecuación de los convenios colectivos de ámbitos inferiores al mismo, ya que esta normativa es posterior a algunos de ellos. Hechas estas advertencias, el estudio del seguimiento convencional exigirá tratar en primer lugar, los convenios supraempresariales de ámbito inferior al estatal y posteriormente, los convenios empresariales.

1. El ámbito supraempresarial

1.1. La estructura existente y la definida

Dado el escueto proyecto articulador contenido en el art. 10. 3 del III ALEH basado en los convenios autonómicos y provinciales, podría decirse que en este nivel de negociación la realidad del sector se acomoda al mismo, puesto que la mayoría de provincias cuentan con un convenio en materia de hostelería²⁴. Una primera evidencia es, en este sentido, la base predominantemente provincial del sector, incluyendo en ella a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Son pocos los convenios autonómicos, pertenecientes en su práctica totalidad a Comunidades Autónomas uniprovinciales, como los de Asturias, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Madrid, Murcia y Navarra. Únicamente el Convenio de Cataluña es pluriprovincial sin que existan, además, convenios provinciales en dicha Comunidad Autónoma.

No obstante, merece destacarse que algunos convenios provinciales advierten de su eventual adecuación al convenio autonómico que pudiera negociarse, con la pretensión, parece, de crear una nueva unidad de negociación. Es el caso de la Disposición Final (DF) 3ª del CC Huesca, según la cual las partes firmantes del convenio se comprometen a participar en las conversaciones para establecer los criterios del primer Convenio Regional de Aragón de Hostelería, y del art. 34 del CC Castellón, a cuyo tenor *«ambas partes procurarán adherirse a los convenios de ámbito superior (...) de la Comunidad Valenciana en el supuesto de que llegasen a formalizarse dentro de la vigencia del presente»*.

Además de la base provincial, que implicaría lo que podría llamarse una uniformidad geográfica, hay también una uniformidad funcional, en el sentido de que apenas hay subsectores en el marco de cada provincia. Al contrario de lo que ocurre en otros sectores como el de la madera, en el que es habitual la existencia de diversos convenios subsectoriales en una Comunidad Autónoma o una provincia²⁵, en el de hostelería sólo sucede con La Rioja y Madrid, en

²⁴ Así, por orden alfabético, podemos encontrar Convenios en las siguientes provincias, Álava, Albacete, Alicante, Almería, Ávila, Badajoz, Bizkaia, Burgos, Cáceres, Cádiz, Castellón, Ceuta, Ciudad Real, Córdoba, A Coruña, Cuenca, Gipuzkoa, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Las Palmas, León, Lugo, Málaga, Melilla, Ourense, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Santa Cruz de Tenerife, Segovia, Sevilla, Soria, Toledo, Teruel, Valencia, Valladolid, Zamora y Zaragoza.

²⁵ Véase, Tarabini-Castellani Aznar, M., «Madera» en Pérez de los Cobos y otros (2003: 195 y ss.)

las que pueden encontrarse, en el caso de la Rioja, un convenio para la Hostelería y otro para la Restauración y en el caso de Madrid, uno para la Hostelería y la Restauración y otro para el Hospedaje.

Una última cuestión a tratar tiene que ver con la encomienda que el art. 10. 3 del III ALEH hace a los convenios autonómicos y provinciales para que establezcan las materias objeto de negociación en ámbitos inferiores (y en consecuencia, provinciales y/o empresariales, respectivamente). En esta línea es posible encontrar preceptos, como el art. 3. 2 CC Illes Balears, que contempla una serie de materias indisponibles en ámbitos inferiores y determina que el conflicto entre convenios de distinto ámbito se resolverá de acuerdo con el principio de norma más favorable. En cambio, el art. 5 CC Granada señala que los conflictos que puedan surgir en la aplicación del convenio con otros acuerdos de ámbito inferior se resolverán con arreglo a lo establecido en él, que se declara de aplicación preferente. En el mismo sentido, el art. 8 del CC Tenerife advierte que las materias negociadas en él no podrán serlo en ámbitos inferiores, excepto algunas de ellas. Por otra parte, señala que *«los Acuerdos de empresa negociados con anterioridad a la entrada en vigor del presente convenio deberán adaptarse a los límites que en materia de negociación en el ámbito inferior se establece en el presente artículo»*. Algunas de estas normas podrían presentar problemas de legalidad por ser contrarias al art. 84. 1 del ET relativo a la prohibición de concurrencia, salvo que se considerase que son una manifestación del art. 83. 2 del ET y por tanto una excepción a dicha prohibición. Más suave es la DT Tercera del Convenio de Hospedaje de Madrid por la que *«las empresas que a la fecha de la firma de este convenio tengan convenio propio de empresa, siempre que exista acuerdo entre las partes (empresa y representación de los trabajadores) se podrán adherir al presente convenio»*, *«respetándose los acuerdos entre las partes que sean más beneficiosos a los establecidos en este convenio»* y *«siendo garante de la citada adhesión la comisión paritaria»*. En cualquier caso, estas cláusulas revelan un seguimiento, aunque mínimo, del art. 10. 3 III ALEH por parte, no sólo de los convenios autonómicos citados —para los que no harían falta cláusulas de este tipo, dado el art. 83. 2 ET—, sino de los provinciales. Dicha disposición convencional indicaba que los convenios del segundo nivel pueden establecer las materias objeto de negociación en el ámbito inferior.

1.2. El reparto material

Es en la acomodación al reparto material por parte de los convenios del segundo nivel donde va a poder comprobarse el grado de

articulación del sector de Hostelería. En este punto ha de estudiarse someramente una cuestión que afecta al período de prueba, a las modalidades de contratación, a la clasificación profesional y al régimen disciplinario como materias del art. 84. 3 del ET. Se trata del momento temporal en el que se ha establecido un régimen distinto al previsto inicialmente en el III ALEH. En esta línea ha de considerarse, además, que la estrategia de negociación continua del sector con su consiguiente modificación del Acuerdo estatal cada cierto tiempo dificulta que en ámbitos inferiores haya un acomodo al mismo. Si el diseño autónomo de estas materias, en dichos ámbitos estuviera definido antes del III ALEH, de sus modificaciones o de la aprobación del Texto Refundido, incluso antes de sus predecesores, la divergencia con éste no podría ser considerada necesariamente inaplicable o ilegal. El precepto que regiría las relaciones entre los convenios de uno y otro nivel sería el art. 84. 1 del ET, lo que significa que, a salvo de lo que en los convenios autonómicos o provinciales se estableciera y de lo que el III ALEH dispusiera en virtud del art. 83. 2 del ET, la regulación de aquellos tendría plena vigencia.

Este tema invita a analizar brevemente la difícil relación entre los arts. 84 y 86 del ET, en particular los apartados 2 y 3 de este último. En virtud del art. 86. 2 del ET, la falta de denuncia del convenio, una vez terminada su vigencia, implicará su prórroga año tras año hasta que aquella se produzca, si las partes no han dispuesto otro efecto para ello; prórroga que equivale a la plena vigencia del convenio²⁶. Pues bien, si los convenios del segundo nivel que se separan del III ALEH o de alguna de sus modificaciones hubiesen sido firmados antes del mismo y mantuvieran su vigencia por mor del art. 86. 2 del ET, todas aquellas materias que coincidiesen con las previstas en el art. 84. 3 del ET y que el III ALEH se atribuyese en exclusiva, habrían de considerarse vigentes.

Por su parte, a tenor del art. 86. 3 del ET, la denuncia de un convenio conlleva la vigencia de las cláusulas normativas hasta que no se logre acuerdo expreso. La cuestión que surge es la siguiente, dado que las materias del art. 84. 3 del ET reguladas en

²⁶ Sala Franco, T., y Goerlich Peset, J. M., (1988: 341): «La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad», REDT, nº 35; Sala Franco, T., (1992: 49): «Estructura de la negociación colectiva» en *La negociación colectiva*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.; Desdentado Bonete, (1995: 85 y ss). García-Perrote Escartín, I., (1996: 41): «La reforma del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores» en *Estructura de la negociación colectiva*. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid.

el III ALEH han de considerarse de naturaleza normativa, denunciados los convenios, éstos seguirían vigentes hasta la consecución de un acuerdo, de suerte que podría pensarse que en los convenios que se apartan de este último nunca se ha roto la cadena de vigencia. Así, denunciados éstos seguía vigente la regulación de estas materias hasta que se llegaba a un nuevo convenio y así sucesivamente. ¿Cómo juega en estos supuestos la prohibición de concurrencia? ¿Puede entenderse que denunciado el convenio provincial, el convenio que lo sustituya no puede ser afectado por el estatal? Viceversa, denunciado el II ALEH, ¿podría entenderse que sus disposiciones seguían vigentes para los convenios provinciales que se negociasen con posterioridad hasta que no se lograra la firma del III ALEH?

La prórroga del art. 86. 3 del ET ha de ser necesariamente distinta a la prevista en el apartado anterior del mismo precepto. La generalidad de la doctrina insiste, en este sentido, en que la finalidad del mismo es la de cubrir vacíos normativos²⁷ y no la de prolongar la vigencia del convenio. Por tanto, cabría entender que la prohibición de concurrencia desaparecería cuando éste se denunciara. Y la consecuencia inmediata sería que denunciado cualquiera de los autonómicos o provinciales, el siguiente convenio a negociar debería seguir las prescripciones del convenio estatal que se encontrara vigente. Otra cosa es que los negociadores traten de blindar la unidad de negociación buscando la constante vigencia del convenio²⁸. Cuando, por el contrario, el denunciado fuera el convenio estatal, parece que los convenios supraempresariales, que a su vez se estuvieran negociando en ese momento, podrían separarse de las previsiones relativas a las materias del art. 84.3 del ET. Interpretación coherente con la consideración doctrinal de que este último precepto es una prohibición de concurrencia y no una prohibición de negociar²⁹. En consecuencia, en el caso que se está analizando, cabría preguntarse si los convenios que se separan del III ALEH lo han hecho amparándose en este lapso temporal y si así fuera, no

²⁷ Véase, Ramírez Martínez, J. M., y Sala Franco, T., (1987: 849-856): «Alcance de la vigencia del convenios denunciado (ex art. 86.3 ET)», AL, nº 16; Sala Franco y Goerlich Peset (1988: 325-356); Sala Franco (1992: 49 y ss). Sobre los problemas que pueden generar las tesis de los autores anteriores, Desdentado Bonete (1995: 86 y ss.).

²⁸ Ello podía observarse en las disposiciones que regían la denuncia y revisión de los CC Gipúzkoa anteriores al actualmente vigente, que hacían imposible que pudiera entenderse en algún momento aplicable en dicha unidad el acuerdo estatal. Véase, por todos, Rivero Lamas y otros (1999: 88) y Thibault Aranda (2003: 151).

²⁹ López Terrada (2000:197 y 198).

parece que pudieran ser impugnados por ilegalidad o declarados inaplicables. Todo dependería de la prueba del momento en que el convenio hubiera sido firmado³⁰.

Ha de recordarse, sin embargo, que si se concibiera que los convenios marco disponen de potestad articuladora retroactiva, en caso de adoptar normas de esta índole, las disposiciones de los convenios de ámbito inferior, fueran cuales fueren, que contradijeran a aquellos, resultarían cuando menos inaplicables, lo que modificaría las conclusiones a las que se ha llegado respecto de la relación de la prohibición de concurrencia con el art. 86 del ET. Como se ha señalado, no parece ser el caso del art. 10. 2 del III ALEH, pero puede observarse que a medida que se avanza en esta interpretación las prevenciones que suscita aumentan; principalmente porque incrementa de tal forma las variables a considerar que trazar un cuadro de los preceptos vigentes en un sector de actividad se convertiría en una tarea complejísima, que redundaría, a la postre, en una inseguridad jurídica.

1.2.1. La clasificación profesional y la movilidad funcional

En cuanto a la reserva en materia de clasificación profesional y la movilidad funcional, ha de partirse de varias premisas. La primera es que mientras que la clasificación profesional sí que forma parte de las materias que ex art. 84. 3 del ET quedan vedadas a la negociación en ámbitos inferiores, no sucede lo mismo con la movilidad funcional, para la que, en principio, serían plenamente libres los convenios del segundo nivel. Libertad de la que, por otra parte, gozarían en todo caso dado que el III ALEH no completa en nada al ET sino que se remite a él. La segunda premisa es que en el análisis de la «desobediencia» de los convenios del segundo nivel no puede perderse la perspectiva temporal, en el sentido de que si fueran anteriores al III ALEH, no podría hablarse propiamente de incumplimiento.

A) La clasificación profesional

Respecto de la clasificación profesional, ha de tenerse en cuenta que la modificación en esta materia posterior a la entrada en vigor del III ALEH conlleva que los convenios que se acojan a lo dispuesto en el mismo no necesariamente estén actualizados. En cualquier caso

³⁰ Por otra parte, los que son claramente anteriores al III ALEH, aunque no fueran contrarios a éste, sí que lo podrían haber sido al II ALEH, si bien la pérdida de vigencia de éste último invalida claramente una impugnación de un eventual convenio incumplidor.

priman, sin lugar a dudas, por superar con creces el cincuenta por ciento, los convenios que establecen una clasificación profesional idéntica a la prevista en el III ALEH a través de varios sistemas. Uno es la remisión al mismo, lo que permite adecuarse a cualquier modificación que aquél determine, como en los CC Cantabria (art. 12)³¹, CC Álava (art. 22), CC Bizkaia (art. 33 junto al cuadro de correspondencias en los anexos) que señalan además que las modificaciones que en esta materia se operen en el nivel estatal se incorporarán al convenio provincial³², CC Ciudad Real (DA 1^a)³³ y CC Jaén (art. 15)³⁴. Otro sistema es la transcripción del convenio estatal, que en ocasiones se combina con la remisión como, entre otros, los CC Alicante³⁵, CC Asturias (Anexo II), CC Ávila (art. 15), CC Badajoz (anexo I), y CC Ourense (Anexo 1)³⁶; o el silencio en esta materia como los CC La Rioja, CC Ceuta, CC León, CC Granada o CC Pontevedra³⁷.

A medio camino se sitúa un segundo grupo de convenios formado, por una parte, por aquellos en los que se encuentran previsiones específicas respecto de determinadas categorías³⁸ y que pueden consistir en un cambio de nombre³⁹ o en la introducción de categorías nuevas⁴⁰. La adecuación de estas cláusulas al art. 84. 3 del ET dependerá de cómo se entienda la reserva del mismo, si como absoluta, de suerte que en niveles inferiores no cabe negociar nada al respecto, o como relativa, en el sentido de que en aquellos es posible introducir precisiones que no signifi-

³¹ Si bien éste se remite al primer ALEH.

³² Del mismo modo, los CC de Badajoz (anexo I), Madrid-Hospedaje (art. 21) y Madrid-Hostelería (art. 23) se remiten a los Acuerdos de la Comisión Paritaria en esta materia, lo que podría significar una asunción a las modificaciones que se pudieran dar en la misma.

³³ Que se remite, como el de Cantabria, al primer ALEH.

³⁴ Pero también se remiten otros convenios como los CC Cuenca (DA 2^a), CC Madrid-Hospedaje (art. 21), CC Madrid-Hostelería (art. 23), CC Segovia (art. 43), CC Toledo (art. 22), y el CC Zaragoza (art. 17). Ha de tenerse en cuenta que algunos de ellos, se remiten al II ALEH.

³⁵ Que se remite en el art. 15, pero en el Anexo transcribe la clasificación del II ALEH.

³⁶ Véanse igualmente el CC Burgos (art. 39), CC Salamanca (anexo III) y CC Valladolid (Capítulo X).

³⁷ Además del CC A Coruña, CC Lugo y CC Málaga.

³⁸ DA 5^a Alicante.

³⁹ Art. 25 CC Soria.

⁴⁰ Art. 17 CC Santa Cruz de Tenerife y art. 22 CC Toledo. El art. 42 CC Cádiz contempla el cambio de grupo de determinadas categorías, pero parece que es a efectos retributivos.

quen contradicciones con el estatal. Depende, por decirlo de otra forma, de si el art. 84. 3 del ET se entiende como una prohibición de negociar o como una prohibición de concurrencia. Pues bien, aunque en última instancia habría que atender al texto del convenio estatal, que puede abrir caminos a los convenios de ámbito inferior en las materias que tiene reservadas, parece que la segunda interpretación es la que debe primar. Ha de entenderse que lo que prohíbe el art. 84. 3 ET es la concurrencia descentralizadora pero no que los convenios inferiores completen lo dispuesto en el estatal. Esto es, lo que no permite es afectar al estatal, concurrir con él, pero no otras actuaciones, como completarlo⁴¹. Por otra parte, destaca en algunos convenios la introducción de disposiciones que hablan de la clasificación del personal pero simplemente a efectos retributivos, por lo que no puede considerarse un incumplimiento del III ALEH. Como se ha dicho anteriormente, este determina que el nivel salarial y la retribución de las diferentes categorías correrá a cargo de los convenios de ámbito inferior. Lo cierto es, sin embargo, que la clasificación por niveles supone una distorsión del sistema establecido en el III ALEH, como se verá en el capítulo dedicado a esta cuestión. No en vano la simple referencia a la clasificación a efectos retributivos induce a confusión. Es lo que sucede con los CC Cádiz (anexo II), CC Córdoba (art. 24), CC Huelva (anexo II), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 17) y CC Sevilla (anexo I).

Un último conjunto de convenios estaría formado por los que optan por separarse del III ALEH, aunque muchos de ellos son anteriores al mismo. Aun así, ha de partirse de la base de que éste sigue el sistema de clasificación que instituyó el primer ALEH, si bien con las modificaciones operadas por la Comisión Negociadora en su Acuerdo de 12 de abril de 2007, lo que significa que en algunos de los convenios del segundo nivel es apreciable la intención de determinar un sistema distinto al que se proponga desde el de ámbito estatal. Es el caso del CC Catalunya (arts. 14 y 15) que, por otra parte no especifica las funciones de cada categoría y el Capítulo II CC Gipúzkoa; la misma intención se predica del Anexo I CC Huesca. Todos ellos invierten el orden de los elementos clasificatorios del III ALEH y así, en primer término, se asigna a los trabajadores un grupo, en función, parece, de factores como la formación, el mando, la autonomía, la responsabilidad, la iniciativa etc. Dentro del grupo las categorías se aúnan

⁴¹ En el mismo sentido, López Terrada, E., (2000: 197 y 198)

en torno a las diversas áreas funcionales, a veces contempladas expresamente y otras no. Otros convenios revelan en su alejamiento una especie de dejadez o despiste de los negociadores que han mantenido un sistema clasificatorio antiguo a lo largo de los diversos convenios sin preocuparse de adecuarlo al estatal. Así, el art. 11 del CC Palencia menciona todavía a la Ordenanza de la que dice que se separa. Un supuesto especial es la Cláusula Adicional (CA) CC Melilla, donde se contempla un sistema de grupos y categorías, prescindiendo del sistema de las áreas funcionales del II ALEH, pues es anterior al III ALEH, cuya definición, sin embargo, se deja a aquél. Por último, el art. 17 y el anexo del CC Almería, el anexo del CC Soria y el art. 31 CC Zamora contienen una clasificación sólo por grupos y categorías. La ilegalidad o inaplicabilidad de las anteriores cláusulas dependerá del momento temporal en que hayan sido negociadas. Parece que sólo podrán ser declaradas nulas o inaplicables las pertenecientes a convenios negociados con posterioridad al III ALEH.

B) La movilidad funcional

En cuanto a la movilidad funcional, pueden encontrarse dos tipos de disposiciones. El primero, compuesto por las que no establecen nada, son idénticas a las legales o se remiten al III ALEH. Entre ellas están el art. 28 CC Cáceres, el art. 25 CC Huesca o el art. 26 CC Navarra⁴². En el segundo se incluyen las que contienen previsiones específicas, sea porque indican el período máximo durante el cual el trabajador puede estar movilizado⁴³, porque establecen, en el caso de movilidad ascendente, la consolidación de la categoría profesional superior transcurrido un tiempo⁴⁴, o porque contemplan una serie de requisitos como la comunicación escrita a los trabajadores afectados⁴⁵ o que la movilidad sólo pueda exigirse entre trabajos de similar o afín categoría⁴⁶. Sobre el contenido de todas ellas se tratará en el Capítulo correspondiente de esta misma obra.

⁴² También el art. 17 CC Zamora y art. 22 CC Zaragoza.

⁴³ Arts. 22 y 23 CC Córdoba, arts. 15 y 16 CC Ceuta, art. 8 CC Valencia, art. 10 CC Badajoz, art. 24 CC Málaga, art. 18 CC Almería, arts. 14 y 15 León, art. 21 CC Madrid-Hospedaje y arts. 24 y 25 CC Madrid-Hostelería.

⁴⁴ Que en algunos casos se excepciona a los supuestos en los que la movilidad se debe a determinadas sustituciones, CC Illes Balears (art. 11), CC Melilla (art. 12), CC Las Palmas (art. 37) y CC Santa Cruz de Tenerife (art. 18).

⁴⁵ CC Badajoz (art. 10), CC Valencia (art. 8).

⁴⁶ CC Sevilla (art. 32).

1.2.2. Los contratos formativos

En este punto escasean los convenios colectivos que se remiten al III ALEH⁴⁷ y sólo algunos reproducen su contenido⁴⁸. Los más han regulado de forma autónoma los contratos formativos, en algunos aspectos no concurren con el III ALEH, no así en otros. Sucede, sin embargo que, de nuevo, ha de cuestionarse si en estos últimos casos la concurrencia es contraria al art. 84.3 ET. En este sentido, si los convenios de segundo nivel que se apartan de lo dispuesto en el estatal se negociaron con anterioridad al mismo, nada podrá reprochárseles. Como el tratamiento convencional de esta materia es objeto de un minucioso estudio en esta obra, sólo se destacarán aquí las líneas seguidas por los convenios sectoriales de ámbito autonómico o provincial. Así, respecto del contrato para la formación, éstos se han centrado en determinar el número máximo de contratos en función del tamaño de la empresa⁴⁹, los puestos de trabajo objeto del mismo, su duración, la formación teórica y su régimen de impartición⁵⁰, retribución⁵¹, compromisos de conversión en otros indefinidos⁵² y las indemnizaciones por fin de contrato⁵³. De todas estas materias y siempre que los convenios sectoriales fueran posteriores al III ALEH, únicamente podría hablarse de concurrencia conflictiva y por tanto

⁴⁷ Art. 8 CC Illes Balears, art. 26 CC Jaén, art. 12 CC Alicante, y art. 17 CC A Coruña. El art. 38 CC Álava se remite al Capítulo III del III ALEH, pero limita la duración máxima de estas modalidades contractuales a un año.

⁴⁸ Art. 8 CC Extremadura y art. 16 CC Cáceres.

⁴⁹ Art. 13 CCH Tenerife; art. 28 CC Lugo y art. 11 del CC Madrid —Restauración. Los demás convenios se remiten a la escala prevista en el art. 7. 2 RD 488/1998 o reproducen su contenido total o parcialmente. Cfr. art. 9 CC Asturias, art. 7 CC Madrid —Hospedaje—, art. 7 CC Albacete, art. 10 CC Córdoba, art. 32 CC León, art. 25 CC Teruel y art. 16 CC Toledo.

⁵⁰ Una materia, sin embargo, escasamente tratada, véase el Capítulo II de la presente obra.

⁵¹ Los sistemas de retribución previstos pueden ser el SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo (art. 21 CC Catalunya, art. 28 CC Lugo, art. 17 CC Salamanca, art. 39 CC Segovia art. 16 CC Zaragoza), a retribuciones específicas (art. 25 CC Teruel), el 85% del salario establecido para la categoría de trabajadores mayores de 18 años (art. 9 CC Granada), variar según la edad y/o la vigencia del contrato de trabajo y el grupo, categoría o puesto de trabajo desempeñado por el trabajador en formación o nivel retributivo (art. 7 CC Albacete, art. 32 CC Gipuzkoa, art. 22 CC Huesca, art. 39 CC Málaga, art. 32 CC León, art. 12 CC Tenerife, art. 5 CC Valencia y art. 29 CC Valladolid) o ser un porcentaje (por ejemplo, el 85%) del salario fijado para el puesto de trabajo objeto de contratación (art. 17 CC A Coruña).

⁵² Art. 9 CC Granada, art. 22 CC Huesca, art. 26 CC Jaén, art. 7 CC Madrid-Hospedaje, art. 39 CC Málaga y art. 12 CC Toledo.

⁵³ Art. 12 CC Alicante, art. 30 CC Navarra y art. 5 CC Valencia.

de eventual ilegalidad de los mismos respecto de la determinación de los puestos de trabajo objeto del contrato y la duración del mismo, pues aunque el III ALEH contempla cuestiones sobre la formación teórica y sobre la conveniencia de convertir en fijos a los contratados para la formación, lo hace marcando unas directrices sin que se trate de una regulación cerrada.

En cuanto a la primera de las materias, la mayoría de convenios colectivos determina expresamente los oficios que pueden cubrir los trabajadores en formación y en algunos casos la enumeración es semejante a la realizada por el art. 29 del III ALEH⁵⁴. No obstante, algunos han optado por cláusulas más genéricas⁵⁵ o por encomendar esta tarea a la comisión paritaria⁵⁶. Y en otras ocasiones se ha preferido simplemente excluir la posibilidad de concertar este contrato para determinadas categorías⁵⁷. Respecto de la duración del contrato, numerosos convenios colectivos reproducen el art. 11.2.c) del ET⁵⁸, pero algunos utilizan la posibilidad abierta a la negociación colectiva de incrementar a tres años la vigencia del mismo⁵⁹, aunque se excluye a determinadas categorías⁶⁰.

La atención en la negociación colectiva de segundo nivel al contrato de trabajo en prácticas es mucho menor. La regulación se

⁵⁴ Administrativo u oficial administrativo, camarero, cocinero, repostero, recepcionista, conserje, oficios de mantenimiento y servicios, comercial, auxiliar de mantenimiento, técnico de catering, camarero de pisos, bodeguero o encargado de economato y bodega, cfr. art. 7 CC Madrid —Hospedaje—, art. 9 del CC Madrid —Restauración—, art. 39 CC Málaga, art. 22 CC Huesca, art. 16 CC Zaragoza y art. 16 CC Toledo. Los arts. 13 CC Tenerife y 10 CC Córdoba, por su parte, sólo permiten utilizar este contrato para desempeñar las categorías comprendidas en los grupos profesionales II/III y IV, respectivamente, de cada una de las áreas funcionales recogidas en el ALEH.

⁵⁵ Por ejemplo señalando que los contratos para la formación se limitarían a los oficios o puestos de trabajo «cualificados» (art. 21 CC Catalunya).

⁵⁶ Art. 39 CC Cádiz.

⁵⁷ «Limpiadora, fregadora, botones y camareras de pisos (art. 30 CC Navarra) o «marmitones, mozo de lavandería y limpieza, fregadores y limpiadoras» (art. 26 CC Sevilla).

⁵⁸ Art. 21 CC Catalunya, art. 9 CC Asturias, art. 9 CC Madrid —Restauración—, art. 30 CC Navarra, art. 39 CC Cádiz, art. 10 CC Córdoba, art. 9 CC Granada, art. 25 CC Teruel, art. 12 CC Tenerife, art. 8 CC Ciudad Real, art. 17 CC Salamanca, art. 39 CC Segovia, art. 7 CC Albacete y art. 5 CC Valencia. El art. 32 CC León establece diferentes plazos de duración máxima en función del área funcional y categoría profesional del contratado para la formación.

⁵⁹ Art. 22 CC Huesca, art. 7 del CC Madrid —Hospedaje—, art. 39 CC Málaga, art. 32 CC Gipuzkoa, art. 16 CC Toledo, y art. 30 CC Ourense.

⁶⁰ Como camarera de pisos y departamentos de lencería y limpieza, en cuyo supuesto la duración máxima se fija en un año (art. 29 CC Valladolid).

ha centrado en los puestos de trabajo que pueden ser cubiertos por estos contratos, en su duración ⁶¹, su retribución ⁶² y la posibilidad de incorporarse a la empresa al finalizar el contrato ⁶³. Pues bien, únicamente la determinación de los puestos de trabajo aptos para celebrar el contrato de trabajo en prácticas podría ser concurrente con el III ALEH, siempre que se tratara de convenios negociados con posterioridad. Al respecto, son muy pocos los convenios que contienen alguna indicación. Por ejemplo, el art. 8 CC Albacete determina que estos contratos no se pueden utilizar en los niveles V y VI y el art. 40 CC Málaga encomienda a la comisión paritaria del convenio esta tarea. Ciertamente el III ALEH también hace referencia a la transformación de los contratos en prácticas en indefinidos, pero los hace de modo no vinculante: «las empresas asumen el compromiso...», por lo que no es una cuestión sobre la que pueda haber conflicto.

1.2.3. La formación profesional

La formación profesional es una de las materias en las que se aprecia mayor dispersión. Son relativamente pocos los convenios que se remiten al III ALEH, como el CC Granada (art. 13), CC Madrid-Hostelería (DA 5ª), CC Madrid Hospedaje (DA 2ª), CC Melilla (art. 42) y CC Segovia (art. 46) ⁶⁴. La mayoría de convenios se siguen remitiendo a los Acuerdos Nacionales de Formación Continua vigentes en cada momento ⁶⁵, aunque en algún caso la referencia es a dos de ellos consecutivos en el tiempo, referencia imposible por cuanto estos acuerdos nunca fueron coetáneos, ya que la vigencia de cada uno implicaba la derogación del precedente ⁶⁶. También se encuentran remisiones a convenios autonómicos como el art. 31 del CC Álava-

⁶¹ Art. 9 CC Asturias, art. 8 del CC Madrid —Hospedaje—, art. 10 CC Madrid—Restauración—, art. 38 CC Álava, art. 8 CC Albacete, art. 39 CC Cádiz, art. 9 CC Granada, art. 12 CC Tenerife, art. 25 CC Teruel, arts. 12 y 15 CC Toledo art. 32 CC León, y art. 5 CC Valencia.

⁶² Art. 9 CC Asturias, art. 8 del CC Madrid —Hospedaje—, art. 10 CC Madrid —Restauración—, art. 30 CC Navarra, art. 8 CC Albacete, art. 12 CC Alicante, art. 39 CC Cádiz, art. 32 CC Gipuzkoa, art. 9 CC Granada, art. 22 CC Huesca, art. 32 CC León, art. 40 CC Málaga, art. 12 CC Tenerife, art. 25 CC Teruel, art. 15 CC Toledo y art. 16 CC Zaragoza.

⁶³ Art. 9 CC Asturias, art. 30 CC Navarra, art. 22 CC Huesca, arts. 12 y 15 CC Toledo y art. 5 CC Valencia.

⁶⁴ Si bien éste hace referencia al II ALEH.

⁶⁵ Art.37 Asturias, art. 29 CC Burgos, art. 46 CC Cádiz, art. 33 CC Castellón, CA 2ª La Rioja-Restauración, art. 42 Melilla, art. 26 Soria, art. 44 CC Valencia y art. 28 CC Valladolid.

⁶⁶ CC Málaga (Capítulo VIII).

va, que se remite al Acuerdo Vasco junto al Estatal, aunque en una disposición de claro carácter programático. En cualquier caso, como la formación no es una de las materias del art. 84. 3 del ET, dicha opción no habría conllevado ilegalidad o inaplicabilidad alguna.

En cuanto al contenido de las previsiones en esta materia, merece destacar los no pocos convenios que optan por la constitución de Comisiones Paritarias o Mesas Sectoriales de Formación⁶⁷. Son escasos, en cambio, los que desarrollan de forma sustancial el art. 23 del ET, como el art. 33 del CC Tenerife y el art. 27 del CC Castellón. Aparte de ello los convenios de segundo nivel se prodigan en disposiciones varias, como por ejemplo y sin ánimo exhaustivo⁶⁸: el descuento en el finiquito del coste de la formación del trabajador cuando éste haya asistido a determinados cursos y abandone la empresa antes de un determinado período de tiempo⁶⁹; la previsión de creación de Escuelas de Formación⁷⁰; y la obligatoriedad⁷¹ o la posibilidad de acordar con el empresario⁷² el acudir a determinados cursos de formación cuando se den específicas condiciones.

1.2.4. El régimen disciplinario

El régimen disciplinario es, junto a la clasificación profesional, una de las materias que efectivamente puede reservarse para sí el III ALEH a la luz del art. 84. 3 del ET. Numerosos convenios prescinden de regular las faltas y las sanciones, la mayoría se remite al III ALEH⁷³ o transcribe la normativa correspondiente⁷⁴. Ha de tenerse en cuenta el seguimiento de esta materia queda «distorsionada» por la modificación del Acuerdo de la Comisión Negociadora del III

⁶⁷ Art. 44 CC Alicante, art. 46 CC Cádiz, art. 53 CC Ceuta, art. 13 CC Granada, art. 31 CC Lugo, Capítulo VIII CC Málaga, DA 5ª CC Madrid-Hostelería, DA 2ª CC Madrid-Hospedaje, DA 5ª CC Ourense, art.39 CC Santa Cruz de Tenerife, art. 43 CC Valencia y art. 28 CC Valladolid.

⁶⁸ Me remito en este punto al Capítulo correspondiente.

⁶⁹ Art. 36 CC Teruel, art. 49 CC Gipuzkoa y art. 28 CC Valladolid.

⁷⁰ Art. 27 CC Jaén, DA 5ª CC Madrid-Hostelería y DA 2ª CC Madrid-Hospedaje.

⁷¹ Art. 44 CC Alicante, capítulo VIII CC Málaga y art.39 CC Santa Cruz de Tenerife.

⁷² Art. 37 CC Asturias.

⁷³ CC Álava (art. 41), en el que se hace referencia a la última reforma del III ALEH; lo mismo en el CC Bizkaia (art. 32), CC Palencia (DF 8ª), CC Toledo (art. 46) y CC Zaragoza (art. 49).

⁷⁴ CC Asturias (Capítulo VII, arts. 38-45), CC Cataluña (Capítulo XV, arts. 51-58), CC Cáceres (art. 32), CC Almería (Título X, arts. 66-73), CC Ávila (Capítulo VII, arts. 46-53), CC Ceuta (Título VIII, arts. 54-61) y CC León (art. 34).

ALEH de 12 de abril de 2007, pues no todos los convenios habrán podido acomodarse a la misma. De los analizados sólo uno de ellos, el CC Gipuzkoa, en su Capítulo XII se separa del III ALEH; el CC Segovia (anexo I), omite una falta leve, pero en todo lo demás es idéntico, y el CC Valladolid (capítulo IX) regula más específicamente el acoso sexual y la xenofobia. La ausencia de la falta leve en el CC Segovia puede haber sido fruto de un olvido pero respecto del último se plantean los mismos problemas que en los convenios que introducían categorías nuevas, ¿es una vulneración del art. 84. 3 del ET, incorporar novedades respecto de las materias en cuestión en los convenios del segundo nivel? Parece que no, ya que se ha concluido que nada impide añadir previsiones a las del convenio estatal en las materias del art. 84. 3 del ET, porque ello no supone una concurrencia con el mismo. Por su parte, el CC Gipuzkoa es posterior al III ALEH por lo que concurre claramente con él, lo que lo convertiría en ilegal en este aspecto concreto.

1.2.5. La solución extrajudicial de conflictos

Habida cuenta la originalidad de esta reserva material que, recuérdese, señala que los convenios de segundo nivel podrán adherirse a los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos de carácter autonómico, el análisis convencional ha servido para verificar cuántos convenios del segundo nivel han procedido de esta manera. Y así, puede observarse que un grupo se ha adherido a los Acuerdos autonómicos sobre solución de conflictos. En particular, el CC Illes Balears (DA 7), CC Catalunya (art. 11), CC Navarra (art. 38), CC Albacete (DA 2^a), CC Alicante (DA 4^a), CC Almería (art. 74), CC Badajoz (art. 46), CC Cáceres (art. 44), Gipuzkoa (Capítulo XIII), A Coruña (art. 33), La Rioja-Restauración (CA 4^a), Lugo (art. 38) y Teruel (DA 2^a). Lo que denota que la solución extrajudicial de conflictos sigue estando entre los temas pendientes en nuestro marco de relaciones laborales.

1.2.6. La subrogación de colectividades

Al igual que la Formación Profesional y la solución extrajudicial de conflictos, la reserva material en torno a la subrogación de colectividades queda extramuros del art. 84. 3 del ET por lo que, como se sabe, los incumplimientos de los convenios autonómicos y provinciales negociados con posterioridad al III ALEH no habrían

de generar más consecuencias que las puramente internas entre las organizaciones firmantes.

Predominan los convenios que se remiten al II o al III ALEH, según el momento en que hayan sido negociados, o los transcriben literalmente⁷⁵, dando cuenta en algunos casos, de que se procede, precisamente, a su reproducción⁷⁶. Pero también los hay que se separan del mismo estableciendo en cada caso un mecanismo subrogatorio en el que generalmente varían las condiciones que han de cumplir los trabajadores para continuar prestando servicios en la nueva empresa⁷⁷ o se distingue entre diversas subrogaciones (obligatorias, discrecionales y totales)⁷⁸.

1.2.7. Las demás materias

Como se ha visto el III ALEH ha incorporado otras materias, como el período de prueba, que según el art. 10 del III ALEH no puede negociarse en ámbitos inferiores y una disposición de carácter obligacional sobre los premios de jubilación. Respecto del período de prueba la mayoría de los convenios colectivos del sector se apartan del contenido del III ALEH, mientras sólo algunos se remiten al nuevo Capítulo del III ALEH o reproducen su contenido⁷⁹. Del mismo modo, en cuanto a las ayudas o premios por jubilación, a pesar de la disposición del III ALEH y sus sucesivas modificaciones en pos de su supresión o sustitución, la mayoría de los convenios de este ámbito siguen manteniéndolos en su articulado sea como premios o ayudas por jubilación⁸⁰, como premios de vinculación o de fidelidad y constancia⁸¹. Aún así, puede observarse su desaparición de algún convenio colectivo⁸² o su transformación en otras ventajas a favor de los trabajadores⁸³.

⁷⁵ DA 4ª CC Albacete, DA 11ª CC Alicante, Capítulo VI CC Ávila (arts. 35-45), CA 2ª CC Córdoba, adenda II CC Jaén, art. 32 CC La Rioja-Restauración, art. 44 CC Madrid-Hostelería, que además extiende el mecanismo subrogatorio a los ambigües; y anexo CC Valladolid.

⁷⁶ Anexo I CC Álava y anexo II CC Málaga.

⁷⁷ DA C 4 CC Catalunya, anexo CC Murcia, art. 7 CC Badajoz, anexo III CC Bizkaia, art. 14 CC Ciudad real, art. 47 CC Salamanca y art. 40 CC Zamora.

⁷⁸ Anexos de los CC Palencia y CC Segovia.

⁷⁹ Art. 19 CC Navarra, art. 23 CC Huesca, art. 10 CC Álava, art. 11 CC Toledo, art. 6 CC Valencia, art. 18 CC A Coruña y art. 8 CC Pontevedra.

⁸⁰ Art. 32 CC Cádiz, art. 39 CC Granada, art. 49 CC Jaén, art. 41 CC Salamanca, art. 22 CC Valladolid, art. 14 CC Orense, y art. 39 CC Pontevedra.

⁸¹ Art. 37 CC Catalunya, art. 17 CC Huelva, art. 35 CC Zaragoza, art. 43 CC Badajoz, art. 20 CC Gipuzkoa, art. 21 CC León, y art. 17 CC Castellón.

⁸² Cfr. CC Valencia y CC Huesca.

⁸³ Art. 39 CC Alicante y art. 23 bis CC Málaga.

Las razones de esta falta de seguimiento pueden ser, por una parte, que el III ALEH haya sido negociado con posterioridad a los convenios sectoriales, ello es especialmente relevante en el caso del período de prueba pues la incorporación al cuerpo del III ALEH es relativamente reciente. Por otra parte, en el caso de los premios por jubilación, dado el carácter obligacional de la cláusula al respecto del III ALEH, parece que los agentes sociales del sector, confiados por las sucesivas ampliaciones del plazo para la exteriorización de los mismos, no han querido o no han podido sustituirlos como busca dicha cláusula ⁸⁴.

1.3. Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad

El seguimiento del reparto material efectuado ha dado buena cuenta de la asunción real de las reglas de solución de conflictos y la complementariedad en el sector de la Hostelería, ya que, como se ha visto, el III ALEH opta por no especificar más que las materias que negocia él en exclusiva. Así, cuando los convenios de ámbito inferior siguen al III ALEH aceptan implícitamente la vía establecida por él para solventar los conflictos de concurrencia.

No obstante, sí que ha de analizarse, y a ello se dedica este apartado, en qué medida los convenios del segundo nivel expresan dicha complementariedad. Pues bien, de los alrededor de cincuenta convenios, alguno de ellos se remite al estatal en materia de conflictos de concurrencia ⁸⁵, pero los más numerosos, unos veinte, son los que declaran al III ALEH o, en su caso, al II ALEH, como norma supletoria, muchas veces junto a la normativa estatal laboral ⁸⁶. No son pocos los convenios que declaran que el III ALEH es plenamente aplicable o que forma parte del mismo ⁸⁷. En la misma línea se encuentra el convenio que advierte que para las materias no negociadas en ellos «se estará» al Acuerdo de ámbito Estatal vigente, sin mayor matización ⁸⁸. Un ejemplo insólito lo constituye el art. 6 CC

⁸⁴ Véase al respecto el análisis efectuado en el capítulo correspondiente de esta obra.

⁸⁵ Art. 8 CC Tenerife, que se remite al primer ALEH.

⁸⁶ Art. 7 CC Asturias, DF primera CC Illes Balears, DA quinta CC Cantabria, CA tercera CC La Rioja-Restauración, art. 5 CC Murcia, art. 6 CC Albacete, DA primera CC Almería, art. 58 CC Ávila, art. 45 CC Badajoz, art. 9 CC Burgos, art. 34 CC Castellón, DA segunda CC Cuenca, DF primera CC Huesca, art. 7 CC Málaga, DT primera CC Navarra, DA tercera CC Ourense, DF primera CC Palencia, DF CC Sevilla, DA tercera CC Teruel y art. 47 CC Valencia.

⁸⁷ DF primera CC Madrid-Hospedaje y DF primera CC Madrid-Hostelería.

⁸⁸ DF CC Huelva.

Albacete que se remite también a la ordenanza, junto a la legislación y al ALEH, en las materias no reguladas por éste ⁸⁹. No es extraño encontrar previsiones por las que los acuerdos a nivel estatal y sobre materias concretas no contempladas en los convenios que se negocien en un futuro, se incorporarán a los mismos ⁹⁰, o cláusulas como el art. 5. 3 CC Granada por el que «*toda disposición de rango superior que represente una mejora a favor de los trabajadores será de aplicación a partir de la entrada en vigor de ésta, siempre que consideradas en cómputo anual y por temas de contenido homogéneo, supere a las pactadas en él*». Este tipo de preceptos es el que facilita la articulación de un convenio estatal posterior y representa una vía claramente respetuosa de la autonomía colectiva, en contraste con las eventuales disposiciones retroactivas contenidas en el convenio estatal. Fuera de estos convenios el resto, claramente minoritarios, o no se remite al III ALEH o lo hace a las leyes laborales ⁹¹.

2. El ámbito empresarial

2.1. La estructura existente y la definida

Ya se ha señalado que el III ALEH prescinde del nivel empresarial al diseñar la estructura del sector y sólo se reserva determinadas materias frente a los convenios de ámbito inferior. Ello implica que no hay correspondencia entre la estructura planteada y la existente por cuanto el desconocimiento del nivel empresarial a la hora de diseñar la articulación del sector supone un desconocimiento de la realidad del mismo.

2.2. El reparto material

Como sucedía en el segundo nivel de negociación, la correspondencia entre la estructura existente y la definida se observa en el reparto material. La valoración del seguimiento del III ALEH por los convenios empresariales, tendrá que considerar varias cuestiones. La primera es que no existe norma parecida al art. 84. 2 del ET que

⁸⁹ En parecido sentido se pronuncia el art. 9 CC Burgos.

⁹⁰ DT primera CC Illes Balears, art. 22 respecto de la clasificación profesional CC Álava, DA séptima CC Alicante y art. 33 CC Bizkaia, para el caso de la clasificación profesional. En el caso del art. 34 CC Castellón se señala que las partes «procurarán adherirse a él».

⁹¹ Véase, por ejemplo, art. 7 CC Pontevedra y DF primera CC Zamora.

permita a los convenios empresariales desvincularse del estatal. Sin embargo, la segunda es que tanto el art. 85 del ET, para el régimen salarial, como el art. 41 del ET, para el horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento, permiten que los convenios empresariales se descuelguen de los convenios supraempresariales aplicables cuando concurren determinadas causas. También, como tercera cuestión, habrá de tenerse en cuenta cuándo ha sido negociado el convenio empresarial que se separa del estatal porque, si ha sido negociado antes del III ALEH, parece que podría disponer en sentido diverso. Sólo una norma del convenio estatal con efectos retroactivos haría irrelevante el momento temporal en que ha sido negociado el convenio empresarial, aunque ya se han señalado las reservas a esta interpretación y las dudas respecto de que el art. 10. 2 del III ALEH represente una disposición de este tipo. Y la cuarta cuestión es que en este análisis habría de considerarse la concurrencia entre los convenios empresariales y los de segundo nivel, pues el III ALEH permite que éstos determinen las materias que no pueden ser negociadas en el ámbito empresarial, y hay algunos convenios sectoriales que han procedido conforme a dicha disposición, aunque en ninguno de los empresariales analizados se ha observado un seguimiento al respecto.

2.2.1. La clasificación profesional y la movilidad funcional

El sistema clasificatorio se respeta en la mayoría de los convenios que o no señala nada o se remite al III ALEH⁹². Hay, sin embargo, supuestos particulares. Uno es el CC Marbella Club Hotel (art. 39) que incluye nuevas categorías y que en función de lo que hemos visto antes, no parece que ello presente mayores problemas. Otro es el CC Hotel Tierra Mar-Huelva (art. 23) que establece una clasificación propia y que debería considerarse cuando menos inaplicable, salvo que en el momento de su firma no estuviera vigente el III ALEH, pues la fecha de su publicación es relativamente vecina en el tiempo. En este punto destacan también las disposiciones que establecen reordenaciones funcionales o polivalencias y por las cuales determinadas categorías pueden desarrollar tareas de otras en función de lo que señala el convenio⁹³. Tampoco parece que estas previsiones supongan un desconocimiento de las disposiciones del III ALEH.

⁹² CC Hotel Majestic-Barcelona, (capítulo 3), CC Hotel NH-Atlántico-A Coruña (art. 7) y CC Hotel Princesa Sofía (art.9) y CC Hotel Tourin Europeo-Las Palmas (art. 43).

⁹³ CC Hotel Avenida Palace-Barcelona (art. 8); CC Hotel Ritz-Barcelona (art. 7) y CC Hotel Tourin Europeo-Las Palmas (art. 34).

Por su parte, la regulación de la movilidad funcional fluctúa entre estos parámetros: o no se establece nada nuevo respecto del ET⁹⁴, se fijan ciertos límites como que se procurará la rotación entre los trabajadores⁹⁵ o se especifican, a veces como algo distinto de la movilidad funcional, las consecuencias de la realización de trabajos de superior o inferior categoría. Algún convenio se ha remitido al convenio provincial correspondiente cuando se superen determinados períodos de realización de funciones superiores⁹⁶. También se establecen términos máximos para la realización de trabajos de inferior categoría⁹⁷, o la consolidación de la superior tras pasado un plazo⁹⁸. Un caso particular es el del art. 34 del CC Hotel Tourin Europeo que establece que, en todo caso la movilidad funcional, será libre «para y entre los grupos siguientes» y enumera hasta cinco de ellos. Libertad que, sin embargo, debería entenderse circunscrita al mismo grupo, porque si no se estarían superando los límites del art. 39 del ET.

2.2.2. Las demás materias

El tratamiento que en el ámbito empresarial se hace de las demás materias que se ha reservado el III ALEH se trata conjuntamente por el carácter absolutamente residual del mismo. Así, respecto de la subrogación de colectividades sólo uno de los convenios establece una cláusula subrogatoria para el supuesto de la terminación de una concesión o una subcontratación en materia de cafetería y restauración que no cumple con los límites de la cláusula en cuestión del II ALEH, pues es anterior al III ALEH, además de poder incurrir en lesividad ya que establece obligaciones para empresarios ajenos al ámbito negocial⁹⁹.

Respecto del régimen disciplinario, los convenios que lo mencionan, todos anteriores al III ALEH, se remiten al II ALEH y en algún caso se ha aclarado la necesidad de la remisión por ser ilegal negociar estas materias en otros ámbitos distintos al estatal¹⁰⁰. En materia

⁹⁴ CC Hotel Ad-Hoc Parque-Valencia (art. 6) y CC Hotel Princesa Sofía-Barcelona (art. 9).

⁹⁵ CC Hotel Tryp Los Llanos-Albacete (art. 7).

⁹⁶ CC Hotel Chamartín-Madrid (art. 8), que se remite al CC Madrid-Hostelería.

⁹⁷ CC Hotel Chamartín-Madrid (art. 9).

⁹⁸ Art. 17 CC Hotel Tierra Mar-Huelva.

⁹⁹ Art. 36 CC Hotel Tryp Hidalgo-Ciudad Real.

¹⁰⁰ Art. 42 CC Hotel Tourin Europeo-Las Palmas y art. 27 CC Hotel Tryp Los Llanos-Albacete.

de solución de conflictos no se ha encontrado nada salvo la sumisión al AGA del art. 31 CC Hotel Hesperia Peregrino-A Coruña. En cuanto a la formación profesional sólo cuatro convenios establecen algo al respecto, en su mayoría anteriores al III ALEH, sin que sea posible apreciar en ellos una articulación clara con el ámbito estatal ¹⁰¹.

En cuanto a los contratos formativos, el período de prueba y los premios por jubilación, la regulación de las dos primeras materias en los convenios colectivos de ámbito empresarial analizados es mínima y no hay una adecuación al III ALEH ¹⁰². Respecto de los premios por jubilación es notable, en cambio, el número de convenios que los prevén ¹⁰³ y sólo en algún caso se hace referencia a la necesidad de acomodar la regulación a las exigencias de la exteriorización ¹⁰⁴.

2.3. Los principios resolutivos de la concurrencia y la complementariedad

Como el III ALEH no determina cuáles son las reglas de solución de conflictos y complementariedad, en este punto únicamente corresponde hacer referencia a las disposiciones de los convenios empresariales que lo declaran supletorio. Pues bien, sólo cinco, todos de empresas barcelonesas, consideran como normativa supletoria al ALEH vigente en cada momento. Además, en todos ellos, el carácter supletorio se predica tanto de los Acuerdos estatales anteriores como del CC de Cataluña ¹⁰⁵. Únicamente el CC Hotel Colón-Barcelona establece una prelación entre ambos y declara al ALEH prevalente. Los demás se remiten a la legislación vigente ¹⁰⁶ o a su convenio colectivo autonómico o provincial como el CC Hotel Chamartín-Madrid, cuyo art. 30 menciona al CC Madrid-Hospedaje, que será

¹⁰¹ CC Hotel Ad-Hoc Parque-Valencia (art. 2), CC Hotel Colón-Barcelona (art.20), CC Marbella Club Hotel (art. 38) y CC Hotel Tryp Los Llanos-Albacete (art. 25).

¹⁰² Véase el art. 11 del CC Hesperia Presidente-Barcelona.

¹⁰³ Por todos, art. 24 del CC Hotel Chamartín-Madrid, art. 33 del CC Hesperia Presidente-Barcelona, art. 22 del CC Hesperia Finisterre-A Coruña y art XXIII del CC NH Atlántico-A Coruña.

¹⁰⁴ DT 4^a del CC Hotel Chamartín-Madrid.

¹⁰⁵ CC Hotel Avenida Palace-Barcelona (art. 4); CC Hotel Majestic-Barcelona (art. 4), CC Hotel—Princesa Sofía— Barcelona (art. 5), CC Hotel Ritz-Barcelona (art. 5), CC Hotel Hesperia-Presidente-Barcelona (cláusula final).

¹⁰⁶ CC Hotel Ad Hoc Parque-Valencia (art. 4), CC Hotel Chamartín-Madrid (art. 30), CC Hotel Gloria Palace-Las Palmas (art. 40), CC Hotel Princesa Sofía-Barcelona (art. 5), CC Hotel Sol Hidalgo-Ciudad Real (art. 31) y CC Hotel Tryp Los Llanos-Albacete (art. 28).

supletorio excepto los arts. 26 y 30 que no serán exigibles por acuerdo expreso de las partes firmantes. Parece que lo más apropiado habría sido remitirse al CC Madrid-Hostelería y más cuando en otros apartados se procede de este modo, pero no ha sido así.

IV. CONCLUSIONES

Visto lo anterior, puede concluirse que el sector de la Hostelería no puede considerarse un sector articulado, principalmente porque desde la cumbre son pocos los criterios que se han fijado para ello: ni una definición completa de la estructura ni reglas de solución de conflictos y complementariedad. El reparo material, sin embargo, ha adquirido progresivamente un mayor protagonismo pues el convenio estatal ha incrementado las materias que negocia en exclusiva al amparo del art. 84. 3 del ET. Así, a la clasificación profesional y al régimen disciplinario se incorporó, durante la vigencia del II ALEH, la regulación de los contratos formativos y durante la del III ALEH, la del período de prueba. El diseño de la articulación del sector se basa en el ámbito estatal y un segundo nivel protagonizado principalmente por el ámbito provincial y en mucha menor medida por el autonómico. La mayoría de las Comunidades Autónomas que se han dotado de convenio son, además, uniprovinciales. Pero se prescinde por completo del nivel empresarial. Es cierto que la reserva material es frente a los ámbitos inferiores y se permite a los convenios autonómicos y provinciales fijar qué materias no serán negociables en ámbitos inferiores, pero no se llega a nombrar a los convenios de empresa. Y prescindir de este tercer nivel implica perder la posibilidad de una articulación completa del sector, aunque ésta quede bastante mermada por las posibilidades de descuelgue. No hay que olvidar, sin embargo, que la eventual desvinculación de los convenios empresariales está limitada por la exigencia de concurrencia de unas causas y que hay materias, como la jornada y las funciones, que no admiten la misma ex art. 41 del ET. En cualquier caso, lo cierto es que el desconocimiento de este nivel favorece la atomización y desorganización del sector, por lo que habría que insistir de cara a próximas negociaciones a nivel estatal en que los sujetos legitimados para ello siguiesen la recomendación del AINC 2007 relativa al análisis de la estructura de la negociación colectiva del sector y la articulación de las materias entre los distintos ámbitos negociales, de suerte que contando con la realidad del mismo, en particular la relevancia del nivel empresarial, se potenciase una articulación eficiente.

Ciertamente, los diversos ALEH han ido incrementando las materias reservadas al ámbito estatal buscando con ello, cuando menos, una coherencia del sector. Si bien es igualmente cierto que hay materias cuya reserva no tiene sentido, como la solución de conflictos, dada la existencia de convenios autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos perfectamente articulados con el III ASEC en su mayoría; y otras, como la movilidad funcional, que no añade nada al ET. No obstante, reproches que se le hicieron al II ALEH no pueden repetirse con su sucesor. En su tiempo manifesté la necesidad de un esfuerzo de aquél para regular cuestiones como el período de prueba u ofrecer algunas indicaciones sobre las modalidades de contratación, pues habría dotado de cierta articulación al sector¹⁰⁷. Las previsiones en materia de contratos formativos atenuaban esta censura, en la medida en la que se observa que desde el ámbito estatal se estaba queriendo remediar esta leve presencia. Y lo mismo cabe decir con la reciente incorporación del período de prueba al III ALEH. Sin embargo, sigue habiendo tareas pendientes, principalmente respecto de determinadas modalidades de contratación como los contratos fijos discontinuos. La misma crítica podría efectuarse respecto de la movilidad geográfica o de las normas mínimas de seguridad y salud. En cuanto a la primera, quizá la acción del III ALEH hubiera contribuido a que los convenios del segundo nivel la hubieran tratado en mayor medida y, en caso de que éstos no se articulasen con el III ALEH y no añadieran nada a lo ya regulado en él, éste habría ganado, al menos, una mayor protagonismo en la regulación de las condiciones de trabajo del sector. El establecimiento de las normas mínimas de seguridad y la salud tendría una finalidad similar. La posibilidad de que esta cuestión, de cariz fundamentalmente empresarial, sea tratada en el acuerdo estatal obedece sin duda a una labor promocional de la misma, dada la despreocupación con la que se aborda el tema en la negociación colectiva. Una regulación de simples directrices generales en esta materia quizá hubiera alentado a los convenios de los ámbitos inferiores a completarla. Durante la vigencia del II ALEH se conocen intentos de regular alguna de estas

¹⁰⁷ Cfr. Tarabini-Castellani Aznar, «La estructura...», en Roqueta Buj y otros (2005: 59).

¹⁰⁸ El acta nº 4 de la Comisión Negociadora del II ALEH contemplaba en su apartado tercero lo siguiente «*Se procede a continuación a realizar la preparación de la sesión de la Comisión Negociadora del próximo 21 de septiembre determinándose que la misma se dedicará a la negociación del contrato fijo discontinuo, períodos de prueba y determinación de los parámetros de la Seguridad y salud Laboral*» (BOE de 26 de noviembre de 2004).

materias¹⁰⁸, que no llegaron a buen término, si bien alguna de ellas sí ha sido abordada por su sucesor. En esta línea no se pueden negar que desde el ámbito estatal se está buscando remediar esta escasa presencia en su sector.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, el panorama legislativo no puede ser más desolador pues un diseño del sector no aseguraría la articulación del mismo. Recuérdese el art. 84. 2 ET: los convenios autonómicos o provinciales que sean aprobados por determinada mayoría podrán separarse del diseño estatal. A los convenios estatales les resta únicamente amarrar las materias del apartado 3 del art. 84 del ET—cosa que parece que poco a poco hace el III ALEH—. Pero ni siquiera una interpretación del art. 83. 2 del ET que permitiera a los convenios marco invadir el territorio de los convenios de ámbito inferior vigentes, a través de disposiciones de carácter retroactivo, daría lugar a un sector articulado, todo lo más uniforme. Con todo, en mi opinión, una brillante idea del III ALEH es la apertura a los convenios de segundo nivel de la posibilidad de estructurar su ámbito y aunque esto no sería una articulación plena desde la cumbre sí lo sería en cadena; forma que permite, en parte, esquivar los límites que presenta el diseño estatutario de la estructura negocial. No hay duda de que la intervención del convenio marco estatal para determinar la relación que debe regir los convenios del segundo y tercer nivel a través de una norma de este tipo representa un sabio recurso, de quien carece de medios, para ordenar el sector.

Otra solución inteligente para hacer frente a la normativa estatal es, sin duda, la atribución de eficacia obligacional a determinadas materias, como es el caso de las previsiones sobre los premios de jubilación. Esta eficacia jurídica consigue un mayor protagonismo de las unidades de negociación inferiores, que son libres de adherirse o no a las soluciones propuestas y, al tiempo, mantiene el papel articulador del marco estatal de negociación. Todo dependerá del «poder de convicción» de las organizaciones firmantes a nivel estatal para vincular a los entes sindicales y empresariales de los ámbitos territoriales correspondientes a las disposiciones del III ALEH. Lo cierto es que la «conversión» en obligacionales de las cláusulas de los convenios colectivos en la cumbre podría terminar con las susceptibilidades y juegos de poder entre las diversas unidades de negociación. En efecto, la necesaria labor de «convencimiento» que los sujetos negociadores del convenio estatal deben llevar a cabo respecto de las diversas asociaciones empresariales sindicatos de niveles inferiores de negociación, podría crear una sinergia entre los

distintos ámbitos de negociación cuyo fruto sería, precisamente, una articulación del sector. Podría decirse que el III ALEH se encuentra con estas disposiciones en la órbita del AINC 2007 que recomienda la articulación de las materias entre los distintos ámbitos negociales con pleno respeto a la autonomía de las partes y la adopción de decisiones que correspondan respecto al ámbito apropiado para el tratamiento de las materias que integran el convenio colectivo, con el fin de que la articulación de las mismas lleve consigo una mejor aplicación y eficacia de lo pactado.

Lo que sí parece claro es que las pocas posibilidades que el ET brinda a la articulación de la negociación deberían ser contrarrestadas por un convenio marco que consolidara el ámbito estatal con una reserva material que se acercara al art. 84. 3 del ET y buscara la articulación entre el segundo y el tercer nivel. Esto último es resuelto inteligentemente por el III ALEH, pero el afianzamiento del ámbito estatal es todavía tarea pendiente, aunque se ha avanzado notoriamente con los diversos acuerdos de su comisión negociadora.

CAPÍTULO II. LA POLÍTICA DE EMPLEO

Ángel Jurado Segovia

Sumario: I. Introducción. II. Pluriempleo. III. Formación profesional 1. Formación profesional y contrato de trabajo. 1.1. Contratación y ascensos. 1.2. Complementos retributivos y prestaciones sociales. 1.3. Los específicos derechos de promoción y formación profesional en el trabajo (art. 23 ET). 1.4. Suspensión del contrato de trabajo. 1.5. Extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación a los cambios tecnológicos. 2. La formación profesional continua. 2.1. Las iniciativas formativas. 2.2. Órganos paritarios en materia de formación continua. 2.3. La formación continua como obligación de los trabajadores y los tiempos empleados en la misma. IV. Garantías frente a la descentralización productiva. 1. Transmisión de actividades. Regímenes convencionales de subrogación empresarial. 1.1. Regulación en el III ALEH. 1.2. Regulación en los convenios autonómicos y provinciales. 2. Otras cláusulas relativas a la contratación de servicios con terceros. 3. El suministro de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El papel de la negociación colectiva en las políticas de empleo puede presentarse como un instrumento complementario a las iniciativas de los poderes públicos. Aparte de los aspectos relativos a la contratación examinados en otro capítulo de este trabajo, en la creación y mantenimiento del empleo contribuyen otros factores que pueden ser abordados, en mayor o menor medida, por la negociación colectiva y que tienen ver, sobre todo, con la formación y cualificación permanente de los trabajadores del sector y con los procesos de externalización y subcontratación de actividades. En las páginas que siguen se analiza el tratamiento que se hace de éstas y alguna otra cuestión relacionada con la política de empleo en la negociación colectiva del sector de la hostelería.

II. PLURIEMPLEO

Un aspecto abordado en algunos convenios del sector que guarda relación con la política de empleo es el relativo al pluriempleo. A este respecto, varios convenios provinciales recogen un compromiso de erradicar el pluriempleo en el sector¹, con el objetivo, según se indica en ocasiones, de fomentar el empleo y evitar el intrusismo profesional², así como la competencia desleal del empresario en aquellos casos en que el pluriempleo es, además, ilegal³.

En algún convenio, dicho compromiso se explicita a través de una regla más precisa, prohibiendo la contratación de aquellos trabajadores que presten servicios en otra empresa con una jornada diaria superior a 7 horas⁴ o, en otro caso, de aquellos trabajadores que trabajen a jornada completa en otra empresa o de pensionistas con derecho a compatibilizar tal condición y la de trabajador⁵. La prohibición de contratar trabajadores que tengan otro empleo se acompaña en algún caso con la imposición a los trabajadores sujetos al convenio del compromiso de no trabajar en otra empresa⁶, previsión que, planteado el supuesto, podría suscitar dudas de legalidad. Y es que la regulación legal del contrato de trabajo sólo impone al trabajador

¹ CC Cádiz (art. 43); CC Palencia (art. 36); CC Zamora (art. 8); CC Bizkaia (art. 9)

² CC Ávila (art. 11).

³ CC Bizkaia (art. 9).

⁴ CC Ávila (art. 11).

⁵ CC Las Palmas (art. 50).

⁶ CC Palencia (art. 36).

la obligación de no prestar otros servicios cuando pueda incurrir en concurrencia desleal con su empleador —deber de no concurrencia ex arts. 5 d) y 21.1 ET—; mientras que para la posible obligación de no desarrollar ninguna otra actividad profesional, la ley se remite al pacto individual entre empresario y trabajador, debiendo mediar compensación económica expresa a favor del trabajador para que surta efecto tal pacto de plena dedicación (art. 21.1 ET). Siendo este el régimen legal, la simple prohibición de trabajar en otra empresa contenida en un convenio colectivo puede ser considerada contraria al derecho a libre elección de profesión u oficio ex arts. 35.1 CE y 4.1 a) ET⁷.

Por lo demás, a efectos de fiscalizar el cumplimiento por parte de las empresas de los compromisos en cuanto a la no contratación de trabajadores pluriempleados, en algunos convenios bien se faculta a la comisión paritaria para conocer de las eventuales irregularidades⁸, bien se reconocen ciertos derechos de información a los representantes legales de los trabajadores⁹.

III. FORMACIÓN PROFESIONAL

A nadie se le escapa que la formación profesional constituye una pieza clave en la promoción y la calidad del empleo, máxime en un sector como el de la hostelería en el que la cualificación y formación profesional es probablemente uno de los principales valores añadidos que el trabajador puede aportar a la empresa en la prestación de servicios a usuarios y clientes. El tratamiento de la negociación colectiva en esta materia se puede dividir en dos grandes bloques. De un lado, la regulación de diversas vicisitudes y aspectos de la relación laboral en que la formación de los trabajadores se ve, en mayor o menor medida, implicada y sobre las que el ordenamiento laboral realiza en ocasiones una llamada a la negociación colectiva. Por otro lado, el tratamiento de la formación profesional continua, en que también la negociación colectiva puede desempeñar un papel relevante.

⁷ Sobre la licitud del pluriempleo y la concurrencia desleal o el pacto individual como únicos límites razonables a la libertad ex art. 35.1 CE, STS 19-10-1988 (RJ 1988\8117).

⁸ CC Palencia (art. 36); CC Bizkaia (art. 9).

⁹ CC Cádiz (art. 43); CC Las Palmas (art. 50).

1. Formación profesional y contrato de trabajo

1.1. Contratación y ascensos

La formación del trabajador puede ser factor que adquiera importancia en lo referido al ingreso en la empresa. Así, algún convenio del sector establece una preferencia para ser contratados de aquellos trabajadores procedentes de centros o cursos de formación profesional¹⁰. Otros convenios señalan que, en igualdad de méritos, tendrán un derecho preferente de ingreso en la empresa aquéllos que sean poseedores de un título de suficiencia expedido por una Escuela de Formación profesional legalmente reconocida¹¹ o aquéllos que «hubiesen participado en cursos FORCEM de hostelería (...) y los procedentes de centros de formación del sector de hostelería, como Escuelas de Turismo, escuelas de Hostelería u otros»¹².

Otro tipo de preferencia distinta, pero también vinculada a la formación, es aquella que se establece en favor de los trabajadores con contrato a tiempo parcial convertido por razones formativas, reconociéndoseles una opción preferente para ocupar las vacantes que se produzcan en la empresa, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, siempre que se correspondan con su categoría profesional¹³. De este modo, se está dando cierta operatividad a lo previsto en el art. 12.4 g) del ET, según el cual «los convenios colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, podrán establecer, en su caso, requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado por razones familiares o formativas». Y, por otro lado, se están concretando los términos de lo previsto en el apartado e) del mismo art. 12.4 del ET, sobre preferencia para cubrir vacantes de los trabajadores con contratos convertidos.

Por lo que se refiere a la interacción entre la formación y la promoción profesional en la empresa, como es sabido, el art. 24.1 del ET relativo a los ascensos se remite para su regulación a los convenios colectivos y, en su defecto, a los acuerdos de empresa, señalando que, en todo caso, los mismos se producirán teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la formación del trabajador. Aparte de las superfluas reiteraciones de lo contenido en dicho precepto estatutario, algunos

¹⁰ CC Melilla (art. 9).

¹¹ CC Almería (art. 13).

¹² CC Córdoba (art. 8).

¹³ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 10).

convenios provinciales del sector hostelero disponen que será tenido en cuenta como mérito para los ascensos y la provisión de vacantes el hecho de que el trabajador haya superado los cursos de formación y perfeccionamiento organizados por la empresa ¹⁴ o que se hayan realizado cursos de formación relacionados con el puesto de trabajo organizados por determinadas entidades ¹⁵. A este respecto, las directrices sentadas por el AINC 2007-2008 ¹⁶, señalan la oportunidad de que la negociación colectiva fije referencias que pongan en relación la formación con la clasificación, movilidad, promoción y planificación de carreras profesionales.

1.2. Complementos retributivos y prestaciones sociales

En materia económica, se detectan cláusulas convencionales que pretenden fomentar la formación de los trabajadores del sector, bien retribuyendo de forma específica a aquéllos que han adquirido una cierta formación, bien facilitando económicamente el acceso a la misma. En el primer caso, se trata de complementos salariales vinculados a un aspecto de especial relevancia para el desempeño de determinadas actividades en el sector de la hostelería: el aprendizaje de idiomas extranjeros. Las cláusulas convencionales al respecto configuran este tipo de percepción salarial como un complemento de puesto de trabajo. No basta, pues, con acreditar un cierto nivel de conocimiento del idioma, sino que la percepción del plus queda condicionada, además, a la pertenencia a una determinada categoría profesional o al uso del idioma por razón de la actividad desarrollada en la empresa ¹⁷. No obstante, también se advierte la existencia de algún convenio que configura este tipo de plus como un complemento de carácter personal ¹⁸.

En el segundo caso, se trata de percepciones de naturaleza extrasalarial cuyo objeto varía ostensiblemente en los diferentes instrumentos convencionales que contienen previsiones en este sentido. Una primera variante serían aquellas cláusulas convencionales que conceden una ayuda económica a los trabajadores que realicen cursos de formación con unas horas de duración mínima, exigiéndose

¹⁴ CC Gipuzkoa (art. 49). En sentido similar, CC Santa Cruz de Tenerife (art. 19).

¹⁵ CC Salamanca (art. 14). En sentido similar, CC Córdoba (art. 11).

¹⁶ Cfr. Cap. VI AINC 2007 (BOE 24-2-2007), prorrogado para 2008 ((BOE 14-1-2008).

¹⁷ CC Guadalajara (art. 24); CC Castellón (art. 18).

¹⁸ CC Zamora (art. 13); CC Marbella Club Hotel (art. 13).

habitualmente que el curso guarde relación con el puesto de trabajo ocupado en la empresa o que se trate de cursos específicos del sector de la hostelería¹⁹. Otro tipo de ayudas, detectadas especialmente en la negociación colectiva de ámbito empresarial, son las que se prevén para costear parte de los gastos relativos al aprendizaje de idiomas extranjeros y, de forma similar a los complementos salariales, se suele condicionar la ayuda a que el uso del idioma tenga que ver con el desempeño de la prestación laboral²⁰. Un tercer grupo de cláusulas convencionales son las que establecen la asignación de cantidades concretas o la provisión de fondos para facilitar la realización de estudios o cursos en general²¹. Por último, en esta línea de facilitar el acceso a la formación, algún convenio recoge el compromiso asumido por las empresas de organizar cursos de idiomas o de cultura general, siempre que lo soliciten un determinado número de trabajadores y la asistencia a los mismos sea constante²².

1.3 Los específicos derechos de promoción y formación profesional en el trabajo (art. 23 ET).

El art. 23.1 del ET recoge los denominados derechos de «promoción y formación profesional en el trabajo», que se configuran como unos derechos instrumentales para el trabajador en orden a conciliar su actividad laboral y su formación mediante el disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando se cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional; y a través de la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. Por su parte, el apartado 2º del art. 23 del ET realiza una remisión genérica a los convenios colectivos para que se pacten los términos del ejercicio de los mencionados derechos. Sobradamente conocida es la polémica suscitada en torno a qué tipo de llamamiento está realizando la ley a la negociación colectiva y sobre la eficacia

¹⁹ CC Huesca (art. 32); CC Teruel (art. 36); CC Zaragoza (art. 38); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39).

²⁰ CC Segovia (art. 22); CC Hotel Tryp «El Hidalgo» (art. 23); CC Hotel Abba Parque (art. 27).

²¹ CC Cádiz (art. 33); CC Huelva (art. 20); CC Ourense (Disp. Ad. 5º); CC Hotel Chamartín (art. 28).

²² CC Castellón (art. 19).

y aplicación de los derechos contenidos en el precepto en ausencia de regulación convencional²³. En cualquier caso, resulta obvio el importante papel a desempeñar por la autonomía colectiva en la regulación de estos derechos, habida cuenta la parquedad con la que quedan formulados legalmente.

Pues bien, de los derechos recogidos en el art. 23.1 del ET es el referido al permiso para concurrir a exámenes el que es objeto de mayor atención por los convenios colectivos del sector de la hostelería. Salvo en algún supuesto en que se declara expresamente el carácter no retribuido del permiso²⁴, en la mayoría de los casos este derecho queda incluido en la nómina de permisos o licencias retribuidas de las que pueden disfrutar los trabajadores²⁵. Se suple,

²³ La doctrina se ha mostrados dividida en cuanto a la interpretación del art. 23 del ET. De un lado, algunos autores —Camps Ruiz, L.M. (1994): *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, pág. 285 y Pedrajas Moreno, A. (1999): «Formación y derechos individuales», AL, nº 27, pág. 513 —vienen entendiendo que, a pesar de los cambios introducidos por la reforma laboral de 1994 en la remisión a la negociación colectiva para la regulación de estos derechos, la ausencia de regulación convencional no impide su ejercicio por parte de los trabajadores que reúnan los requisitos legales. Por el contrario, otro sector doctrinal— Conde Martín De Hijas, V. (Borrajó Dacruz, E. (dir.) (1994): *Comentarios a las leyes laborales: La reforma del Estatuto de los trabajadores*, Edersa, Madrid, y Monreal Bringsvaerd, E. (1997): «Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma laboral de 1994», AL, nº 27, pág. 720 —considera que la reforma laboral de 1994 ha venido a afectar a la eficacia del precepto, que ahora requiere el concurso de la negociación colectiva, sin el cual los derechos en el reconocidos carecen de operatividad. En fin, un tercer sector doctrinal— Martín Puebla, E. (1998): *Formación profesional y contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, pág. 160 —distingue entre los derechos del art. 23.1 a) ET— permiso para exámenes y preferencia para elegir turno— y los del art. 23.1 b) —adaptación de la jornada o permiso con reserva del puesto para asistir a cursos de formación profesional—, de suerte que los primeros serían directamente aplicables y los segundos requerían de la intervención de la autonomía colectiva. A esta última interpretación parece aproximarse una parte de la doctrina judicial. Cfr. Pérez de los Cobos Orihuel, F. et alt. (2003): *Interacción entre Negociación colectiva y Formación Continua*, CEOE-Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, Madrid, pág. 47.

²⁴ CC Gipuzkoa (art. 15).

²⁵ CC Asturias (art. 19); CC Cantabria (art. 19); CC Catalunya (art.33); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 21); CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art.19); CC Illes Balears (art. 19); CC Región de Murcia (art. 35); CC Ceuta (art. 13); CC Melilla (art. 20); CC Almería (art. 25); CC Cádiz (art. 25); CC Granada (art. 19); CC Huelva (art. 11); CC Teruel (art. 17); CC Zaragoza (art. 31); CC Álava (art. 24); CC Albacete (art. 19); CC Ciudad Real (art. 20); CC Cuenca (art. 26); CC Toledo (art. 33); CC Ávila (art. 32); CC León (art. 11); CC Palencia (art. 19); CC Salamanca (art. 23); CC Soria (art. 19); CC Zamora (art. 21); CC Ourense (art. 12); CC Las Palmas (art. 33); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 25); CC Alicante (art. 28); CC Castellón (art. 12); CC Valencia (art. 25); CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 11); CC Hotel Tierra Mar (art. 13); CC Hotel Abba Parque (art. 11); CC Hotel Hesperia Presidente (art. 22).

de este modo, el silencio que guarda el art. 23.1 a) del ET y que se ha interpretado como expresivo del carácter no reenumerado del permiso en ausencia de previsión convencional al respecto²⁶. Con todo, algunos convenios limitan el carácter retribuido de estos permisos a un número determinado de los que se soliciten anualmente —los primeros 10²⁷ o 15²⁸—.

En cuanto al presupuesto de hecho que da lugar a poder solicitar estos permisos, gran parte de los convenios se refieren a la concurrencia a exámenes sin ninguna otra especificación. No obstante, algunos acotan más el objeto del permiso, recurriendo a la fórmula prevista legalmente y reconociendo el derecho al oportuno permiso a los «trabajadores que cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional»²⁹ o, en parecidos términos, aludiendo a «exámenes en centros de formación académica, profesional o social»³⁰ o para la obtención de un «título académico universitario o de formación profesional»³¹. Algunas cláusulas convencionales parecen querer adoptar un criterio restrictivo, haciendo referencia a «exámenes oficiales»³² o de «estudios reglamentados por la autoridad pública correspondiente»³³, exigencia que vendría avalada por cierta doctrina judicial³⁴, aunque no parece que ello deba interpretarse exclusivamente como estudios en centros públicos³⁵. Por su parte, algún otro convenio vincula este tipo de permisos a estudios que redunden en un perfeccionamiento en el concreto sector de actividad —vgr. estudios de formación profesional en la rama de hostelería y turismo³⁶—, lo que puede considerarse contrario a la finalidad que persigue el derecho previsto legalmente, cual es la facilitación de la formación en general, de suerte que no se requiere que la misma esté directamente relacionada con la actividad profesional que desarrolla el trabajador³⁷. También hay algún convenio que limita los permisos a

²⁶ Cfr. Martín Puebla (1998): págs. 205 y 206; STSJ Castilla-La Mancha 14-11-1995 (AS 4406).

²⁷ CC Ciudad Real (art. 20); CC Cuenca (art. 26); CC León (art. 11); CC Palencia (art. 19); CC Alicante (art. 28).

²⁸ CC Almería (art. 25).

²⁹ CC Cantabria (art. 19); CC Illes Balears (art. 19).

³⁰ CC Almería (art. 25); CC Ciudad Real (art. 20); CC Cuenca (art. 26); CC León (art. 11); CC Palencia (art. 19); CC Alicante (art. 28).

³¹ CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 21).

³² CC Zaragoza (art. 22).

³³ CC Las Palmas (art. 33).

³⁴ STCT 3-11-1987 (Ar. 23863).

³⁵ STSJ La Rioja 27-6-1990 (AS 2220).

³⁶ CC Toledo (art. 33).

³⁷ STSJ La Rioja 27-6-1990 (AS 2220) y STSJ Galicia 6-11-1997 (AS 3797).

los «exámenes finales»³⁸ o «de fin de curso»³⁹, lo que puede plantear dudas de legalidad en el caso de que tales cláusulas sean utilizadas para denegar el permiso para acudir a pruebas que, no siendo finales, tengan, sin embargo, un verdadero valor evaluador —vgr. exámenes parciales liberatorios⁴⁰—. Otros convenios, en fin, extienden estos permisos para poder concurrir a oposiciones⁴¹.

Por lo que se refiere a la duración del permiso, la mayoría de las previsiones convencionales tan sólo aluden al tiempo «indispensable», «imprescindible» o «necesario» para la realización del examen⁴². En estos casos, se debe entender que la duración del permiso abarca el tiempo necesario para que «el trabajador acuda a la prueba con la debida preparación y aptitud tanto física como mental»⁴³. En esta línea, en algunos convenios el permiso se extiende o se anuda a otro para facilitar la preparación del examen⁴⁴ y también se observa alguna cláusula convencional que permite, previo acuerdo, que los trabajadores que cursen estudios hagan coincidir sus vacaciones con el período de exámenes⁴⁵. En cualquier caso, la negociación colectiva puede encargarse de suplir el vacío de regulación fijando la duración exacta del permiso⁴⁶, tal y como ocurre en algún convenio del sector⁴⁷.

Prácticamente la totalidad de convenios que incluyen el permiso para concurrir a exámenes en el listado de licencias retribuidas requieren previo aviso y justificación del trabajador. Detallando más

³⁸ CC Ceuta (art. 13).

³⁹ CC Las Palmas (art. 33).

⁴⁰ Cfr. Martín Puebla (1998): pág. 201.

⁴¹ CC Álava (art. 24); CC Bizkaia (art. 12); CC Hotel Abba Parque (art. 11).

⁴² CC Cantabria (art. 19); CC Catalunya (art.33); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 21); CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 19); CC Illes Balears (art. 19); CC Región de Murcia (art. 35); CC Melilla (art. 20); CC Almería (art 25); CC Huelva (art.11); CC Teruel (art. 17); CC Zaragoza (art. 31) CC Álava (art. 24); CC Bizkaia (art. 12); CC Albacete (art. 19); CC Ciudad Real (art.20); CC Cuenca (art. 26); CC Toledo (art. 33); CC Ávila (art. 32); CC León (art. 11); CC Palencia (art. 19); CC Salamanca (art. 23); CC Soria (art. 19); CC Zamora (art. 21); CC Ourense (art. 12); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 25); CC Alicante (art. 28); CC Castellón (art. 12); CC Valencia (art. 25); CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 11); CC Hotel Tierra Mar (art. 13); CC Hotel Abba Parque (art. 11); CC Hotel Hesperia Presidente (art. 22).

⁴³ Entre otras, STSJ Cantabria 21-4-1992 (AS 1939); STSJ Castilla-La Mancha 8-5-1997 (AS 2517) y STSJ Comunidad Valenciana 18-1-2000 (AS 2176).

⁴⁴ CC Asturias (art. 19); CC Las Palmas (art. 33).

⁴⁵ CC La Rioja-Hoteles (art. 16).

⁴⁶ STSJ Cataluña 29-10-1996 (AS 4812).

⁴⁷ CC Ceuta (art. 13); CC Cádiz (art. 25).

estos requisitos, algunos convenios exigen justificación de asistencia efectiva al examen⁴⁸ e incluso de la duración del mismo⁴⁹. Y en cuanto al tiempo de preaviso, encontramos desde alguna previsión que se refiere vagamente a una «antelación suficiente»⁵⁰, hasta otras que lo fijan taxativamente con una extensión mayor —6 días⁵¹ y 10 días⁵²— o menor —48 horas⁵³—. La ausencia de regulación convencional o la imprecisión de las previsiones convencionales sobre estos requisitos formales debe ser colmada con el deber de buena fe del trabajador, que obliga a ejercer este derecho de un modo que minimice las posibles alteraciones en la organización productiva⁵⁴.

Bastante más escasas son las previsiones de los convenios del sector de la hostelería referidas al resto de derechos contemplados en el art. 23.1 del ET. En cuanto al derecho de preferencia para elegir turno, en algún convenio se reitera sin más lo dispuesto en el apartado a) del art. 23.1 del ET⁵⁵ o, en sentido similar, se señala que los trabajadores que acrediten la realización de estudios reglamentados por la autoridad pública «recibirán trato preferente a la hora de asignar turnos y servicios, para facilitar sus estudios»⁵⁶. La falta de regulación convencional o la parquedad de las cláusulas convencionales en torno a esta preferencia juega claramente en contra de la aplicabilidad del derecho, puesto que la pluralidad de intereses implicados en estos supuestos —los del trabajador que cursa estudios, los de sus compañeros también sometidos al régimen a turnos que ostentan el derecho de rotación previsto en el art. 36.3 del ET y los del empresario en la organización de la prestación laboral⁵⁷— comporta que la

⁴⁸ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 19); CC Región Murcia (art. 35); CC Cádiz (art. 25); CC Huelva (art. 11); CC Gipuzkoa (art. 15); CC Granada (art. 19); CC Toledo (art. 33); CC Ourense (art. 12).

⁴⁹ CC Ourense (art. 12).

⁵⁰ CC Región de Murcia (art. 35).

⁵¹ CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 21).

⁵² CC Toledo (art. 33).

⁵³ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 19).

⁵⁴ Martín Puebla (1998): pág. 201 y 202. Constituye una trasgresión de la buena fe contractual no preavisar la ausencia para asistir a un examen, STS 10-7-1985 (RJ 3725).

⁵⁵ CC Navarra (art. 33); CC Almería (art. 24).

⁵⁶ CC Las Palmas (art. 33).

⁵⁷ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/89: «Desde el art. 27.1 de la Constitución derecho a la educación no puede imponerse al empresario o empleador la obligación de satisfacer de forma incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia (...)».

intervención de la autonomía colectiva sea prácticamente imprescindible para su armonización⁵⁸.

Situación similar a la anterior cabe señalar en relación con el derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para asistir a cursos de formación profesional previsto en el apartado b) del art. 23.1 ET. Más allá de la mera reproducción de lo recogido en dicho precepto⁵⁹, merece destacarse la obligación impuesta por algún convenio provincial a las empresas del sector relativa a la fijación de un horario especial para los trabajadores que realicen cursos de formación profesional de hostelería a fin de facilitar su asistencia a los mismos⁶⁰. En algún otro convenio, esta adaptación de la jornada se limita exclusivamente a aquellos trabajadores que asistan a cursos de capacitación básica de lectura, escritura y cálculo; adaptación que de no ser posible deberá substituirse por la concesión de una licencia de horas a la semana⁶¹.

En efecto, el art. 23.1 b) ET prevé que alternativamente a la adaptación de la jornada se le pueda conceder al trabajador el oportuno permiso de reciclaje o formación profesional, con reserva del puesto de trabajo, para la asistencia a cursos de formación profesional. La variedad de cláusulas convencionales detectadas y reconducibles a este derecho goza de gran heterogeneidad. Así, en cuanto al presupuesto de hecho que permite la solicitud del permiso algunos convenios aluden sin más a cursos de formación profesional⁶² o hablan de estudios profesionales o de cualquier otra índole reglamentados por la autoridad pública⁶³. Otros convenios condicionan el permiso al hecho de que el curso de formación profesional lo sea en hostelería⁶⁴ o bien a que el mismo guarde relación con el cargo o actividad que se desarrolla en la empresa⁶⁵ o con los conocimientos propios de la categoría profesional del trabajador⁶⁶. No parece existir impedimento para que la negociación colectiva vincule la concesión de estos permisos a la formación profesional específicamente relacionada con las tareas que tiene encomendadas el trabajador o con aspectos propios

⁵⁸ Cfr. Martín Puebla, (1998): pág. 209 y 210. Véase también STSJ Andalucía 19-9-2000 (AS 4689).

⁵⁹ CC Almería (art. 24).

⁶⁰ CC Ourense (art. 5).

⁶¹ CC Illes Balears (art. 19).

⁶² CC Castellón (art. 27).

⁶³ CC Las Palmas (art. 33).

⁶⁴ CC Gipuzkoa (art. 49); CC Cuenca (art. 35).

⁶⁵ CC Valencia (art. 42).

⁶⁶ CC León (art. 28).

del sector de actividad. De un lado, porque del propio tenor del art. 23.1 b) parece desprenderse la necesidad de una cierta relación entre la formación recibida y la actividad profesional que desarrolla el trabajador; y de otro, porque de los derechos contemplados en el art. 23.1 del ET probablemente sea éste el que ostenta menos autosuficiencia aplicativa, correspondiendo a la negociación colectiva determinar cuándo nace el derecho y qué efectos tiene su concesión⁶⁷.

Por lo demás, se detectan algunas previsiones convencionales que conceden una cierta discrecionalidad empresarial en el otorgamiento de estos permisos. Así, algunos convenios permiten que la empresa se reserve el derecho a no conceder el permiso cuando el mismo pueda coincidir con el de otros trabajadores y/o se pueda ver afectado el funcionamiento o las necesidades organizativas de la empresa⁶⁸. De otro lado, hay algún convenio que directamente exige que la asistencia a los cursos sea previamente convenida entre empresario y trabajador⁶⁹. A este respecto, una cosa es que por convenio colectivo se determinen los requisitos necesarios para acceder a este permiso y que su disfrute no deba considerarse incondicional frente a las razones organizativas⁷⁰, y otra que su concesión se condicione únicamente a la voluntad del empresario, lo que puede desvirtuar la naturaleza de derecho que la legislación quiere imprimir a este permiso.

La mayoría de los convenios que recogen este permiso reconocen el carácter retribuido del mismo, colmando así la inexpresividad al respecto del art. 23.1 b) del ET, si bien la fórmula más habitual es la de vincular el carácter retribuido del permiso a una duración máxima de horas en cómputo mensual o anual⁷¹. Otros convenios tan sólo permiten acceder a este permiso retribuido una vez cada 3 o 5 años⁷². Y también en relación con el carácter retribuido, se detecta la utilización de cláusulas que tienden a evitar que los costes de estos permisos no redunden en beneficio de la empresa, de suerte tal que se prevé que a los trabajadores que causen baja en la empresa voluntariamente en un lapso de tiempo determinado — 1 o 2 años — desde la realización de los cursos de formación, se

⁶⁷ Véase Martín Puebla (1988): pág. 160 y 180.

⁶⁸ CC Cuenca (art. 35); CC Valencia (art. 42).

⁶⁹ CC León (art. 28).

⁷⁰ STSJ Cantabria 30-7-1994 (AS 2991).

⁷¹ CC Las Palmas (art. 33); CC Gipuzkoa (art. 49); CC Cuenca (art. 35); CC Valladolid (art. 28).

⁷² CC Castellón (art. 27); CC Valencia (art. 42).

les descontará del correspondiente finiquito una cantidad equivalente a las horas retribuidas facilitadas por la empresa⁷³.

1.4. Suspensión del contrato de trabajo

Al margen de la regulación de los derechos contemplados en el art. 23.1 del ET, otros convenios del sector recurren a la figura de las excedencias, de suerte tal que la suspensión de la relación laboral deviene un mecanismo para alternar trabajo y formación. Se tratan, por tanto, de cláusulas establecidas al amparo del art. 46.6 ET, que habilita a los convenios colectivos a establecer otros supuestos de excedencia distintos a los previstos legalmente con el régimen y efectos que por los mismos se disponga.

En algún caso, este tipo de excedencia queda vinculada a la especialización o promoción profesional. En este sentido, se prevé una excedencia especial para la especialización profesional en hostelería, ya sea en centros españoles o extranjeros y para el aprendizaje de idiomas también en el extranjero, conservando el trabajador en ambos casos un derecho preferente de reingreso en las vacantes de su igual o similar categoría⁷⁴. Y en otro convenio, se prevé una excedencia cuyo objeto es la promoción profesional, pero pensada para la realización de actividades profesionales por cuenta propia o ajena, prohibiéndose el ejercicio del mismo oficio o actividad dentro del mismo término municipal en el que está situada la empresa y toda conducta de concurrencia desleal⁷⁵.

En la mayoría de casos, estas excedencias especiales se relacionan, sin embargo, con la realización de estudios en general⁷⁶. Los convenios del sector hostelero permiten solicitar dicha excedencia a los trabajadores fijos con al menos un año de antigüedad⁷⁷, y algunos extienden esta posibilidad a los trabajadores fijos discontinuos con idéntico período de permanencia en la empresa⁷⁸. La duración

⁷³ CC Castellón (art. 27); CC Gipuzkoa (art. 49); CC Valladolid (art. 28); CC Valencia (art. 42).

⁷⁴ CC La Rioja-Hoteles (art. 19).

⁷⁵ CC Illes Balears (art. 21).

⁷⁶ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 35); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 43 bis); CC Illes Balears (art. 21); CC Alicante (art. 30); CC Hotel Tierra Mar (art. 28).

⁷⁷ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 35); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 43 bis); CC Hotel Tierra Mar (art. 28).

⁷⁸ CC Illes Balears (art. 21); CC Alicante (art. 30).

de estas excedencias se fija usualmente en un mínimo de un año y un máximo de cinco ⁷⁹. Suele ser habitual, asimismo, la previsión de que el trabajador tan sólo podrá solicitar la citada excedencia cuando hayan transcurrido cuatro años desde el agotamiento de otra excedencia de cualquier naturaleza ⁸⁰. Ningún convenio de los que contemplan este tipo de excedencia reconoce el tiempo de duración de la misma a efectos de antigüedad, quedando el contrato de trabajo durante dicho período en suspenso de acuerdo con lo legalmente establecido ⁸¹. Salvo con alguna excepción, se reconoce expresamente el derecho a la reserva del puesto y la garantía de reincorporación del trabajador excedente, exigiéndose para su efectivo ejercicio una solicitud por escrito de reingreso con un mes de antelación a la expiración de la excedencia ⁸².

Por otra parte, otros convenios lo que estipulan es que la concesión de la excedencia voluntaria será obligatoria para la empresa cuando su solicitud se fundamente en la terminación de estudios ⁸³. Este tipo de previsiones podrían parecer superfluas en tanto que la excedencia voluntaria queda configurada como un derecho de cualquier trabajador que reúna los requisitos legales (art. 46.2 ET), sin que sea necesario alegar motivo alguno para su concesión. Ahora bien, la especificación convenida cobra importancia si se repara en que estas cláusulas convencionales van acompañadas de otras que mejoran el régimen previsto legalmente por lo que se refiere a los derechos de reincorporación a la empresa. De este modo, mientras que de acuerdo con el art. 46.5 del ET los trabajadores en excedencia voluntaria tan sólo conservan «un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa», en las disposiciones convencionales aludidas se les reconoce a los trabajadores excedentes por terminación de estudios un derecho de «ocupación efectiva en su plaza» una vez solicitado el reingreso a la empresa ⁸⁴. No obstante, en el caso de que el tra-

⁷⁹ CC Illes Balears (art. 21); CC Hotel Tierra Mar (art. 28). Señalando únicamente que tendrá una duración máxima de 3 años, CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 43 bis). En algún otro convenio se estipula una duración bastante más reducida, de 3 a 9 meses, CC Alicante (art. 30).

⁸⁰ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 35); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 43 bis); CC Illes Balears (art. 21); CC Alicante (art. 30).

⁸¹ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 35); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 43 bis); CC Illes Balears (art. 21); CC Alicante (art. 30); CC Hotel Tierra Mar (art. 28).

⁸² CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 35); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 43 bis); CC Illes Balears (art. 21); CC Hotel Tierra Mar (art.28).

⁸³ CC Jaén (art. 30); CC Málaga (art. 25); CC Marbella Club Hotel (art. 24).

⁸⁴ CC Jaén (art. 30); CC Málaga (art. 25). En sentido similar, CC Marbella Club Hotel (art. 24).

bajador solicitara el reingreso con carácter previo a la terminación del período de excedencia concedido, esta obligación empresarial de ocupación efectiva queda, en algunos supuestos, condicionada a que el puesto del trabajador excedente no estuviese cubierto⁸⁵. No se aprecia, sin embargo, ninguna otra mejora con respecto al régimen general de la excedencia voluntaria, pues se dispone expresamente que las excedencias serán concedidas sin derecho a retribución y sin que su duración sea computada a ningún efecto⁸⁶.

Salvo en un caso⁸⁷, la duración mínima y máxima de estas excedencias por terminación de estudios coincide con la prevista en el art. 46.2 del ET para la excedencia voluntaria —de 2 a 5 años—, previéndose en los convenios ciertos aspectos relativos a la forma y tiempo en que debe darse contestación empresarial a la solicitud de excedencia, así como a los requisitos formales de la solicitud por parte del trabajador para su reingreso en la empresa⁸⁸. En fin, algún convenio prevé la posibilidad de sancionar al trabajador que utilice la excedencia para fines distintos al motivo que justifica su concesión⁸⁹.

1.5. Extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación a los cambios tecnológicos

Tan sólo en dos convenios del sector se detectan cláusulas convencionales destinadas a que las empresas proporcionen a los trabajadores la formación profesional necesaria para adaptarse a los cambios tecnológicos introducidos en los sistemas productivos⁹⁰. Se trata de cláusulas nada desdeñables, puesto que cuando se formulan con buena técnica jurídica introducen una mejora sustancial en el régimen de la extinción de la relación laboral por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo ex art. 52.b) del ET, convirtiendo en obligatorio lo que en dicho precepto parece quedar recogido como una potestad empresarial: el ofrecimiento al trabajador de acciones formativas para la adaptación requerida con carácter previo a tomar la decisión de despedir. La negociación colectiva se puede encargar asimismo de especificar las

⁸⁵ CC Jaén (art. 30); CC Málaga (art. 25).

⁸⁶ CC Jaén (art. 30); CC Málaga (art. 25); CC Marbella Club Hotel (art. 24).

⁸⁷ CC Jaén (art. 30).

⁸⁸ CC Jaén (art. 30); CC Málaga (art. 25); CC Marbella Club Hotel (art. 24).

⁸⁹ CC Jaén (art. 30).

⁹⁰ CC Catalunya (art. 49); CC Segovia (art. 32).

características que debe reunir la formación destinada a la adaptación del trabajador a los cambios técnicos⁹¹.

2. La formación profesional continua

Como es sabido, desde 1993 la formación y el reciclaje profesional de los trabajadores ocupados en los diferentes sectores de actividad se venía regulando a través de los sucesivos acuerdos de ámbito nacional suscritos entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de un lado, y entre éstas y el Gobierno, por otro, cuyas últimas versiones fueron el III Acuerdo tripartito de Formación Continua (III Acuerdo Tripartito) y el III Acuerdo Nacional de Formación Continua (III ANFC), suscritos ambos el 19 de diciembre de 2000. El III Acuerdo Tripartito fijaba las bases financieras del subsistema de formación continua y regulaba los diferentes órganos tripartitos encargados de la gestión de mismo. Por su parte, el III ANFC contenía la regulación de las distintas iniciativas de formación, determinando las condiciones y requisitos necesarios para su financiación, además de cerrar el engranaje institucional del subsistema a través de la previsión de una serie de comisiones paritarias con competencias relativas, sobre todo, a la elevación de informes y propuestas sobre las acciones formativas a los órganos tripartitos. Ambos acuerdos ponían de manifiesto que uno de los principios básicos del subsistema de formación profesional continua residía en el protagonismo de los interlocutores sociales, lo que cristalizaba en la propia naturaleza y eficacia jurídica del III ANFC, que se presentaba como un marco ordenador de la negociación colectiva en esta materia⁹².

Pues bien, esta era la situación hasta la aprobación del RD 1046/2003, sobre el subsistema de formación profesional continua. Aunque no se expresó formalmente, este RD sustituyó a los acuerdos nacionales sobre la materia vigentes en el momento de su aprobación, agrupando en un único texto los aspectos relativos a las iniciativas de formación, su financiación y gestión y a la estructura organizativa del subsistema. No obstante, el reciente RD 395/2007, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, ha vuelto a incidir en la materia, derogando el RD 1046/2003 e integrando en un único modelo la formación profesional ocupacional

⁹¹ En este sentido, Pérez de los Cobos Orihuel, F. *et alt.*(2003): pág. 49.

⁹²Al respecto, Valdés Dal-Ré, F. (1998): «La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua», RL, Tomo II, pág. 528.

y la continua. De este modo, la vigente regulación tiene por objeto regular las distintas iniciativas de formación que configuran el subsistema de formación profesional para el empleo, su régimen de funcionamiento y financiación, así como su estructura organizativa y de participación institucional, entendido el subsistema de formación para el empleo como aquél que tiene por objeto impulsar y extender la formación entre las empresas y los trabajadores tanto ocupados como desempleados (arts. 1 y 2 RD 395/2007).

Entretanto, el 1 de febrero de 2006, se alcanzó entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal el IV Acuerdo Nacional de Formación⁹³, cuyo objeto es actualizar las orientaciones formativas ante las insuficiencias detectadas tras la experiencia acumulada. A diferencia de los anteriores acuerdos nacionales, éste Acuerdo no contiene normas sustantivas sobre la formación profesional, ni las concretas iniciativas a desarrollar, sino que el mismo constituye, en esencia, un programa en el que se recogen las directrices, fines, principios generales y ejes que deberían inspirar el sistema de formación para el empleo (arts. 2, 5, 6, 7 y 8) y que, fruto del diálogo social con el gobierno, han quedado reflejados en buena medida en las disposiciones del vigente RD 395/2007. Y como no podía ser de otro modo, el IV Acuerdo subraya el papel a desempeñar por la negociación colectiva sectorial, en especial en el ámbito estatal (arts. 2 y 10). En este sentido, el vigente RD 395/2007 incluye entre los principios generales del subsistema de formación continua, su vinculación con el Diálogo Social y la negociación colectiva sectorial, así como, la participación de los Interlocutores Sociales (art. 3 RD 395/2007). Se insiste, en efecto, en la necesidad de la inserción de la formación en la negociación colectiva y en el importante papel de los Interlocutores Sociales en el desarrollo de estrategias comunes para los diferentes sectores productivos articuladas a través de la negociación colectiva de ámbito estatal, previendo la existencia de acciones formativas que garanticen la adquisición de competencias por los trabajadores⁹⁴.

Pues bien, en el sector de actividad que nos ocupa los vaivenes normativos acontecidos han provocado un cierto aletargamiento y desfase del contenido de la negociación colectiva por lo que se refiere a la formación profesional continua. Así, el III ALEH se limita a programar parcamente un Plan de Formación para el sector y a atribuir de funciones sobre la materia a una comisión paritaria específica

⁹³ BOE 27-3-2006.

⁹⁴ Véase el Preámbulo del RD 395/2007.

(véase *infra*). Mientras que a niveles inferiores se observa como el contenido de la negociación colectiva sigue aún, en buena medida, la orientación del anterior modelo mediante simples remisiones a acuerdos de ámbito superior⁹⁵. Se requiere, pues, un proceso de adaptación al actual marco normativo, pues de otro modo se pierde la oportunidad de ajustar en la mayor medida posible el subsistema de formación a las necesidades e intereses del sector y de los trabajadores en él ocupados. En este sentido, en las directrices para la negociación colectiva recogidas en el AINC 2007 (Cap. VI, punto 2), prorrogado para el año 2008, se hace hincapié en que la negociación colectiva en el ámbito que corresponda, sector o empresa, debe contribuir a facilitar el aprovechamiento de las oportunidades que ofrece el marco normativo en materia de formación profesional sustancialmente modificado en los últimos años.

2.1. *Las iniciativas formativas*

En el vigente modelo de formación continua, los tradicionalmente llamados planes de formación de empresa se han visto reemplazados por la denominada «formación de demanda», que es aquella que responde a las necesidades específicas de formación de la empresa y de los trabajadores ocupados en ella, financiándose a través de un sistema de bonificaciones a las cotizaciones de la Seguridad Social. Esta formación impartida a través de las acciones formativas de las empresas deberá guardar relación con la actividad empresarial y podrá ser general o específica, entendida la primera como la que proporciona cualificaciones en su mayor parte transferibles a otras empresas u otros ámbitos laborales y la segunda como la que incluye una enseñanza teórica y/o práctica aplicable directamente al puesto de trabajo actual o futuro del trabajador en la empresa beneficiaria y que ofrece cualificaciones que no son transferibles, o sólo de forma muy restringida, a otras empresas u otros ámbitos laborales (art. 12.1 y 2 RD 395/2007). Pues bien, no ha sido posible detectar cláusulas convencionales que, de un modo u otro, se puedan entender como dirigidas a determinar los criterios prioritarios que deberán seguir

⁹⁵ Así, se pueden encontrar remisiones a ANFC no vigentes-CC Burgos (art. 29); CC Valladolid (art. 28); CC Valencia (art. 43)- y/o a lo dispuesto en el ALEH -CC Comunidad de Madrid-Hostelería (Disp. Ad. 5^a); CC La Rioja-Hoteles (Disp. Ad. 4^a); CC Melilla (art. 42); CC Almería (art. 76); CC Toledo (art. 24); CC Soria (art. 26); CC A Coruña (art. 36); CC Castellón (arts. 27 y 33)-, si bien estas referencias carecen hoy de sentido en la medida que el vigente ALEH, a diferencia de los anteriores, no regula detalladamente todas las iniciativas formativas objeto del subsistema de formación continua.

tales acciones de formación continua en las empresas, que según las directrices fijadas por el AINC deberían ir dirigidas a determinar los colectivos prioritarios y sobre todo las necesidades formativas de los colectivos con mayor riesgo de perder el empleo y los de menor nivel de cualificación. A lo sumo, en el sector de la hostelería se atribuyen competencias a órganos paritarios que pueden ir dirigidas a concretar tales aspectos (véase *infra*).

La formación de demanda comprende también los denominados permisos individuales de formación (PIF), mediante los cuales la empresa autoriza a un trabajador para la realización de una acción formativa que esté reconocida mediante una acreditación oficial, incluida la correspondiente a los títulos y certificados de profesionalidad que constituyen la oferta formativa del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, con el fin de favorecer su desarrollo profesional y personal (art. 12.3 RD 395/2007). A este respecto, ciertos convenios provinciales establecen algunas restricciones o condiciones a estos permisos, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de que la empresa deniegue la concesión del permiso cuando su disfrute pueda distorsionar las necesidades productivas u organizativas de la empresa o cuando ya exista un determinado porcentaje de trabajadores ausentes por dicha causa⁹⁷. Este tipo de previsiones parecen estar pensadas de acuerdo con lo se prevía sobre los PIF en el III ANFC, mas no parecen incompatibles con lo que dispone ahora el art. 12.3 RD 395/2007, según el cual la denegación de la autorización del permiso por parte de la empresa deberá estar motivada por razones organizativas o de producción, comunicándolo al trabajador. Ello sin perjuicio de que una misión que se encomienda a la negociación colectiva por el AINC 2007-2008 es precisamente la de facilitar el acceso de los trabajadores a los PIF previstos en la normativa legal.

Por otra parte, como se apuntaba más arriba, en el art. 31 III ALEH se acuerda la realización de un «Plan de Referencia para la Formación Continua en el sector de Hostelería de ámbito estatal» que contenga: a) la determinación de los objetivos del plan referidos a la satisfacción de las necesidades del sector; b) el establecimiento de las acciones formativas incluidas en el plan de referencia y prioridades de las mismas; y c) la concreción de las entidades solicitantes. A tal efecto, se faculta para la definición de los contenidos y la concreción de éstos a la Comisión Paritaria Sectorial de Hostelería de Formación Continua.

⁹⁶ BOE 24-2-2007 y 14-1-2008.

⁹⁷ CC Málaga (art. 62); CC Toledo (art. 33).

La previsión del plan de formación se realiza, según los negociadores, conforme al RD 395/2007. Y es que, en efecto, a través de denominada «formación de oferta» se pueden financiar planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados, pudiendo tener tales planes carácter sectorial, en tanto que dirigidos a desarrollar acciones formativas de interés general para el sector, debiendo respetar los criterios y prioridades establecidas en la negociación colectiva sectorial, en particular a través de la comisiones paritarias. Estos planes se financian mediante subvención pública previa convocatoria del Sistema Público de Empleo Estatal y se ejecutarán mediante convenio suscrito entre dicho Servicio y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal y con las comisiones paritarias creadas en el marco de la negociación colectiva sectorial estatal (arts. 22 y 24 RD 395/2007).

2.2. Órganos paritarios en materia de formación continua

En la estructura organizativa diseñada por el RD 395/2007, la vinculación entre el subsistema de formación y la negociación colectiva se manifiesta esencialmente a través de las comisiones paritarias sectoriales, las cuales se podrán crear a través de convenios de ámbito sectorial estatal o de acuerdos de materia concreta del mismo ámbito (art. 35). A este respecto, el art. 32 III ALEH da continuidad a la comisión paritaria sectorial de formación creada en anteriores acuerdos. La misma está integrada por 12 representantes de las organizaciones sindicales y 12 representantes de las organizaciones empresariales que suscriben el III ALEH y sus decisiones requieren el acuerdo de ambas representaciones, si bien la decisión de voto en la representación empresarial se adoptará por la mayoría absoluta de sus integrantes, mientras que para la decisión de voto en la representación sindical se exige una mayoría de tres cuartas partes de sus miembros.

Por lo que se refiere a las competencias de esta comisión, el art. 32 III ALEH le encomienda esencialmente las que se preveían para este tipo de comisiones en el derogado RD 1046/2003 y son las siguientes:

- a) Velar por el cumplimiento del presente Acuerdo.
- b) Establecer los criterios orientativos para la elaboración de los planes de formación correspondientes a su ámbito y que afec-

tarán exclusivamente a las siguientes materias: 1) prioridades con respecto a las iniciativas de Formación Continua a desarrollar en el sector de Hostelería; 2) orientación respecto a los colectivos de trabajadores destinatarios de las acciones; 3) enumeración de los centros disponibles de impartición de la formación; y 4) criterios que faciliten la vinculación de la Formación Continua Sectorial con el sistema de clasificación profesional y su conexión con el Sistema Nacional de Cualificaciones, a los efectos de determinar los niveles de Formación Continua del Sector y su correspondencia con las modalidades de certificación que determine el Sistema Nacional de Cualificaciones.

c) Proponer la realización de estudios de detección de necesidades formativas y la elaboración de herramientas y/o metodologías aplicables a la Formación Continua en el Sector de Hostelería, a efectos de su consideración en la correspondiente convocatoria de Medidas Complementarias y de Acompañamiento a la Formación. Aunque tales Medidas Complementarias y de Acompañamiento no aparecen en la actual normativa sobre el subsistema de formación para el empleo, lo cierto es que, en términos similares, el art. 30 RD 395/2007 prevé que, en el marco de los criterios y prioridades generales que propongan las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas y representativas en cada sector al amparo de la negociación colectiva sectorial estatal, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales realizará una planificación plurianual de acciones financiadas de investigación e innovación que sean de interés para la mejora de la formación profesional para el empleo.

d) Emitir informe sobre los Planes Agrupados Sectoriales de Formación, así como sobre las Medidas Complementarias y de Acompañamiento que afecten a más de una Comunidad Autónoma, en el ámbito del presente Acuerdo, elevándolos a la Fundación Tripartita para que ésta elabore su propuesta de resolución. Esta función se refiere a iniciativas formativas que no se recogen en la actual normativa y parece quedar más diluida en otras funciones reconocidas a las comisiones paritarias en el RD 395/2007, como son la de conocer en general sobre la formación profesional para el empleo en el sector correspondiente y conocer de la agrupación de empresas en el sector a efectos de la realización de la realización de acciones formativas en las mismas (art. 35.1 b y f).

e) Trasladar a la Fundación Tripartita de Formación para el Empleo informe sobre los contratos programa y acciones comple-

mentarias en los plazos y condiciones establecidos en la correspondiente convocatoria. Con respecto a esta función cabe señalar lo mismo a la prevista en el apartado anterior.

f) Atender y dar cumplimiento a las solicitudes y requerimientos que le puedan ser trasladados por la Fundación Tripartita de Formación para el Empleo.

g) Elaborar estudios e investigaciones. A este respecto, el actual art. 35.1 d) RD 395/2007 atribuye a las comisiones paritarias la función de participar y colaborar en actividades, estudios o investigaciones de carácter sectorial y realizar propuestas en relación con el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional y los Centros de Referencia Nacional correspondientes a sus respectivos ámbitos.

h) Aprobar su reglamento de funcionamiento.

i) Formular propuestas en relación con el establecimiento de niveles de Formación Continua a efectos de su correspondencia con las modalidades de certificación que determine el Sistema Nacional de Cualificaciones. Esta función queda, sin duda, conectada a lo previsto actualmente en el art. 35.1 d) RD 395/2007 antes reseñado.

j) Realizar una memoria anual de aplicación del Acuerdo, así como de evaluación de las acciones formativas desarrolladas en su ámbito correspondiente.

k) La realización de un Plan de Referencia para el Empleo en el sector de Hostelería de ámbito estatal que, como se ha visto supra, deberá contener la determinación de los objetivos del plan referidos a la satisfacción de las necesidades del sector, el establecimiento de las acciones formativas incluidas en el plan de referencia y prioridades de las mismas y la concreción de las entidades solicitantes.

A todas estas funciones, se le debe añadir la que se le atribuye reglamentariamente a estas comisiones paritarias en cuanto a la mediación entre los representantes de los trabajadores y las empresas por lo que se refiere a las discrepancias que puedan surgir en cuanto a las acciones de formación y permisos individuales de formación en la empresa (art. 15.5 y 35.1 a) RD 395/2007).

También en ámbitos inferiores de negociación un número relevante de convenios del sector hostelero contienen previsiones acerca

de los órganos paritarios con competencias en materia de formación continua. De un lado, hay convenios en que es la comisión paritaria del propio convenio la que asume ciertas funciones en materia de formación, tales como desarrollar las iniciativas necesarias en materia de formación continua⁹⁸, la realización de estudios y propuestas sobre formación⁹⁹, la determinación de las necesidades formativas¹⁰⁰, el impulso y desarrollo de planes de formación sectorial¹⁰¹ o la realización de las gestiones para la puesta en marcha de cursos de formación profesional¹⁰², entre otras.

Por otra parte, son varios los convenios que prevén comisiones paritarias específicas en materia de formación. En este sentido, encontramos desde aquellos convenios que contienen un mero anuncio sobre la constitución de la comisión¹⁰³, hasta otros en que se hace una más detallada ordenación de aspectos relacionados con su composición¹⁰⁴, funcionamiento y funciones¹⁰⁵, entre las cuales las más usuales tienen que ver: a) con la promoción y desarrollo con carácter general de la formación continua en el sector¹⁰⁶, en unos casos en coordinación con la comisión paritaria sectorial de ámbito estatal¹⁰⁷ y en otros supuestos proponiendo directamente las correspondientes acciones formativas¹⁰⁸; b) con los planes de formación, marcando sus objetivos, concretándolos, aprobándolos y desarrollándolos¹⁰⁹; y c) con la coordinación, gestión y control de la financiación y recursos destinados a las acciones formativas¹¹⁰. Por lo demás, se debe señalar

⁹⁸ CC Cádiz (art. 46); CC Burgos (art. 29); CC Valladolid (art. 28); CC Alicante (art. 44).

⁹⁹ CC Alicante (art. 44).

¹⁰⁰ CC La Rioja-Hoteles (Disp. Ad. 4ª); CC Alicante (art. 44).

¹⁰¹ CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (art. 49); CC Comunidad de Madrid-Hostelería (art. 59); CC Alicante (art. 44).

¹⁰² CC Cáceres (art. 7).

¹⁰³ CC Melilla (art. 42).

¹⁰⁴ CC Ceuta (art. 53); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39); CC Granada (art. 13); CC Málaga (art. 62); CC Jaén (art. 27); CC Lugo (art. 31); CC Ourense (Disp. Ad. 11ª); CC Hotel Tierra Mar (Disp. Trans. 1ª); CC Marbella Club Hotel (art. 38).

¹⁰⁵ CC Catalunya (art. 49); CC Málaga (art. 62); CC Jaén (art. 27); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39); CC Ourense (Disp. Ad. 11ª).

¹⁰⁶ CC Lugo (art. 31); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39); CC Ourense (Disp. Ad. 11ª).

¹⁰⁷ CC Comunidad de Madrid-Hostelería (Disp. Ad. 5ª); CC Comunidad de Madrid-Hospedaje (Disp. Ad. 2ª).

⁴⁰⁸ CC Ceuta (art. 53); CC Málaga (art. 62); CC Hotel Tierra Mar (Disp. Trans. 1ª); CC Marbella Club Hotel (art. 38).

¹⁰⁹ CC Ceuta (art. 53); CC Granada (art. 13); CC Málaga (art. 62); CC Ourense (Disp. Ad. 11ª); CC Hotel Tierra Mar (Disp. Trans. 1ª); CC Marbella Club Hotel (art. 38).

¹¹⁰ CC Ceuta (art. 53); CC Málaga (art. 62); CC Ourense (Disp. Ad. 11ª); CC Hotel Tierra Mar (Disp. Trans. 1ª); CC Marbella Club Hotel (art. 38).

que en algún convenio colectivo de ámbito autonómico y provincial se ordena la constitución de comisiones paritarias en materia de formación en el seno de las empresas de su ámbito de aplicación ¹¹¹.

El principal problema que plantea la creación de estas comisiones en los ámbitos de negociación inferiores es la posible coincidencia de funciones con las que tiene atribuidas legal y convencionalmente la comisión paritaria sectorial de ámbito estatal. Durante la vigencia de los ANFC, la creación de tales comisiones había sido considerada una buena práctica negocial que, más que apartarse de lo dispuesto en los mismos, completaba el mapa territorial en la gestión de la formación continua ¹¹². Sin embargo, la vigente normativa parece rechazar todas aquellas comisiones paritarias que no vengan creadas por acuerdos o convenios de ámbito sectorial nacional. A tenor del art. 35.1 RD 395/2007, no es que no se puedan crear comisiones paritarias sectoriales de ámbito diferente al estatal, pero se exige que éstas vengan autorizadas por los negociadores de dicho ámbito. Además, de la normativa actual se colige una preocupación por la racionalidad y eficacia de las Comisiones Paritarias, encomendándosele al Consejo General del Sistema Nacional de Empleo la aprobación de un mapa sectorial para mejorar la situación al respecto [art. 33 g) RD 395/2007].

2.3 La formación continua como obligación de los trabajadores y los tiempos empleados en la misma

Otro tipo de previsiones convencionales detectadas en el sector de la hostelería son las que establecen la obligación de los trabajadores de participar en las actividades de formación continua programadas por las empresas. En algún caso, ello se expresa sin hacer distinción entre la formación programada dentro o fuera de la jornada ¹¹³. A este respecto, hay que entender que los trabajadores tan sólo quedan obligados a asistir a la formación programada fuera de la jornada de trabajo cuando la suma de la jornada prevista en convenio y de las horas de formación no supera la duración máxima de la jornada ordinaria establecida en el 34.1 del ET -40 horas semanales en cómputo anual—, y ello con independencia de que las horas de la

¹¹¹ CC Catalunya (art. 49); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39).

¹¹² Dueñas Herrero, L. J. (1998): «Régimen de las Comisiones Paritarias Sectoriales en los Acuerdos específicos sobre Formación Continua y en los Convenios Colectivos de Sector y de Empresa», RL, Tomo II, pág. 668.

¹¹³ CC Jaén (art. 27).

formación se retribuyan de forma específica; de lo contrario, la cláusula convencional que establece dicha obligación podrá ser declarada ilegal¹¹⁴. Además, hay que tener en cuenta que el reciente RD 395/2007, dispone que la participación de un trabajador en acciones formativas no podrá ser superior a 8 horas diarias (art. 7.3). En esta línea, algún convenio exceptúa esa obligación de asistencia para el caso de que la formación no coincida con la jornada laboral¹¹⁵. Y en otro caso, se exime de este deber a aquellos trabajadores que se encuentren en período de vacaciones, permisos retribuidos, festivos acumulados o en alguno de los supuestos legales de suspensión del contrato de trabajo¹¹⁶.

Finalmente, otra cuestión que es objeto de tratamiento en algunos convenios del sector es la relativa a la consideración que tienen los tiempos empleados en la formación en relación con el tiempo de trabajo y la retribución del trabajador. Algún convenio dispone sin más que el tiempo de formación será el 50% a cargo de la empresa y el 50% a cargo del trabajador¹¹⁷. Otros establecen la misma regla pero haciendo alusión exclusivamente a la formación que se produce fuera de la jornada de trabajo, por lo que implícitamente se deduce que de la formación realizada dentro de la jornada de trabajo se hace cargo la empresa, es decir, el trabajador no ve reducido su salario ni tiene que recuperar el tiempo empleado en la formación. En cambio, si la formación se produce fuera de la jornada laboral, la empresa tan sólo asume el coste del 50% del tiempo empleado, ya sea a través de las correspondientes reducciones de jornada o descansos compensatorios, ya sea mediante retribución¹¹⁸. También hay algún convenio que obliga, sin embargo, a las empresas a costear por completo la formación realizada fuera del horario de trabajo¹¹⁹, siendo ésta la solución que parece imponerse abstracción hecha de lo dispuesto por convenio en caso de que el mismo contenga además cláusulas, como las anteriormente reseñadas, que obligan a los trabajadores a participar en las acciones formativas programadas por la empresa sin hacer distinción entre la formación realizada fuera o dentro de la jornada de trabajo¹²⁰.

Sería deseable que en la negociación colectiva del sector abundaran más las previsiones respecto a todas estas cuestiones, pues según

¹¹⁴ Véase STS 26-6-2003 (RJ 6390).

¹¹⁵ CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39).

¹¹⁶ CC Alicante (art. 44).

¹¹⁷ CC Castellón (art. 27); CC Málaga (art. 62).

¹¹⁸ CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39); CC Marbella Club Hotel (art. 38).

¹¹⁹ CC Alicante (art. 44).

¹²⁰ Véase STS 25-2-2002 (RJ 4543).

los criterios fijados por el AINC, los derechos y obligaciones en relación con la formación y, en particular, la asistencia a la misma, su aprovechamiento y el tiempo en que se realiza son cuestiones propias de la negociación colectiva.

IV. GARANTÍAS FRENTE A LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Transmisión de actividades. Regímenes convencionales de subrogación empresarial

Más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa, el art. 44 ET proyecta el principio de estabilidad en el empleo, de modo que se reconoce al titular de la empresa el derecho a disponer de esa titularidad, en todo o en parte, cediéndola a un nuevo titular, que queda subrogado, sin embargo, en las obligaciones laborales del primero ¹²¹. Y de acuerdo con el 44.2 del ET, se entiende producida una sucesión de empresa cuando la transmisión afecta a una «entidad económica» que mantenga su identidad, «entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría».

Pues bien, tradicionalmente se ha venido entendiendo que para resulte de aplicación el artículo 44 del ET resulta necesario que se produzca una efectiva transmisión de los elementos patrimoniales configuradores de la infraestructura de la explotación, de una estructura o soporte patrimonial dotado de autonomía funcional ¹²². De ahí que se hubiera entendido que los supuestos de sucesión de contratos o de sucesión de concesiones administrativas, en que lo único que se transmite de una empresa a otra es una determinada actividad, quedaban al margen del ámbito de aplicación del art. 44 ET, no existiendo la obligación del nuevo titular de la actividad de subrogarse en las relaciones laborales del quien explotaba dicha actividad con anterioridad ¹²³. Igual entendimiento se ha predicado también en aquellos casos en que el titular de una actividad decide inicialmente descentralizar a un contratista dicha actividad, que la pasa a desempeñar con sus propios

¹²¹ Cfr. STS 25-4-1988 (RJ 3021).

¹²² Cfr., por ejemplo, SSTS 11-5-1987 (RJ 3664); 30-12-1993 (RJ 10078); 25-10-1996 (RJ 7793).

¹²³ Cfr., entre otras, SSTS 5-4-1993 (RJ 2906); 9-2-1995 (RJ 789); 27-12-1997 (RJ 9639); 10-7-2000 (RJ 8295); 29-1-2002 (RJ 4271).

medios y personal, o cuando se decide a reasumir con propios medios y personal una actividad que anteriormente se había encomendado a un contratista o concesionario ¹²⁴.

No obstante, la más reciente jurisprudencia, acatando la doctrina del TJCE ¹²⁵, ha matizado su tradicional planteamiento, considerando que se produce también una transmisión ex art. 44 ET en aquellos casos en que, aun a falta de la transmisión de elementos materiales, se trasmite una actividad que por sus características depende total o fundamentalmente de la aportación de mano de obra y el nuevo titular se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba a dicha actividad ¹²⁶. Con esta nueva concepción de la transmisión de empresa es la propia asunción de personal del anterior titular lo que puede resultar determinante para la aplicación el art. 44 ET en todos sus extremos: subrogación en todas las relaciones y condiciones laborales, requisitos procedimentales de la transmisión y régimen de responsabilidades solidarias, de modo que ello puede tener el efecto contraproducente de desincentivar aquellas regulaciones convencionales, como las que se detectan en el sector de la hostelería, que imponen la subrogación de personal en aquellas transmisiones de actividad que queden extramuros del ámbito de aplicación el art. 44 ET ¹²⁷.

Con todo, también es cierto que, en relación a las actividades de restauración colectiva, que, como veremos, son las que son objeto principal de los regímenes de subrogación convencional previstos en el sector de la hostelería, la doctrina del TJCE se muestra más proclive a entender que en estos casos, dadas las características de la actividad, la transmisión de elementos materiales cobra más relevancia que no la asunción de personal del anterior titular a efectos de entender que se está ante un supuesto incluido dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa ¹²⁸. Y es que el «traspaso de plantilla» como criterio para determinar la aplicación del régimen legal de la transmisión de empresa parece resultar deter-

¹²⁴ Cfr. SSTs 12-3-1997 (RJ 2318); 6-2-1997 (RJ 999); 12-3-2002 (RJ 6465), 14-4-2003 (RJ 5194).

¹²⁵ Por todas, STJCE 24-1-2002 (Caso *Temco*).

¹²⁶ Cfr., entre otras, STSS 20-10-2004 (RJ 7162); 26-11-2004 (RJ 238); 7-2-2005 (RJ 2785).

¹²⁷ La recepción por parte del TS de la doctrina del TJCE ha sido crítica en este sentido. Véase STS 20-10-2004 (RJ 7162).

¹²⁸ STJCE 20-11-2003 (Caso *Sodexo*).

minante con respecto aquellas actividades «descapitalizadas», que descansan fundamentalmente en la mano de obra —vgr. limpieza o seguridad—, pero no en las demás, como es el caso de la restauración en que sin ciertos elementos instrumentales y de equipamiento resulta inimaginable la explotación de un negocio de tal índole¹²⁹.

Sea como fuere, nuestra jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que, mediante la autonomía colectiva, se produzcan supuestos de subrogación empresarial aun cuando no se transmita infraestructura patrimonial alguna. En estos casos, al no aplicarse la norma legal, será la norma convencional la que establecerá las garantías y las medidas de protección de los trabajadores afectados y, en su caso, las concretas previsiones en relación con las responsabilidades económicas pendientes anteriores a la subrogación¹³⁰. Y en este sentido, como se apuntaba, la negociación colectiva del sector de la hostelería, tanto de ámbito estatal cuanto a niveles más descentralizados, se viene mostrando preocupada por garantizar la protección de los trabajadores ante el cambio de titularidad en actividades propias del sector.

1.1 Regulación en el III ALEH

El capítulo VIII del III ALEH lleva por título «subrogación convencional en el subsector de colectividades o restauración social. Garantías por cambio de empresario», cuyo objetivo es garantizar la estabilidad en el empleo en aquellos casos en que no se produce propiamente una transmisión de empresa, de ahí que el régimen convencional sólo resulta aplicable cuando no lo es el art. 44 ET, excepto por lo que se refiere a las obligaciones formales y documentales previstas convencionalmente que son de aplicación tanto a los supuestos legales de transmisión cuanto a los casos en que se aplica el régimen convencional de subrogación (art. 43). El ámbito de aplicación del régimen convencional viene determinado más específicamente desde un punto de vista funcional, es decir, a las actividades empresariales que se ven afectadas; desde un punto de vista material, por lo que se refiere a los supuestos de transmisión de actividades que dan lugar a la aplicación del régimen convencional, y, en fin, desde un punto de vista personal, esto es, de los trabajadores que son objeto de protección.

¹²⁹ STSJ Baleares 16-6-2006 (JUR 236255).

¹³⁰ SSTs 5-4-1993 (RJ 2906); 29-11-1994 (RJ 9245); 29-12-1997 (RJ 9641); 6-6-2001 (RJ 5490); 28-7-2003 (RJ 7782).

En el primer sentido, quedan excluidas, en principio, del ámbito del régimen convencional de subrogación las actividades de alojamiento y hospedaje, ya sea «como empresa principal o cliente o como empresa cedente o cesionaria» (art. 44), pues la regulación convencional tiene por objeto el denominado servicio de «Colectividades o Restauración Social», entendiéndose como «aquel que realizado por una empresa interpuesta entre la empresa principal (cliente) y el comensal, presta un servicio hostelero y procede a elaborar y transformar los alimentos mediante un sistema y organización propios, en las instalaciones del mismo «cliente» o en las suyas propias, sirviendo siempre con posterioridad dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello una contraprestación»¹³¹. Sin embargo, con respecto a esa exclusión de las actividades de alojamiento y hospedaje, hay que tener en cuenta que la DT 2ª del III ALEH parece suspender su aplicación hasta que la Comisión Negociadora del ALEH no pacte o convenga expresamente lo contrario. Por otra parte, también se incluyen expresamente dentro del ámbito de aplicación del régimen de subrogación convencional «los servicios hosteleros prestados en virtud de concesiones administrativas por las empresas pertenecientes al subsector de Colectividades o Restauración Social, por ejemplo en centros de enseñanza, hospitales y aeropuertos, entre otros» (art. 45).

En cuanto a los supuestos de sucesión o sustitución empresarial a los que se aplica la subrogación convencional, el III ALEH alude «a todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas en los que no exista transmisión patrimonial como consecuencia del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo, de una unidad productiva autónoma, de una unidad de explotación, comercialización o producción de las actividades de colectividades o partes de las mismas» (art. 46). De este modo, se da cobertura a supuestos que pudieran quedar excluidos del art. 44 del ET y, al mismo tiempo, se incluye dentro del ámbito de aplicación a la transmisión total o parcial

¹³¹ Según el art. 4 III ALEH, referido al ámbito funcional del acuerdo «se incluyen en el sector de la Hostelería todas las empresas que, independientemente de su titularidad y fines perseguidos, realicen en instalaciones fijas o móviles, y tanto de manera permanente como ocasional, actividades de alojamiento en hoteles, hostales, residencias, apartamentos que presten algún servicio hostelero, balnearios, albergues, pensiones, moteles, alojamientos rurales, «campings» y todos aquellos establecimientos que presten servicios de hospedaje en general; asimismo, se incluyen las empresas que presten servicios de productos listos para su consumo, tales como restaurantes, establecimientos de «catering», colectividades, de comida rápida, pizzerías, hamburgueserías, bocadillerías, creperías, etc., cafés, bares, cafeterías, cervecerías, heladerías, chocolaterías, degustaciones, salones de té, ambigú y similares (...)».

de la actividad, en la línea de lo sentado jurisprudencialmente con respecto a la transmisión ex art. 44 ET, aplicable siempre que lo transmitido sea susceptible de explotación aislada ¹³². A este respecto, nótese que cuando una empresa descentraliza parte de su actividad a través de diversos subcontratistas que se van sucediendo en el tiempo, se trata de unas sustituciones empresariales, que aunque no referidas a la empresa en su conjunto, podrán ser subsumidas en los otros conceptos que maneja la norma convencional (unidad productiva autónoma, unidad de explotación, comercialización o producción de las actividades de colectividades o partes de las mismas). Ahora bien, dados los amplios términos en que se expresa el III ALEH no es la sucesión de contratistas el único supuesto al que afecta el régimen convencional.

En este sentido, según el III ALEH, los supuestos de cambio de empresario afectados por la regulación convencional pueden producirse en virtud de una serie de negocios y actos jurídicos que se recogen en una lista abierta que incluye desde la sustitución empresarial en sentido amplio (fusión, absorción, contrato de arrendamiento, cesión «mortis causa», reversión o extinción de contrato de arrendamiento, transmisión de empresas derivada de una intervención judicial, etc.), hasta la concesión de la explotación de servicios, concesiones administrativas y la sucesión de contratistas propiamente dicha (art. 46). En definitiva, cualquier acto jurídicamente relevante que pueda entrañar una modificación en la titularidad de la actividad, por lo que el régimen convencional también se aplicará a la inicial decisión de descentralizar una actividad de restauración e incluso, y así lo declara expresamente el III ALEH, cuando la empresa principal decide asumir dicha actividad hasta ese momento cedida (art. 46). Ahora bien, el problema en este punto puede venir cuando la empresa principal no sea un sujeto incluido en el ámbito del convenio —vgr. un centro escolar— y decida descentralizar o volver a desempeñar por sí misma la actividad de restauración hasta ese momento contratada con una empresa de restauración. Dicha empresa principal en tanto que tercero ajeno a la unidad de negociación no se ve obligado por las cláusulas subrogatorias, que incurren en vicio de nulidad por contrarias a derecho ¹³³.

¹³² Cfr. STS 25-4-1988 (RJ 3021).

¹³³ STS 28-10-1996 (RJ 7797); STSJ Castilla y León 21-7-1998 (AS 3431); STSJ Comunidad Valenciana 26-9-2002 (JUR 170517); STSJ Comunidad Valenciana 28-6-2005 (AS 2460). Y para un supuesto referido a las cláusulas subrogatorias previstas en un convenio colectivo del sector de la hostelería, véase STSJ Madrid 7-3-2001 (AS 1102). En la doctrina, véase García Ortega, J. (2000): «La sucesión de contratistas», en (AAVV): *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratistas. Estudios en recuerdo de Blat Gimeno*, Valencia, págs.362, 365, 376 y 378 y 379.

En todo caso, dispone el ALEH que no serán de aplicación las previsiones convencionales en aquellos supuestos de reversión de titularidad en que la empresa principal decide dejar de prestar los servicios hasta ese momento subcontratados, ya fuese de forma provisional o definitiva, sin que hubiese continuador de la actividad, de modo tal que la empresa cedente «no deberá asumir el personal adscrito a dicho servicio». Igual regla se aplicará «cuando la empresa principal o concesión contrate un servicio de comida transportada que no requiera personal en el centro» (art. 46). Es decir, parece que si al cesar una concesión o contrata el servicio pasa a prestarse a través de una nueva contrata o concesión que no exige personal en el centro de trabajo del empresario principal, ni éste ni el nuevo contratista tienen la obligación de asumir el personal del anterior prestador del servicio.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación personal, se benefician del régimen convencional de subrogación empresarial todos los trabajadores por cuenta ajena de la empresa principal o cedente efectivamente empleados por las mismas en la actividad transmitida en el momento de producirse la transmisión, con independencia de que se trate de trabajadores temporales o fijos y sin que afecten tampoco, a tales efectos, las peculiaridades propias de la relación laboral (jornada, categoría, etc) (art. 45). Sin embargo, cuando se determinan los concretos efectos que se derivan de la aplicación del régimen convencional, el ámbito subjetivo de aplicación resulta ser más restringido.

En efecto, para ser beneficiario de la adscripción de personal por parte de la empresa cesionaria, el acuerdo estatal exige una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses en el centro de la actividad que se trasmite, computándose como tiempo trabajado, a estos efectos, los periodos de vacaciones, la incapacidad temporal u otros supuestos de suspensión del contrato por causa legal o paccionada. También se benefician del régimen convencional los trabajadores que en el momento del cambio de titularidad se encuentren enfermos, accidentados, en situación baja por maternidad, en excedencia o en cualquier otra situación en la que proceda la suspensión del contrato de trabajo por causa legal o convencionalmente establecida, siempre y cuando, antes de producirse la suspensión, hayan prestado sus servicios en el centro de actividad afectado por la subrogación y tengan una antigüedad mínima de cuatro meses. La adscripción de personal también se producirá, asimismo, con respecto a los trabajadores fijos discontinuos siempre que cumplan los requisitos antes mencionados

relativos a la antigüedad mínima necesaria y a la efectiva prestación de servicios en el centro de trabajo objeto de la transmisión. En fin, se benefician también de la subrogación convencional los trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores afectados por la adscripción de personal y hasta que cese la causa de interinidad (art. 47). La exigencia de un período de antigüedad, habitual en los regímenes convencionales de subrogación, tiene una finalidad antifraudatoria evidente: evitar que la empresa saliente destine a la contrata que perderá más personal del necesario con el único objetivo de desvincularse de las relaciones laborales a través de la subrogación¹³⁴.

En todos los supuestos anteriormente reseñados, la empresa entrante quedará subrogada con respecto a los derechos y obligaciones de los trabajadores, teniendo ello carácter imperativo para todas las partes a las que afecta (empresa principal, cedente, cesionaria y trabajadores) sin que sea válida ninguna renuncia de derechos (art. 49). Resulta evidente que la subrogación entre empresarios no puede ser evitada mediante pactos entre ellos, que de existir no tendrían eficacia alguna frente a los trabajadores, al hallarse amparados sus derechos por normas legales o convencionales. Y por lo que se refiere a la imposición de la subrogación al trabajador, aunque la jurisprudencia ha negado que se pueda prescindir del consentimiento del trabajador en aquellos casos en que la subrogación traiga causa en las condiciones estipuladas en el pliego de condiciones de una concesión administrativa¹³⁵ o en un acuerdo privado entre empresarios, parece haber aceptado implícitamente el carácter vinculante de las subrogaciones previstas convencionalmente¹³⁶.

Por lo que se refiere específicamente al contenido de la protección, el III ALEH se refiere ampliamente a los derechos económicos, sociales, sindicales y personales que se disfrutasen en la empresa

¹³⁴ Cfr. García Ortega, J.: (2000): pág. 365.

¹³⁵ Entre otras, SSTS 11-4-2000 (RJ 3946); 8-11-2005 (RJ 10203); 20-12-2005 (RJ 2668).

¹³⁶ En la STS 10-12-2003 (RJ 3342) se puede leer que en el supuesto de hecho «los títulos en virtud en cuya virtud se han producido las cesiones y subrogaciones controvertidas han sido sendos acuerdos contractuales de Iberia S.A., con los segundos operadores codemandados, con la aceptación posterior de los sindicatos más representativos en la empresa cedente. Pero no produjeron las transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de una unidad productiva autónoma como requeriría el artículo 44 para poder hablar de sucesión legal, ni tampoco se produjo dentro del esquema normativo de uno convenio colectivo que previera aquella subrogación. Se produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el artículo 1205 Código Civil».

cedente (art. 47), por lo que parece que se está equiparando el régimen convencional a lo previsto en el art. 44 ET¹³⁷, en virtud del cual el trabajador afectado por la transmisión tiene derecho a las condiciones de trabajo y mejoras voluntarias de seguridad social que viniera disfrutando en la empresa transmitida, ya fueren de origen convencional, pactadas individualmente o introducidas unilateralmente por el anterior titular¹³⁸. No obstante, en cuanto al posible pago de prestaciones de seguridad social complementaria, el art. 49 III ALEH adiciona una regla: la empresa que asuma dicho pago podrá reclamar a las empresas anteriores el pago de la parte proporcional que les pudiera corresponder. Cabe entender que esa regla de proporcionalidad va referida al tiempo de prestación de servicios del trabajador en cada una de las empresas.

En cuanto al convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados tras la subrogación, el III ALEH distingue dos supuestos (art. 49.3):

a) En el supuesto de que la actividad de la empresa principal sea la Hostelería, con excepción hecha del alojamiento y hospedaje, y ceda servicios, propios y característicos de ésta, y por tanto, previstos dentro del contenido de la prestación laboral de las categorías profesionales reguladas en el ALEH, el convenio de aplicación para los trabajadores y trabajadoras que desempeñen el servicio cedido, con independencia de cuál sea el objeto principal de la empresa cesionaria, será el Convenio Colectivo de Hostelería del ámbito correspondiente.

Esta cláusula puede suscitar dudas de legalidad, pues se está imponiendo la aplicación de un determinado convenio al margen de la actividad principal de la empresa para la que efectivamente prestan servicios los trabajadores, lo que puede determinar que la empresa cesionaria no esté sujeta funcionalmente a la negociación colectiva del sector de la hostelería. No obstante, tal vez puedan estar pensando los negociadores en las llamadas empresas multiservicios y lo estipulado convencionalmente iría en la línea del criterio mantenido por alguna doctrina judicial en el sentido de que, en ausencia de convenio empresarial propio y con independencia de cuantas actividades desarrolle la empresa, a cada uno de los trabajadores a su servicio le

¹³⁷ Según la STS 6-6-2001 (RJ 5490), en los supuestos de subrogación convencional habrá que estar a la literalidad del convenio para determinar el alcance de la subrogación por lo que se refiere al mantenimiento de derechos.

¹³⁸ Cfr., entre otras, SSTs 16-7-1987 (RJ 5936); 21-9-1987 (RJ 6240).

resultará de aplicación aquella norma colectiva aplicable en razón de la actividad en que el trabajador de la empresa multiservicio desarrolla su prestación laboral ¹³⁹.

b) En los supuestos en que el objeto de la empresa principal no sea la Hostelería, pero se cedan servicios de comidas y bebidas, aun cuando la comida no se elabore en la cocina del cliente sino en las instalaciones propias de la empresa cesionaria, se mantendrá a estos trabajadores el contenido normativo del convenio colectivo que regía las relaciones laborales de la empresa de procedencia, manteniendo las condiciones de trabajo de que venían disfrutando en la empresa cedente durante un período de doce meses, en el que se llevarán a cabo las oportunas negociaciones con la representación de los trabajadores, al objeto de efectuar el cambio al marco normativo de aplicación general del Sector contemplado en el apartado anterior. Si transcurrido dicho período no existiese acuerdo, o durante el mismo a instancia de las partes, la Comisión Paritaria establecerá el Convenio Colectivo que resulte de aplicación.

Por lo que se refiere al régimen de responsabilidades relativo a las deudas que pudieran existir en el momento de la subrogación, el III ALEH distingue, de un lado, las deudas salariales y extrasalariales generadas por la empresa cedente, de las cuales se hace responsable solidaria a dicha empresa junto con la empresa principal. Cabe entender, pues, que responde la empresa que ha contraído la deuda y que cesa en la actividad y, en caso, de que se trate de una sucesión de contratas responderá solidariamente la empresa principal. Por otro lado, con respecto a las deudas que pudieran existir a la Seguridad Social por descubiertos o por diferencias salariales generadas por la empresa cedente, será ésta la única responsable de las mismas (art. 49). A falta de previsión convencional, cabe entender que en ningún caso se hace responsable de las posibles deudas a la empresa cesionaria a la que se adscriben los trabajadores afectados por la transmisión ¹⁴⁰.

En otro orden de cuestiones, la regulación convencional impone ciertos deberes formales a las partes y, en especial, a la empresa cedente con respecto a la cesionaria en el momento de producirse la transmisión. Ello se concreta, en primer lugar, en la obligación

¹³⁹ Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 26-7-2005 (AS 2366).

¹⁴⁰ Cfr. STSS 29-12-1997 (RJ 9641); 31-3-1998 (RJ 4575).

de la empresa principal de comunicar a la empresa cedente la designación de una nueva empresa cesionaria y la fecha en que se producirá de hecho la subrogación. A continuación, en el transcurso de los cinco días hábiles siguientes, la empresa cedente deberá acreditar a la cesionaria, documentalmente y de forma fehaciente, una serie de documentos e informaciones que se detallan en el texto del convenio (art. 48). En esencia, lo que establece es una obligación de la empresa saliente de informar a la entrante de los datos relevantes sobre la plantilla a su servicio, muy especialmente de los trabajadores que van a verse afectados por el cambio de titularidad incorporándose a la nueva empresa, así como de ciertos datos relativos al pago de las obligaciones tributarias y deudas a la Seguridad Social.

Debe subrayarse que, según el art. 48 ALEH III, el incumplimiento de estos aspectos formales comportará la subrogación automática de la empresa cesionaria en la condición de empleador de todo el personal que preste los servicios en el centro de actividad objeto de la transmisión. No deja de llamar la atención, sin embargo, que tratándose de unas obligaciones informativas que recaen sobre la empresa saliente, la consecuencia de su incumplimiento sea la adscripción automática a la cesionaria de todo el personal que preste servicios en el centro de trabajo afectado por la transmisión. El efecto a prever debería ser, en su caso, justo el contrario; esto es, el incumplimiento de las obligaciones informativas por la empresa saliente comporta que no surta efecto la subrogación, siendo esta la única responsable ante los trabajadores afectados ¹⁴¹.

En fin, el régimen de la subrogación convencional del ALEH prevé unos derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores (art. 51). Concretamente, tanto la empresa cedente como la empresa cesionaria deberán informar a los representantes de los trabajadores afectados por el traspaso, con anterioridad a la sucesión o sustitución empresarial, de toda una serie de cuestiones que coinciden en esencia con las que recogidas en el art. 44 ET para los supuestos legales de transmisión de empresa. En los casos en los que no existan representantes legales de los trabajadores, serán los trabajadores afectados por el traspaso los que recibirán esa información directa e individualmente y con carácter previo a la sucesión o sustitución empresarial.

¹⁴¹ Cfr. SSTS 9-12-1997 (RJ 736); 9-2-1998 (RJ 1644); 29-1-2002 (RJ 4271).

1.2. Regulación en los convenios de ámbito autonómico y provincial

En los ámbitos de negociación inferiores, se detectan un buen número de convenios que se remiten a lo dispuesto en el acuerdo estatal o reproducen las previsiones sobre subrogación contenidas en dicho acuerdo o, en fin, establecen una serie de reglas que no se apartan del mismo ¹⁴². Y es que en esta materia los negociadores a nivel estatal han acordado que el régimen de subrogación empresarial previsto en dicho nivel sea «de obligado cumplimiento en todo el territorio del Estado, quedando cerrado en este ámbito de negociación y (...) no disponible en ámbitos inferiores (...)» (art. 43 III ALEH). Es decir, de conformidad con la regla contenida en el art. 83.2 ET, el ALEH está articulando la estructura de la negociación colectiva en esta materia, otorgando una preferencia absoluta a lo previsto a nivel estatal. No obstante, nada impide que, en virtud del art. 84.2 ET, los convenios colectivos del sector de ámbito autonómico o provincial posteriores al III ALEH establezcan una regulación diferente en esta materia. De ahí que resulte de interés reseñar algunas de las particularidades en materia de transmisión de actividades recogidas en dicho ámbitos de negociación.

La mayoría de regímenes de subrogación convencional parecen circunscribirse funcionalmente a los llamados servicios de restauración o servicios de colectividades ¹⁴³, aludiéndose más específicamente, en ocasiones, al servicio de comedores colectivos ¹⁴⁴, cafeterías o restaurantes ¹⁴⁵. En cambio, en algún convenio no parece existir tal limitación, refiriéndose en general al cese en la adjudicación de servicios ¹⁴⁶. Y en otro caso, aunque la regulación se ciñe a los servicios de colectividades, se dispone que «cuando la prestación de servicios concertada con un tercero englobe actividades de diversa índole más allá de tales servicios propios de Colectividades, como por ejemplo las de Lavandería, Limpieza, Asistencia Clínica, «Vending»..., y el cambio de titularidad en su explotación se produzca en

¹⁴² CC Córdoba (Disp. Ad. 2ª); CC Jaén (Adenda III); CC Huesca (Disp. Ad. 4ª); CC Asturias (art. 9); CC Albacete (Disp. Ad. 4ª); CC Toledo (Disp. Ad. 3ª); CC Ávila (art. 35 y ss.); CC Catalunya (Anexo E.4); CC Lugo (art. 36); CC Madrid-hostelería (art. 44); CC Navarra (art. 40); CC Álava (Anexo I); CC Alicante (Disp. Ad. 11ª);

¹⁴³ CC Palencia (Anexo Subrogaciones); Segovia (Anexo IV); CC Valladolid (Anexo I); Bizkaia (Anexo III).

¹⁴⁴ CC Gipuzkoa (Disp. Ad. 2ª).

¹⁴⁵ CC Ciudad Real (art. 14).

¹⁴⁶ CC Granada (art. 6).

todo o en parte, deberán respetarse las cláusulas subrogatorias establecidas en el presente anexo para todo el personal afecto a aquellas actividades que se transmitan»¹⁴⁷. A este respecto, se puede plantear la posible cuestión relativa a la extralimitación funcional y, por tanto, la ilicitud de las cláusulas subrogatorias en aquellos casos en que la empresa con la que se contratan los servicios no esté, por razón de su actividad principal, incluida en el ámbito del convenio del sector de la hostelería que prevé dicha obligación subrogatoria.

En cuanto a los supuestos en los en que va a resultar de aplicación las obligación convencional de subrogación, los convenios suelen hacer referencia, en términos muy generales, al cese en la adjudicación de servicios, por cualquier causa, prestados a través de un contrato de arrendamiento o adjudicación de servicios¹⁴⁸, o al cambio de titularidad de concesiones, arrendamientos de industrias, empresas y/o negocios y de contratos de servicios¹⁴⁹ o al cambio de titularidad de concesiones o contrataciones¹⁵⁰. En algunos casos, se prevé expresamente que operará el régimen de subrogación en aquellos supuestos en que la empresa principal decida reasumir el servicio hasta ese momento contratado¹⁵¹. Como ya se ha señalado con respecto al III ALEH, en estos casos la previsión puede resultar ineficaz en caso de que la empresa que decida recuperar una actividad hasta ahora contratada con terceros no forme parte del ámbito funcional del convenio del sector de la hostelería en cuestión.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación personal, en la línea de lo previsto en la negociación colectiva estatal varios convenios exigen una determinada antigüedad del personal que se verá afectado por la subrogación, si bien se dispone que no operará condición de antigüedad alguna y se realizará la subrogación total cuando quede acreditado por la empresa saliente que su contrato de servicios se había iniciado en menos de seis meses de su finalización¹⁵² o cuando se trate de trabajadores de nuevo ingreso que vengan a cubrir los puestos dejados vacantes por aquellos otros que hayan causado baja definitiva en los casos en que ésta sea voluntaria o traiga causa en

¹⁴⁷ CC Bizkaia (Anexo III).

¹⁴⁸ CC Granada (art. 6).

¹⁴⁹ CC Bizkaia (Anexo III).

¹⁵⁰ CC Palencia (Anexo Subrogaciones); CC Segovia (Anexo IV); CC Valladolid (Anexo I).

¹⁵¹ CC Palencia (Anexo Subrogaciones); CC Segovia (Anexo IV); CC Valladolid (Anexo I); CC Bizkaia (Anexo III).

¹⁵² CC Palencia (Anexo Subrogaciones); CC Segovia (Anexo IV); CC Valladolid (Anexo I); CC Bizkaia (Anexo III).

un despido¹⁵³. En otros casos, se prevé la subrogación total de la plantilla si lo transmitido es la única explotación de la que era titular el concesionario saliente¹⁵⁴. Finalmente, algunos convenios simplemente extienden la protección a todos los trabajadores que vinieran prestando servicios en el centro o empresa cuyos servicios se transmiten¹⁵⁵.

También se observa, sin embargo, alguna exclusión por razón del tipo de prestación laboral desarrollada por determinados trabajadores, no afectando la adscripción de personal a aquellos que desarrollen servicios de «Dirección Técnica», entendiéndose por tal la prestación de servicios tales como «supervisión de dietas, control de procesos, control de consumos, etc., donde la elaboración de las materias primas se realiza por personal de la plantilla del cliente o, en todo caso, ajeno a la mercantil de Colectividades». Asimismo, se excluye a aquellos trabajadores que ocupen «puestos ejecutivos y al personal indirecto de la titular del servicio y, en especial, aquellos trabajadores que, por la específica función que realizan, superan en su actividad el límite del centro o explotación, que se extiende a otros centros o actividades de la empresa»¹⁵⁶. En otro supuesto, la exclusión se produce por el simple hecho de haber estado el trabajador con anterioridad a un año vinculado a la empresa cesante en otro centro de trabajo distinto del subrogado¹⁵⁷.

Algo peculiar resulta, en fin, algún convenio en que se establecen unas reglas para determinar el número máximo de trabajadores que se subrogarán, otorgando capacidad de decisión a la empresa o Administración contratante del servicio. Así, se dispone que el número máximo de trabajadores subrogados «será el previsto en las condiciones de contratación o el que resulte de los ratios utilizados para ésta por la Administración o empresa contratista». Y en caso de que el número de trabajadores empleados en el centro de trabajo que se transmite fuera superior al así determinado, «la subrogación sólo alcanzará a los trabajadores cuya adscripción al servicio haya sido exigida por la Administración o empresa contratante». Si no quedara determinado el número de trabajadores a subrogarse y el número de trabajadores empleados en el centro de trabajo se hubiera

¹⁵³ CC Bizkaia (Anexo III).

¹⁵⁴ CC Palencia (Anexo Subrogaciones); CC Segovia (Anexo IV); CC Valladolid (Anexo I).

¹⁵⁵ CC Granada (art. 6); CC Ciudad Real (art. 14).

¹⁵⁶ CC Bizkaia (Anexo III).

¹⁵⁷ CC Badajoz (art. 7).

incrementado en los seis últimos meses, «la subrogación sólo alcanzará a aquéllos cuya adscripción al servicio haya sido exigida por la Administración o empresa contratante»¹⁵⁸.

En cuanto al alcance de la subrogación, las previsiones convencionales aluden a todos los derechos y condiciones de las que vinieran disfrutando los trabajadores afectados por la subrogación, si bien en algún convenio se condiciona el mantenimiento de los derechos a que los pactos individuales se hubieran puesto debidamente en conocimiento del nuevo titular que se subroga¹⁵⁹ o a que se hayan cumplido por parte de la empresa saliente o, en su caso, de los trabajadores afectados las obligaciones informativas estipuladas en el convenio; de lo contrario, la empresa entrante tan sólo quedará obligado a respetar las condiciones previstas convenio colectivo aplicable¹⁶⁰. Por lo demás, generalmente se señala que la empresa saliente queda obligada a liquidar los haberes no satisfechos a los trabajadores afectados por la subrogación¹⁶¹, de modo que, ante el silencio convencional, cabe entender, como se señaló, que la empresa entrante se subroga en las relaciones laborales sin asumir responsabilidad alguna por deudas anteriores. Así se declara expresamente en algún convenio¹⁶².

2. Otras cláusulas relativas la contratación de servicios con terceros

Aunque muy puntualmente, se han detectado algunas previsiones convencionales que tienen por objeto la contratación de servicios por parte de las empresas del sector hostelero con terceras empresas. En algunos casos, el objetivo es garantizar ciertos derechos a los trabajadores en estos supuestos de descentralización productiva, disponiéndose que «las empresas que contraten o subcontraten con otros la realización de servicios correspondientes a la actividad propia de la categoría de Camarera de pisos, deberán garantizar a los trabajadores afectados que serán retribuidos en las condiciones que vienen recogidas en el presente Convenio para dicha categoría profesional». Y con carácter más general se dispone que «las empresas afectadas

¹⁵⁸ Gipuzkoa (Disp. Ad. 2ª).

¹⁵⁹ CC Granada (art. 6).

¹⁶⁰ CC Segovia (Anexo IV); CC Valladolid (Anexo I); CC Bizkaia (Anexo III).

¹⁶¹ CC Palencia (Anexo Subrogaciones); CC Segovia (Anexo IV); CC Valladolid (Anexo I); CC Bizkaia (Anexo III).

¹⁶² CC Granada (art. 6).

por este Convenio que contraten o subcontraten con otras empresas pertenecientes al sector de hostelería la realización de servicios propios correspondientes a la actividad principal de la empresa, deberán comprobar a efectos de garantía de su percepción que los trabajadores prestatarios de tales servicios vienen siendo retribuidos, al menos, en las condiciones que vienen recogidas en el presente Convenio Colectivo»¹⁶³. En esta misma línea, otro convenio dispone que «a las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el presente Convenio Colectivo»¹⁶⁴.

Aparte de la ambigüedad con la que queda formulada la primera cláusula relativa a la categoría de camarera de pisos, pues no se alcanza a comprender muy bien si se imponen efectivas obligaciones retributivas a las empresa contratante de tales servicios, si lo que se pretende es que una empresa que no pertenece al sector de actividad respete ciertas condiciones previstas en el convenio, se plantea, una vez más, la ineficacia de tales cláusulas por afectar a terceros ajenos al ámbito del convenio¹⁶⁵.

Por su parte, en otro convenio provincial lo que se establece es una prohibición de contratar o subcontratar «con otras empresas personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos. Por el contrario, podrán ser objeto de contratación o subcontratación actividades profesionales, de carácter accesorio en el sector, tales como seguridad, jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo y especializadas de limpieza. Igualmente podrán serlo aquellos servicios especiales tales como bodas, conmemoraciones, banquetes o atenciones a congresos y reuniones»¹⁶⁶. Y esta misma línea, en algún convenio de ámbito empresarial, se acuerda la no subcontratación de servicios con empresas particulares para realizar tareas propias de la actividad normal y habitual de la empresa¹⁶⁷. La fuerte restricción a la libertad de iniciativa y organización empresarial que representan estas cláusulas convencionales, que, planteado el caso, tal vez pudieren merecer un

¹⁶³ CC Illes Balears (art. 24)

¹⁶⁴ CC Málaga (art. 3).

¹⁶⁵ En este sentido, valorando estas cláusulas convencionales, Menéndez Calvo, R. (2004): «Descentralización productiva y subcontratación», en *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, p. 258.

¹⁶⁶ CC Santa Cruz de Tenerife (art. 16).

¹⁶⁷ CC Hotel Tierra Mar (Disp. Ad. 3^a).

juicio negativo desde el punto de vista de la libertad de empresa ex art. 38 CE ¹⁶⁸, se pone, en buena medida, de manifiesto cuando en el mismo convenio provincial que prohíbe la contratación o subcontratación de determinadas actividades se acuerda expresamente que, concluida la duración pactada del convenio, dicha cláusula convencional perderá vigencia ¹⁶⁹.

3. El suministro de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal

Finalmente, también se han detectado algunos convenios colectivos que establecen limitaciones o condicionantes a la utilización de trabajadores a través de ETT ¹⁷⁰. Aunque ningún convenio colectivo prohíbe a las empresas del sector de hostelería recurrir a las ETT, algunos, sin embargo, sí establecen una garantía de contratación directa de los trabajadores por dichas empresas ¹⁷¹. A este particular, se dispone que al menos el 90% de los trabajadores que presten servicios en las empresas comprendidas en el ámbito funcional del correspondiente convenio pertenecerán a las mismas y serán contratados directamente por ellas, por lo que las contrataciones a través de ETT no podrán superar el 10% de la plantilla ¹⁷². En la misma línea de salvaguardar la existencia de una plantilla propia de las empresas de hostelería, encontramos cláusulas convencionales que prescriben que la utilización de trabajadores a través de ETT tendrá como finalidad atender las acciones que sean imprescindibles o excepcionales tales como bajas, períodos de actividad punta, vacaciones y razones excepcionales derivadas del mercado de trabajo ¹⁷³ o que limitan la

¹⁶⁸ Considerando que este y otro tipo de previsiones convencionales limitan, sin habilitación legal alguna, facultades empresariales que forman parte del contenido esencial de libertad de empresa ex art. 38 CE y que, por tanto, ello podría acarrear la nulidad de tales cláusulas, Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2005): «Descentralización productiva y libertad de empresa», en (AAVV): Libertad de empresa y relaciones laborales en España, IEE, Madrid, en especial págs. 201 y ss.

¹⁶⁹ CC Santa Cruz de Tenerife (art. 16).

¹⁷⁰ Para comparar con las previsiones de anteriores convenios del sector de la hostelería, véase Roqueta Buj, R. (2005): «La contratación laboral», en La negociación colectiva en el sector de la hostelería, Palma de Mallorca, págs. 35 y ss; Y para comparar con otros sectores de actividad, véase De La Flor Fernández, M^a.L. (2004): «Empresas de Trabajo Temporal», en (AA.VV.): La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa, Valencia, págs. 234 y ss.

¹⁷¹ Rivero Lamas, J. *et al.* (1999): págs. 76 y ss.

¹⁷² CC Cantabria (art. 8); CC Illes Balears (art. 7); CC Málaga (art. 52).

¹⁷³ CC Hotel Tierra Mar (Disp. Ad. 2^a).

contratación a través de ETT a los supuestos de los llamados servicios especiales o extras¹⁷⁴. Asimismo, en algún convenio se dispone que la ampliación convencional de la duración de los contratos eventuales no podrá hacerse extensiva a los contratos de puesta a disposición que para atender exigencias circunstanciales de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, puedan concertar las empresas afectadas por el convenio con ETT¹⁷⁵.

Otro de los temas en los que la negociación colectiva del sector hace especial referencia es el relativo a las condiciones retributivas y laborales de los trabajadores puestos a disposición. En este sentido, algunos convenios colectivos inciden en la igualdad retributiva entre estos trabajadores y los de las empresas usuarias, obligando a éstas a garantizar que los primeros perciban «una cantidad igual a la establecida en el presente convenio, para la categoría profesional correspondiente»¹⁷⁶, «las retribuciones mínimas de tablas de convenio a que tengan derecho los trabajadores afectados por este convenio»¹⁷⁷, o «las condiciones retributivas, calculadas en función de la jornada de trabajo de este convenio Colectivo»¹⁷⁸. Algunos convenios colectivos profundizan en la citada equiparación, obligando a las empresas del sector a garantizar a los trabajadores puestos a su disposición los mismos derechos laborales que correspondan a sus trabajadores en aplicación del correspondiente convenio colectivo¹⁷⁹ o las condiciones del convenio que por su naturaleza sean aplicables al personal de las ETT¹⁸⁰. Otros, de forma más concreta, establecen que estos trabajadores tendrán las mismas condiciones laborales que los trabajadores sujetos al presente convenio colectivo en cuanto a la jornada, descanso semanal, vacaciones y permisos retributivos¹⁸¹ o los mismos derechos que los trabajadores de la empresa usuaria en lo que se refiere a instalaciones colectivas, manutención o transporte allí donde estén establecidos¹⁸². Algunos, además de garantizar la igualdad retributiva y/o de condiciones laborales, exigen que esta obligación conste expresamente en el contrato de puesta a disposición celebrado entre la ETT y la empresa usuaria¹⁸³, o sólo autorizan a contratar los ser-

¹⁷⁴ CC Hotel Marbella Club (art. 40).

¹⁷⁵ CC Gipuzkoa (art. 32).

¹⁷⁶ CC Navarra (art. 30).

¹⁷⁷ CC Gipuzkoa (art. 36).

¹⁷⁸ CC Álava (art. 39).

¹⁷⁹ CC Gipuzkoa (art. 36).

¹⁸⁰ CC Álava (art. 39).

¹⁸¹ CC Navarra (art. 30).

¹⁸² CC Illes Balears (art. 6); CC Alicante (art. 9).

¹⁸³ CC Gipuzkoa (art. 33); CC Álava (art. 39).

vicios de las ETT que apliquen a sus trabajadores el Convenio Estatal de ETT¹⁸⁴. Por último, algún convenio se limita a prescribir que las empresas usuarias deberán garantizar a los trabajadores puestos a su disposición los derechos reconocidos en la Ley 14/1994 y normativa de desarrollo¹⁸⁵.

Aunque este tipo de cláusulas han perdido cierta virtualidad tras la equiparación salarial ordenada legalmente entre los trabajadores de la empresa usuaria y los que prestan servicios en la misma a través de una ETT (art. 11 Ley 14/1994, en redacción dada por la Ley 29/1999), cuando esa equiparación se extiende a otras condiciones laborales previstas en el convenio, las cláusulas de los convenios del sector hostelero que así lo prevén corren el riesgo de ser impugnadas y declaradas nulas por lesivas para los intereses de terceros no sujetos al ámbito del convenio; esto es, las ETT¹⁸⁶.

En materia de derechos de información de los representantes de los trabajadores, los convenios colectivos que intervienen se limitan a reiterar lo establecido en el art. 9 de la Ley 14/1994¹⁸⁷. En alguna ocasión, sin embargo, se reduce el plazo en el que debe facilitarse la información de diez a siete días hábiles y se amplía la documentación a proporcionar a los representantes legales de los trabajadores, extendiéndola también al contrato de puesta a disposición con exclusión de aquellos datos, que revistan el carácter de íntimos o se refieran al precio concertado¹⁸⁸.

V. CONCLUSIONES

Aparte de abordar aspectos relativos a la contratación laboral, la negociación colectiva puede intervenir en otras materias que influyen también en la creación y mantenimiento del empleo y de su calidad, tales como son principalmente la formación y cualificación permanente de los trabajadores del sector y los procesos de externalización y subcontratación de actividades por parte de las empresas del mismo.

¹⁸⁴ CC Murcia (art. 7 bis).

¹⁸⁵ CC Valencia (art. 7).

¹⁸⁶ Véase STSJ Comunidad Valenciana 19-1-1999 (AS 195); STSJ Andalucía 10-6-1999 (AS 4042); STSJ Murcia 5-6-2002 (AS 5347).

¹⁸⁷ CC Alicante (art. 9).

¹⁸⁸ CC Illes Balears (art. 6).

En el sector de la hostelería, el contenido de los instrumentos convencionales pone de manifiesto un interés más bien escaso por lo que se refiere a las cuestiones en las que la formación de los trabajadores se ve, en mayor o menor medida, implicada y sobre las que la normativa legal hace en ocasiones una llamada a la negociación colectiva para su regulación. Tal sucede, sobre todo, con respecto a la determinación del valor que la formación adquiere para la clasificación y promoción profesional en la empresa. A este respecto, debe tenerse en cuentas que las directrices sentadas por el AINC 2007-2008 señalan la oportunidad de que la negociación colectiva fije referencias que pongan en relación la formación con la clasificación, movilidad, promoción y planificación de carreras profesionales. Tampoco es muy prolijo e innovador el contenido de la negociación colectiva del sector en cuanto al desarrollo de los términos para el ejercicio de los derechos contemplados en el art. 23.1 del ET, sobre los permisos para concurrir a exámenes, la preferencia para elegir turno de trabajo para cursar estudios y la adaptación de la jornada de trabajo o la concesión de permisos con fines de formación o perfeccionamiento profesional. Con todo, se detectan algunas previsiones convencionales de notable interés y que sería oportuno que se extendieran por los diversos ámbitos negociadores, como aquellas relativas a las excedencias por estudios con reserva del puesto de trabajo.

Por lo que se refiere al tratamiento de la formación profesional desde el punto de vista del aprovechamiento de las oportunidades que ofrece el sistema público de formación profesional continua, los vaivenes normativos habidos en esta materia han provocado un cierto aletargamiento y desfase del contenido de la negociación colectiva del sector en esta materia. No obstante, el vigente modelo normativo sigue destacando el papel a desempeñar por los agentes sociales y la negociación colectiva, de ahí que siga teniendo pleno sentido la previsión en el III ALEH de un Plan de Formación de referencia para el sector y la atribución de competencias a una Comisión paritaria específica sobre la materia. También en los convenios provinciales la formación continua es abordada sobre todo a través de la atribución de funciones a comisiones paritarias, lo que ocurre es que la vigente normativa estatal parece rechazar todas aquellas comisiones paritarias en la materia que no vengan creadas por acuerdos o convenios de ámbito sectorial nacional. Por lo demás, una cuestión de la que se vienen ocupando algunos convenios del sector, y que a tenor de los criterios del AINC resulta especialmente oportuna su regulación convencional, es la relativa a la formación continua como obligación de

los trabajadores y al tratamiento de los tiempos empleados a efectos de jornada de trabajo y retribuciones.

Por lo que se refiere a los fenómenos de externalización o subcontratación, la negociación colectiva del sector hostelero muestra una especial preocupación por garantizar la estabilidad en el empleo y las condiciones de trabajo en aquellos supuestos en que se transmiten simples actividades, no siendo de aplicación, por tanto, el régimen legal de la transmisión de empresa ex art. 44 ET. Este es el objeto de tutela del régimen de subrogación de colectividades o actividades de restauración previsto en el III ALEH, que abarca prácticamente cualquier supuesto de transmisión de estas actividades, con independencia del tipo de empresas en que se produzca la transmisión de actividades y el negocio jurídico a través del cual se produzca dicha transmisión. Sin perjuicio del loable fin de tutela que persigue el mencionado régimen convencional, así como otros regímenes subrogación de actividades previstos también en algunos convenios provinciales, se detectan algunas cláusulas convencionales que plantean serias dudas de legalidad en la medida que pueden imponer obligaciones a sujetos que quedan extramuros del ámbito funcional del convenio.

Otro tanto ocurre con aquellas otras previsiones detectadas en algunos convenios provinciales referidas a la subcontratación de actividades con terceras empresas o la contratación de trabajadores a través de ETT, que limitan o, incluso en algún caso, prohíben algunas de estas operaciones por parte de las empresas del sector, así como aquellas otras cláusulas que imponen la obligación de que los trabajadores de las empresa contratista o ETT ostenten idénticas condiciones laborales que los de la empresa principal o usuaria. En la medida en que la empresa contratada y la ETT no pertenecen al sector al que va referido el convenio, tales limitaciones, prohibiciones u obligaciones podrían llegar a considerarse nulas por lesivas de los intereses de terceros ajenos al convenio.

CAPÍTULO III. EL INGRESO EN LA EMPRESA

Remedios Roqueta Buj

Sumario: I. Introducción. II. La selección y las preferencias en el empleo. III. El período de prueba. IV. La contratación temporal. 1. El contrato para obra o servicio determinados. 2. El contrato eventual por circunstancias de la producción. 3. El contrato de interinidad. 4. Otras previsiones en materia de contratación temporal. V. El contrato de trabajo fijo discontinuo. VI. El contrato de trabajo a tiempo parcial. VII. Los contratos formativos. 1. El contrato para la formación. 2. El contrato de trabajo en prácticas. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación laboral es objeto de una gran atención en los convenios colectivos sectoriales de hostelería, tanto de ámbito autonómico como provincial. En efecto, los mismos, haciendo uso de las numerosas invitaciones o remisiones que a ellos efectúa en esta materia el legislador, están participando activa y decididamente en la ordenación de cuestiones como las preferencias en el empleo, el período de prueba, la estructura de las plantillas, y el uso de los distintos tipos y modalidades contractuales.

En este sentido, debe recordarse la invitación que los firmantes del ANC 2007 formulan a los agentes sociales en ámbitos inferiores en orden a seguir avanzando en la asunción de las competencias que la legislación laboral traslada a la negociación colectiva en materia de contratación, de acuerdo a los siguientes criterios:

a) La promoción de la contratación indefinida inicial, la transformación de contratos temporales en contratos fijos, el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades, teniendo para ello en cuenta el nuevo programa de bonificaciones a la contratación indefinida de determinados grupos de trabajadores y trabajadoras con mayores dificultades de inserción laboral y personas desempleadas.

b) El fomento del uso adecuado de las modalidades contractuales de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de ETT.

c) La adopción de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales, con el objetivo de prevenir abusos, teniendo en cuenta la nueva regulación que se establece en el art. 15.5 del ET.

d) El fomento de los contratos formativos, como vía de inserción laboral y cualificación de los jóvenes, favoreciendo la incorporación definitiva en la empresa de estos trabajadores, una vez finalizado el contrato formativo.

e) La desaparición del contrato de inserción, cuya utilización estaba reservada a la gestión de programas públicos de empleo por parte de las Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro.

f) El fomento de los contratos a tiempo parcial indefinidos que pueden ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos, así como de los contratos fijos discontinuos en las actividades discontinuas o estacionales, teniendo en cuenta que ambas modalidades están bonificadas en las cuotas empresariales a la Seguridad Social proporcionalmente al volumen de jornada contratado.

g) La utilización de las posibilidades que para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas presentan la jubilación parcial y el contrato de relevo.

II. LA SELECCIÓN Y LAS PREFERENCIAS EN EL EMPLEO

La negociación colectiva sectorial de hostelería interviene en la selección de trabajadores y, de manera más frecuente, en las preferencias en el empleo. Así, por ejemplo, el art. 8 CC Palencia establece que las empresas podrán someter a los candidatos a las pruebas de ingresos que consideren oportunas, que deberán estar relacionadas con la categoría profesional a desarrollar.

En cuanto a las preferencias en el empleo, las previsiones convencionales suelen encuadrarse en alguno de los siguientes tipos:

a) Un primer grupo de convenios reconocen un derecho preferente para el ingreso, en igualdad de méritos, a quienes hubiesen desempeñado o desempeñen funciones en la empresa con carácter eventual, de interinidad o con contratos de duración determinada¹ y al aprendiz poseedor de un título de suficiencia expedido por una Escuela de Formación Profesional legalmente reconocida².

b) Un segundo grupo de convenios colectivos para favorecer la consecución del principio de estabilidad en el empleo reconocen el derecho preferente a ocupar puestos de trabajo fijos a aquellos trabajadores de la empresa vinculados a la misma por un contrato temporal³. No obstante, la autonomía colectiva suele precisar esta preferencia en función del carácter del puesto fijo a cubrir. Así, si se trata de un puesto de trabajo fijo ordinario, la preferencia en el empleo se reconoce a favor de los trabajadores fijos discontinuos

¹ Art. 32 CC Gipuzkoa y art. 8 CC Palencia.

² Art. 32 CC Gipuzkoa.

³ Art. 22 CC Jaén.

de la misma especialidad, teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad, así como las facultades organizativas de la empresa ⁴, o a favor de los trabajadores fijos discontinuos más antiguos del respectivo departamento y especialidad y, en su defecto, de los trabajadores fijos discontinuos de mayor a menor antigüedad existentes en la empresa ⁵. Si se trata de cubrir puestos de trabajo de trabajadores fijos discontinuos, la preferencia para cubrirlos se reconoce a favor de los trabajadores que hayan sido contratados por la misma empresa por duración determinada ⁶ o que hayan prestado servicios para la empresa con contratos eventuales de, al menos, dos meses de duración durante los dos últimos años, estableciéndose el orden de predilección de los trabajadores en función del mayor número de días efectivos trabajados ⁷. En este último supuesto, se precisa, además, que estos trabajadores tendrán preferencia en el mismo orden para ocupar puestos de trabajo de cualquier modalidad de contratación temporal que la empresa pudiera necesitar y que los mismos formarán parte del censo que se confeccionará en cada empresa entre la dirección y los representantes de los trabajadores ⁸.

c) Algún convenio colectivo atribuye a los trabajadores contratados a tiempo parcial una preferencia para cubrir las vacantes referidas a puestos de trabajo a jornada completa, puntualizando, además, que cuando sean varios los trabajadores a tiempo parcial que opten a cubrir la vacante, la selección se realizará por la empresa con plena libertad de criterio ⁹.

III. EL PERÍODO DE PRUEBA

El capítulo III del III ALEH relativo al «Período de prueba del contrato de trabajo» no podrá ser renegociado en ámbitos inferiores, quedando reservada esta materia al ámbito sectorial estatal (Disposición Adicional 2ª). La mayoría de los convenios colectivos del sector, sin embargo, hacen caso omiso de tal mandato. Excepcionalmente, algunos convenios colectivos sectoriales se remiten en cuanto al período de prueba al Capítulo III del III ALEH o reproducen su contenido ¹⁰.

⁴ Art. 6 CC Illes Balears.

⁶ Art. 44 CC Málaga.

⁶ Art. 6 CC Illes Balears.

⁷ Art. 44 CC Málaga.

⁸ Art. 44 CC Málaga.

⁹ Art. 12 CC Toledo.

¹⁰ Art. 19 CC Navarra, art. 23 CC Huesca, art. 10 CC Álava, art. 11 CC Toledo, art. 6 CC Valencia, art. 18 CC A Coruña y art. 8 CC Pontevedra.

De acuerdo con algunos convenios colectivos, los ingresos de los trabajadores se considerarán hechos a título de prueba¹¹. Sin embargo, esta previsión, si no va seguida de un pacto expreso suscrito por los contratantes, no tendrá eficacia alguna, por cuanto la formalidad escrita en el contrato de trabajo no puede sustituirse por la previsión colectiva¹².

La mayoría de los convenios colectivos sectoriales de hostelería desarrollan la facultad que les otorga el art. 14 del ET en orden a la determinación de la duración máxima del período de prueba. Algunos convenios establecen plazos similares a los legales, bien por remisión al precepto legal¹³, bien porque así lo recoge su tenor literal¹⁴. Pero, por lo general, disponen términos máximos por debajo de los umbrales legales¹⁵; plazos que normalmente oscilan entre los quince días y los dos o tres meses. Por lo demás, a tales efectos se toma como punto de referencia la distinción legal entre técnicos titulados y el resto de los trabajadores¹⁶, entre quienes ocupan los puestos de Jefes o Segundos Jefes y el resto de trabajadores¹⁷, entre los jefes de grupo profesional y el resto de personal¹⁸, entre los Jefes de Departamento y trabajadores cualificados y el resto de trabajadores¹⁹; las áreas funcionales previstas en el ALEH²⁰; los grupos profesionales previstos en el propio convenio²¹; o los niveles retributivos²². En alguna ocasión, la duración del período de prueba se reduce para aquellos trabajadores que acrediten haber realizado con provecho un curso de formación profesional de la categoría para la que van a ser contratados y, además, el curso haya sido homologado por la Comisión de Formación Profesional creada

¹¹ Art. 8 CC Cantabria, art. 11 del CC Madrid -Hospedaje-, art. 13 CC Albacete y art. 9 CC Palencia.

¹² Rivero Lamas, J. y otros (1999): *La negociación colectiva en el sector de hostelería*, Madrid, pág. 44.

¹³ Art. 8 del CC Madrid —Restauración— y art. 14 CC Tenerife.

¹⁴ Art. 17 CC Catalunya, art. 9 CC Ciudad Real, art. 28 CC Burgos y art. 26 CC Lugo.

¹⁵ Art. 10 CC Asturias, art. 6 CC Illes Balears, art. 8 CC Cantabria, art. 11 CC Madrid —Hospedaje—, art. 36 CC Cádiz, art. 9 CC Córdoba, art. 8 CC Granada, art. 12 CC Zaragoza, art. 31 CC Gipuzkoa, art. 9 CC Palencia, art. 36 CC Segovia, y art. 13 CC Alicante.

¹⁶ Art. 10 CC Asturias y art. 36 CC Cádiz.

¹⁷ Art. 6 CC Illes Balears.

¹⁸ Art. 9 CC Córdoba, art. 38 CC Málaga, art. 9 CC Palencia y art. 36 CC Segovia.

¹⁹ Art. 8 CC Granada.

²⁰ Art. 7.bis CC Murcia.

²¹ Art. 14 CC Almería.

²² Art. 8 CC Cantabria, art. 11 CC Madrid —Hospedaje—, art. 32 CC Gipuzkoa, y art. 13 CC Alicante.

en el correspondiente convenio²³. Por el contrario, y aunque la ley lo propicia, no se atiende a la dimensión de la plantilla de las empresas. Por lo demás, como quiera que las previsiones legales pueden resultar abusivas cuando la duración del contrato coincida, en todo o en la mayor parte con la fase de prueba, varios convenios colectivos diferencian una doble duración del período de prueba, según se trate de contratos indefinidos o de duración determinada. A tales efectos, utilizan diferentes fórmulas, a saber: limitan el período de prueba para los contratos temporales²⁴; diferencian los plazos del período de prueba en función de la duración de los contratos según superen o no los tres²⁵, seis²⁶ siete meses²⁷; o rebajan el período máximo sólo en el supuesto de que el contrato temporal tenga una duración igual o inferior a la del período de prueba señalado con carácter general, reduciéndose en tal caso en un 50%²⁸.

Como corolario de todo lo anterior, el art. 20 del III ALEH establece la duración máxima del período de prueba en función de la clasificación profesional del trabajador y de la duración del contrato de trabajo. A tales efectos, dispone los siguientes límites de duración máxima²⁹:

<i>Grupos del sistema de clasificación profesional del III ALEH (anexo)</i>	<i>Contratos por tiempo indefinido fijos o fijos discontinuos</i>	<i>Contratos por tiempo determinado superiores a tres meses de duración</i>	<i>Contratos por tiempo determinado hasta tres meses de duración</i>
1-5-9-13-16-17-20	90 días	75 días	60 días
2-3-6-7-10-11-14-18-21-22	60 días	45 días	30 días
4-8-12-15-19-23	45 días	30 días	15 días

²³ Art. 14 CC Tenerife.

²⁴ Art. 10 CC Asturias y art. 14 CC Tenerife.

²⁵ Art. 9 CC Ciudad Real.

²⁶ Art. 8 CC Cantabria, art. 11 CC Madrid —Hospedaje—, art. 12 CC Zaragoza y art. 13 CC Alicante.

²⁷ Art. 8 CC Madrid —Restauración—.

²⁸ Art. 31 CC Gipuzkoa.

²⁹ Los días fijados se computarán siempre como naturales.

Por lo demás, en cuanto al período de prueba del personal directivo, el art. 21 del III ALEH previene que «en los contratos laborales comunes celebrados para ocupar puestos directivos, que no les corresponda uno de los grupos y categorías profesionales de las referidos en el artículo 16 del III Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de Hostelería, el período de prueba podrá ser de seis meses de duración, siempre que se trate de contratos de duración indefinida, fija o fija discontinua, o de cuatro meses en los de duración determinada o temporal».

El art. 23 del III ALEH autoriza a concertar un período de prueba en contratos de trabajo celebrados a tiempo parcial con sujeción a los períodos máximos antes señalados, pero puntualizando que «cuando estos contratos se celebren para la prestación de servicios que no se vayan a realizar todos los días de la semana, el período de prueba no podrá superar treinta días de trabajo efectivo, cuando sean por tiempo indefinido, o veinte días de trabajo efectivo cuando sean de duración determinada». En cuanto a los contratos formativos, son pocos los convenios colectivos que fijan la duración del período de prueba. Excepcionalmente, algunos la limitan para los contratos de formación a un máximo de 15 días³⁰ o de un mes³¹. Respecto de los contratos de trabajo en prácticas, se suelen reproducir los límites legales³².

Por último, algunos convenios precisan la prohibición legal de establecer un nuevo período de prueba cuando el trabajador contratado haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad contractual, mediante diversas previsiones. Así, por ejemplo, se establece que los trabajadores fijos discontinuos sólo podrán ser sometidos a período de prueba en el primer contrato suscrito con esta condición laboral y que cuando de nuevo se contrate a un trabajador que haya permanecido vinculado a la misma empresa en virtud de otra modalidad de contrato laboral, no será sometido a período de prueba, siempre y cuando el o los contratos anteriores hayan sido recientes y en ellos el trabajador ya haya superado un período de prueba en la categoría profesional en la que sea contratado como fijo de plantilla³³; que en los contratos temporales, cuando el trabajador sea llamado nuevamente no tendrá período de prueba, siempre que sea para ocupar el mismo puesto de trabajo³⁴; que será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación, siempre y cuando lo hubiera superado³⁵; o, en fin, que los trabajadores que estando prestando servicio en una empresa de hostelería sean requeridos por otra, quedarán excluidos del período de prueba³⁶.

³⁰ Art. 11 CC Madrid —Hospedaje— y art. 13 CC Alicante.

³¹ Art. 29 III ALEH, art. 39 CC Málaga y art. 28 CC Burgos.

³² Art. 28 III ALEH, art. 40 CC Málaga, art. 13 CC Tenerife y art. 32 CC León.

³³ Art. 6 CC Illes Balears.

³⁴ Art. 8 CC Granada.

³⁵ Art. 22 del III ALEH.

³⁶ Art. 36 CC Segovia.

IV. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

1. El contrato para obra o servicio determinados

El principal punto de atención de los convenios colectivos que se ocupan del contrato para obra o servicio determinados es el relativo a la identificación de los «trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa» susceptibles de cubrirse a través del mismo [art. 15.1.a) ET].

Y así, según la autonomía colectiva, pueden utilizarse los contratos para obra o servicio determinados, para realizar los siguientes trabajos o tareas:

a) Las campañas específicas³⁷, las ferias —debiendo el trabajador contratado realizar sus funciones dentro del recinto donde se celebre la feria—³⁸, los aniversarios, las comuniones y otras tareas comerciales que presenten perfiles propios y diferentes del resto de la actividad empresarial³⁹, o los programas sociales e institucionales del Imsero y Turismo Social⁴⁰. En algunos convenios colectivos se contemplan los «servicios extraordinarios», entendiéndose por tales aquellos ocasionales, tales como banquetes, lunch, bodas, bautizos, grupos (desayunos), que no pueden ser atendidos únicamente por el personal de la empresa⁴¹, o como los realizados por el personal ajeno al establecimiento en que se realiza⁴².

b) Los servicios de terrazas de verano, pudiéndose celebrar los contratos, dentro de cada año natural, únicamente durante el período comprendido entre el 15 de marzo y el 31 de octubre⁴³.

c) La explotación de servicios propios del Sector de Hostelería, comprendido el de Hospedaje, en aquellas empresas que sean concesionarias de establecimientos públicos o privados⁴⁴.

d) La vigilancia de comedores y patios, en aquellos centros escolares de nueva concesión en los que el cliente exija este servicio a la

³⁷ Art. 9 CC Melilla.

³⁸ Art. 9 CC Asturias y art. 12 CC Madrid —Restauración—.

³⁹ Art. 9 CC Melilla.

⁴⁰ Art. 5 CC Valencia y art. 28 CC Castellón.

⁴¹ Art. 14 CC Cádiz, art. 24 CC Jaén, art. 11 CC Gipuzkoa, y art. 43 CC Ciudad Real.

⁴² Art. 9 CC Granada.

⁴³ Art. 9 CC Asturias y art. 12 CC Madrid —Restauración—.

⁴⁴ Art. 9 CC Asturias.

empresa adjudicataria del servicio de comedor y la empresa adjudicataria efectúe nuevas contrataciones para estos menesteres⁴⁵.

e) La consolidación comercial en los casos de creación o ampliación de establecimientos⁴⁶ o la promoción, venta o creación de nuevos productos o servicios turísticos en la fase de lanzamiento y hasta su consolidación o conclusión⁴⁷.

f) Con carácter singular y con motivo de la Copa América 2007, el art. 5 del CC Valencia autoriza la celebración de los contratos para obra o servicio determinado al objeto de atender el exceso de actividad que con motivo de dicha celebración pueda producirse. A tal fin, dichos contratos podrán celebrarse desde el día 1 de enero de 2006, hasta la finalización del citado evento. Al objeto de determinar la correcta contratación derivada de tales circunstancias, se tendrá en cuenta la plantilla promedio del año 2005 del centro de trabajo en concreto donde se produzcan las contrataciones derivadas de la reiterada celebración, de forma que los contratos bajo esta modalidad y por esta causa que se celebren supongan un incremento sobre la plantilla promedio del citado año 2005. Las empresas o centros de trabajo durante el primer año de actividad verán limitada la posibilidad de contratación por tal causa, de forma que ésta no sea superior al 25% del resto de la plantilla. Los contratos celebrados bajo esta modalidad no podrán ser de duración superior a dieciocho meses y se citará expresamente que se suscriben al amparo de lo dispuesto en esta letra y artículo. Si se produce la extinción del mismo a instancia del empresario, por terminación de la duración pactada, el trabajador tendrá derecho a una indemnización de un día de salario por cada mes de servicio a percibir en la liquidación de saldo y finiquito.

2. El contrato eventual por circunstancias de la producción

De acuerdo con el art. 15.1.b) del ET, los convenios colectivos pueden determinar las actividades en las que caben los contratos eventuales y fijar un número máximo de trabajadores eventuales a contratar por las empresas. Aunque este precepto contiene una amplia remisión a los convenios colectivos de cualquier ámbito para que procedan a concretar la causa de este tipo de contratos (circuns-

⁴⁵ Art. 12 CC Madrid —Restauración—.

⁴⁶ Art. 9 CC Melilla.

⁴⁷ Art. 5 CC Valencia.

tancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa), en la mayoría de los convenios colectivos del sector de hostelería no se lleva a cabo tal operación, remitiéndose éstos a los muy amplios criterios legales⁴⁸. No obstante, en algunos casos se limita la contratación de eventuales a las empresas que cuenten con un 78% de trabajadores fijos⁴⁹, o para realizar actividades excepcionales o esporádicas⁵⁰ o que no puedan ser atendidas por los trabajadores fijos o fijos discontinuos⁵¹. Más frecuentes son las cláusulas convencionales que amplían la causa de la eventualidad. Así, por ejemplo, el art. 25 CC Catalunya permite utilizar el contrato eventual con una duración inferior a cuatro semanas para la realización de los servicios extraordinarios, y los arts. 12 CC Tenerife y 36 CC Las Palmas prevén que se entenderá causa válida para que las empresas puedan contratar bajo esta fórmula, además de cualquiera otra que pudiera acontecer, el hecho de que el establecimiento hotelero o centro de que se trata, disponga de información y razonablemente prevea que va a tener una ocupación del 60% de su capacidad. Algún convenio colectivo contempla circunstancias cuya eventualidad no es de recibo. Este el caso del art. 13 CC Toledo en el que, en atención a las dificultades de previsión de la actividad económica y de la contratación laboral que conlleva el establecimiento de nuevas empresas o la ampliación de las actividades de las ya establecidas como consecuencia del lanzamiento de una línea de producción, de un nuevo producto o servicio o de la apertura de un nuevo centro de trabajo, las partes negociadoras acuerdan que, entre otras causas, se considerará que existen exigencias circunstanciales del mercado durante el primer año de los supuestos anteriormente referidos y que por tanto las empresas podrán acogerse válidamente a esta modalidad contractual.

En cuanto al número máximo de contratos que se pueden realizar bajo esta modalidad, encontramos las siguientes previsiones convencionales: dicho número no podrá superar el 20% sobre el total de la media anual de los trabajadores que hubieran prestado servicios en la empresa durante el año natural inmediatamente anterior al año de referencia⁵²; no superará en cada empresa o centro de trabajo el 30% de su plantilla total, salvo que por mutuo acuerdo entre la empresa

⁴⁸ Rivero Lamas, J. y otros (1999): *La negociación colectiva...*, cit., pág. 57.

⁴⁹ Art. 12 CC Madrid —Hospedaje—.

⁵⁰ Art. 8 CC Badajoz.

⁵¹ Art. 21 CC Sevilla.

⁵² Art. 9 CC Madrid —Hospedaje—.

y los representantes de los trabajadores se amplíe ese porcentaje por concurrir circunstancias especiales ⁵³; o, en fin, las empresas que superen en promedio anual durante el ejercicio precedente 30 trabajadores, no podrán tener contratados bajo esta modalidad de contratación, más de un 25% de la plantilla en cómputo anual ⁵⁴.

Ante la apertura por la propia ley de un espacio muy amplio de actuación en la determinación de la duración de este tipo de contratos, no es de extrañar que la negociación colectiva sectorial de hostelería haya hecho de la ampliación de los parámetros temporales de utilización del contrato eventual uno de sus contenidos más comunes y recurrentes. De hecho, ya no quedan convenios sectoriales, tanto de ámbito autonómico como provincial, que, incluyendo cláusulas en materia de contratación temporal, no se ocupen de esta cuestión. Lo normal es que se haga uso de esta potestad para dilatar la duración de los parámetros temporales del contrato eventual. En tales casos, los convenios colectivos de empresa suelen adherirse a lo previsto en el correspondiente convenio colectivo sectorial ⁵⁵ o repetir su contenido ⁵⁶.

En esta línea, cabe destacar las siguientes líneas de tendencia:

a) Un primer grupo de convenios colectivos amplían la duración del contrato sin agotar en principio las posibilidades abiertas por la norma. Ejemplos de ello son las referencias a ⁵⁷ «nueve meses dentro de un período de doce meses» ⁵⁸, «diez meses dentro de un período de catorce meses» o «diez meses y medio, dentro de un período de catorce meses» ⁵⁹. En algunos casos, sin embargo, tales posibilidades de reservan para las empresas con un determinado porcentaje de trabajadores fijos, que difiere según los convenios: 45 ⁶⁰, 50 ⁶¹ ó 78% ⁶². En

⁵³ Art. 8 CC Guadalajara.

⁵⁴ Art. 30 CC Navarra.

⁵⁵ Cfr. art. 33 CC Touring Europa, S.A. y art. 5 CC Hotel Ritz.

⁵⁶ Cfr. art. 4 CC Hotel Tryp Los Llanos y art. 10 CC Hotel Tryp Presidente de Barcelona.

⁵⁷ Art. 9 CC Cantabria, art. 7 CC Illes Balears, art. 27 CC La Rioja —Hospedaje—, art. 9 CC Madrid —Hospedaje—, art. 15 CC Almería, art. 21 CC Sevilla, art. 22 CC Huesca, art. 13 CC Zaragoza, art. 32 CC León, art. 13 CC Toledo, art. 16 CC Salamanca, y art. 9 CC Albacete.

⁵⁸ Art. 31 CC Cuenca.

⁵⁹ Art. 10 CC Alicante.

⁶⁰ Art. 24 CC Huesca.

⁶¹ Art. 13 CC Zaragoza.

⁶² Art. 9 CC Madrid —Hospedaje—.

algún caso excepcional se establecen duraciones diferentes en función del porcentaje de trabajadores fijos. Así, se prevé con carácter general una duración mínima de treinta días hasta un máximo de siete meses dentro de un período de doce meses y para aquellas empresas con un 75% de trabajadores fijos, una duración máxima de hasta nueve meses en un período de doce meses⁶³.

b) Un segundo grupo de convenios admiten que los contratos eventuales alcancen los máximos legales permitidos, esto es, los doce meses en un período de dieciséis o dieciocho meses, pero siempre y cuando la empresa tenga un porcentaje de empleados fijos superior al 40%⁶⁴ o la nómina de trabajadores bajo esta forma de contratación no supere el 50% de la plantilla total de la empresa⁶⁵. En este sentido, el art. 12 del CC Tenerife dispone que el incumplimiento del porcentaje de plantilla fija exigido para las empresas afectadas por el presente convenio supone la imposibilidad legal de que las mismas hagan uso de la ampliación de los contratos eventuales por circunstancias de la producción por más de seis meses por lo que, con independencia de mantener la obligación de cumplir el porcentaje de plantilla fija pactado, los contratos ampliados al amparo del presente convenio, sin cumplir el pacto de empleo exigido deberán ser declarados en fraude de ley y, por lo tanto, de carácter indefinido.

c) Un tercer grupo de convenios dilatan la duración del contrato para hacerla coincidir con los máximos admitidos sin condicionamiento alguno⁶⁶. No obstante, alguna norma convencional establece una duración máxima de «doce meses en un máximo de trece»⁶⁷ o de «doce dentro de un período de dieciséis meses»⁶⁸, con exclusión de los contratos de puesta a disposición que se puedan celebrar con ETT⁶⁹. Los convenios colectivos citados, al moverse dentro de los límites legales, no son susceptibles de reproche alguno desde este punto de vista. Sin embargo, los mismos resultan sumamente

⁶³ Art. 12 CC Madrid —Restauración—.

⁶⁴ Art. 9 CC Asturias.

⁶⁵ Art. 34 CC Álava.

⁶⁶ Art. 25 CC Catalunya, art. 33 CC La Rioja —Restauración—, art. 7 CC Murcia, art. 49 CC Ceuta, art. 8 CC Córdoba, art. 9 CC Granada, art. 27 CC Huelva, art. 20 CC Jaén, art. 41 CC Málaga, art. 24 CC Teruel, art. 8 CC Guadalajara, art. 7 CC Ávila, art. 38 CC Segovia, art. 28 CC Soria, art. 29 CC Valladolid, art. 31 CC de Zamora, art. 17 CC A Coruña, art. 27 CC Lugo, art. 31 CC Ourense, y art. 8 CC Pontevedra.

⁶⁷ Art. 8 CC Badajoz.

⁶⁸ Art. 32 CC Gipuzkoa, art. 16 CC Cáceres, art. 5 CC Valencia y art. 36 CC Las Palmas.

⁶⁹ Art. 32 CC Gipuzkoa.

difíciles de conciliar con el carácter estacional de la actividad de hostelería en el que en principio debería estar fundada la ampliación de los parámetros temporales de utilización de los contratos eventuales. Además, estos convenios colectivos, en contra de lo que las apariencias pudieran inducir a pensar, reducen las ocasiones en que se pueden celebrar estos contratos, pues hasta que no se agote el período de dieciocho meses cualquier nueva contratación vinculada a la situación de eventualidad que justificó la anterior habrá de ser tenida en cuenta para el cálculo del período máximo de doce meses de duración⁷⁰.

d) Un cuarto grupo de convenios distinguen entre empresas estacionales o de temporada y las que no lo son. En las primeras, la duración de estos contratos, puede ser de hasta siete meses dentro de un período de doce meses⁷¹; y en las segundas, hasta seis meses en un período de doce meses⁷² o hasta nueve meses dentro de un período de doce meses⁷³.

Por lo demás, y por lo que respecta al período de referencia, los convenios colectivos que lo abordan se limitan a señalar que el mismo se computa a partir de la fecha en que se produzca la causa o circunstancia que justifica la utilización de este tipo de contratos⁷⁴. Otros, sin embargo, precisan algo más sobre el particular, estableciendo que el contrato eventual podrá celebrarse a lo largo de todo el año⁷⁵ o durante el tiempo comprendido desde el 15 de enero al 15 de junio y del 15 de septiembre al 15 de diciembre, si bien en este caso se admite que aquellos hoteles que por sus necesidades no se ajusten a estos períodos tendrán un plazo de dos meses desde la publicación del convenio para notificar a la comisión paritaria su propuesta de cambio de períodos o de temporadas, siendo aprobadas y certificadas por la misma.

En cuanto al régimen de prórrogas, los convenios colectivos que tratan esta cuestión se limitan a reproducir el esquema legal. No obstante, el art. 30 CC Ourense admite varias «prórrogas», lo que contraría abiertamente lo dispuesto en el art. 15.1.b) del ET, a cuyo tenor

⁷⁰ Sanguineti Raymond, W. (2004): «Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, Valencia, págs. 211-212.

⁷¹ Art. 9 CC Asturias y art. 39 CC Cádiz.

⁷² Art. 9 CC Asturias.

⁷³ Art. 39 CC Cádiz.

⁷⁴ Art. 27 CC La Rioja —Hospedaje—, art. 33 CC La Rioja —Restauración—, art. 8 CC Córdoba y art. 21 CC Sevilla.

⁷⁵ Art. 7 CC Illes Balears y art. 10 Alicante.

cuando «el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima»⁷⁶.

En algunas ocasiones, por último, lo pactado trasluce un propósito deliberado de trasgresión, mediante el uso de fórmulas indirectas, de los límites legales, que tratan de eludir el cómputo de la duración máxima y de los límites de las prórrogas⁷⁷. Sirvan como ejemplo las siguientes previsiones: los contratos eventuales se podrán pactar hasta por «doce meses, con una interrupción mínima de tres meses entre contrato y contrato de carácter eventual»⁷⁸; «en el supuesto de que este contrato fuera rescindido al finalizar su duración no podrá admitirse otro trabajador para ocupar el mismo puesto de trabajo hasta transcurridos dos meses, excepto que el eventual haya pasado a fijo indefinido»; o cuando se celebre esta modalidad contractual, con un mismo trabajador, en más de una ocasión dentro de ese período de referencia, la duración acumulada de los distintos contratos, no podrá superar la duración máxima convencional⁸⁰. Frente a este panorama, sólo los arts. 12 CC Tenerife y 36 CC Las Palmas pueden ser aportados como ejemplo de «buenas prácticas» de la negociación colectiva, dirigidas a combatir la precariedad propiciada por el uso inadecuado de esta modalidad contractual. En efecto, los mismos establecen que la duración máxima convencional se puede alcanzar a través de exclusivamente una prórroga, que la empresa no podrá contratar al mismo trabajador hasta que transcurra íntegramente el citado período de referencia (es decir, en el plazo de tiempo transcurrido entre la finalización del contrato y el período máximo de 16 meses) y que los contratos eventuales que sean sometidos a más de una prórroga se entenderán hechos en fraude de Ley⁸¹.

⁷⁶ Art. 9 del CC Madrid —Hospedaje—.

⁷⁷ Sanguineti Raymond, W. (2004): «Entre la liberalización y el control...», cit., pág. 211.

⁷⁸ Por lo demás, esta «interrupción de tres meses no será aplicable para los contratos eventuales de duración máxima de 10 días, y siempre y cuando dichos contratos eventuales de la citada duración no excedan en cómputo anual de 20 días, sumados todos los efectuados en un año natural» (art. 28 CC Castellón).

⁷⁹ Art. 9 CC Granada.

⁸⁰ Art. 39 CC Cádiz, art. 41 CC Málaga y art. 10 CC Alicante.

⁸¹ En el acta de la Comisión Paritaria del CC Tenerife las partes reconocen que «están de acuerdo en que la regulación contenida en el artículo 12 del convenio sobre contratos eventuales, no vulnera ni la duración legal de tales contratos ni el encadenamiento fraudulento prohibido en el párrafo 5 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por el Real Decreto Ley 5/2006 (artículo 12.2)» [Resolución 30-10-2006 (BO 17-11-2006)].

3. El contrato de interinidad

El contrato de interinidad no es objeto de una regulación particularizada en los convenios colectivos del sector de hostelería, limitándose éstos en la mayoría de las ocasiones a reiterar la regulación legal con escasas adiciones. En este sentido, el art. 42 CC Málaga, al amparo del art. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, amplía los supuestos en los que cabe la utilización del contrato de interinidad, incluyendo los de excedencia voluntaria fundamentada en causas justificadas de «orden familiar o terminación de estudios». Otros convenios colectivos asignan a la no reincorporación del trabajador fijo sustituido una consecuencia distinta a la prevista en el orden normativo estatal, a saber, la consolidación en el puesto de trabajo del trabajador originariamente contratado como interino⁸², siempre que la misma no fuera expresamente excluida en el contrato de interinidad⁸³, lo que evidencia una tímida opción a favor de la estabilidad en el empleo de los trabajadores interinos⁸⁴.

4. Otras previsiones en materia de contratación temporal

En desarrollo de las remisiones o invitaciones a la autonomía colectiva incorporadas por el legislador de 2001, son cada vez más numerosos los convenios colectivos del sector de hostelería que incluyen dentro de su articulado cláusulas encaminadas a restringir el recurso a los contratos temporales por alguna de las siguientes vías:

a) En algunos casos, se prevén indemnizaciones por finalización de los contratos de duración determinada superiores a la legal, aunque normalmente no con carácter general, sino circunscritas a los contratos eventuales por circunstancias de la producción. Este es el caso de las fórmulas de diez⁸⁵ o doce días de salario por año de servicio⁸⁶, a través de las cuales la autonomía colectiva incrementa la indemnización legal por finalización de este tipo de contratos, cifrada en ocho días de salario por cada año de servicio [art. 49.1.c) ET].

⁸² Art. 25 CC Catalunya y art. 9 CC Granada.

⁸³ Art. 8 CC Badajoz.

⁸⁴ Sanguinetti Raymond, W. (2004): «Entre la liberalización y el control...», cit., págs. 216 y ss.

⁸⁵ Art. 10 CC Alicante.

⁸⁶ Art. 7 CC Illes Balears, art. 7 CC Ávila, art. 31 CC de Zamora y art. 8 CC Pontevedra.

En alguna otra ocasión, la indemnización se cuantifica en un día de salario por cada mes trabajado⁸⁷. Fórmulas similares aparecen referidas, en otros convenios colectivos, al contrato temporal para obra o servicio determinados, a cuya extinción se prevé una indemnización de doce días de salario por año trabajado⁸⁸ o de un día por mes trabajado⁸⁹. Finalmente, no faltan convenios que prevén indemnizaciones por finalización de todos los contratos de duración determinada, empleando a tales efectos diferentes fórmulas, del tipo ocho⁹⁰ o doce días de salario por cada año trabajado⁹¹, un día de salario por mes trabajado⁹², un día de salario por mes trabajado, pero solamente cuando la duración exceda de doce meses⁹³, o un día de salario por mes trabajado para los contratos que sean superiores a un año y dos días de salario por mes de servicio para los contratos de hasta un año, con exclusión de los contratos estipulados de hasta un mes⁹⁴.

b) En otros convenios colectivos, por el contrario, se procede a incorporar objetivos de índole cualitativa y/o cuantitativa, vinculados con el fomento de la estabilidad en el empleo. Así, se constata la presencia de cláusulas limitativas del encadenamiento contractual, si bien las mismas son escasas y, además, generalmente circunscritas a los contratos eventuales⁹⁵. También se detectan medidas relacionadas con la previsión de porcentajes máximos de trabajadores temporales, ponderando a tales efectos diferentes aspectos: la dimensión de las empresas, el carácter estacional o permanente de los establecimientos, su categoría, el carácter consolidado o no de las empresas, los diferentes tipos de contratos (contratos formativos, de interinidad, el personal «extra»...), la duración de los contratos temporales, las vacaciones y las horas trabajadas⁹⁶, etc.. En algunos casos se esta-

⁸⁷ Art. 32 CC León.

⁸⁸ Art. 8 CC Pontevedra.

⁸⁹ Art. 34 CC Álava.

⁹⁰ Art. 27 CC Catalunya y art. 11 CC Hotel Tryp Presidente de Barcelona.

⁹¹ Art. 12 CC Salamanca.

⁹² Art. 26 CC La Rioja —Hospedaje— y art. 29 CC La Rioja —Restauración—.

⁹³ Art. 49 CC Ceuta.

⁹⁴ Art. 41 CC Cádiz.

⁹⁵ Cfr., *infra*, apartado IV.

⁹⁶ Art. 7 CC Illes Balears, art. 8 CC Cantabria, art. 25 CC La Rioja —Hospedaje—, art. 12 CC Madrid —Hospedaje—, art. 41 CC Cádiz, art. 8 CC Córdoba, art. 10 CC Granada, art. 43 CC Málaga, art. 22 CC Sevilla, art. 24 CC Teruel, art. 13 CC Zaragoza, art. 37 CC Álava, art. 10 CC Tenerife, art. 36 CC Las Palmas, art. 12 CC Albacete, art. 30 CC Cuenca, art. 12 CC Toledo, art. 19 CC A Coruña, art. 20 CC Alicante, art. 5 CC Valencia, art. 8 CC Pontevedra, art. 22 CC Hotel Avenida Palace y art. 15 CC Hotel Tryp Presidente de Barcelona.

blecen porcentajes mínimos de plantilla fija o fija discontinua, del 35⁹⁷, 50%⁹⁸, 70⁹⁹ ó 78%¹⁰⁰, para todas las empresas con independencia del volumen de su plantilla. Pero, por lo general, se prevén diferentes porcentajes de plantilla fija o fija discontinua en función del número de trabajadores de las empresas, según unas escalas cuyos tramos difieren en cada convenio colectivo¹⁰¹. Por lo demás, dichos porcentajes aumentan paralelamente al volumen de la plantilla, de suerte que las pequeñas empresas pueden contar con un número de trabajadores temporales proporcionalmente mayor que las empresas de mediana y gran dimensión. Los porcentajes de plantilla fija o fija discontinua oscilan según los casos del 15% para las empresas de 0 a 5 trabajadores¹⁰² al 80% para las empresas de 30 ó más trabajadores¹⁰³. Pero, por lo general, son relativamente bajos, por lo que este tipo de cláusulas poseen un cierto carácter ambivalente, en la medida en que pueden ser utilizadas también con el fin de dar una apariencia de normalidad a la utilización, no necesariamente correcta, de los contratos temporales¹⁰⁴. En ocasiones, se establece también la distribución de los porcentajes establecidos entre los trabajadores fijos y los fijos discontinuos¹⁰⁵. Por lo demás, cada vez es más usual que la negociación colectiva disponga que la empresa que no cumpla con las escalas de referencia cuando venga obligada a ello, no podrá hacer uso del contrato de fijo discontinuo, de la conversión de contratos temporales en contratos para el fomento de la contratación indefinida o de la ampliación de la duración de los contratos eventuales por circunstancias de la producción por más de seis meses¹⁰⁶.

⁹⁷ Art. 10 CC Granada.

⁹⁸ Art. 41 CC Cádiz.

⁹⁹ Art. 8 CC Cantabria.

¹⁰⁰ Art. 12 CC Madrid —Hospedaje—.

¹⁰¹ Así, por ejemplo, el art. 20 CC Alicante exime de la obligación de cumplir con las escalas de referencia a las empresas o centros de trabajo de menos de 6 trabajadores y a las empresas o centros de trabajo de nueva creación cualquiera que sea su número de trabajadores, durante los tres primeros años del inicio de la actividad.

¹⁰² Art. 37 CC Álava.

¹⁰³ Art. 43 CC Málaga. El art. 26 CC La Rioja —Hospedaje— obliga a las empresas que tengan más de seis trabajadores en plantilla a que, al finalizar su vigencia, en el total del volumen de trabajadores de las mismas existan como mínimo un 75% de contratos fijos.

¹⁰⁴ Sanguineti Raymond, W. (2004): «Entre la liberalización y el control...», cit., págs. 220-221.

¹⁰⁵ Art. 43 CC Málaga.

¹⁰⁶ Cfr. arts. 10 y 12 CC Tenerife y art. 36 CC Las Palmas.

c) Algunos convenios colectivos, por su parte, intentan vincular la promoción de la estabilidad en el empleo con medidas concretas, aunque no necesariamente dotadas de vinculatoriedad directa ¹⁰⁷, como puede ser la alusión a la posibilidad de llevar a cabo la transformación de los contratos de duración determinada en contratos para el fomento de la contratación indefinida y de acogerse a los incentivos establecidos en los diferentes programas de fomento del empleo ¹⁰⁸. Sin embargo, resulta difícil encontrar algún tipo de correspondencia entre la presencia de este tipo de cláusulas y la adopción de una regulación efectivamente interesada en el fomento de la estabilidad en el empleo. Quizá los casos más llamativos desde este punto de vista sean el CCH de Jaén en el que las partes firmantes del mismo se comprometen a que el porcentaje de conversión de contratos eventuales en indefinidos en el sector de hostelería alcance el 25% (art. 22), y el CCH de Cáceres en el que se instaura la obligación de las empresas de convertir en indefinidos, al menos, el 65% de los contratos eventuales, salvo que se trate de empresas de un solo trabajador o que ya tengan el 65% de la plantilla fija (art. 16) ¹⁰⁹.

V. EL CONTRATO DE TRABAJO FIJO DISCONTINUO

Una atención especial merece la utilización de esta modalidad contractual que tiene una considerable extensión tanto en el subsector de hospedaje como en el de restauración, hasta el punto que en algunos convenios provinciales se la contempla como la forma contractual dominante —típica del sector— para la contratación fija ¹¹⁰.

Los aspectos que centran el interés de los sujetos negociadores en el sector de hostelería son, básicamente, los siguientes:

a) En cuanto a la delimitación del trabajo fijo discontinuo, los convenios colectivos suelen limitarse a reproducir la definición legal,

¹⁰⁷ Cfr. Rivero Lamas, J. y otros (1999): *La negociación colectiva...*, cit., pág. 69; y Sanguinetti Raymond, W. (2004): «Entre la liberalización y el control...», cit., págs. 186 y ss.

¹⁰⁸ Art. 41 CC Cádiz, art. 24 CC Sevilla, art. 22 CC Huesca, art. 26 CC Teruel, art. 8 CC Ávila, art. 27 CC Burgos, art. 29 CC Valladolid, art. 30 CC Cuenca, art. 20 CC A Coruña y art. 5 CC Valencia.

¹⁰⁹ Excepcionalmente, el art. 19 del CC Hotel Ritz establece que «los puestos de trabajo {...} que estén cubiertos más de 12 meses en un período de 18, salvo que se trate de contratos de interinidad, pasarán a ser cubiertos con personal con contrato indefinido, adquiriendo tal condición la persona con contrato no indefinido que ocupe dicho puesto en el momento en que se produzcan los 12 meses de cobertura referidos».

¹¹⁰ Rivero Lamas, J. y otros (1999): *La negociación colectiva...*, cit., pág. 51.

aunque algunos prescindan del diseño instaurado por la Ley 12/2001, de 9 de julio ¹¹¹. Excepcionalmente, el art. 40 CC Segovia establece que «la fijeza y periodicidad de la prestación vendrá determinada siempre que se lleven a cabo los trabajos durante un período no inferior a nueve meses naturales dentro del período de un año y durante una jornada no inferior a seis ni superior a nueve horas».

Sin embargo, al contrato de trabajo fijo discontinuo se llega, de ordinario, después de haber sido contratado como eventual durante varias temporadas. Pues bien, la negociación colectiva suele determinar el número de temporadas y llamamientos a partir de los cuales el trabajador eventual se convierte en fijo discontinuo con los efectos del momento de la conversión. Pueden citarse aquí convenios en los que se declara que adquirirán la condición de fijos discontinuos aquellos trabajadores eventuales que hayan prestado servicios para la misma empresa durante más de dos campañas en actividades estacionales ¹¹² o durante tres campañas o temporadas consecutivas ¹¹³. Pero, por lo general, la negociación colectiva suele ponderar también el tiempo trabajado durante las temporadas de referencia. Así, se determina que pasarán a ser fijos discontinuos los trabajadores que presten servicio para la misma empresa durante dos años consecutivos por un plazo de al menos cuatro meses cada año en establecimientos o centros de trabajo con actividad durante todo el año o de dos meses cada año en establecimientos o centros de trabajo estacionales ¹¹⁴; dos o más años consecutivos, con un promedio de 150 días trabajados cada año ¹¹⁵; tres años consecutivos por un tiempo igual o superior a tres meses ininterrumpidos cada uno de estos años ¹¹⁶; o tres años consecutivos con un promedio de 120 días de trabajo cada año y sean contratados para una cuarta temporada ¹¹⁷. Por último, en algunas oportunidades se precisa que para que se produzca el pase a la condición de fijo discontinuo, los diferentes contratos eventuales deben celebrarse para cubrir las mismas funciones o puesto de trabajo. En estos casos se establece que adquirirán la condición de fijos discontinuos los trabajadores que sean contratados para prestar sus servicios con contrato eventual y para el mismo puesto de trabajo durante tres períodos consecutivos, siempre que cada año de los

¹¹¹ Art. 9 CC Asturias, art. 39 CC Cádiz, y art. 45 CC Málaga.

¹¹² Art. 24 CC Teruel.

¹¹³ Art. 41 CC Zamora.

¹¹⁴ Art. 22 CC Huesca y art. 13 CC Zaragoza.

¹¹⁵ Art. 9 CC Asturias.

¹¹⁶ Art. 45 CC Málaga.

¹¹⁷ Art. 7 CC Murcia.

tres contratos sucesivos, haya tenido una duración mínima de seis meses y máxima de nueve ¹¹⁸, o durante tres años consecutivos por un plazo de al menos cuatro meses en establecimientos o centros de trabajo con actividad durante todo el año o de dos meses cada año en establecimientos o centros de trabajo estacionales ¹¹⁹; o que sean contratados después de haber prestado servicio bajo la modalidad de contrato eventual, durante tres años consecutivos, o tres alternos en un período de cinco años, para realizar durante dichos contratos las mismas funciones que venían realizando como eventuales, por un plazo de, al menos, seis meses al año, en establecimientos o centros de trabajo de actividades permanentes y de, al menos, tres meses en establecimientos o centros de trabajo de temporada ¹²⁰. Aunque este tipo de cláusulas no sean ilegales pues la jurisprudencia entiende que en una transacción de estas características no se da una renuncia de derechos por parte del trabajador, las mismas suponen una desnaturalización del contrato eventual, que termina así por tener asignado como objeto por la norma convencional la realización de labores de carácter permanente aunque intermitentes, pese a que los criterios de distinción entre dicho contrato y el de trabajos fijos discontinuos, basados en la previsibilidad o no del trabajo de duración limitada a realizar, son aplicables desde el primer momento de la contratación del trabajador, sin que éste tenga por tanto que esperar a volver a ser contratado en sucesivas ocasiones ¹²¹. Por ello, hay que entender que ostentan la condición de fijos discontinuos aquellos trabajadores que, no reuniendo las condiciones establecidas en tales cláusulas convencionales, acrediten los requisitos establecidos en la ley, tal y como acertadamente subraya el art. 22 del CC Huesca.

Por último, y en línea con la autorización conferida a los convenios colectivos de ámbito sectorial en el art. 15.8 del ET, el art. 11 CC Alicante establece que cuando las necesidades de la actividad del sector así lo requieran, tales como períodos de baja o media actividad productiva o concentración de trabajo en fines de semana, puentes y vísperas de fiestas, los contratos suscritos bajo la modalidad de fijo discontinuo podrán realizar la jornada a tiempo parcial en los términos previstos en el art. 12.1 del ET, tanto por horas al día como por días a la semana o al mes ¹²². El art. 24 CC Catalunya también admite

¹¹⁸ Art. 15 CC Almería.

¹¹⁹ Art. 22 CC Huesca.

¹²⁰ Art. 39 CC Cádiz. Similar fórmula aplica el art. 11 CC Alicante.

¹²¹ Sanguinetti Raymond, W. (2004): «Entre la liberalización y el control...», cit., págs. 206-207.

¹²² Cfr. art. 9 CC Illes Balears y art. 10 CC Avila.

que puedan concertarse contratos de trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial, pero en este caso prohíbe taxativamente la realización de horas complementarias.

b) Algunos convenios colectivos reconocen a los trabajadores fijos discontinuos un derecho preferente para ser llamados o permanecer en el puesto de trabajo antes de acudir a la contratación de trabajadores con contrato de duración determinada¹²³ o de trabajadores eventuales¹²⁴.

c) Los convenios colectivos suelen determinar el orden y la forma del llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos. Aunque el llamamiento conforme al criterio de la mayor antigüedad haya dejado de estar en la ley, los convenios colectivos sectoriales de hostelería siguen utilizándolo como criterio principal y casi exclusivo¹²⁵, matizándose en alguna ocasión que en caso de empate se estará al criterio de la mayor edad¹²⁶. Tan sólo en el art. 30 CC Navarra se establece que el llamamiento tendrá lugar por el orden y la forma que se pacte entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, a falta de acuerdo, por orden de antigüedad en cada especialidad, categoría, grupo profesional o departamento. Por lo demás, suele ser habitual matizar que el llamamiento se realizará según exijan las necesidades y el volumen de actividad del centro de trabajo¹²⁷. Por el contrario, el art. 15 CC Almería dispone que los trabajadores fijos discontinuos deberán ser convocados a partir del 1 de mayo y antes del 1 de junio de cada año. Por lo demás, se suele prescribir que el llamamiento se haga por escrito, de forma que quede constancia fehaciente de que el trabajador ha sido notificado¹²⁸, con un preaviso de 20 días¹²⁹, 15 días¹³⁰, una semana¹³¹, 7 días¹³², 7 días naturales cuando se trate

¹²³ Art. 7 CC Murcia y art. 39 CC Cádiz.

¹²⁴ Art. 45 CC Málaga, art. 22 CC Sevilla y art. 11 CC Alicante.

¹²⁵ Art. 9 CC Asturias, art. 8 CC Cantabria, art. 23 CC Catalunya, art. 7 CC Murcia, art. 15 CC Almería, art. 39 CC Cádiz, art. 9 CC Granada, art. 22 CC Huesca, art. 13 CC Zaragoza, art. 26 CC Huelva, art. 45 CC Málaga, art. 22 CC Sevilla, art. 14 CC Toledo y art. 11 CC Alicante.

¹²⁶ Art. 7 CC Murcia.

¹²⁷ Art. 9 CC Asturias, art. 22 CC Huesca, art. 13 CC Zaragoza, art. 45 CC Málaga, art. 40 CC Segovia, art. 14 CC Toledo y art. 11 CC Alicante.

¹²⁸ Art. 9 CC Asturias, art. 39 CC Cádiz, art. 22 CC Huesca, art. 13 CC Zaragoza, art. 26 CC Huelva, art. 45 CC Málaga y art. 11 CC Alicante.

¹²⁹ Art. 9 CC Granada.

¹³⁰ Art. 23 CC Catalunya y art. 22 CC Huesca.

¹³¹ Art. 9 CC Asturias y art. 40 CC Segovia.

¹³² Art. 13 CC Zaragoza.

de prestar servicios con una duración superior a un mes, y dos días naturales cuando se trate de ocupaciones inferiores a dicho plazo¹³³, ó 48 horas¹³⁴. A fin de facilitar a la empresa el cumplimiento de esta obligación, en algún caso se impone al trabajador el deber de notificar cualquier cambio de domicilio que se produzca respecto del que conoce la empresa, siendo a él imputable la imposibilidad de efectuar el llamamiento por domicilio desconocido¹³⁵.

El trabajador llamado deberá dar respuesta en el plazo máximo de diez días naturales¹³⁶, siete¹³⁷ o tres días¹³⁸ desde el acuse de recibo y el incumplimiento de tal formalidad implicará la renuncia al puesto de trabajo¹³⁹. El art. 22 CC Huesca precisa, sin embargo, que se considerarán independientes los contratos suscritos para prestar servicios de temporada de verano e invierno por un mismo trabajador, de tal suerte que la falta de incorporación a uno de ellos no implicará la pérdida de derechos respecto del otro, y el art. 9 CC Granada que el llamamiento fuera de temporada será de asistencia voluntaria para el trabajador, de suerte que, de no incorporarse a la empresa, no perderá la condición de fijo discontinuo, ni su antigüedad. Por su parte, el art. 22 CC Catalunya prescribe que si el trabajador fijo discontinuo es llamado para períodos de actividad inferiores a 15 días, los gastos de desplazamiento serán a cuenta de la empresa.

d) La negociación colectiva también ha atendido al establecimiento de un tiempo de garantía mínimo de ocupación anual para los trabajadores contratados como fijos discontinuos. En tal sentido el art. 11 CC Alicante dispone que aquellos trabajadores que durante tres años consecutivos hayan prestado servicios con contrato fijo discontinuo por un tiempo igual o superior a 183 días al año, a partir del cuarto la empresa adquirirá el compromiso de llamamiento anual de al menos cinco meses al año¹⁴⁰. En el art. 9 CC Illes Balears se establece una garantía más amplia al disponer que los trabajadores que alcancen tres períodos anuales consecutivos prestando servicios a la misma empresa por tiempo igual o superior a seis meses al año, con la condición contractual de fijo discontinuo, tendrán una garantía de ocupación de seis meses al año. Por su parte, el art. 10.3 CC Madrid

¹³³ Art. 11 CC Alicante.

¹³⁴ Art. 45 CC Málaga.

¹³⁵ Art. 45 CC Málaga.

¹³⁶ Art. 23 CC Catalunya.

¹³⁷ Art. 22 CC Huesca.

¹³⁸ Art. 9 CC Granada.

¹³⁹ Art. 23 CC Catalunya.

¹⁴⁰ Cfr. art. 8 CC Hotel Tierra Mar.

—Hospedaje— establece que cualquier trabajador contratado bajo la modalidad contractual de fijo discontinuo durante tres períodos anuales consecutivos en la misma empresa, por tiempo igual o superior a seis meses, a la entrada en vigor del presente convenio, tendrá una garantía de ocupación anual equivalente a la media de los últimos años y nunca superior a los diez meses. A partir de la publicación del presente convenio, la garantía de ocupación consolidada durante tres años consecutivos en la misma empresa, nunca podrá superar los nueve meses de duración. Se establece una garantía mínima de ocupación de seis meses, salvo cuando las características de los trabajos efectuados, o por la temporada en que éstos se desarrollen, sea inferior a la garantía establecida.

e) A los trabajadores fijos discontinuos se les reconoce en algunos convenios colectivos una preferencia para adquirir la condición de fijos a tiempo completo¹⁴¹ o para cubrir los puestos que queden vacantes en la empresa respecto de las personas que no hayan trabajado en la misma¹⁴². Esta preferencia se regula como un auténtico derecho que da lugar a una novación contractual transitoria o definitiva en el art. 9 CC Illes Balears. A tales efectos, se dispone que las empresas con centros de trabajo de actividad no permanente que pretendan establecerse con carácter de actividad permanente o continuada a lo largo de todo el año, podrán novar o convertir transitoriamente la condición de sus trabajadores fijos discontinuos a fijos ordinarios durante un período máximo de cuatro años, pasando al quinto año, y de continuar la actividad permanente o continuada, a consolidar la condición contractual de fijo ordinario.

VI. EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Pese a las numerosas llamadas legales a la autonomía colectiva en orden a la regulación de esta modalidad contractual, son pocos los convenios colectivos que en el sector de hostelería se refieran a la misma. Además, algunos de ellos siguen operando con reglas ya derogadas, como las referencias a fracciones o porcentajes de jornada para definir el trabajo a tiempo parcial o a la garantía de un mínimo de horas de jornada semanal o mensual¹⁴³.

¹⁴¹ Art. 9 CC Asturias, art. 11 CC Alicante y art. 51 CC Ceuta.

¹⁴² Art. 10 CC Madrid —Hospedaje— y art. 17 CC León.

¹⁴³ Cfr. art. 9 CC Asturias, art. 24 CC Teruel y art. 13 CC Zaragoza.

Por todos, Estévez González, C. (2004): «Modalidades de contratos: trabajo a tiempo parcial», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, Valencia, págs. 173-174.

La mayoría de los pronunciamientos convencionales giran en torno a los siguientes aspectos:

a) En algunas ocasiones se especifica que los contratos a tiempo parcial deberán reflejar las horas de trabajo efectivo, su distribución en jornada y días de prestación de servicios¹⁴⁴ o la jornada de trabajo a realizar diaria, semanal, mensual y anualmente¹⁴⁵. Otras veces tan sólo se precisa que la distribución de la jornada y el horario de trabajo, en caso de no aparecer en el contrato de trabajo, deberán ser proporcionados por escrito al trabajador¹⁴⁶.

b) En algunos convenios colectivos se establece que los contratos a tiempo parcial deberán realizarse por un mínimo de cuatro horas diarias, con excepción de los contratos de duración inferior a quince días, los contratos de la categoría de repartidor en las empresas que realicen reparto a domicilio y las empresas cuya única actividad sea la comida rápida¹⁴⁷, o se prohíbe partir la jornada diaria si no supera las cuatro horas diarias¹⁴⁸ o la media jornada¹⁴⁹, salvo que existan causas que justifiquen la jornada partida, entendiéndose que éstas se dan, en todo caso, cuando tal jornada sea una opción del trabajador afectado, cuando las necesidades del puesto de trabajo exijan la prestación de servicios a distintas horas o cuando concurren razones técnicas, organizativas o productivas que justifiquen el horario¹⁵⁰.

c) Algunos convenios colectivos elevan el porcentaje de horas complementarias, fijado legalmente como máximo relativo, ampliándolo hasta el 30¹⁵¹ ó 50%¹⁵² de las horas ordinarias contratadas e, incluso, hasta el máximo legal absoluto del 60%¹⁵³. Respecto de la distribución de las horas complementarias, no se dice nada. Como excepción, en algún caso la norma convencional exige que dichas horas «se realicen como continuación de la jornada diaria inicialmente pactada»¹⁵⁴.

d) En algunas ocasiones, se reconoce para los casos de aumento de plantilla o de vacantes la preferencia de los trabajadores a tiempo

¹⁴⁴ Art. 30 CC Navarra.

¹⁴⁵ Art. 9 CC Granada.

¹⁴⁶ Art. 24 CC Teruel.

¹⁴⁷ Art. 39 CC Cádiz.

¹⁴⁸ Art. 10 CC Madrid —Hospedaje—, art. 39 CC Cádiz y art. 46 CC Málaga.

¹⁴⁹ Art. 29 CC Lugo.

¹⁵⁰ Art. 29 CC Lugo.

¹⁵¹ Art. 10 CC Madrid —Hospedaje—.

¹⁵² Art. 24 CC Catalunya.

¹⁵³ Art. 19 CC Jaén y art. 5 CC Valencia.

¹⁵⁴ Art. 24 CC Catalunya.

parcial sobre las contrataciones a tiempo completo¹⁵⁵, o, incluso, se determinan reglas específicas al respecto, estableciendo un criterio de prelación de los trabajadores con contrato convertido a tiempo parcial por razones familiares o formativas, trabajadores con contrato a tiempo parcial desde el inicio de su relación (incluidos los fijos discontinuos) y trabajadores con contrato convertido a tiempo parcial sin concurrencia de razones familiares o formativas y disponiendo que en el supuesto de que exista más de un trabajador en las mismas circunstancias, accederá a la vacante aquel que cuente con más antigüedad bajo la modalidad de a tiempo parcial¹⁵⁶. Por último, y con carácter excepcional, se establecen garantías formales para reforzar los derechos del trabajador a tiempo parcial, así como los efectos del pacto novatorio. A este respecto, se dispone que las empresas comunicarán al trabajador contratado a tiempo parcial la nueva jornada y el horario que resultaría de ejercer su derecho preferente a la ampliación de la jornada, debiendo el trabajador dar respuesta a la empresa sobre si ejerce o no su derecho preferente, en el plazo de 48 horas desde la comunicación de la empresa, y que, en estos casos, la empresa no tendrá que reconocer, con relación a la jornada ampliada y, por tanto, abonar, la antigüedad que el trabajador tuviese reconocida por el resto de la jornada¹⁵⁷.

VII. LOS CONTRATOS FORMATIVOS

El Capítulo IV del III ALEH regula determinados aspectos del régimen jurídico aplicable a los contratos formativos, a saber: los puestos que se pueden cubrir mediante estas modalidades contractuales, la duración de los contratos formativos, el período de prueba, y el régimen aplicable a la formación teórica en el contrato para la formación. Tales materias, como subraya el art. 10.1 del III ALEH, «no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores, quedando reservadas al ámbito estatal sectorial, salvo acuerdo expreso en contrario». Sin embargo, lo cierto es que son pocos los convenios colectivos del sector que se remiten al Capítulo IV del III ALEH¹⁵⁸ o reproducen su contenido¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Art. 9 CC Asturias, art. 10 CC Madrid —Hospedaje— y art. 29 CC Lugo.

¹⁵⁶ Art. 10 CC Madrid —Hospedaje—.

¹⁵⁷ Art. 29 CC Lugo.

¹⁵⁸ Art. 8 CC Illes Balears, art. 26 CC Jaén, art. 12 CC Alicante, y art. 17 CC A Coruña. El art. 38 CC Álava se remite al Capítulo IV del III ALEH, pero limita la duración máxima de estas modalidades contractuales a un año.

¹⁵⁹ Art. 8 CC Extremadura y art. 16 CC Cáceres.

1. El contrato para la formación

En cuanto a los contratos para la formación, la negociación colectiva sectorial de hostelería incide fundamentalmente en las siguientes materias: el número máximo de contratos para la formación a realizar en función del tamaño de la empresa, los puestos de trabajo objeto del contrato para la formación, la duración del contrato para la formación, la formación teórica y su régimen de impartición, retribución, y compromisos de conversión de los contratos formativos en otros indefinidos.

El régimen jurídico convencional sobre estas cuestiones viene a ser el siguiente:

a) Por lo que se refiere al número máximo de contratos para la formación a realizar por las empresas en función del tamaño de sus plantillas, los convenios colectivos sectoriales se limitan a remitirse a la escala contenida en el art. 7.2 del RD 488/1998, de 27 de marzo¹⁶⁰ o a reproducirla¹⁶¹. El art. 13 CCH Tenerife fija su propia escala para determinar el número máximo de trabajadores en formación a contratar por las empresas en relación con el volumen de sus plantillas que favorece a las empresas de 40 a 50 trabajadores y perjudica a las de más de 251 trabajadores, y el art. 28 CC Lugo hace lo mismo, pero en perjuicio de las empresas de pequeñas dimensiones. Por su parte, el art. 11 del CC Madrid —Restauración— establece que la suma total de contratos en prácticas y de aprendizaje no podrá superar al 12% de la plantilla, salvo en aquellas empresas que ocupen más de 100 trabajadores, en las que el porcentaje aplicable a la fracción que exceda de 100 será el 6%. Pero se añade que las empresas de menos de 20 trabajadores podrán tener hasta dos contratados bajo cualquiera de estas modalidades contractuales.

b) Los convenios colectivos sectoriales de hostelería suelen determinar los puestos de trabajo objeto de este contrato, utilizando a

¹⁶⁰ Cfr. art. 9 CC Asturias, art. 25 CC Teruel y art. 7 CC Albacete.

¹⁶¹ Cfr. art. 7 CC Madrid —Hospedaje—. El art. 10 CC Córdoba la transcribe parcialmente, esto es, hasta el tramo correspondiente a las empresas con 51 trabajadores en adelante, y los arts. 32 CC León y 16 CC Toledo hasta el tramo correspondiente a las empresas con 100 trabajadores en adelante. El art. 16 CC Toledo establece, además, que la escala «no será de aplicación a los contratos para la formación formalizados en el marco de los programas de escuelas taller y casas de oficio, programas de garantía social organizados por las Administraciones educativas, así como a las contrataciones realizadas por las empresas que dispongan de escuelas de aprendizaje».

tal fin diferentes fórmulas¹⁶². En algunos casos emplean la técnica de la cláusula general, prescribiendo que los contratos para la formación se limitarán a los oficios o puestos de trabajo «cualificados»¹⁶³ o encomendando a la comisión paritaria del convenio el establecimiento de los oficios, puestos de trabajo o categorías que puedan cubrirse a través del contrato para la formación¹⁶⁴. En otras ocasiones excluyen este contrato para las categorías de «limpiadora, fregadora, botones y camareras de pisos»¹⁶⁵ y de «marmitones, mozo de lavandería y limpieza, fregadores y limpiadoras»¹⁶⁶. La mayoría de convenios colectivos, sin embargo, optan por la enumeración en positivo de los oficios que pueden cubrir los trabajadores en formación, mencionado expresamente los puestos de administrativo u oficial administrativo, camarero, cocinero, repostero, recepcionista, conserje, oficios de mantenimiento y servicios, comercial, auxiliar de mantenimiento, técnico de catering, camarero de pisos, bodeguero o encargado de economato y bodega¹⁶⁷. Más precisa es la enumeración que se contiene en los arts. 13 CC Tenerife y 10 CC Córdoba que sólo permiten utilizar este contrato para desempeñar las categorías comprendidas en los grupos profesionales II/III y IV, respectivamente, de cada una de las áreas funcionales recogidas en el ALEH. En esta línea, el art. 29.a) del III ALEH señala que podrá celebrarse esta modalidad contractual para el desempeño de las funciones y tareas propias de las categorías profesionales siguientes: Recepcionista, Conserje, Administrativo/a, Relaciones públicas, Comercial, Cocinero/a, Repostero/a, Camarero/a, Barman/Barwoman, Sumiller/a, Camarero/a de pisos, Especialista de mantenimiento, Técnico y Especialista de Servicio, salvo que su desempeño requiera uno de los títulos habilitantes del contrato en prácticas, en cuyo caso deberá realizarse la contratación formativa al amparo de esta modalidad. Además, el CCH de Córdoba, a fin de evitar la utilización fraudulenta de esta modalidad contractual, prohíbe que el contratado para la formación pueda «atender en solitario un puesto de trabajo» (art. 10).

c) Los convenios colectivos sectoriales reproducen los límites legales establecidos en el art. 11.2.c) del ET, estableciendo de ordinario, una duración mínima de seis meses y máxima de dos

¹⁶² Rivero Lamas, J. y otros (1999): *La negociación colectiva...*, cit., págs. 61 y ss.

¹⁶³ Art. 21 CC Catalunya.

¹⁶⁴ Art. 39 CC Cádiz.

¹⁶⁵ Art. 30 CC Navarra.

¹⁶⁶ Art. 26 CC Sevilla.

¹⁶⁷ Cfr. art. 7 CC Madrid —Hospedaje—, art. 9 CC Madrid —Restauración—, art. 39 CC Málaga, art. 22 CC Huesca, art. 16 CC Zaragoza y art. 16 CC Toledo.

años ¹⁶⁸, salvo cuando se trata de trabajadores con discapacidad ¹⁶⁹. Algunas normas convencionales, sin embargo, agotando las posibilidades abiertas por la norma legal permiten que los contratos para la formación alcancen hasta los tres años de vigencia ¹⁷⁰, excepto para la categoría profesional de camarera de pisos y departamentos de lencería y limpieza, en cuyo supuesto la duración máxima se fija en un año ¹⁷¹, o hasta dos años, pudiéndose efectuar una ampliación hasta los tres años, para lo cual deberá necesariamente estipularse la última prórroga de un año de duración ¹⁷². Excepcionalmente, el art. 38 CC Álava establece que «la duración máxima de esta modalidad contractual, será de 1 año». Por lo demás, en el supuesto de ser concertado por su duración mínima, se suele admitir que pueda ser objeto, de una o más prórrogas, de tres ¹⁷³ o seis meses ¹⁷⁴, hasta alcanzar el período máximo. Una excepción anómala la constituye el art. 39 CC Cádiz, que en contra de la previsión legal del art. 11.2.d) del ET, establece que «los trabajadores que hubieran estado vinculados a la empresa por un contrato de formación que no hubiere agotado el plazo máximo de dos años, podrán ser contratados nuevamente por la empresa con un contrato de formación por el tiempo que éste reste hasta los dos años».

De acuerdo con los apartados b), c) y d) del art. 29 del III ALEH:

— La duración máxima de estos contratos es la siguiente:

<i>Área funcional</i>	<i>Duración máxima</i>
Primera	18 meses
Segunda	24 meses
Tercera	18 meses

¹⁶⁸ Art. 21 CC Catalunya, art. 9 CC Asturias, art. 9 CC Madrid —Restauración—, art. 30 CC Navarra, art. 39 CC Cádiz, art. 9 CC Granada, art. 25 CC Teruel, art. 12 CC Tenerife, art. 8 CC Ciudad Real, art. 17 CC Salamanca, art. 39 CC Segovia, art. 7 CC Albacete y art. 5 CC Valencia. El art. 32 CC León establece diferentes plazos de duración máxima en función del área funcional y categoría profesional del contratado para la formación.

¹⁶⁹ Art. 10 CC Córdoba.

¹⁷⁰ Art. 7 CC Madrid —Hospedaje—, art. 39 CC Málaga, art. 32 CC Gipuzkoa, art. 16 CC Toledo, y art. 30 CC Ourense.

¹⁷¹ Art. 29 CC Valladolid.

¹⁷² Art. 22 CC Huesca.

¹⁷³ Art. 5 CC Valencia.

¹⁷⁴ Art. 9 CC Asturias.

Cuarta	12 meses
Quinta	18 meses
Sexta	18 meses

— Si el contrato para la formación se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima establecida en este Acuerdo, las partes podrán acordar hasta dos prórrogas, sin que la duración total del contrato pueda exceder de los referidos períodos máximos señalados en el apartado anterior. La duración mínima del contrato no será inferior a seis meses.

— No regirá el plazo máximo establecido en el apartado anterior cuando el contrato se concierte con una persona minusválida, en cuyo caso dicha duración máxima podrá ser de hasta tres años, teniendo en cuenta el tipo o grado de minusvalía y las características del proceso formativo a realizar. En estos supuestos, se podrán concertar hasta tres prórrogas del contrato, sin que la duración total del contrato pueda exceder de tres años de duración.

d) Un aspecto escasamente abordado por la negociación colectiva del sector de hostelería es el relativo a la formación teórica y su régimen de impartición. Los convenios colectivos se limitan a establecer que el tiempo de formación teórica no puede ser inferior en ningún caso al 15% de la jornada prevista en el convenio colectivo ¹⁷⁵. Excepcionalmente, el art. 7 CC Hospedaje de Madrid lo eleva al 25% de la jornada convencional. Por el contrario, los arts. 10 CC Córdoba y 9 CC Granada disponen que un máximo del 15% de la jornada laboral se dedicará a la formación teórica. En cuanto a la distribución en régimen de alternancia o simultaneidad de los tiempos de trabajo y formación, los convenios colectivos guardan silencio o se remiten a la autonomía individual ¹⁷⁶. No obstante, existen normas convencionales que establecen reglas a este respecto, prescribiendo que la formación teórica podrá ser impartida de una sola vez o al inicio del contrato ¹⁷⁷, que deberá alternarse con el trabajo efectivo ¹⁷⁸, o que podrá concentrarse en períodos mínimos mensuales o máximos bimensuales ¹⁷⁹, o en períodos mínimos sema-

¹⁷⁵ Art. 9 CC Asturias, art. 21 CC Catalunya, art. 39 CC Cádiz, art. 39 CC Málaga, art. 12 CC Tenerife, art. 32 CC León, y art. 7 CC Albacete.

¹⁷⁶ Art. 21 CC Catalunya, art. 30 CC Navarra, y art. 39 CC Málaga.

¹⁷⁷ Art. 30 CC Ourense.

¹⁷⁸ Art. 32 CC Tenerife y art. 32 CC León.

¹⁷⁹ Art. 39 CC Málaga.

nales o máximos mensuales¹⁸⁰; o, en fin, que la jornada de trabajo será de 30 horas de trabajo efectivo semanales, repartidas en seis horas diarias, dedicándose las diez horas restantes a la formación¹⁸¹. En otros convenios colectivos se prescribe que la formación teórica del trabajador deberá realizarse preferentemente de forma presencial, admitiéndose la posibilidad de recurrir a la formación a distancia impartida por los centros legalmente habilitados al efecto¹⁸². En la misma línea, se establece que los centros donde se ofrecerá la formación teórica serán públicos o concertados, permitiéndose otra clase de enseñanza, previa consulta a la comisión paritaria¹⁸³, o que dicha actividad formativa podrá llevarse a cabo en aquellos centros que puedan constituirse conjuntamente por sindicatos y asociaciones empresariales, específicamente para los trabajadores con contratos para la formación¹⁸⁴. Algunos convenios colectivos, en desarrollo de la habilitación conferida por el art. 8.3 del RD 488/1998, de 27 de marzo, elevan de tres a cuatro el número máximo de trabajadores en formación por tutor, obligando al empresario a dar cuenta de la designación de los tutores a la representación legal de los trabajadores¹⁸⁵. En esta misma línea de reforzar el papel tutelar del desarrollo del proceso formativo por parte de la representación legal de los trabajadores, se dispone que el plan de formación deberá ser visado por dicha representación¹⁸⁶ o que el empresario, a solicitud de los representantes de los trabajadores, deberá informarles del contenido del trabajo efectivo proporcionado y de la formación profesional impartida, pormenorizando ambos aspectos¹⁸⁷. Por último, y por lo que se refiere a los efectos del incumplimiento empresarial de sus obligaciones formativas, podemos encontrar las siguientes previsiones: de no cumplirse las exigencias convencionales (presencial y distribución), se entenderá, salvo prueba en contrario, que no ha existido formación¹⁸⁸; las empresas que incumplan su obligación, en relación con la formación teórica, están obligadas a abonar al trabajador, en concepto de indemnización, una cantidad igual a la diferencia que exista entre el salario percibido por el trabajador en virtud de la formación teórica pactada en el contrato, y el que le correspondiese,

¹⁸⁰ Art. 10 CC Córdoba.

¹⁸¹ Art. 7 CC Madrid —Hospedaje— y art. 9 CC Madrid —Restauración—.

¹⁸² Art. 9 CC Asturias.

¹⁸³ Art. 39 CC Málaga y art. 10 CC Córdoba.

¹⁸⁴ Art. 39 CC Málaga.

¹⁸⁵ Art. 10 CC Córdoba y art. 39 CC Málaga.

¹⁸⁶ Art. 5 CC Valencia.

¹⁸⁷ Art. 30 CC Navarra.

¹⁸⁸ Art. 7 CC Madrid —Hospedaje— y art. 9 CC Madrid —Restauración—.

teniendo en cuenta que la formación supone, como mínimo, un 15% del tiempo trabajado¹⁸⁹; o cuando la empresa incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica, el contrato para la formación se presumirá celebrado en fraude de ley, por lo que, automáticamente, se reconvertirá en contrato indefinido¹⁹⁰.

De conformidad con los apartados e), f) y g) del art. 29 del III ALEH, el régimen aplicable a la formación teórica es el siguiente:

— La formación teórica del trabajador será de carácter profesional y se realizará preferentemente de forma presencial. La formación teórica podrá impartirse a distancia, cuando en la localidad donde radique el centro de trabajo no existan centros de formación adecuados y acreditados por la Administración Pública competente, en los mismos no se imparta la formación correspondiente al objeto de contrato, o no se impartan en horario compatible con la jornada de trabajo. Junto a la copia básica del contrato para la formación se comunicará a la representación legal de los trabajadores en la empresa, los datos relativos a la formación y al centro de enseñanza que la imparta. Será de aplicación lo establecido legalmente cuando se trate de trabajadores o trabajadoras que no hubieren finalizado el ciclo educativo obligatorio o de un trabajador o trabajadora con discapacidad psíquica.

— El tiempo dedicado a formación teórica será el establecido legalmente y su distribución se fijará en el correspondiente contrato, en régimen de alternancia o concentrándolo en uno o varios períodos del contrato, incluso en el período final del mismo.

— A la terminación del contrato para la formación, la empresa deberá entregar al trabajador o trabajadora un certificado en el que conste la duración de la formación teórica y el nivel de formación práctica adquirido. Para ello deberá mantener una adecuada coordinación con los centros que imparten la formación teórica.

e) La mayoría de los convenios colectivos regulan expresamente las retribuciones de los trabajadores en formación, utilizando métodos distintos. No obstante, salvo excepciones, los mismos establecen retribuciones diferentes en función de la edad de los trabajadores, distinguiendo entre menores y mayores de 18 años, y en mayor medida, en función del tiempo que los trabajadores llevan en formación.

¹⁸⁹ Art. 39 CC Cádiz.

¹⁹⁰ Art. 7 CC Albacete.

Los sistemas empleados por la negociación colectiva, básicamente, son los siguientes:

1º) Un primer grupo de convenios colectivos toma como parámetro de referencia el SMI ¹⁹¹ en proporción al tiempo de trabajo efectivo ¹⁹², el 100% del SMI, el 100% del SMI incrementado con los pluses establecidos en el convenio ¹⁹³, o el SMI más un incremento del 20 y 35% durante el primer y segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, abonándose el salario en proporción al tiempo efectivamente trabajado ¹⁹⁴.

2º) Un segundo grupo de convenios colectivos establece retribuciones específicas para los contratos de formación diferentes en función del tiempo de vigencia agotado por el contrato, superiores en todos los casos al 85% del SMI vigente, que constituye el mínimo legal [art. 11.2.h) ET] ¹⁹⁵.

3º) Un tercer grupo de convenios fija para los trabajadores en formación unas remuneraciones iguales al 85% del salario establecido para la categoría de trabajadores mayores de 18 años ¹⁹⁶.

4º) Un cuarto grupo de convenios establece las retribuciones según la edad y/o la vigencia del contrato de trabajo y el grupo, categoría o puesto de trabajo desempeñado por el trabajador en formación. Así, por ejemplo, se prevé un salario para los trabajadores menores de 18 años igual al 85% del salario mínimo profesional y otro para los trabajadores mayores de esta edad igual al 85% del salario correspondiente al puesto de trabajo desempeñado ¹⁹⁷; una retribución igual al 70, 80 y 90% del salario de convenio para los contratos a tiempo completo según la categoría profesional para la que se le forma, durante el primer, segundo y tercer año respectivamente de la vigencia del contrato, siendo prorrateable en los casos en que la jornada no sea completa ¹⁹⁸; una retribución igual al 85% y 95% del salario garantizado para su categoría, durante el primer y

¹⁹¹ Art. 16 CC Zaragoza.

¹⁹² Art. 39 CC Segovia y art. 28 CC Lugo.

¹⁹³ Art. 17 CC Salamanca.

¹⁹⁴ Art. 21 CC Catalunya

¹⁹⁵ Las retribuciones de los trabajadores contratados en formación, en proporción al tiempo de trabajo efectivo realizado, serán las siguientes durante el año 2005 (art. 25 CC Teruel): Primer año de contrato 518,26 € mensuales. Segundo año de contrato 607,26 € mensuales.

¹⁹⁶ Art. 9 CC Granada.

¹⁹⁷ Art. 39 CC Málaga.

¹⁹⁸ Art. 22 CC Huesca.

segundo año respectivamente de la vigencia del contrato ¹⁹⁹; o una retribución para los trabajadores mayores de 18 años igual al 80 y 90% del salario del grupo cuarto, durante el primer y segundo año respectivamente de la vigencia del contrato ²⁰⁰.

5º) Un quinto grupo de convenios establece las retribuciones según la edad del trabajador y/o la vigencia del contrato y el nivel retributivo. Así, por ejemplo, se fija una retribución igual al 70, 80 y 90% del salario correspondiente al nivel salarial V, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, durante el primer, segundo y tercer año respectivamente de la vigencia del contrato ²⁰¹; una retribución igual al 90 y 100% del salario del nivel VI, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, durante el primer y segundo año respectivamente de la vigencia del contrato ²⁰²; una retribución para los trabajadores menores de 18 años igual al salario correspondiente al nivel VI y otro para los trabajadores mayores de esta edad igual al salario correspondiente al nivel V, siempre en proporción al tiempo efectivamente trabajado ²⁰³; o una retribución del 70, 80 y 100% durante el primer, segundo y tercer año, respectivamente, del salario base fijado para el nivel VI, a excepción de los trabajadores menores de 18 años a los que se les aplica el salario fijado para el nivel VII y de las camareras de pisos y departamentos de lencería y limpieza a las que se asigna el 80% del salario base fijado para el nivel VI ²⁰⁴.

6º) Finalmente, algunos convenios establecen que durante toda la duración del contrato el trabajador tendrá derecho a un porcentaje (por ejemplo, el 85%) del salario fijado para el puesto de trabajo objeto de contratación ²⁰⁵.

f) La negociación colectiva de hostelería suele hacer poco uso de la habilitación que le confiere el art. 11.3 del ET en orden al establecimiento de compromisos de conversión de los contratos formativos en indefinidos. No obstante, hay que reseñar algunas previsiones convencionales sobre este particular. Algunos convenios colectivos se limitan a establecer una preferencia a favor de los trabajadores en formación para ocupar las vacantes que puedan producirse en la empresa ²⁰⁶. Otros disponen que, una vez llegada la finalización del contrato, empre-

¹⁹⁹ Art. 12 CC Tenerife.

²⁰⁰ Art. 32 CC León.

²⁰¹ Art. 32 CC Gipuzkoa.

²⁰² Art. 7 CC Albacete.

²⁰³ Art. 5 CC Valencia.

²⁰⁴ Art. 29 CC Valladolid.

²⁰⁵ Art. 17 CC A Coruña.

²⁰⁶ Art. 26 CC Jaén y art. 39 CC Málaga.

sa y trabajador formalizarán contrato por tiempo indefinido, salvo renuncia voluntaria por escrito, de ambas partes a la continuación de la relación laboral²⁰⁷. Por su parte, el art. 29.i) del III ALEH, al objeto de favorecer la vinculación con carácter estable en la empresa de los trabajadores con contratos para la formación, establece que «por cada contrato para la formación que se convierta en contrato indefinido o de los sujetos al régimen jurídico previsto en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, el número máximo de trabajadores para la formación por centro de trabajo previsto en el artículo 7.2 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, se incrementará en el año siguiente con otro contrato para la formación». Más incisivos a este respecto son el art. 12 CC Toledo que prescribe que cuando las empresas opten por acogerse a la duración máxima convencional para los contratos para la formación, vendrán obligados a su término a transformar o, en su caso, suscribir con los trabajadores un contrato indefinido; el art. 7 del CC de Hospedaje de Madrid, que dispone que cuando la duración del contrato exceda de dos años, el contrato se considerará por tiempo indefinido, sin perjuicio de que el trabajador continúe su período de formación hasta los tres años, manteniendo hasta esa fecha la categoría de aprendiz; o el art. 9 CC Granada que establece que al finalizar el contrato formativo, pasarán a ocupar la plaza inmediatamente superior de la categoría para la que se realizó dicho contrato y, de no existir vacantes, pasará a cobrar el salario correspondiente a la misma, y en ningún caso suspenderá la vinculación con la empresa computándose los años de aprendizaje y formativos para la antigüedad.

g) Por último, aunque la extinción por llegada del término no da derecho a indemnización legal, algunas normas convenidas prevén una indemnización de 8²⁰⁸, 10²⁰⁹ ó 12 días de salario por año de servicio²¹⁰, para los trabajadores en formación que no se incorporen como hijos de plantilla a la empresa.

2. El contrato de trabajo en prácticas

Los convenios colectivos del sector de hostelería apenas regulan el contrato de trabajo en prácticas, limitándose a reproducir el régi-

²⁰⁷ Art. 22 CC Huesca.

²⁰⁸ Art. 5 CC Valencia.

²⁰⁹ Art. 12 CC Alicante.

²¹⁰ Art. 30 CC Navarra.

men legal o a introducir escasas innovaciones respecto de la duración del contrato o de las retribuciones, lo que revela la poca utilización de esta modalidad contractual en este sector de actividad²¹¹.

El régimen jurídico convencional de este contrato es el siguiente:

a) Los arts. 8 CC Madrid —Hospedaje— y 10 CC Madrid —Restauración— establecen que «dada la especialidad de las funciones desempeñadas por el personal de hostelería, sólo se consideran títulos para realizar contratos en prácticas los emitidos por las universidades, por las escuelas de turismo y por las de hostelería legalmente reconocidas, así como los de formación profesional y todas las titulaciones académicas que guarden relación con el sector».

b) A pesar de la habilitación conferida a los convenios colectivos sectoriales estatales o, en su defecto, de ámbito inferior para que determinen «los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato» [art. 11.1.a) ET], las referencias convencionales a esta cuestión son escasísimas. En alguna ocasión se prescribe que estos contratos no se pueden utilizar en los niveles V y VI²¹² o se encomienda a la comisión paritaria del convenio la determinación de «los puestos de trabajo, grupos o categorías profesionales que puedan ser cubiertos con esta modalidad contractual»²¹³.

Excepcionalmente, el art. 28.a) del III ALEH previene que pueden ser objeto del presente contrato las contrataciones realizadas para ocupar puestos correspondientes a las categorías profesionales incluidas en los grupos profesionales siguientes²¹⁴:

<i>Área funcional</i>	<i>Grupos profesionales</i>
Primera	1 y 2
Segunda	5 y 6
Tercera	9 y 10
Cuarta	13 y 14
Quinta	16, 17 y 18
Sexta	20, 21 y 22

²¹¹ Rivero Iamas, J. y otros (1999): *La negociación colectiva...*, cit., pág. 66.

²¹² Art. 8 CC Albacete.

²¹³ Art. 40 CC Málaga

²¹⁴ Asimismo podrán ser objeto de este contrato los puestos de trabajo de Dirección o Gerencia que no desempeñen funciones por las que les corresponda alguna de las categorías profesionales recogidas en el artículo 16 del presente Acuerdo [art. 28.b) III ALEH].

c) En relación con la duración del contrato de trabajo en prácticas, la regla general es que se reproduzcan los límites mínimo y máximo legales²¹⁵. Algún convenio, sin embargo, aumenta la duración mínima a un año²¹⁶, reduce la máxima a un año²¹⁷ o la aumenta ilegalmente a tres años, con la previsión de que cuando el contrato se concierte por un tiempo inferior al máximo establecido podrá acordarse una o más prórrogas, por períodos no inferiores a seis meses, hasta un total de treinta meses y que llegado este término, se podrá concertar una última prórroga de seis meses de duración, a cuya conclusión la empresa vendrá obligada a transformar o, en su caso, a suscribir con el trabajador un contrato indefinido²¹⁸. Por lo demás, se admiten una o más prórrogas por períodos no inferiores a tres²¹⁹ o seis meses²²⁰, o una sola prórroga hasta el límite máximo señalado²²¹.

d) En cuanto a las retribuciones, algunos convenios colectivos se remiten a lo dispuesto en el art. 11.1.e) del ET²²² o reproducen los mínimos legales, esto es, el 60 y el 75% del salario fijado en convenio colectivo para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo, durante el primero y el segundo año de vigencia del contrato²²³. No obstante, la opción preferente de la negociación colectiva es incrementar los porcentajes mínimos al 70 y 80%²²⁴, al 70, 80 y 90%²²⁵, al 75 y 90%²²⁶, al 80 y 90%²²⁷, al 90 y 95%²²⁸, al 90 y 100%²²⁹, o al 85% durante toda la vigencia del contrato de trabajo en prácticas²³⁰. En alguna ocasión se establece que la retribución de los contratados en prácticas no podrá ser inferior a las retribuciones establecidas en el convenio colectivo para

²¹⁵ Art. 28.d) III ALEH, art. 9 CC Asturias, art. 8 CC Madrid —Hospedaje—, art. 10 CC Madrid —Restauración—, art. 39 CC Cádiz, art. 9 CC Granada, art. 25 CC Teruel, art. 12 CC Tenerife, art. 32 CC León, y art. 5 CC Valencia.

²¹⁶ Art. 8 CC Albacete.

²¹⁷ Art. 38 CC Álava.

²¹⁸ Arts. 12 y 15 CC Toledo.

²¹⁹ Art. 5 CC Valencia.

²²⁰ Art. 28.d) III ALEH y art. 9 CC Asturias.

²²¹ Art. 12 CC Tenerife y art. 8 CC Albacete.

²²² Art. 8 del CC Madrid —Hospedaje— y art. 10 CC Madrid —Restauración—.

²²³ Art. 9 CC Granada y art. 16 CC Zaragoza.

²²⁴ Art. 39 CC Cádiz, art. 32 CC Gipuzkoa y art. 8 CC Albacete.

²²⁵ Art. 30 CC Navarra.

²²⁶ Art. 12 CC Alicante.

²²⁷ Art. 22 CC Huesca.

²²⁸ Art. 25 CC Teruel y art. 12 CC Tenerife.

²²⁹ Art. 9 CC Asturias.

las categorías que desarrollen tareas iguales a las designadas en dichos contratos en prácticas, en proporción a la jornada de trabajo fijada en el contrato²³¹. Tampoco faltan regímenes singulares como el establecido por el art. 38 CC Álava que dispone que durante el año de vigencia del contrato en prácticas se percibirá el 100% de la retribución del nivel IV de las tablas salariales, o por el art. 15 CC Toledo que prevé un salario base igual al 90, 95 y 100% del salario base de un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo, durante el primer, segundo y tercer año respectivamente de la vigencia del contrato, y unos complementos salariales específicos para esta modalidad contractual (complemento personal de antigüedad, plus de finalización de servicios, plus de transporte y pagas extraordinarias).

e) Algunos convenios colectivos establecen que el período de prácticas desarrollado se considerará entre los méritos que la empresa ponderará en los procesos de cobertura de vacantes y en la contratación, en su caso, mediante la conversión de los contratos en prácticas en contratos indefinidos²³²; que el trabajador en prácticas tendrá preferencia para ocupar las vacantes que puedan producirse en la categoría objeto de la práctica, si a juicio de la empresa reúne las condiciones adecuadas²³³; que una vez finalizado el contrato, empresa y trabajador formalizarán contrato por tiempo indefinido salvo renuncia voluntaria por escrito de ambas partes²³⁴; o que, si el contrato de trabajo en prácticas agota los tres años de vigencia, la empresa vendrá obligada a transformar o, en su caso, a suscribir con el trabajador un contrato por tiempo indefinido²³⁵. Otros convenios colectivos, por el contrario, prevén a favor de los trabajadores en prácticas que no pasen a ser fijos de plantilla una indemnización de 8²³⁶ ó 12 días de salario por año de servicio²³⁷.

f) Por último, algunas normas convenidas establecen garantías adicionales, como la prohibición de hacer prácticas en el sector si no es según esta modalidad contractual²³⁸, o la previsión de que las vacaciones, permisos, libranzas semanales y cualquier mejora o ven-

²³⁰ Art. 40 CC Málaga.

²³¹ Art. 32 CC León.

²³² Art. 28.g) III ALEH.

²³³ Art. 9 CC Asturias.

²³⁴ Art. 22 CC Huesca.

²³⁵ Arts. 12 y 15 CC Toledo.

²³⁶ Art. 5 CC Valencia.

²³⁷ Art. 30 CC Navarra.

²³⁸ Art. 8 CC Madrid —Hospedaje— y art. 10 CC Madrid —Restauración—.

taja que disfruten los trabajadores fijos de la empresa, se aplicarán a los trabajadores en prácticas²³⁹.

VIII. CONCLUSIONES

Las cláusulas relativas a la contratación laboral siguen mereciendo una atención considerable en las negociaciones colectivas de hostelería. Los convenios colectivos del sector, siguiendo las indicaciones de los sucesivos ANC, asumen las competencias que la legislación laboral traslada a la autonomía colectiva en materia de contratación. Sin embargo, las especificaciones de la negociación colectiva para implementar la regulación estatal de los diferentes contratos temporales y modalidades contractuales son muy desiguales.

En este sentido, cabe destacar las siguientes consideraciones:

1.- El principal punto de atención de los convenios colectivos que se ocupan del contrato para obra o servicio determinados es el relativo a la concreción del supuesto de hecho legal para que exista una justificación causal para recurrir a este contrato temporal.

2.- En relación con los contratos eventuales por circunstancias de la producción, la negociación colectiva sectorial repara, principalmente, en la determinación de la duración de este tipo de contratos. De hecho, ya no quedan convenios sectoriales, tanto de ámbito autonómico como provincial, que, incluyendo cláusulas en materia de contratación temporal, no se ocupen de esta cuestión. Lo normal es que se haga uso de la potestad que les brinda la ley para dilatar la duración de los parámetros temporales del contrato eventual. En cambio, los convenios colectivos no suelen determinar las actividades en las que caben los contratos eventuales. En lo que afecta, al establecimiento de porcentajes de trabajadores eventuales respecto del volumen total de la plantilla, los convenios colectivos sectoriales que incluyen este tipo de cláusulas establecen una regulación flexible, situando el tope de la eventualidad entre un 20% y un 30%.

3.- El contrato de interinidad no es objeto de una regulación particularizada en los convenios colectivos del sector de hostelería, limitándose éstos en la mayoría de las ocasiones a reiterar la regulación legal con escasas adiciones.

²³⁹ Art. 32 CC León.

4.- En desarrollo de las remisiones o invitaciones a la autonomía colectiva incorporadas por el legislador, son cada vez más numerosos los convenios colectivos del sector de hostelería que incluyen dentro de su articulado cláusulas encaminadas a restringir el recurso a los contratos temporales disponiendo indemnizaciones por finalización de los contratos de duración determinada superiores a la legal o cláusulas limitativas del encadenamiento contractual, si bien estas últimas son escasas y, además, generalmente circunscritas a los contratos eventuales. También se detectan medidas relacionadas con la previsión de porcentajes máximos de trabajadores temporales, si bien, por lo general, son relativamente bajos. Algunos convenios colectivos, en fin, intentan vincular la promoción de la estabilidad en el empleo con medidas concretas, como, por ejemplo, la transformación de los contratos de duración determinada en contratos para el fomento de la contratación indefinida, acogiéndose a los incentivos establecidos en los diferentes programas de fomento del empleo, aunque no necesariamente dotadas de vinculatoriedad directa. Por ello, teniendo en cuenta que, según, los datos de precariedad en el sector de hostelería, el porcentaje de trabajadores temporales es muy alto, es evidente que los agentes sociales deberían hacer esfuerzos por reducirlo.

5.- En relación con los contratos de trabajo fijo discontinuo, la negociación colectiva por lo general centra su atención en la determinación del número de temporadas y llamamientos a partir de los cuales el trabajador eventual se convierte en fijo discontinuo. La regulación convencional en muchos casos supone la desnaturalización del contrato eventual, que termina por tener asignado como objeto por la norma convencional la realización de labores de carácter permanente aunque intermitentes. La autonomía colectiva también atiende de forma paulatina al establecimiento de un tiempo de garantía mínimo de ocupación anual para los trabajadores contratados como fijos discontinuos.

6.- Pese a las numerosas llamadas legales a la autonomía colectiva en orden a la regulación del contrato a tiempo parcial, son pocos los convenios colectivos que en el sector de hostelería se refieran al mismo.

7.- Respecto de los contratos formativos, lo más llamativo es el escaso interés mostrado por la negociación colectiva del sector de hostelería en la formación de los trabajadores contratados para la formación y en su régimen de impartición, lo que contrasta con el interés del legislador y de los agentes sociales en la cumbre por el fomento de los contratos formativos como vía de inserción laboral y de cualificación de los jóvenes.

CAPÍTULO IV. LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y LA MOVILIDAD FUNCIONAL

Margarita Tarabini-Castellani aznar

Sumario: I. Introducción. II. La clasificación profesional. 1. El III ALEH. 2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales. 2. 1. Los incumplimientos. 2. 2. Las particularidades. 2. 3. La clasificación a efectos económicos. 3. Los convenios colectivos empresariales. III. La movilidad funcional. 1. El III ALEH. 2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales. 3. Los convenios colectivos empresariales. IV. Los ascensos. 1. El III ALEH. 2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales. 3. Los convenios colectivos empresariales. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la clasificación profesional, la movilidad funcional y el sistema de ascensos en el sector de la Hostelería exige partir de la normativa estatutaria para conocer cuál es el terreno que la ley deja a la negociación colectiva en estas materias. Igualmente merece conocerse las previsiones del AINC 2007, a pesar de que se negociara con posterioridad al III ALEH. El art. 22. 1 del ET señala muy claramente, respecto del sistema de clasificación profesional, que éste se establecerá en la negociación colectiva por medio de grupos o categorías profesionales. En cuanto a la movilidad funcional, regulada en el art. 39 del ET, nada impide que aquella concrete ese “tiempo imprescindible” durante el cual el trabajador puede estar movilizado fuera de su grupo profesional. Pero además, en su párrafo 4 puede encontrarse una remisión expresa a la misma cuando contempla su competencia para determinar los períodos de movilidad funcional ascendente tras los cuales el trabajador puede reclamar la cobertura de la vacante, con independencia de lo que establece en este punto la ley. Por último, el art. 24 del ET advierte de que los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que establezca el convenio.

Aparte de lo anterior, la clasificación profesional¹ constituye una de las materias cuya regulación ex art. 84. 3 del ET queda reservada al ámbito estatal, de suerte que si se regula en un convenio de dicho ámbito, los de ámbito inferior que se suscriban con posterioridad al mismo estarán obligados a respetarlo. La movilidad funcional y los ascensos no están, en cambio, sometidos a esta reserva, lo que supone que, aunque el convenio estatal contenga previsiones al respecto, los convenios autonómicos o provinciales posteriores que cumplan con las exigencias del art. 84. 2 del ET podrán regularlos de distinta forma. Con los convenios empresariales regirá la regla de la prohibición de concurrencia del art. 84. 1 ET, por lo que todo dependerá de cuál haya sido primero en el tiempo y de las normas que en el convenio marco se dispongan sobre la concurrencia.

En cuanto a las recomendaciones del AINC 2007, en su Capítulo V, punto 3, relativo a flexibilidad y seguridad se propone potenciar un empleo más productivo, a través, entre otras, de la cualificación de los trabajadores y del impulso de mecanismos de flexibilidad

¹ Como se ha señalado en el Capítulo I, el art. 84.3 del ET hace referencia a los grupos profesionales y no a la clasificación profesional. No obstante, considero que ambos términos son equivalentes. Véase, López Terrada, (2000: 226 y ss.)

interna de la empresa. A tal fin los convenios colectivos pueden tratar un conjunto de aspectos que avanzan en dicha dirección, como son, por una parte, la clasificación profesional y las estructuras profesionales basadas en grupos y, cuando proceda dentro de éstos, en áreas funcionales, estableciendo los procedimientos adecuados de adaptación entre los sistemas tradicionales y los nuevos. En esta línea, considera que, sin perjuicio de la autonomía de las partes para determinar la estructura que mejor se adecue en cada ámbito, pueden servir como referentes orientadores a la hora de fijar la clasificación profesional los niveles de cualificación en que se articula el Sistema Nacional de Cualificaciones ², los del Marco Europeo de Cualificaciones ³ o los grupos que fijaba el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos ⁴. Por otra parte, la movilidad funcional es también vista por el AINC como instrumento de adaptación interna, vinculada a la clasificación profesional y los procesos formativos correspondientes.

El análisis de estas materias en el sector de la Hostelería pasa por estudiarlas en los tres niveles de negociación, el estatal, el autonómico o provincial, y el empresarial.

II. LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

1. El III ALEH

Los arts. 11 y ss. del III ALEH son los encargados de determinar el sistema de clasificación profesional; sistema que completa el instituido por el ALEH que sustituyó al establecido en la extinta Ordenanza y que pretende, según el primero de los preceptos, lograr una más razonable acomodación de la organización del trabajo a los cambios económicos, tecnológicos, productivos y organizativos sin merma alguna de la dignidad, oportunidad de promoción y justa retribución de los trabajadores.

De los arts. 11 y fundamentalmente 14 del III ALEH se observa que la opción del convenio es clasificar a los trabajadores según categorías comprendidas en grupos que, a su vez, están incluidos en diversas áreas funcionales. El III ALEH parte así de un triple criterio

² Anexo II del RD 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones (BOE núm 223, de 17 de septiembre de 2003).

³ COM (2006) 497 final.

⁴ Art. 9 del citado Acuerdo, publicado por Resolución de 13 de mayo de 1997 (BOE núm. 137, de 9 de junio de 1997).

clasificadorio cuya originalidad reside en la previsión de áreas funcionales que se configura, sin embargo, de forma inversa a la recomendación del AINC 2007. Éste apuesta por potenciar un empleo más productivo a través, entre otras, de la clasificación profesional y la estructura profesional basada en grupos y, cuando proceda, dentro de éstos, en áreas funcionales. Pero en el III ALEH los grupos profesionales se encuentran dentro de las áreas funcionales, con las consecuencias que veremos.

Las áreas funcionales están determinadas por el conjunto de actividades con una base profesional homogénea o que corresponden a una función homogénea de la organización del trabajo —art. 15 III ALEH—. En concreto, los trabajadores del sector deben estar encuadrados en alguna de las siguientes áreas funcionales a las que corresponden las siguientes actividades, aunque las definiciones de las mismas se consideran por el citado precepto como meramente enunciativas:

— Área primera: Recepción-Conserjería, Relaciones Públicas, Administración y Gestión. Sus actividades serán: servicios de venta de alojamiento y derivados, atención, animación, acceso-salida y tránsito de clientes, facturación y caja, telecomunicaciones, administración y gestión en general.

— Área segunda: Cocina y Economato. Sus actividades consisten en servicios de preparación y elaboración de alimentos para consumo, adquisición, almacenamiento, conservación-administración de víveres y mercancías, limpieza y conservación de útiles, maquinarias y zonas de trabajo.

— Área tercera: Restaurante, Sala, Bar y similares y cuyas actividades son las de servicios de atención al cliente para el consumo de comida y bebida, almacenamiento y administración de equipamiento y mercancías, preparación de servicios y zonas de trabajo.

— Área cuarta: Pisos y Limpieza, cuyos trabajadores están encargados de los servicios generales de conservación y limpieza, atención al cliente en el uso de servicios, preparación de zonas de trabajo, servicios de lavandería, lencería, conservación de mobiliario y decoración.

— Área quinta: Mantenimiento y Servicios Auxiliares y que se dirigirá a la conservación y mantenimiento de maquinaria e instalaciones, trabajos complementarios de la actividad principal, reparaciones de útiles y elementos de trabajo y conservación de zonas e inmuebles.

— Área Sexta: Servicios Complementarios que comprende los de ocio, deporte, animación, esparcimiento y relax, así como los termales, belleza, salud y similares, prestados directamente por las empresas de hostelería con carácter complementario a la actividad principal hostelera.

Dentro de cada área funcional se estructuran los veintitrés grupos profesionales. Cuatro en cinco de las seis áreas funcionales y tres en el área cuarta. El art. 17 del III ALEH señala que los grupos profesionales están determinados por aquellas categorías que presentan una base profesional homogénea dentro de la organización del trabajo, es decir, pertenecen a la misma área funcional y, al tiempo, concurren sobre las mismas idénticos factores de encuadramiento profesional, definidos en el art. 13 del III ALEH, de los que luego se tratará.

Las categorías, por su parte, se determinan en el art. 16 del III ALEH a cuyo tenor éstas se establecen en orden jerárquico en el oficio o profesión, siendo el nivel retributivo que a cada una le corresponde el determinado o que se determine en los convenios colectivos. Las funciones de cada una de las categorías previstas, que superan la cincuentena, se especifican en un interminable art. 18 del III ALEH.

La asignación del grupo y de la categoría profesional depende de la ponderación de una serie de elementos contemplados en el art. 13 del III ALEH y que son:

- La autonomía, entendida como la mayor o menor dependencia jerárquica en el desempeño de las funciones ejecutadas.
- La formación, considerada como los conocimientos básicos necesarios para poder cumplir la prestación laboral pactada, la formación continua recibida, la experiencia obtenida y la dificultad en la adquisición del completo bagaje formativo.
- La iniciativa, referida al mayor o menor seguimiento o sujeción a directrices, pautas o normas en la ejecución de las funciones.
- El mando, configurado como la facultad de supervisión y ordenación de tareas, así como la capacidad de interpelación de las funciones ejecutadas por el grupo de trabajadores sobre el que se ejerce mando y el número de integrantes del mismo.
- La responsabilidad, apreciada en términos de la mayor o menor autonomía en la ejecución de las funciones, el nivel de influencia sobre los resultados y la relevancia de la gestión sobre los recursos humanos, técnicos y productivos.

• Y, la complejidad, entendida como la suma de los factores anteriores que inciden sobre las funciones desarrolladas o puesto de trabajo desempeñado.

Con todo ello, la estructura profesional queda como sigue:

1. Grupos profesionales del área funcional primera. Recepción-Conserjería, Relaciones Públicas, Administración y Gestión:

1. 1. Grupo profesional 1: Jefe/a de Recepción, 2º Jefe/a de Recepción, Jefe/a Comercial, Jefe/a de Administración y Primer Conserje.

1. 2. Grupo profesional 2: Recepcionista, Conserje, Administrativo, Relaciones Públicas, Comercial y Técnico/a de Prevención de Riesgos Laborales.

1. 3. Grupo profesional 3: Ayudante de Recepción y/o Conserjería, Telefonista y Ayudante Administrativo.

1. 4. Grupo profesional 4: Auxiliar de Recepción y Conserjería.

2. Grupos profesionales del área funcional segunda. Cocina y Economato:

2. 1. Grupo profesional 5: Jefe/a de cocina, Segundo Jefe/a de Cocina y Jefe/a de Catering.

2. 2. Grupo profesional 6: Jefe/a de Partida, Cocinero/a, Repostero/a y Encargado/a de Economato.

2. 3. Grupo profesional 7: Ayudante de Cocina y Ayudante de Economato.

2. 4. Grupo profesional 8: Auxiliar de Cocina.

3. Grupos Profesionales del área funcional tercera. Restaurante, Sala, Bar y Similares; Pista para Catering:

3. 1. Grupo profesional 9: Jefe/a de Restaurante o Sala, Segundo Jefe/a de Restaurante o Sala, Jefe/a de Operaciones de Catering y Gerente de centro.

3. 2. Grupo profesional 10: Jefe/a de Sector, Camarero/a, Barman, Sumiller, Jefe/a de Sala de Catering, Supervisor/a de Catering, Supervisor/a de Colectividades y Supervisor/a de restauración moderna.

3. 3. Grupo profesional 11: Ayudante de Camarero/a, Preparador/a Montador/a de Catering, Conductor/a de Equipo de Catering,

Ayudante de Equipo de Catering y Preparador/a de restauración moderna.

3. 4. Grupo profesional 12: Monitor/a o Cuidador/a de colectividades, Auxiliar de Colectividades, Auxiliar de Preparador/Montador de Catering y Auxiliar de restauración moderna.

4. Grupos Profesionales del área funcional cuarta. Pisos y Limpieza:

4. 1. Grupo profesional 13: Encargado/a General y Encargado/a de Sección.

4. 2. Grupo profesional 14: Camarero/a de Pisos.

4. 3. Grupo profesional 15: Auxiliar de Pisos y Limpieza.

5. Grupos profesionales del área funcional quinta. Servicios de Mantenimiento y Servicios Auxiliares:

5. 1. Grupo profesional 16: Jefe/a de Servicios de Catering.

5. 2. Grupo profesional 17: Encargado/a de Mantenimiento y Servicios Auxiliares, Encargado/a de Mantenimiento y Servicios Técnicos de Catering, de flota o de Instalaciones y Edificios, y Encargado/a de Sección.

5. 3. Grupo profesional 18: Especialista de Mantenimiento y Servicios Auxiliares, Especialista de Mantenimiento y Servicios Técnicos de Catering (de flota o de Instalaciones y Edificios).

5. 4. Grupo profesional 19: Auxiliar de Mantenimiento y Servicios auxiliares.

6. Grupos profesionales del área funcional sexta. Servicios Complementarios:

6. 1. Grupo Profesional 20: Responsable de servicio

6. 2. Grupo Profesional 21: Técnico de Servicio (fisioterapeuta, dietista y otros/as titulados/as en ciencias de la salud)

6. 3. Grupo profesional 22: Especialista de Servicio (socorrista o especialista de primeros auxilios, animador/a turístico o de tiempo libre, monitor/a deportivo/a, pinchadiscos — discjockey —, masajista, quiromasajista, esteticista, especialista termal o de balneario, hidroterapéutica y especialista de atención al cliente)

6. 4. Grupo Profesional 23: Auxiliar de servicio (auxiliar de atención al cliente y auxiliar de piscina o balneario)

Puede observarse que cada grupo, con independencia del área funcional a la que esté adscrito, tiene en común con los demás del mismo nivel alguno de los factores de encuadramiento señalados. Así, los grupos 1, 5, 9, 13, 16 y 20 se identifican con factores como el mando y la responsabilidad, con actividades de organización, dirección, coordinación, control, seguimiento de los distintos recursos personales y materiales y actividades objeto del correspondiente departamento, cocina, restaurante, bar cafetería, catering, etc. Los grupos 2, 6, 14, 17 y 21 se corresponden con tareas que exigen una base profesional amplia y sólida. Los Grupos 3, 7, 15, 18 y 22, por su parte, aglutinan las que demandan una menor cualificación o que requiriéndola el trabajador sólo colabora en determinadas tareas calificadas bajo la dirección de otros profesionales o realiza de forma autónoma algún tipo de prestación básica. Por último, los grupos 4, 8, 19 y 23 reúnen las categorías que no exigen cualificación y desarrollan tareas auxiliares o sencillas, de preparación, vigilancia y control o limpieza ⁵.

Esta configuración se aleja de la orientación del AINC 2007 que aconseja, sin perjuicio de la autonomía de las partes para determinar la estructura que mejor se adecue en cada ámbito, tomar como referente los niveles de cualificación en que se articula el Sistema Nacional de Cualificaciones, los del Marco Europeo de cualificaciones o los grupos que fijaba el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos. Dichos niveles de cualificación son cinco en el primero y ocho en los dos últimos y el III ALEH ha preferido diseñar una estructura de hasta veintitrés grupos situados en diversas áreas funcionales con claros elementos de rigidez, como se verá.

En cuanto a la vinculación de este sistema a los diversos convenios de ámbito inferior, el III ALEH contiene una serie de matizaciones. Así, respecto la generalidad de los convenios, por una parte, el art. 12 del III ALEH indica que el anexo I del convenio incorpora el cuadro de correspondencias entre las anteriores categorías profesionales de la Ordenanza y los actuales grupos profesionales, a pesar de la larga vigencia del sistema clasificatorio, por cuanto supuso una notable modificación del existente hasta entonces, a lo que ha de añadirse la última modificación en esta materia. En el citado anexo se advierte del alcance exclusivamente funcional de las correspondencias establecidas y de que atañe

⁵ En este sentido, Rivero Lamas y otros respecto del ALEH en que los grupos profesionales entro de cada área funcional estaban numerados del 1 al 5 o a 4 según los casos y sólo había 19 (1999: 83).

a los convenios colectivos de ámbito inferior afectados por el III ALEH la reconducción de las antiguas categorías a las denominaciones de éste, cuya finalidad es homogeneizar las que emplean las tablas salariales de los diferentes convenios colectivos. Esta adaptación habrá de hacerse valiéndose de los arts. 18 y 13 del III ALEH que establecen respectivamente, como se señaló, las tareas de cada categoría y los elementos a valorar para clasificar a los trabajadores en una u otra categoría y grupo. De esta forma, el III ALEH está en línea con el AINC 2007 cuando indica que han de establecerse procedimientos adecuados de adaptación entre los sistemas tradicionales y los nuevos. Por otra parte, tanto el art. 16 del III ALEH como el anexo I señalan que la negociación colectiva de ámbito inferior podrá establecer cuantos niveles retributivos estime oportunos, de acuerdo con la estructura profesional y valoración de las distintas tareas.

Respecto de los convenios empresariales, el art. 14 del III ALEH aclara que los grupos y las categorías profesionales del III ALEH son meramente enunciativos sin que las empresas vengan obligadas a establecer en su estructura organizativa todas y cada una de ellas. El silencio respecto de las áreas funcionales podría indicar que las mismas sí que tendrán que mantenerse por ser actividades que, en principio, desarrollan todas las empresas del sector. Parece, sin embargo, que dependiendo del tipo de empresa no todas son imprescindibles, como, por ejemplo, las áreas segunda (cocina y economato) y tercera (restaurante, sala, bar y similares) para los Hoteles y sobre todo la recién creada área sexta, de servicios complementarios; luego habrá que entender que tampoco deben mantenerse todas ellas. A favor de esta interpretación juega un argumento más: si se permite que las empresas no mantengan todos los grupos ni todas las categorías podría darse el caso de áreas funcionales desprovistas de personal, situación bastante absurda.

2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales

Como se ha advertido en el capítulo relativo a la estructura del sector, aunque la mayoría de los convenios autonómicos y provinciales respetan el diseño estatal, también los hay que incumplen y otros que presentan ciertas particularidades. Además habrá de tratarse de la «disfuncionalidad» que supone la clasificación a efectos económicos contemplada en algunos convenios.

2.1. Los incumplimientos

Los incumplimientos proceden de los convenios de Catalunya, Almería, Gipuzkoa, Huesca, Melilla, Palencia, Soria y Zamora. La eventual ilegalidad de éstos dependerá en todo caso del momento temporal en que se hayan firmado, puesto que si se hubiera hecho con anterioridad al III ALEH no se podría incurrir en ilegalidad alguna. No se cumpliría el presupuesto del art. 84. 2 del ET: la posterioridad en el tiempo del convenio de ámbito inferior.

Los CC Catalunya y CC Gipuzkoa optan por una división del personal en cinco grupos profesionales, coincidentes, a grandes rasgos, con las cinco primeras áreas funcionales del III ALEH y dentro de los cuales se establecen distintas categorías. Así, en el art. 15 CC Catalunya no hay más que observar qué categorías se incluyen en cada grupo para cerciorarse de ello. Sin embargo, no aclara en disposición alguna las tareas que corresponden a cada una de ellas. El art. 6 CC Gipuzkoa es mucho más explícito ya que al número del grupo le sigue la especificación del personal que congrega. Así, el primero es el de recepción, conserjería y administración, que se encuentra dividido en cuatro subgrupos: recepción, conserjería, administración y comercial; el segundo, el de cocina; el tercero, el de comedor y barra; el cuarto, el de pisos y por último, el de mantenimiento, el quinto. Las funciones se concretan en el Anexo IX.

El CC Huesca, por su parte, invierte en su anexo I el orden de los elementos clasificatorios del III ALEH y así en primer término, se asigna a los trabajadores un grupo en función, parece, de factores como la formación, el mando, la autonomía, la responsabilidad, la iniciativa etc., dentro del cual las categorías se aúnan en torno a las diversas áreas funcionales. De este modo, por ejemplo, en el grupo 1 se encuentran las categorías de los cinco primeros grupos de cada una de las áreas funcionales del III ALEH. Pero no se regula nada más, ni siquiera las funciones que corresponden a cada categoría. Con las previsiones de estos tres convenios se persigue, sin duda, el dotar de una mayor flexibilidad a la clasificación profesional dado que las fronteras del grupo se agrandan y con ello las posibilidades de la movilidad funcional.

El CC Palencia, en su art. 11 contiene una disposición un tanto anacrónica, en la que aclara que no se recogen todas las categorías profesionales incluidas en la Ordenanza por no existir en la fecha actual en las empresas afectadas en Palencia y su provincia. A conti-

nuación señala que se ha realizado una reestructuración de las categorías profesionales existentes en el convenio y adopta un sistema de clasificación que aglutina elementos como los niveles retributivos, los grupos profesionales y los subsectores de actividad y que se aleja por completo de las disposiciones del III ALEH; a diferencia de los anteriores convenios señalados que, aunque con otro orden, manejan los conceptos clasificatorios de aquél.

Los CC Almería (art. 17 y anexo), CC Melilla (CA), CC Soria (anexo) y CC Zamora (art. 31) se inclinan por el sistema tradicional de clasificación. Se establecen diversos grupos que por orden numérico van desde el personal de mayor formación, mando y responsabilidad a la de menor y dentro de cada uno podrán encontrarse a grandes rasgos las categorías de las diversas actividades que el II ALEH calificaba de áreas funcionales, aunque no es tan detallada ni tan completa como la de éste. La diferencia entre estos convenios colectivos se encuentra en el número de grupos creados, seis en el CC Almería y el CC Melilla, con la particularidad en este último de que la definición de las funciones correspondientes a cada categoría se remite al ALEH. El CC Soria opta por siete, y once grupos son los que crea el CC Zamora. Este último lleva a confusión ya que su art 31, encargado de establecer esta clasificación, se encuentra en el capítulo dedicado a condiciones económicas, aunque expresamente señala *«a efectos del presente convenio se establecen las siguientes categorías profesionales clasificadas por grupos»*. La duda que suscita el precepto es que esta clasificación no sea más que a efectos retributivos pues, más adelante, las tablas salariales se estructuran en torno a los diversos grupos previstos en el art. 31. Si así fuera no podría hablarse de ilegalidad, por cuanto recuérdese que el art. 16 del III ALEH habilita a los convenios de ámbito inferior para establecer las condiciones económicas y los niveles salariales de cada categoría. Pero además, el art. 31 CC Zamora sigue remitiéndose en este punto a la Ordenanza, a la que considera como texto supletorio para interpretar conflictos o lagunas surgidas en relación con los grupos. Ahora bien, en virtud de la DT tercera del III ALEH, toda remisión a la Ordenanza ha de entenderse hecha al mismo, que entonces tendría la condición de supletorio en este punto, lo que sería algo parecido a la forma de proceder del CC Melilla.

2.2. Las particularidades

Las particularidades vienen de la mano de los CC Catalunya de nuevo, CC Alicante, CC Málaga CC Tenerife y CC Toledo. Los dos

últimos introducen nuevas categorías. Previsión que no vulnera el III ALEH porque, como se ha señalado en el capítulo I, el art. 84. 3 del ET no prohíbe negociar en el segundo nivel sobre las materias reservadas al estatal sino que prohíbe la concurrencia con él. En consecuencia, completarlo o atender a las particularidades del sector en una determinada Comunidad Autónoma sin contradecir al convenio marco estatal no es vulnerar el art. 84. 3 del ET y así es como ha de interpretarse las disposiciones sobre nuevas categorías.

Los tres primeros convenios prevén supuestos de polivalencia. El art. 15 CC Catalunya establece la polivalencia funcional entre las categorías de ayudante de camarero y ayudante de cocina, aunque para su aplicación en las empresas será necesario un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la misma. En el art. 16 CC Málaga se admite la citada polivalencia entre las categorías profesionales que pertenecen al mismo grupo profesional de cada una de las áreas funcionales del III ALEH. Por su parte, la DA quinta CC Alicante señala que los trabajadores que ostenten alguna de las categorías profesionales de los oficios que se corresponden con el de especialista de mantenimiento y servicios del grupo profesional 18, *«seguirán realizando prevalentemente sus funciones propias, sin perjuicio de que dentro del grupo profesional realicen las tareas propias elementales de cada uno de los puestos de trabajo del mismo»*. Se encomienda de este modo a los especialistas de mantenimiento la realización de las funciones del resto de categorías del grupo, si bien las elementales. A continuación se señala que *«asimismo el Jefe de Partida (repostero) del área funcional segunda seguirá realizando prevalentemente las funciones propias del denominado puesto de trabajo»*. Así como en el caso del especialista se aclara que realizará las funciones del resto de puestos del grupo, en caso del repostero sólo se habla de realización de sus funciones *«prevalentemente»*, aunque precedido del adverbio *«asimismo»*. Por tanto, parece que se pretende una polivalencia pero no se aclara con qué puestos de trabajo será polivalente. Habrá de entender, por el *«asimismo»*, que la polivalencia será entre las categorías del grupo, porque una cláusula convencional no puede buscar el aclarar lo que no tiene necesidad de aclaración: que las tareas correspondientes a una determinada categoría son las que han de realizarse.

2.3. La clasificación a efectos económicos

Antes de terminar, como última cuestión debe llamarse la atención sobre la tendencia de incluir en los convenios del segundo nivel

de negociación una clasificación profesional a efectos retributivos. Como se ha dicho anteriormente, el III ALEH determina que el nivel salarial y la retribución de las diferentes categorías correrán a cargo de los convenios de ámbito inferior, pero lo cierto es que la clasificación por niveles supone una interferencia notable en el sistema establecido en el III ALEH. Además, puede dificultar la movilidad funcional cuando la clasificación en un mismo grupo profesional presente niveles salariales diferentes, puesto que pueden emerger los conceptos de categoría superior e inferior en el ámbito salarial⁶. No en vano la simple referencia a la clasificación a efectos retributivos induce a confusión. Es lo que sucede con los convenios de Cádiz (anexo II), Córdoba (art. 24), Huelva (anexo II), Santa Cruz de Tenerife (art. 17), Sevilla (anexo I) y Zamora (art. 31). En el epígrafe III. 2 se observará la cantidad de convenios que establecen reglas concretas para la movilidad funcional en los que se atiende a los niveles de los trabajadores, no a su categoría. Si la problemática de la movilidad funcional tiene un gran componente económico, la clasificación por niveles arrastrará una de las facetas más relevantes de la clasificación profesional y en consecuencia, la comentada distorsión del sistema establecido en el III ALEH.

3. Los convenios colectivos empresariales

La clasificación profesional en el ámbito empresarial no presenta especialidades respecto del segundo nivel de negociación. El sistema clasificatorio fijado por el III ALEH es seguido por la mayoría de los convenios, que o no señala nada o se remite al convenio estatal vigente en cada momento, aunque hay un convenio, el CC Hotel Tierra Mar-Huelva (art. 23), que establece un cuadro de clasificación propio y en esa medida puede ser considerado ilegal. Todo dependerá del momento en que se firmó el convenio empresarial. También hay convenios, como el CC Marbella Club Hotel (art. 39) que incluye nuevas categorías y cuya aplicabilidad o legalidad no parece discutible en la medida que no puede considerársele concurrente con el III ALEH.

En cualquier caso, priman en este nivel negocial las disposiciones que establecen reordenaciones funcionales o polivalencias. Así, el art. 8 CC Hotel Avenida Palace-Barcelona, bajo el título «reordenación funcional», contempla la polivalencia de diversas categorías

⁶ Así lo han advertido, respecto del ALEH, Rivero Lamas y otros (1999: 89).

dentro de cada uno de los grupos profesionales que establece el CC Catalunya que, recuérdese, coincidían con las áreas funcionales del III ALEH. El mismo título tiene el art. 7 CC Hotel Ritz-Barcelona que remite a un anexo donde se detallan las funciones añadidas a determinadas categorías, con independencia de las que tengan asignadas conforme al ALEH. El CC Tourin europeo-Las Palmas señala en su art. 34 que el personal del nivel profesional V, sin perjuicio de la categoría que ostenten, realizarán las funciones de las categorías incluidas en este grupo de trabajadores no cualificados. Por su parte y finalmente, el art. 14 CC Hesperia Presidente-Barcelona se remite al III ALEH para esta cuestión cuando dicho Acuerdo no prevé nada al respecto.

III. LA MOVILIDAD FUNCIONAL

1. El III ALEH

Si el III ALEH se prodiga en la clasificación profesional, sucede totalmente lo contrario con la movilidad funcional, que se remite al ET. El art. 19 del III ALEH únicamente señala al respecto que el trabajador deberá cumplir las instrucciones del empresario o persona en quien éste delegue, en el ejercicio habitual de sus facultades organizativas y directivas, debiendo ejecutar los trabajos y tareas que se le encomienden, dentro del contenido general de la prestación laboral. A continuación determina que podrá llevarse a cabo una movilidad funcional en el seno de la empresa con el límite de lo dispuesto en los arts. 22 y 39 del ET. No parece que esta parca regulación permita considerar cumplida la recomendación del AINC 2007 sobre la utilización de la movilidad funcional como instrumento de adaptación interna vinculada a la clasificación profesional y los procesos formativos correspondientes.

La movilidad funcional plantea un doble problema en su relación con el diseño de la clasificación profesional efectuado por el III ALEH. Por una parte, el de si pueden asignarse a los trabajadores de un grupo en una determinada área funcional las tareas correspondientes a los trabajadores de un grupo en el mismo nivel pero de otra área funcional, considerándose que la movilidad en cuestión es dentro del grupo, por ejemplo, entre el Grupo 1 del área funcional primera y el Grupo 5 del área funcional segunda. Por otra, ¿puede hablarse de equivalencia entre las categorías de los grupos del mismo nivel pero de distinta área funcional? Pues bien, parece que las fronteras

del grupo vienen marcadas por el número del mismo, de suerte que la asignación de tareas de un trabajador del Grupo 1 del área funcional primera que correspondan al Grupo 5 del área funcional segunda es una movilidad fuera del grupo profesional. Así se deduce de la interpretación sistemática y literal de los apartados 1 y 4 del art. 14 del III ALEH: El primero de ellos señala, como se ha visto, que los trabajadores afectados por el III ALEH serán clasificados en un grupo profesional, se les asignará una determinada categoría y se les encuadrará en una determinada área funcional. Por tanto, la clasificación del trabajador se efectúa con estos tres elementos, o, dicho de otra forma, el encuadramiento profesional vendrá definido por la combinación de todos ellos. A continuación, el párrafo 4 aclara que *«a los efectos de la movilidad funcional, se entenderá que el grupo profesional del presente acuerdo cumple con las previsiones que los art. 22. 2 y concordantes del ET asignan al mismo»*. Lo que significa que el grupo profesional incluido en un área funcional es el que se acomoda a lo dispuesto en el art. 22. 2. del ET. Pero es que, además, la reciente reforma de esta materia incide en esta interpretación pues antes de ella, los grupos del mismo nivel dentro de cada área funcional tenían la misma numeración mientras que en la actualidad los grupos tienen una numeración correlativa, despejando cualquier duda al respecto. Puede observarse de este modo que la previsión convencional que opta por el sistema de áreas funcionales que se estructuran en grupos y no viceversa, como recomienda el AINC 2007, entorpece la movilidad funcional. En efecto, la inclusión de los trabajadores en los grupos del mismo nivel de las diferentes áreas funcionales se efectúa sobre la base de los mismos factores de encuadramiento. Sin embargo, la movilidad de un trabajador de, por seguir con el mismo ejemplo, el grupo 1 del área funcional primera al grupo 5 del área segunda será una movilidad fuera del grupo. En consecuencia, estará sujeta a los límites causales y temporales del art. 39 del ET. Si por el contrario, cada grupo incluyera las distintas áreas funcionales, el cambio de funciones de los trabajadores de un área a otra no abandonaría las fronteras del grupo y no quedaría sujeta a los citados límites.

Respecto de la equivalencia entre categorías, habida cuenta de la literalidad del art. 39 del ET, esta figura sólo tiene sentido a falta de grupos profesionales, por lo que no es posible establecer dicha equivalencia⁷.

⁷ En el mismo sentido respecto del ALEH, Rivero Lamas y otros (1999: 93).

2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales

Como ya se ha señalado, la regulación de la movilidad funcional queda a plena disposición de los convenios del segundo nivel. Tanto porque no es una de las materias del art. 84. 3 del ET como porque nada señala el III ALEH distinto a lo previsto en el ET. Por ello, son bastantes los que han aprovechado la oportunidad brindada por el art. 39 del ET para establecer distintas reglas. No obstante, también se encuentran disposiciones sin aportación alguna al respecto y que optan por una transcripción o remisión al citado precepto estatutario o al III ALEH⁸.

Algunos convenios contienen previsiones comunes para todo tipo de movilidad funcional, como la comunicación escrita a los trabajadores afectados⁹, o que la movilidad sólo pueda exigirse entre trabajos de similar o afín categoría¹⁰. Lo más habitual es, sin embargo, encontrar preceptos para la movilidad funcional ascendente y la descendente por separado. Es bastante común la fijación de un período máximo dentro del cual pueden asignarse funciones superiores a los trabajadores, concretando así el art. 39. 2 del ET que únicamente exige que sea por el tiempo imprescindible. Las disposiciones son variadísimas, hasta el punto de que sólo coinciden un par de convenios en cada opción. Así, el período máximo, que puede variar en función de los niveles salariales¹¹, puede ser de noventa días ininterrumpidos en un año o ciento ochenta en dos¹², dos meses consecutivos o tres meses alternos en un año¹³, tres meses consecutivos o seis alternos en un año¹⁴, tres meses consecutivos o nueve alternos en un año¹⁵, cuatro meses ininterrumpidos en un año¹⁶, cuatro meses consecutivos o seis alternos en ocho meses¹⁷, o en un año¹⁸, cuatro meses consecutivos en un año o seis a en alternos en dos¹⁹, seis meses en

⁸ Art. 28 CC Cáceres, art. 23 CC Gipuzkoa, art. 23 CC Huesca, art. 26 CC Navarra, art. 17 CC Zamora y art. 22 CC Zaragoza.

⁹ CC Badajoz (art. 10), CC Valencia (art. 8).

¹⁰ CC Sevilla (art. 32).

¹¹ Art. 11 CC Baleares, los cuatro niveles salariales inferiores.

¹² Art. 22 CC Córdoba y art. 12 CC Melilla.

¹³ Art. 11 CC Baleares.

¹⁴ Art. 37 CC Las Palmas.

¹⁵ Art. 14 CC León y art. 18 CC Santa Cruz de Tenerife.

¹⁶ Art. 11 CC Baleares y art. 8 CC Valencia.

¹⁷ Art. 16 CC Jaén.

¹⁸ Art. 24 CC Madrid-Hostería y art. 21 CC Madrid-Hospedaje.

¹⁹ Art. 18 CC Almería y art. 24 CC Málaga.

un año u ocho en dos ²⁰, o, en fin, cinco meses consecutivos o seis alternos en un año u ocho en dos años ²¹.

Las consecuencias que se asignan a la superación de estos períodos son también diversas. En algunos casos se contempla la consolidación o el respeto del salario de dicha categoría ²². La consolidación ha de entenderse como una mejora de lo dispuesto en el art. 39 del ET, que sólo garantiza una retribución conforme a las tareas realizadas durante el tiempo de movilidad funcional ascendente. Pero el respeto del salario de la categoría superior no añade nada a la previsión legal. En parecido sentido, hay disposiciones sectoriales que asignan a la superación del tiempo máximo las consecuencias del art. 39. 4 del ET ²³ o advierten, con idéntico significado, que el trabajador tendrá derecho al ascenso siempre que empresa y representantes de los trabajadores no pongan en marcha el sistema de ascensos ²⁴, o que la categoría superior le corresponda en función de dicho sistema ²⁵. En varios supuestos se hace referencia a la consolidación de la categoría ²⁶, aunque, en ocasiones, se condiciona a que el trabajador no haya sido reincorporado a su anterior puesto ²⁷ o a una previa reclamación ante la dirección de la empresa ²⁸. En algún caso se ha advertido que si las situación que hacía precisa la sustitución supera el plazo señalado, será obligatoria la contratación de un trabajador interino, salvo en determinadas categorías ²⁹. No pocos convenios informan de la inaplicación de la consolidación de la categoría a los casos en los que el cambio de funciones se deba a sustituciones por incapacidad temporal, permisos o excedencias con reserva de puesto ³⁰.

Es menor el número de convenios que fija límites temporales para la movilidad funcional descendente. Estos pueden ser de no más de diez días ³¹, doce consecutivos o veinte alternos ³², quin-

²⁰ Art. 16 CC Alicante.

²¹ Art. 11 CC Granada.

²² Art. 22 CC Córdoba, art. 14 CC León, art. 24 CC Málaga, art. 37 CC Las Palmas y art. 18 CC Santa Cruz de Tenerife.

²³ Art. 18 CC Almería, Art. 24 CC Madrid-Hostelería y art. 21 CC Madrid-Hospedaje.

²⁴ Art. 16 CC Jaén.

²⁵ Art. 8 CC Valencia.

²⁶ Art. 16 CC Alicante, junto a los citados seguidamente.

²⁷ Art. 12 CC Melilla.

²⁸ Art. 11 CC Baleares, art. 18 CC Almería y art. 11 CC Granada.

²⁹ Art. 37 CC Las Palmas.

³⁰ Art. 16 CC Alicante, art. 22 CC Córdoba, art. 24 CC Málaga y art. 37 CC Las Palmas.

³¹ Art. 15 CC León y art. 18 CC Santa Cruz de Tenerife.

³² Art. 25 CC Madrid-Hostelería y art. 21 CC Madrid-Hospedaje.

ce días³³, quince días consecutivos o treinta y cinco alternos en un año³⁴, treinta días en un año o sesenta alternos en dos³⁵, o cuatro meses³⁶. En algunos se establecen mayores condiciones como que será por orden jerárquico³⁷, que la orden no sea reiterativa³⁸ o, como sucedía en el caso de realización de funciones superiores, que se limite a las categorías como máximo de los dos niveles inferiores a la que tiene asignada el trabajador³⁹. Es en estas cuestiones donde se observa la comentada distorsión que supone para el sistema de clasificación el que la movilidad funcional se regule sobre la base de los niveles retributivos y no de las categorías y grupos, puesto que una de las facetas más importantes de la clasificación se desliga de ella. En cuanto a las consecuencias de la superación del plazo, parece que debería ser que el trabajador se reintegrara automáticamente a su anterior puesto, pero lo cierto es que sólo uno de los convenios lo contempla expresamente⁴⁰. Algún convenio obliga a la contratación de interinos en el caso de que la situación que ha dado lugar a la movilidad funcional se prolongase más allá de dicho plazo⁴¹.

Finalmente ha de destacarse, como elemento curioso, un grupo de convenios que tras remitirse en el precepto titulado «movilidad funcional» al III ALEH o al art. 39 del ET, en otro, generalmente titulado «trabajos de superior o inferior categoría», establecen reglas específicas en torno al período máximo de la movilidad o a la consolidación de la categoría en caso de realización de funciones superiores⁴².

Como puede verse tampoco en este nivel de negociación la movilidad funcional es utilizada como un elemento de adaptación interna en el sentido propugnado por el AINC 2007, sino que únicamente se establecen límites a su utilización y las consecuencias aplicables en caso de no respetarlos.

³³ Art.15 CC Ceuta.

³⁴ Art. 23 CC Córdoba.

³⁵ Art. 13 CC Melilla.

³⁶ Art. 18 CC Almería.

³⁷ Art. 23 CC Córdoba.

³⁸ Art. 18 CC Jaén.

³⁹ Art.15 CC Ceuta.

⁴⁰ Art. 13 CC Melilla.

⁴¹ Art. 37 CC Las Palmas.

⁴² Art. 16 CC Alicante, arts. 21, 22 y 23 CC Córdoba, arts. 11 y 12 CC Granada y arts. 15, 16 y 18 CC Jaén.

3. Los convenios colectivos empresariales

La regulación de la movilidad funcional en el ámbito empresarial se mueve en los mismos parámetros que el segundo nivel de negociación, como sucede con la clasificación profesional: o bien no se establece nada nuevo respecto del ET⁴³ o se fijan límites como que se procurará la rotación entre los trabajadores⁴⁴, o bien se especifica, y a veces también como algo distinto a la movilidad funcional, las consecuencias de la realización de trabajos de superior o inferior categoría o el plazo máximo de esta movilidad, por lo que es extensible a este ámbito, en lo que al seguimiento del AINC 2007 se refiere, lo dicho en los convenios del segundo nivel. El art. 17 del CC Hotel Tierra Mar-Huelva establece, en este sentido, un plazo máximo de tres meses para el supuesto de realización de funciones superiores, tras los cuales el trabajador consolida la categoría correspondiente a las funciones que viene realizando. En algunos casos es apreciable cierta articulación con los convenios provinciales. Así, los arts. 8 y 9 CC Hotel Chamartín-Madrid señalan para los supuestos de la movilidad funcional ascendente y descendente los mismos plazos que el CC Madrid-Hostelería, al que se remiten para determinar las consecuencias de la superación del mismo en el caso de realización de funciones superiores. Por su parte, el art. 34 CC Tourin europeo-Las Palmas contiene una cláusula un tanto enigmática por la que, aunque se remite al II ALEH, pues es anterior al III ALEH, en materia de clasificación, la movilidad funcional es libre «para y entre los grupos siguientes» y entre ellos enumera las diversas áreas funcionales. Como se sabe, no se trata de grupos sino de áreas funcionales en las que se encuentran tres o cuatro grupos, según los casos, por lo que la movilidad en su seno en ningún caso puede ser libre por cuanto puede superar las fronteras del grupo, lo que tiene unos límites ex Art. 39 del ET.

IV. LOS ASCENSOS

1. El III ALEH

Nada hay en el III ALEH relativo a los ascensos, por lo que esta materia queda virgen para la negociación colectiva de ámbito inferior. En cualquier caso ha de tenerse bien presente que, por mor

⁴³ Art. 6 CC Hotel Ad Hoc Parque-Valencia y art. 9 CC Hotel Princesa Sofía-Barcelona.

⁴⁴ Art. 7 CC Hotel Tryp Los Llanos-Albacete

del art. 84. 2 del ET, una regulación en aquél sobre esta cuestión no habría vinculado a los convenios sectoriales de ámbito inferior posteriores, aunque sí a los empresariales.

2. Los convenios colectivos autonómicos o provinciales

El tratamiento de los ascensos en el marco autonómico y provincial es muy variado. Aunque dicha variedad no siempre permite la creación de grupos homogéneos de regulaciones, pueden encontrarse diversos sistemas en los que se introducen los elementos necesarios para que la carrera profesional de los trabajadores no esté únicamente en manos del empleador sino en función de elementos objetivos. Desde aquellos en los que la regulación de los ascensos es tenue, incluso equivalente a una ausencia de la misma, pasando por las previsiones de ascensos automáticos y terminando por los que regulan detalladamente un sistema de promoción basado en pruebas objetivas. En todos ellos se aprecian dos denominadores comunes. Uno es la casi inevitable referencia a elementos valorativos que relajarían lo que parece una regla clara en determinados casos. Por ejemplo, no son pocas las cláusulas en las que tras contemplar ascensos automáticos se hace referencia a la necesidad de que el trabajador tenga la capacidad para el puesto, capacidad que en algunos convenios se advierte que también la valorarán los representantes de los trabajadores. El otro es el predominio del factor de la antigüedad para la promoción sobre elementos como la capacidad, formación o experiencia no necesariamente en la empresa.

Con todo ello, las previsiones encontradas pueden agruparse en torno a tres coordenadas dependiendo de la pretensión de objetividad del sistema de ascenso. Así, en un primer grupo pueden situarse los convenios que especifican muy laxamente las condiciones para la promoción o la dejan para un futuro. En el caso de los que señalan que en el ascenso se tomará en consideración la formación, la capacidad y la antigüedad dentro de las facultades organizativas del empresario⁴⁵ o la valoración de la formación continua del trabajador⁴⁶, y los que proponen

⁴⁵ Art. 12 CC Baleares, art. 19 CC Burgos, art. 16 CC Ourense y art. 9 CC Valencia.

⁴⁶ Art. 14 CC Salamanca y art. 19 CC Santa Cruz de Tenerife. El art. 9 CC Badajoz contempla esta posibilidad para dos casos, por una parte, cuando no hay personal que reúna las condiciones fijadas por el convenio para el ascenso y por otra, en el caso de contables y cajeros, por la responsabilidad y confianza que entrañan estos puestos de trabajo.

la creación de una comisión para ascensos en la que se dará audiencia al comité de empresa⁴⁷. Se incluyen, por supuesto, en este grupo aquellos que confían al criterio del empresario la promoción de los trabajadores, como los que advierten de que determinadas categorías de trabajadores son de libre designación, como los jefes y segundos jefes⁴⁸.

Un segundo grupo lo formarían los convenios que contienen reglas específicas para los ascensos que buscan cierta objetividad para proceder a los mismos. Dentro de él cabría encontrar, por una parte, los que indican que existente una vacante ésta se cubrirá en primer lugar por personal interno y por trabajadores de las categorías inmediatamente inferiores con determinada antigüedad, aunque casi siempre se hace referencia a la valoración a la capacidad de éstos. El art. 19 CC Burgos señala, en este sentido, que la vacante se cubrirá por trabajadores de las categorías inmediatamente inferiores siempre que hayan prestado servicios en la empresa al menos durante seis meses y por orden de antigüedad pero teniendo en cuenta la formación, los méritos y las facultades organizativas del empresario⁴⁹. Por otra parte, se incluirían en este grupo los convenios que contemplan los ascensos automáticos de ciertas categorías, generalmente la de ayudantes, pasado un tiempo. Por citar un ejemplo, el art. 26 CC Navarra señala que los ayudantes de recepción y ayudantes de camarero tras dos años en el puesto accederán a la categoría de recepcionista y de camarero, respectivamente; y cuando se trate de ayudante de cocina el acceso al puesto de cocinero será tras tres años⁵⁰. En alguno de estos casos el ascenso se vincula a la evaluación externa de la capacidad y méritos del trabajador que pretende promocionar⁵¹. También en este punto se observa la interferencia de la clasificación por niveles salariales y en ocasiones, lo que se contempla no es la asignación de la categoría superior pasado determinado tiempo sino la consolidación del nivel superior⁵². Una disposición particular es el art. 22 CC Zamora que asigna a los trabajadores que realicen las funciones de camarero, barman y cocinero un grupo de cotización más alto, si cumplen determinados requisitos de antigüedad y edad.

⁴⁷ Art. 19 CC Santa Cruz de Tenerife.

⁴⁸ Art. 12 CC Baleares; art. 9 CC Badajoz y art. 9 CC Valencia. En muchas ocasiones la libre designación es concebida como la última vía, cuando fallan los otros sistemas. Véase art. 22 d) y e) CC Madrid- Hospedaje y art. 26 d) y e) CC Madrid-Hostelería.

⁴⁹ Véase también, art. 9 CC Badajoz y art. 19 CC Santa Cruz de Tenerife.

⁵⁰ Véase también, art. 15 CC Alicante, art.15 CC Bizkaia, art. 20 CC Granada, art. 25 CC Soria, art. 9 CC Valencia y art. 8 CC Valladolid.

⁵¹ Art. 9 Badajoz y art. 8 CC Valladolid.

⁵² Art. 22 f) CC Madrid-Hospedaje y art. 26 f) CC Madrid-Hostelería.

Por último, en el tercer grupo se encontrarían los convenios que establecen un sistema de ascensos que persigue objetivarlo al máximo y que se basa en exámenes o pruebas de distinto tipo en los que se da entrada a los representantes de los trabajadores⁵³. El art. 9 CC Badajoz circunscribe la realización de la prueba a determinadas categorías. Así, determina que para ascender a camarero, los ayudantes de camarero requerirán pasar determinado examen. Lo mismo cuando haya más de un candidato para el ascenso a jefe de grupo profesional. Para el caso de jefe de segunda administrativo regula un sistema de concurso de méritos. Frente a esta limitación, los CC Jaén, CC Madrid-Hospedaje y CC Madrid-Hostelería, contemplan un sistema de ascensos que abarca a la mayoría de categorías. El art. 17 CC Jaén señala, en este sentido, que cuando se produzca una vacante —supuesto que es también definido en el propio artículo—, la convocatoria para cubrirla, que corresponde a la empresa, se hará pública con treinta días al menos de antelación, indicando fecha y lugar de celebración y los requisitos que han de reunir los aspirantes. El mismo día del examen, con una antelación de cuatro horas como máximo, se reunirá la Comisión de Valoración, al objeto de establecer las pruebas y preguntas del examen. Éstas consistirán en pruebas prácticas y teóricas sobre trabajos que se estén realizando en dicho Departamento. La citada Comisión será la encargada de la corrección y análisis de las pruebas realizadas. La decisión se adoptará por mayoría simple y se harán públicas las puntuaciones. En caso de empate prevalece el trabajador más antiguo. Finalmente, la Comisión levantará actas del resultado de las mismas. Los CC Madrid-Hospedaje (art. 22) y CC Madrid-Hostelería (art. 26) perfeccionan esta disposición añadiendo determinadas condiciones. Se aclara que el ascenso se efectuará entre los trabajadores de la categoría inferior y del mismo departamento a la de la vacante que se quiere cubrir. Lo mismo se hace con la composición de la Comisión de Valoración, que será paritaria y mixta. Además se determina cómo proceder si no se presentan trabajadores de la categoría inmediatamente inferior para cubrir la vacante del mismo departamento. En estos casos se podrá presentar a la convocatoria cualquier trabajador de la empresa y si no se encontrase la persona idónea, la dirección de la empresa queda en libertad para cubrir este puesto. Ambos convenios fijan un supuesto en el que el ascenso no requerirá examen: cuando se trate de la categoría de Jefe de grupo profesional se constituirá una comi-

⁵³ Art. 9 CC Badajoz, art.17 CC Jaén, art. 22 CC Madrid-Hospedaje y art. 26 CC Madrid-Hostelería.

sión, paritaria y mixta, que determinará el trabajador idóneo. En caso de no poder determinarse, la empresa lo designará libremente⁵⁴.

3. Los convenios colectivos empresariales

En el ámbito empresarial no se encuentra nada de particular en este tema. Las líneas que siguen son las mismas que las seguidas por los convenios del segundo nivel y los denominadores comunes son también idénticos. Se considera en algunos convenios que ciertos puestos son de libre designación⁵⁵, que el ascenso será por antigüedad⁵⁶, automático, cuando se trata de los ayudantes, pasado un tiempo⁵⁷ o, finalmente, que en caso de existencia de vacantes se prioriza a los trabajadores de la empresa frente a nuevas contrataciones⁵⁸. No se han encontrado, a diferencia de los convenios provinciales, convenios empresariales que contengan una regulación detallada de los ascensos basada en un sistema objetivo en los que se valore la idoneidad del candidato a través de pruebas de aptitud.

V. CONCLUSIONES

El sistema de clasificación profesional del III ALEH, aunque contiene los elementos que contempla el AINC 2007, los maneja de forma que hace más rígida la estructura profesional del sector. En efecto, la triple clasificación en torno a áreas funcionales, grupos y categorías no acierta a dar con la flexibilidad que la reforma del Estatuto de los Trabajadores en 1994 pretendía⁵⁹ y a la que el AINC 2007 convoca. La subdivisión de cada una de las áreas funcionales en tres o cuatro grupo profesionales, hasta un número de veintitrés hace no sólo interminable el sistema clasificatorio sino que dificulta la movilidad funcional. Lo que podría ser un sistema organizado en torno a grupos profesionales, subdivididos en áreas funcionales que

⁵⁴ En este punto es posible apreciar también la interferencia de los niveles retributivos pues, mientras el art. 26 e) CC Madrid-Hostelería menciona al Jefe de grupo profesional, el art. 22 e) CC Madrid-Hospedaje menciona a los trabajadores con determinado nivel retributivo.

⁵⁵ Art. 27 CC-Hotel Tierra Mar Huelva.

⁵⁶ Art. 17 CC-Hotel Tierra Mar Huelva.

⁵⁷ Art. 13 CC-Hotel Abba Parque-Bizkaia.

⁵⁸ Art. 27 CC-Hotel Tierra Mar Huelva, del que se exceptúan determinados puestos como jefes de departamento y cargos de confianza.

⁵⁹ Respecto del ALEH así lo subrayaban Rivero Lamas y otros (1999: 92)

contuvieran las diferentes categorías, que permitiría que la movilidad en el seno del grupo fuera de gran espectro y que es lo que busca el AINC 2007, se torna en un sistema rígido. En efecto, cada trabajador queda adscrito a un grupo que, a su vez, se inserta en un área funcional, de manera que una movilidad entre las diversas áreas es movilidad fuera del grupo, aunque para encuadrarlo en su grupo profesional de origen se hayan tenido en cuenta los mismos criterios que para el de destino.

Es seguramente esta rigidez la que ha incitado a algunos convenios de ámbito estatal y autonómico a separarse del III ALEH y contemplar sistemas de clasificación más flexibles, llegando al caso del CC Huesca que utilizando los elementos clasificatorios del III ALEH los utiliza en el sentido del AINC 2007, esto es, contemplando las áreas funcionales dentro de los diversos grupos profesionales.

Lo cierto es que este diseño de la clasificación profesional unido a la escueta previsión en el III ALEH de la movilidad funcional impide del mismo modo considerar cumplida la recomendación del AINC 2007 sobre la utilización de la movilidad funcional como instrumento de adaptación interna vinculada a la clasificación profesional y los procesos formativos correspondientes. Y tampoco en los niveles inferiores de negociación pueden observarse los elementos anteriores, sino que prima una visión defensiva de la movilidad funcional en la que la regulación se centra en determinar los límites, principalmente temporales, de la misma y las consecuencias de traspasarlos.

Respecto de los ascensos, las previsiones convencionales no buscan en su mayoría la objetivación de los mismos y tampoco los vinculan a cuestiones como la cualificación o la formación de los trabajadores.

CAPÍTULO V. EL TIEMPO DE TRABAJO

Erik Monreal Bringsvaerd.

Sumario: I. Introducción. II. Jornada. 1. Jornada ordinaria máxima diaria. 2. Jornada ordinaria máxima anual. 3. Jornada máxima total. 4. Cómputo de la jornada. 5. Distribución de la jornada máxima ordinaria. 5.1. Distribución de la jornada ex artículo 34.2 del ET. 5.2. Distribución irregular ex artículo 35 del ET. III. Descansos legales. 1. Pausa durante la jornada diaria. 2. Descanso diario. 3. Descanso semanal. 4. Fiestas laborales. 5. Vacaciones. IV. Horario de trabajo. 1. Horario nocturno. 2. Trabajo a turnos. 3. El calendario laboral. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de las páginas que siguen es pasar revista al régimen jurídico del tiempo de trabajo que plasman los convenios colectivos autonómicos, provinciales y algunos de empresa del sector de la hostelería del territorio nacional, confrontándolo con las indicaciones que al efecto aparecen previstas en el actual Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva de 2007. Como se sabe, este Acuerdo concibe la gestión del tiempo de trabajo por parte de la negociación colectiva como un instrumento básico para conseguir que en las empresas exista un adecuado intercambio entre flexibilidad a favor de la empresa y seguridad para los intereses del trabajador. La problemática relativa al objeto de este análisis tiene múltiples ramificaciones, razón por la cual es necesario acotarla. En este sentido, los puntos a tratar van a venir dados por aquello que puede considerarse como los elementos estructurales de la jornada entendida como condición de ejecución del trabajo, dejando al margen otros extremos que pueden ser considerados más propios de otro análisis. Los puntos que van a ser objeto de estudio son la jornada —duración, cómputo y distribución—, los descansos legales —pausa durante la jornada, descanso diario, descanso semanal, fiestas y vacaciones—, y por último el horario de trabajo —nocturno, a turnos y régimen de elaboración del calendario laboral—.

II. JORNADA

La jornada de trabajo tiene por fin medir el tiempo durante el cual la prestación laboral es debida. Conforme a las pautas del artículo 34 del ET, la jornada ordinaria tiene dos vertientes que conectan, respectivamente, con su duración y con la forma de efectuar su distribución en el marco del año natural. Además, la cuestión de la duración de la jornada quedaría tratada de forma incompleta en ausencia de sendas referencias a la figura de las horas extraordinarias, que adicionadas a la jornada máxima ordinaria arrojan la jornada total, y a la problemática del cómputo de la jornada. Y es que con relación a este último extremo, resulta imprescindible conocer qué tiempos y cuáles no —de trabajo y no trabajo— han de ser considerados como tiempo de cumplimiento efectivo de la prestación laboral de cara a quedar incluidos en la duración de la jornada. Al análisis de cada uno de estos aspectos se dedican las siguientes líneas.

Antes de dar comienzo a este análisis cabe apuntar que son muchas las ocasiones en las que la negociación colectiva de ámbito

autonómico y también provincial incorpora regulaciones extremadamente detalladas de la duración y distribución de la jornada y de los descansos que hacen innecesario que la negociación colectiva de empresa o, en su caso, centro de trabajo desarrolle las previsiones dispuestas en ámbitos superiores. Esta circunstancia explica que existan convenios colectivos de ámbito empresarial que o bien dejan absolutamente en blanco toda la problemática del tiempo de trabajo, o bien regulan determinados y muy concretos extremos, como el régimen jurídico de las vacaciones o la remuneración de las horas nocturnas, pero nada más¹. En la misma línea, cabe hallar convenios de empresa que se remiten a efectos de determinación de la jornada y de los tiempos de descanso a lo que venga previsto en el convenio autonómico o, en su caso, provincial que les resulta de aplicación².

1. Jornada ordinaria máxima diaria

La jornada máxima diaria halla regulación en el artículo 34.3.2º del ET, que señala que la misma no puede exceder de nueve horas a no ser que se pacte otra cosa en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo formalizado entre empresa y representantes de los trabajadores, preceptuando asimismo que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente debe mediar como poco un descanso de doce horas. Por consiguiente, mientras que el pacto trabajador/empresario tiene vedado fijar jornadas diarias de más de nueve horas —la décima hora de trabajo al día siempre será extraordinaria—, no ocurre lo mismo con el pacto colectivo —convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario—, que puede sustituir la regulación legal y establecer jornadas diarias más prolongadas, siempre con el límite de que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente exista un descanso mínimo de doce horas.

Desde este presupuesto, son bastantes los convenios de todos los niveles que fijan una jornada máxima diaria que oscila entre ocho³ y

¹ Vid., CC hotel Avenida palace (art. 14); CC hotel Colón Barcelona (art. 17); CC hotel regencia Colón Barcelona (art. 17).

² Vid., CC hotel Ritz (art. 5).

³ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14); CC Principado de Asturias (art. 13). Al nivel provincial, vid., CC Granada (art. 15), que la fija en 8 horas en las jornadas continuas; CC Alicante (art. 23). También, CC Ceuta (art. 9).

nueve horas⁴. Los negociadores, consecuentemente, optan por una jornada diaria rígida porque cualquier hora de exceso es extraordinaria. A mayor abundamiento, en tanto que la jornada aparece fijada de forma expresa y sin excepciones, no parece, en mi opinión, que pueda pensarse en actuar jornadas superiores por la vía de la negociación colectiva formalizada en unidades inferiores de contratación. En tal caso, en efecto, estos convenios estarían modificando la distribución de la jornada diaria previamente dispuesta a escala autonómica o provincial. Otras formas de regular convencionalmente la jornada diaria, no tan frecuentes y a escala provincial, consisten en plasmar varios regímenes distintos —por ejemplo en ambos casos de lunes a domingo pero con duraciones diarias de 7 u 8 horas con descansos semanales de distinta duración— dejando la opción abierta para que empresario y trabajador opten por el que resulte más conveniente⁵.

La posibilidad de exceder la jornada diaria convencionalmente dispuesta aparece con relativa frecuencia en la negociación a escala autonómica o, en su ausencia, en la provincial y normalmente confiada al pacto colectivo formalizado en ámbitos inferiores, especialmente el pacto de empresa. Hay convenios que contemplan esta posibilidad de forma incondicionada⁶ y otros que la limitan de diversos modos, por ejemplo a través de la fijación de una jornada diaria insuperable de nueve o diez horas así como, en su caso, previendo la necesidad de respetar la jornada semanal⁷. Muchos de estos convenios colectivos, por lo demás, habrán de ser retomados con posterioridad porque como se verá, la posibilidad que incluyen de actuar jornadas diarias superiores a la fijada con carácter general debe leerse de forma coordinada con el régimen convencionalmente previsto de distribución de la jornada máxima ordinaria.

En la negociación a todos los niveles, finalmente, es frecuente no incorporar ningún tipo de previsión expresamente referida a la

⁴ Vid., CC Cantabria (art. 13); CC Illes Balears (art. 15), CC La Rioja —restaurantes— (art. 10.b)). En la negociación de ámbito provincial, vid., CC Cádiz (art. 20); CC Málaga (art. 18.3); CC Huesca (art. 17); CC Teruel (art. 14); CC Segovia (art. 5); CC Valladolid (art. 4); CC Cáceres (art. 23); CC Bizkaia (art. 8). A escala empresarial vid., CC hotel Abba parque (art. 7); CC hotel Gloria palace (art. 21).

⁵ Vid., CC Pontevedra (art. 12).

⁶ Vid., CC Cataluña (art. 28). Al nivel provincial, vid., CC Cáceres (art. 23).

⁷ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 16.1 y 3), que parte de una jornada semanal de 40 horas pero prevé su ampliación a 45 caso de poner en marcha una distribución irregular de la jornada, sin exceder nunca de 9 horas al día.

duración de la jornada diaria⁸. En ocasiones, a cambio se regulan determinados extremos del régimen de ejecución temporal del trabajo diario que habrán de ser tomados en consideración por los interlocutores sociales en unidades inferiores⁹, fijando por ejemplo la duración máxima y mínima de los turnos caso de que este sistema resulte instaurado¹⁰; o disponiendo que la jornada en determinadas secciones o departamentos ha de ser continua¹¹; o fijando la interrupción mínima entre las dos fracciones de una eventual jornada partida¹²; o, en fin, previendo que el turno de mañana no puede finalizar más tarde de las cuatro de la tarde ni el turno de tarde prolongarse más allá de las doce de la noche¹³. En gran parte de estos casos, por lo demás, la ausencia de regulación convencional de la duración del trabajo diario permite pactar colectivamente al nivel de empresa jornadas diarias cuya duración máxima quede, según preceptúa el artículo 34.2.3º del ET, indirectamente limitada por el descanso mínimo de doce horas entre jornadas.

2. Jornada ordinaria máxima anual

La jornada máxima ordinaria viene legalmente regulada en el artículo 34.1.2º del ET, que la fija en cuarenta horas todas las semanas. Sobre esta base, en la negociación colectiva de los tres niveles la jornada máxima ordinaria aparece prevista en alguna ocasión exclusivamente en cómputo anual¹⁴—por ejemplo 1800 horas—,

⁸ Vid., CC Navarra; CC Región de Murcia. Al nivel provincial, vid., CC Almería; CC Ávila; CC Guadalajara; CC León; CC Zamora; CC Badajoz; CC Lugo; CC Ourense; CC Álava. También, CC Melilla. En la negociación de empresa, vid., CC hotel Chamarín; CC hotel Sol Inn El Hidalgo.

⁹ Vid., por ejemplo, CC hotel Tierra mar (art. 10), que previene que los trabajadores tienen derecho a realizar la jornada de forma continuada..

¹⁰ Vid., CC Cataluña (art. 28), CC La Rioja —restaurantes— (art. 10.d)]. Al nivel provincial, vid., CC Las Palmas (art. 25) que además previene que la jornada puede ser continua o partida. A escala empresarial, vid., CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 16).

¹¹ Vid., CC A Coruña (art. 14). A escala empresarial, vid., CC hotel Finisterre (art. 16); CC hotel Hesperia—Peregrino (art. 14).

¹² Vid., CC Burgos (art. 10); CC Gipuzkoa (art. 13).

¹³ Vid., CC La Rioja —hostelería— (art. 13).

¹⁴ Vid., CC La Rioja —hostelería— (art. 13); CC Navarra (art. 14). Al nivel provincial, vid., CC Ciudad Real (art. 15); CC Álava (art. 6); CC Bizkaia (art. 8), bien que este convenio también fija una jornada máxima diaria de 9 horas. En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Majestic (art. 23); CC hotel Tierra mar (art. 10).

lo que supone una práctica que está en línea con el AINC'07 cuando dispone que la negociación colectiva debe explorar la posibilidad de instaurar cómputos anuales de jornada pensando en la posterior distribución flexible de esas horas. Más usual, edn esta misma tónica, es prever directamente una jornada anual —que suele oscilar entre 1750 y 1800 horas—, bien que a efectos de programar su régimen distributivo se suele especificar que la misma equivale a una determinada jornada semanal —que oscila entre 35 y 40 horas¹⁵—. Con carácter excepcional, algún convenio incorpora la fórmula utilizada para fijar la jornada anual, por ejemplo restando a los trescientos sesenta y cinco días del año treinta días de vacaciones, los días festivos y otros días libres que incorpora el convenio, dividiendo el resultado entre los siete días de la semana y multiplicando a su vez dicha cifra por cuarenta horas semanales¹⁶.

Una pauta usual en la negociación autonómica y provincial, dado el carácter de generalidad propio de estos convenios, es prever expresamente o bien el respeto a las jornadas más reducidas que vengan aplicándose en las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo¹⁷, o bien el respeto a todas aquellas condiciones más beneficiosas en materia de duración de la jornada de que puedan venir gozando los trabajadores particulares¹⁸. En esta línea, bien que con carácter más particular, alguna vez se incorporan las reglas que habrán de regir la comparación entre las condiciones temporales de ejecución del trabajo previstas en estos convenios y las contenidas en los inferiores ya negociados o que puedan negociarse, de cara a esclarecer si estas últimas condiciones de trabajo resultan o no más favorables para los trabajadores que las dispuestas a escala autonómica¹⁹.

¹⁵ Vid., por ejemplo, CC Cantabria (art. 13), que fija 1774 horas para 2002 y 2003, y 1766 horas para 2004 y 2005; CC Cataluña (art. 28); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14); CC Principado de Asturias (art. 13); CC región de Murcia (art. 22). Al nivel provincial, vid., CC Córdoba (art. 14); CC Las Palmas (art. 24); CC Ávila (art. 30); CC Guadalajara (art. 18); CC Burgos (art. 10); CC León (art. 6); CC Salamanca (art. 18); CC Soria (art. 6); CC Valladolid (art. 4); CC Badajoz (art. 11). En la negociación de ámbito empresarial, vid., CC hotel Abba parque (art. 7); CC hotel Chamartín (art. 12); CC hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 8); CC hotel Tryp Los Llanos (art. 8); CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 16).

¹⁶ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14). Similarmente, a escala provincial, vid., CC Alicante (disp. adicional 9ª).

¹⁷ Vid., CC Las Palmas (art. 24).

¹⁸ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 16); CC Navarra (art. 14). A escala provincial, vid., CC Sta. Cruz de Tenerife (art. 20).

¹⁹ Vid., CC Navarra (art. 14), que previene que se computará conjuntamente el régimen de jornada, vacaciones y otros descansos existentes en cada norma de conflicto sin que sea lícita la comparación extrayendo lo que de cada norma resulte más beneficioso aisladamente considerado.

La jornada máxima ordinaria puede asimismo, conforme prevé el artículo 34.2 del ET, ser objeto de una distribución irregular a lo largo del año si así se prevé en convenio colectivo o en pacto de empresa sustitutorio. Ello supone que la negociación colectiva puede programar regímenes de ejecución temporal del trabajo en virtud de los cuales unas semanas se presten más de cuarenta horas y otras menos, siempre con el límite de que al cabo del año no se exceda el equivalente a cuarenta horas todas las semanas. El seguimiento de las pautas convencionales establecidas a propósito de la jornada máxima anual, sin embargo, en la medida en que constituye un problema que conecta con el régimen jurídico de la distribución de la jornada, se remite a su apartado específico.

3. Jornada máxima total

La jornada máxima total es el resultado de la suma de la jornada máxima ordinaria y la jornada extraordinaria siempre que las horas extraordinarias sean objeto de remuneración en metálico y no mediante descansos compensatorios, como así viene permitido en el artículo 35.1 del ET. El análisis del régimen que observa la retribución de las horas extraordinarias mediante el reconocimiento de tiempos de descanso retribuidos queda, por tanto, remitido al apartado dedicado a la distribución de la jornada máxima ordinaria. A efectos de identificar la figura de las horas extraordinarias, por lo demás, resulta obligado tomar como parámetros los límites previamente dispuestos por la negociación colectiva a la hora de programar el régimen distributivo de la jornada máxima ordinaria. Así, no siendo usual, algún convenio de ámbito autonómico previene expresamente que las horas extraordinarias aparecerán cuando se supere la jornada semanal dispuesta en el propio convenio colectivo²⁰.

Si las horas extraordinarias son objeto de remuneración en metálico —muchos convenios sólo contemplan este sistema de remuneración²¹; otros remiten esta cuestión a lo que se pacte al nivel de

²⁰ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 17).

²¹ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 17); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 17); CC Región de Murcia (art. 16). A escala provincial, vid., convenio colectivo Ávila (art. 24); CC Cádiz (art. 21); CC Granada (art. 18.3); CC Zaragoza (art. 43); CC Las Palmas (art. 28); CC Ciudad Real (art. 23); CC Cuenca (art. 24); CC Teruel (art. 10); CC Salamanca (art. 32); CC Segovia (art. 19); CC Soria (art. 21); CC Valladolid (art. 13); CC Ourense (art. 6). También, CC Ceuta (art. 34). A escala empresarial, vid., CC hotel Hesperia-Peregrino (art. 22); CC hotel Tierra mar (disp. adic. 3^a).

empresa²² o entre ésta y el trabajador²³; otros permiten compensar sólo la mitad de las horas extraordinarias realizadas²⁴; otros se limitan a señalar la conveniencia de utilizar este sistema compensatorio como medida de fomento del empleo²⁵; y otros atribuyen al trabajador el derecho de opción²⁶ —, el artículo 35.2.1º del ET reconoce a todos los trabajadores el derecho a no realizar más de ochenta al año. Es decir, la jornada total vendría constituida por la suma de las cuarenta horas semanales durante todas las semanas más ochenta horas extraordinarias a lo largo del año. También es necesario considerar que el régimen legal de las horas extraordinarias contempla su voluntariedad desde la perspectiva del trabajador, salvo que la obligación de realizarlas sea introducida vía pacto colectivo o individual —art. 35.4 del ET—. Esto significa que si el convenio guarda silencio, el pacto de ejecución obligatoria de estas horas puede tener lugar directamente entre empresario y trabajador.

Dicho lo anterior, bastantes convenios colectivos o bien dejan en blanco el problema de las horas extraordinarias²⁷, o bien regulan determinados extremos, por ejemplo su remuneración en metálico o el tope máximo de las realizables²⁸, pero sin aludir a la naturaleza de su ejecución²⁹. En tales casos, al margen otras consecuencias a examinar cuando se trate la problemática de la distribución de la jornada, cabe afirmar que en los ámbitos cubiertos por estos convenios la jornada real no es la coincidente con la máxima ordinaria que puedan haber previsto, por ejemplo las cuarenta horas a la semana. En efecto, si las partes sociales a escalas inferiores o, incluso, el propio empresario así lo quieren siempre podrán introducir una cláusula —colectiva o individual de ejecución obligatoria de horas extraordinarias y, consecuentemente, la jornada real de los trabajadores afec-

²² Vid., CC Cataluña (art. 34). A escala provincial, vid., CC Valencia (art. 13, que en defecto de pacto de empresa remite este asunto al pacto individual; CC Gipuzkoa (art. 9).

²³ Vid., CC Málaga (art. 19.4); CC Sevilla (art. 10); CC Guadalajara (art. 13); CC Huesca (art. 10); CC Álava (art. 15). También, CC Melilla (art. 19). En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Majestic (art. 29).

²⁴ Vid., CC Albacete (art. 29).

²⁵ Vid., CC la Rioja —restaurantes— (art. 17). En la negociación de ámbito provincial, vid., CC Jaén (art. 33).

²⁶ Vid., CC A Coruña (art. 11).

²⁷ Vid., CC Illes Balears. A escala provincial, vid., CC Lugo. En los CC de ámbito empresarial, vid., CC hotel Sol Inn El Hidalgo.

²⁸ Vid., acta de la comisión mixta interpretativa del CC León (art. 23).

²⁹ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 17). Al nivel provincial, vid., CC Huesca (art. 10), CC Badajoz (art. 27). También, CC Ceuta (art. 34). En la negociación de ámbito empresarial, vid., CC hotel Abba parque (art. 9), CC hotel Finisterre (art. 25).

tados quedará constituida por la suma de cuarenta horas semanales más otras ochenta anuales.

Cuando los convenios colectivos, autonómicos, provinciales y en menor medida los de empresa regulan el carácter de la ejecución de las horas extraordinarias, algunos previenen que el pacto de ejecución obligatoria de las mismas sólo puede formalizarse en instancias colectivas³⁰, y otros confirman inmatizadamente la presunción de voluntariedad³¹, con lo cual la negativa del trabajador a realizarlas no constituirá conducta sancionable a no ser que se trate de una hipótesis de fuerza mayor —art. 35.3 del ET—. Una pauta similar es disponer que sólo existe obligación de realizar horas extraordinarias en caso de fuerza mayor o cuando exista riesgo de pérdida de materias primas, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras necesidades imprevistas del servicio³². Con relación a estas causas, es criticable que los interlocutores sociales, pudiendo, no se esfuerzan en plasmar un régimen distributivo de la jornada máxima ordinaria que ahorrando el recurso a las horas extraordinarias como medida de fomento del empleo, contemple la posibilidad de actuar redistribuciones de la jornada semanal. Dichas cláusulas, a mayor abundamiento, contradicen frontalmente las indicaciones al respecto contenidas en el AINC'07, que identifica como uno de los principales contenidos de una negociación colectiva moderna en la materia inclusión de cláusulas tendentes a limitar las horas extraordinarias a aquéllas que sean estrictamente necesarias.

Un aspecto que aparece tratado en algunos convenios colectivos autonómicos y provinciales tiene que ver con la relación horas extraordinarias-política de empleo, incorporando cláusula de estilo que evidencia la intención de los agentes sociales de evitar el recurso a las horas extraordinarias habituales para fomentar una política de nuevas contrataciones en la empresa³³. Sin embargo, dado que la mayoría de estas cláusulas no contemplan mecanismos para forzar su cumplimiento por el empresario, resulta obligado manifestar que en gran parte de las

³⁰ Vid., CC la Rioja —restaurantes— (art. 17).

³¹ Vid., CC Principado de Asturias (art. 15.d)). A escala provincial, vid., CC Málaga (art. 19.2); CC Ciudad Real (art. 23); CC Burgos (art. 15); CC Segovia (art. 19).

³² Vid., CC Cataluña (art. 34); CC la Rioja —hostelería— (art. 14). Al nivel provincial, vid., CC Guadalajara (art. 13); CC Alicante (art. 24); CC Valencia (art. 13); CC Gipuzkoa (art. 9). En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Majestic (art. 29).

³³ Vid., por ejemplo, CC Cantabria (art. 33), que previene que las empresas afectadas por el convenio, con el fin de no agravar la situación de paro, se comprometen a reducir al mínimo imprescindible la realización de horas extraordinarias, sustituyéndolas por nuevas contrataciones. En idéntico sentido, al nivel provincial, vid., CC Cádiz (art. 21); CC Córdoba (art. 18); CC Zamora (art. 8).

ocasiones las mismas aparecen a modo de simples cláusulas de estilo. Esta misma valoración crítica la merece algún convenio autonómico que incorpora esta cláusula y renglón seguido parece contemplar como único sistema de pago la retribución en metálico³⁴, desconociendo la preferencia legal por la compensación con descansos que muy bien puede contribuir a evitar jornadas reales más largas que la ordinaria y, por ende, a beneficiar la situación del empleo. Más virtualidad, en esta línea, parece que acreditan aquellas cláusulas que obligan al empresario a efectuar una nueva contratación cuando el número de horas extraordinarias realizadas por el conjunto de la plantilla exceda un umbral determinado, por ejemplo ciento cincuenta horas extraordinarias mensuales³⁵.

Existiendo, por lo demás, un tope de horas extraordinarias –80 al año— que sobre todo despliega virtualidad cuando éstas son objeto de remuneración en metálico —y que puede ser reducido, como hace algún convenio provincial³⁶, pero nunca aumentarse—, es claro que si éste resulta incumplido las jornadas reales pueden experimentar importantes aumentos. Por este motivo, el Estado incorpora en el artículo 35.5 del ET y en la DA 3ª.b) del Decreto de las jornadas especiales (DJE) sendas cautelas que constituyen derechos del trabajador y de sus representantes en materia de control de las horas extraordinarias. Tales son directamente aplicables y, en puridad, no precisarían del auxilio convencional para ser eficaces, siendo éste, a mi juicio, el motivo de que sean escasos los convenios que regulan el control de las horas extraordinarias³⁷. También es criticable que cuando los convenios incluyen previsiones sobre este particular, la mayoría se limitan a transcribir las fórmulas legales u otras similares que poco o nada aportan a los derechos en la materia reconocidos a los trabajadores y a sus representantes³⁸.

³⁴ Vid., CC Navarra (art. 25.1).

³⁵ Vid., CC Segovia (art. 18). Similarmente, aunque el convenio sólo incluye una recomendación, vid., CC Málaga (art. 19.7).

³⁶ Vid., CC Ourense (art. 6), que fija un máximo de 2 al día, 15 al mes y 80 al año; CC Bizkaia (art. 10), que establece un tope de 70 horas extraordinarias al año; CC Las Palmas (art. 28), que fija 15 horas extraordinarias al mes y 80 al año. También, CC Melilla (art. 19), que fija un tope de 2 horas extraordinarias al día.

³⁷ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 17); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 17).

³⁸ Vid., CC La Rioja —hostelería— (art. 14), que previene que la dirección de la empresa informará mensualmente a los representantes sobre la realización de horas extraordinarias especificando las causas y la distribución de las mismas por secciones; CC Principado de Asturias (art. 15.e)). Al nivel provincial, vid., CC Burgos (art. 15); CC Cuenca (art. 24); CC Las Palmas (art. 28), que prevé que en las empresas de más de 10 trabajadores fijos existe obligación de llevar un libro registro de horas extraordinarias. Al nivel de empresa, vid., CC hotel Tierra mar (disp. dic. 3ª).

4. Cómputo de la jornada

El último aspecto que debe ser objeto de análisis para tener una visión completa de cómo regula la negociación colectiva en el sector de la hostelería el asunto de la duración de la jornada viene dado por la forma de computar el tiempo de trabajo una vez que éste ha sido cuantificado —40 horas ordinarias a la semana más 80 horas extraordinarias al año—. Y es que la consideración o no como tiempo de trabajo de momentos en los que el trabajador no puede disponer libremente de su tiempo, que pueden transcurrir tanto dentro como fuera de su puesto de trabajo, tiene el efecto de que la jornada real puede en la práctica superar ampliamente la jornada máxima que marcan tanto la ley como, en nuestro caso, los convenios del sector que se examina.

El artículo 34.1.2º del ET alude a que el tiempo que computa como tal es aquél durante el cual el trabajador presta ‘trabajo efectivo’, mientras que el artículo 34.5 del ET previene que este cómputo debe ser efectuado de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada el trabajador esté en su puesto de trabajo. Con arreglo a la última norma, no es dudoso que cabe no considerar como jornada trabajada el tiempo invertido en realizar actividades previas o posteriores al trabajo, como por ejemplo desplazarse desde el domicilio al lugar de trabajo. Pese a lo que se acaba de afirmar, con todo, los preceptos legales citados dejan en el aire, remitiéndoselo a la negociación colectiva o, en su defecto, a la contratación individual el esclarecimiento tanto de lo que debe ser considerado como ‘trabajo efectivo’ cuanto de la incidencia sobre la duración de la jornada de una diversa gama de tiempos en los que no estando propiamente el trabajador en su puesto de trabajo, resulta sin embargo a cargo de éste una especial situación de puesta a disposición con respecto a su empresario que determina que ya no esté tan claro que el tiempo invertido, por ser imprescindible para una correcta ejecución del trabajo, pueda quedar excluido de forma inmatizada de su consideración como jornada.

Apuntada la poca la virtualidad de este régimen legal, la práctica totalidad de los convenios dejan de regular este asunto³⁹, o previenen escuetamente que el tiempo de trabajo que computa es aquél durante

³⁹ Vid., CC Albacete; CC Almería; CC Ciudad Real; CC Córdoba; CC Cuenca; CC Granada; CC Guadalajara; CC Gipuzkoa; CC Jaén; CC Ourense; CC Soria; CC Teruel; CC Zaragoza; CC Zamora. En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque; CC hotel Chamartín; CC hotel Hesperia-Peregrino; CC hotel princesa Sofía; CC hotel Sol Inn El Hidalgo; CC Suite hotel, SL; hotel Ad Hoc parque, SL; y Jorismos, SL; CC hotel Tierra mar; CC hotel Tryp Los Llanos.

el cual se presta ‘trabajo efectivo’⁴⁰, o repiten los términos legales⁴¹. Tampoco añaden nada nuevo los convenios que previenen que la jornada diaria comienza a computarse hallándose el trabajador con ropa de trabajo y listo para trabajar⁴². De forma más amenazadora para los intereses de los trabajadores, algún convenio de ámbito autonómico excluye la calificación de tiempo trabajado y, por tanto, retribuido a determinados espacios temporales no directamente productivos que se intercalan en la jornada de determinados trabajadores⁴³.

Como quiera, en definitiva, que sólo de manera formal aparece tratada la cuestión del cómputo de la jornada en estos convenios colectivos, la problemática del esclarecimiento de lo que haya que entender en cada caso por ‘trabajo efectivo’ queda remitida desde el propio convenio a los de ámbito inferior o, en su caso, a la libre iniciativa del empresario. A mayor abundamiento, los empresarios del sector hostelero contarán además con las mayores facilidades, porque los convenios implícitamente se las reconocen, para decidir en supuestos problemáticos —por ejemplo cuando hay que efectuar algunos cambios de ropa o cuando el trabajador debe asistir a cursos de formación proporcionados por su empresa— si el tiempo invertido en estas actividades conexas a la efectiva ejecución de la prestación queda dentro o fuera de su consideración como tiempo trabajado.

5. Distribución de la jornada máxima ordinaria

El segundo gran extremo de la jornada viene dado por lo relativo al régimen de su distribución en el marco del año natural. La ley —art. 34.1.2º del ET— proporciona un modelo de distribución regular en la medida en que para todas las semanas prevé una jornada máxima de cuarenta horas. Sin embargo, el artículo 34.2 del ET permite que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre

⁴⁰ Vid., CC Cantabria (art. 13); CC Illes Balears (art. 15). En la negociación de ámbito empresarial, vid., CC hotel Gloria palace (art. 21).

⁴¹ Vid., CC Principado de Asturias (art. 13). En la negociación de ámbito provincial, vid., CC Cáceres (art. 23); CC Málaga (art. 18.2); CC Las Palmas (art. 24). A escala empresarial, vid., CC hotel Finisterre (art. 16).

⁴² Vid., CC Valencia (art. 10).

⁴³ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (anexo aplicable a los establecimientos de la sección 5ª y al personal de sala), que previene que «... *por sus especiales características en cuanto a jornada de presencia y de actividad laboral efectiva, a los ambigús (sic) de cines y teatros se les aplicará una deducción del 40 por 100 sobre las tablas salariales...*».

empresa y representantes laborales se pacte otra distribución distinta que implique prestar unas semanas más de cuarenta horas y otras menos con tal de que al cabo del año no se exceda el equivalente a cuarenta horas todas las semanas. El artículo 34.2 del ET, consecuentemente, hace posible que la negociación colectiva programe lo que puede calificarse como un régimen de distribución irregular. Y este régimen, en buena lógica, y así queda implícitamente reflejado en el texto del AINC'07, debe servir para responder a las necesidades o fluctuaciones cambiantes e imprevisibles que con frecuencia hoy se ciernen sobre las organizaciones productivas, muy especialmente sobre las hosteleras.

Además del mecanismo distributivo dispuesto en el artículo 34.2 del ET, en nuestra legislación existen otras previsiones igualmente útiles para actuar regímenes de distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Tal sucede, en efecto, con determinadas opciones que abre la ley en materia de horas extraordinarias y en materia de descanso semanal. Por este motivo, la cuestión relativa a la distribución de la jornada máxima ordinaria debería ser examinada abriendo tres apartados. El primero dedicado a la distribución irregular ordinaria, obtenida ex artículo 34.2 del ET; el segundo dedicado a la distribución irregular actuada por la vía del artículo 35 del ET; y, en último lugar, el apartado dedicado a la distribución irregular obtenida acumulando el descanso semanal —art. 37.1 del ET. El estudio de este último punto, sin embargo, conectando con el régimen jurídico del descanso semanal, queda remitido para más adelante.

5.1. Distribución de la jornada ex artículo 34.2 del ET

No son pocos los convenios autonómicos, provinciales y de empresa que fijan una jornada semanal invariable —de 40 horas o inferior— e incorporan una distribución anual rígida⁴⁴, en su caso previendo que tal es invariable⁴⁵. A expensas de lo que hay que decir más adelante, no parece haberse considerado la oportunidad de programar un régimen de distribución irregular, lo cual no es valorable positivamente, tampoco a la vista del AINC'07, porque no es dudoso

⁴⁴ Vid., CC Cantabria (art. 13); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14); CC Illes Balears (art. 15); CC Principado de Asturias (art. 13). En la negociación de ámbito provincial, vid., CC Almería (art. 20); CC Granada (art. 15); CC Huesca (art. 17); CC Zamora (art. 16); CC Ourense (art. 4); CC Ceuta (art. 8); CC Melilla (art. 15). A escala empresarial, vid., CC hotel Finisterre (art. 16); CC hotel Hesperia-Peregrino (art. 14).

⁴⁵ Vid., CC Málaga (art. 18.1).

que las necesidades de gestión del tiempo de trabajo en el mundo de la hostelería son enormemente divergentes y pueden determinar con carácter de la más absoluta normalidad la necesidad de que el empresario cuente con la posibilidad de ordenar jornadas, diarias y semanales, de duración variable. Conforme a las previsiones de estos convenios, en efecto, si una semana es necesario trabajar más de cuarenta horas las horas de exceso deberán ser catalogadas como extraordinarias.

La posibilidad regulada en el artículo 34.2 del ET de repartir la jornada máxima ordinaria de forma desigual a lo largo del año, adaptándola a las necesidades que puedan proyectarse de forma sobrevenida sobre las empresas, es actuada en algún convenio provincial cuando fija un máximo de semanas anuales —por ejemplo 2— que habrán de constar en el calendario laboral, en que la jornada puede exceder de cuarenta horas con tal de respetar la jornada máxima ordinaria en cómputo anual⁴⁶. Este efecto también puede darse cuando se previene que la empresa podrá fijar una jornada irregular⁴⁹, en su caso condicionada a que se acrediten documentalmente las causas justificativas⁴⁸. La misma posibilidad queda prevista en algunos convenios autonómicos y provinciales cuando hacen dispositiva para convenios o pactos colectivos inferiores la distribución previa —normalmente cifrada entre 35 y 40 horas semanales—, previendo por ejemplo que los representantes laborales podrán negociar una mejor adecuación de la jornada⁴⁹. En la misma línea, ya se vio que en ocasiones se especifica que la jornada semanal —por ejemplo de 40 horas— equivale a una determinada jornada anual⁵⁰ —por ejemplo de 1766 horas—. Para tales supuestos, y también cuando la negociación colectiva plasma directamente una jornada anual⁵¹,

⁴⁶ Vid., CC Toledo (art. 27), que permite que durante 50 días laborables al año se exijan jornadas diarias de hasta 10 horas; CC Soria (art. 4).

⁴⁷ Vid., CC Huelva (art. 8), que limita esta opción a la necesidad de respetar una jornada máxima diaria de 9 horas.

⁴⁸ Vid., CC Teruel (art. 14).

⁴⁹ Vid., CC Cataluña (art. 28); CC Illes Balears (art. 15). A escala provincial, vid., CC Cádiz (art. 20), bien que este convenio fija como jornada máxima diaria insuperable la de 9 horas al día; CC Cáceres (art. 23).

⁵⁰ Vid., CC Cantabria (art. 13); CC región de Murcia (art. 22). Al nivel provincial, vid., CC Guadalajara (art. 18); CC Burgos (art. 10); CC León (art. 6); CC Palencia (art. 13); CC A Coruña (art. 14). En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 7); CC Suite hotel, SL; hotel Ad Hoc parque, SL; y Jorismos, SL (art. 9).

⁵¹ Vid., CC La Rioja—hostelería— (art. 13). En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Majestic (art. 23).

dado que la posibilidad de pactar una distribución irregular aparece legalmente confiada al convenio y, en su defecto, al pacto de empresa parece que la intención de los agentes sociales es permitir la programación de regímenes de distribución irregular en ámbitos inferiores. Sin embargo, cuando esta misma fórmula es incluida en convenios de ámbito empresarial⁵², y dado que normalmente resultan aplicables a un hotel que cuenta con un solo centro de trabajo, tal fórmula, más que acreditar la voluntad de sus negociadores de posibilitar que por pacto de empresa se organice un sistema de distribución irregular, parece ir dirigida a habilitar al empresario.

El régimen jurídico de la distribución irregular no pasa sólo por actuar jornadas semanales superiores a cuarenta horas. Además, el Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia tienen confirmado que cabe prever regímenes elásticos de jornadas diarias, aumentándolas o reduciéndolas por encima o por debajo de las ocho o nueve horas convencionalmente previstas con carácter general, que a su vez determinen la superación por exceso o por defecto de la jornada semanal dispuesta en convenio⁵³. Es decir, la jornada semanal puede aparecer rígidamente reflejada en el calendario, siendo superior o inferior a las cuarenta horas legales, pero también puede aparecer reflejada con carácter indicativo en aquellos casos en los que el convenio colectivo prevea la posibilidad de ejecutar regímenes elásticos de jornadas diarias.

⁵² Vid., CC hotel Gloria palace (art. 21).

⁵³ La pauta principal a la que hay que atenerse para resolver esta cuestión la marca el Tribunal Supremo, quien ha confirmado genéricamente la validez de los sistemas distributivos convencionales que contemplan la atribución al empresario de importantes márgenes de actuación unilateral, *o ius variandi*, en la materia. Concretamente, pudo convalidar la pactación convencional de una jornada diaria tipo o estándar —en el caso resuelto era de 8 horas— ampliable por el empresario sin superar un determinado tope diario —en el caso resuelto eran 10 horas—, resultando de ahí un determinado número de horas flexibles —en el caso resuelto 2 al día—. El Tribunal adujo que «... las discutidas reglas [las contenidas en el convenio que facultan al empresario] responden a la facultad que confiere el art. 34.2 del ET (...) pues esta norma autoriza que el convenio colectivo (...) establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año siempre que respete los períodos mínimos de descanso (...) lo que no significa que el empresario pueda hacer uso de esta facultad a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional (...) La decisión empresarial de fijar el horario de trabajo, siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades de funcionamiento de la empresa (...) Entendido de esta suerte, el art. 29 del convenio no transgrede el art. 41 del ET...», vid., STS 15/12/98 (Ar. 10510). De forma similar, dando por buena de forma implícita la pactación convencional de una bolsa de horas flexibles como presupuesto necesario para resolver un problema específico, STS 27/12/01 (A.L., 715/2002). En nuestra doctrina judicial, vid., STSJ Baleares 9/12/97 (Ar. 4326); STSJ Cataluña 7/3/95 (Ar. 1112); STSJ Valladolid 2/5/00 (A.L., 1113/2000).

Sobre esta base, la pactación convencional de regímenes elásticos de distribución irregular de la jornada se prodiga en no pocas ocasiones. La pauta la marca la regulación convencional de lo que puede denominarse una bolsa de horas flexibles que por lo general oscila entre sesenta y doscientas horas anuales, pudiendo ser utilizada discrecionalmente por el empresario con tal de respetar los límites que al efecto incorpore el propio convenio⁵⁴. En este sentido, algunos son bastante restrictivos, lo que favorece al trabajador, y, entre otras medidas, establecen que la bolsa sólo puede ser viable si la empresa tiene en su plantilla un mínimo del sesenta y cinco por ciento de trabajadores fijos, prohíben que la jornada diaria experimente prolongaciones en concepto ordinario sobre las nueve o diez horas, fijan asimismo una serie de requisitos procedimentales⁵⁵ —comunicación formal al trabajador de la flexibilización de su jornada con 5 días de antelación—, y previenen que tal jornada irregular sólo puede ser exigida durante meses determinados⁵⁶ —por ejemplo abril, mayo, septiembre y octubre—.

Otra pauta es regular una jornada diaria estándar, por ejemplo de ocho horas, y permitir su ampliación por el empresario hasta un tope máximo⁵⁷, por ejemplo de diez horas, en su caso respetando una jornada semanal⁵⁸ —por ejemplo de 50 horas— y también los requisitos procedimentales eventualmente fijados⁵⁹. Entre estos requisitos usualmente aparece la necesidad de comunicar al trabajador la ampliación de su jornada a título irregular con una determinada antelación —por ejemplo de 10 ó 15 días—, así como el establecimiento de un máximo de días en que la jornada irregular puede ser exigida bien con carácter general —por ejemplo 50 al año—, bien con relación a un mismo trabajador⁶⁰ —por ejemplo 16 días al año—. Algún convenio restringe la posibilidad de utilizar horas flexibles permitiéndolo sólo con respecto a los trabajadores con contratos temporales de menos de tres meses de duración y fijando un

⁵⁴ Vid., CC Jaén (art. 11), que impone como límites una jornada diaria máxima de 9 horas y 45 semanales, ó de 10 horas diarias y 50 semanales previa autorización de la comisión paritaria; CC Zaragoza (art. 25).

⁵⁵ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 16.3).

⁵⁶ Vid., CC Sevilla (art. 27).

⁵⁷ Vid., CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 16) que no fija una duración diaria pero sí permite que la jornada diaria experimente prolongaciones de hasta 3 horas para cubrir circunstancias determinadas de antemano en el propio convenio colectivo.

⁵⁸ Vid., CC Córdoba (art. 14).

⁵⁹ Vid., CC Toledo (art. 27); CC Valencia (art. 10).

⁶⁰ Vid., CC hotel princesa Sofía (art. 10).

tope de días de jornada irregular —por ejemplo 90— a cuya virtud la jornada diaria puede extenderse hasta doce horas⁶¹. En cualquier caso, cabe también que el convenio colectivo que incluye este tipo de sistemas prevea que los mismos puedan ser modificados en unidades inferiores de contratación, normalmente en relación con el ámbito de la empresa⁶².

5.2. Distribución irregular ex artículo 35 del ET

Al hilo de lo manifestado algo más atrás a propósito de las horas extraordinarias, hay que subrayar que la propia legislación estatal contempla la posibilidad de que esta categoría de tiempo de trabajo juegue más como instrumento de distribución flexible o elástica de la jornada que como medio de actuar prolongaciones de la misma. En efecto, el artículo 35.2.2º del ET previene que las horas extraordinarias que sean objeto de pago mediante descansos a más tardar en cuatro meses desde que son realizadas quedan excluidas de su cómputo y consideración como tales. De esta forma, el pago de las horas extraordinarias mediante descansos dentro del plazo que a tal fin marca la ley tiene el efecto de activar una bolsa de ochenta horas flexibles cada cuatro meses, bolsa que si existe un pacto —colectivo o individual— que haga obligatoria la ejecución de las horas extraordinarias, podrá ser utilizada discrecionalmente por el empresario.

En la práctica de la negociación colectiva no es frecuente prever que el único sistema de remuneración de las horas extraordinarias es el pago por compensación⁶³. Tampoco es usual prever el plazo máximo para el pago por compensación, por ejemplo tres meses⁶⁴. Otra práctica, algo más usual, es fijar una jornada ordinaria semanal y dejar en blanco la problemática de las horas extraordinarias⁶⁵. Al respecto, sólo de modo formal estos últimos convenios optan por un

⁶¹ Vid., CC Castellón (art. 20).

⁶² Vid., CC Toledo (art. 27).

⁶³ Vid., CC hotel Gloria palace (art. 24); CC Suite hotel, SL; hotel Ad Hoc parque, SL; y Jorismos, SL (art. 10); CC hotel Tryp Los Llanos (art. 17), que prevé no obstante que si el pago por compensación resulta imposible cabrá acudir al pago en metálico.

⁶⁴ Vid., CC La Rioja —hostelería— (art. 14).

⁶⁵ Vid., CC Illes Balears. En la negociación de ámbito provincial, vid., CC Palencia (art.15), que no deja en blanco esta problemática, aunque previene tan sólo que en la ejecución de las horas extraordinarias hay que estar a la legislación vigente; CC Castellón; CC Cáceres. En la negociación de ámbito empresarial, vid., CC hotel Abba parque (art. 8), que sólo incluye un tope anual de horas extraordinarias; CC hotel Chamartín; CC hotel Finisterre (art. 25).

régimen distributivo rígido, pues la posibilidad reconocida implícitamente al empresario desde el convenio para utilizar las horas extraordinarias compensadas con descansos determina que la jornada semanal pueda experimentar importantes variaciones al alza o a la baja. Y mayores peligros conllevan aquellas cláusulas que tras haber dispuesto una jornada ordinaria exclusivamente en cómputo anual, con las grandes posibilidades de gestión flexible del tiempo de trabajo que ello ofrece al empresario, dejan de incorporar normas relativas a las horas extraordinarias⁶⁶; de ahí puede seguirse que el empresario dispone de dos sistemas para actuar regímenes elásticos de distribución de la jornada. A mayor abundamiento, no parece muy afortunado que un mismo convenio regule conjuntamente la posibilidad de actuar una distribución irregular ex artículo 34.2 del ET y por la vía del artículo 35 del ET⁶⁷; siendo, en efecto, dos sistemas distributivos que cumplen la misma finalidad, de ahí puede resultar un fortalecimiento desmesurado del poder de dirección del empresario.

III. DESCANSOS LEGALES

Los descansos laborales cumplen una importantísima función porque las tendencias flexibilizadoras apreciables en la regulación del tiempo de trabajo hacen muy difícil fijar límites absolutos a la duración máxima del trabajo, y son el que puede tener lugar durante la jornada diaria —art. 34.4 del ET—, el exigible entre el final de una jornada y el comienzo de la próxima —art. 34.3 del ET—, el descanso semanal —art. 37.1 del ET—, los días festivos —art. 37.2 del ET— y, por último, el descanso anual o vacaciones —art. 38 del ET—. Y conviene dejar señalado que los espacios temporales delimitadores de los descansos no forman parte de la prestación debida, por lo que juegan como límites oponibles a la distribución de la jornada. Por este motivo, parece metodológicamente adecuado proceder al análisis del régimen jurídico legal y convencional de los descansos antes de hacer lo propio con el régimen jurídico del horario de trabajo, o colocación de las horas de entrada y salida del trabajo.

⁶⁶ En la negociación a escala empresarial, vid., CC hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 7).

⁶⁷ Vid., CC Huelva (art. 8). A escala empresarial, vid., CC hotel princesa Sofía (art. 10), que incluye un régimen de elasticidad de jornada ordinaria y no resuelve ni la remuneración de las horas extraordinarias ni el carácter de su ejecución.

1. Pausa durante la jornada diaria

El régimen jurídico de esta pausa queda recogido en el artículo 34.4 del ET, a cuyo tenor la duración máxima de la jornada para causar derecho a la pausa es de seis horas ininterrumpidas y la pausa mínima es de quince minutos, careciendo la misma de la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Con arreglo a la jurisprudencia, si la pausa queda asimilada a trabajo efectivo será retribuida y consumirá la jornada; en ausencia de tal asimilación, la misma ni será retribuida ni consumirá la jornada; y por la misma razón, puede suceder que la pausa sea objeto de retribución pero no consuma la jornada o, a la inversa, consumir la jornada sin ser retribuida⁶⁸.

El régimen convencional de esta pausa da lugar a múltiples previsiones. Existen convenios que mejoran en todos los aspectos el régimen legal, por ejemplo disponiendo que la pausa computa como tiempo de trabajo efectivo y reduciendo la duración de la jornada para causar derecho a la pausa — a 5 horas — y aumentando la duración de la pausa⁶⁹. Otros se limitan a reconocer a la pausa su naturaleza de tiempo de trabajo efectivo⁷⁰. Y otros, también reconociendo a la pausa carácter de tiempo de trabajo efectivo, sólo mejoran algún aspecto de su régimen jurídico por ejemplo disponiendo que la misma se disfrute tras cinco horas de trabajo ininterrumpido⁷¹ o aumentando su duración por ejemplo a treinta minutos⁷². Cabe también hallar convenios autonómicos que sobre la base de negar a la pausa consideración de tiempo de trabajo efectivo⁷³, amplían

⁶⁸ El Tribunal Supremo tiene dicho que el hecho de que esta pausa sea retribuida «... no debe comportar de manera ineludible que tal período de tiempo deba calificarse como de trabajo efectivo [siendo necesario] deslindar los conceptos de descanso, con o sin retribución, y el de jornada laboral. Aquél es el período o lapso de tiempo durante el que el trabajador deja de prestar servicios y que puede, muy bien, no privar de la retribución (...) y por su parte, la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que (...) dedica el trabajador a su cometido laboral propio...», vid., STS 21/10/94 (Ar. 8102).

⁶⁹ Vid., CC Cantabria (art. 14); CC Cataluña (art. 28); CC La Rioja —hostelería— (art. 13). A escala empresarial, vid., CC hotel Tierra mar (art. 10).

⁷⁰ Vid., CC La Rioja —restaurantes— (art. 10.c)). A escala provincial, vid., CC Las Palmas (art. 25); CC Valencia (art. 10, que declara que de los 30 minutos, 15 tienen la consideración de tiempo de trabajo efectivo). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Tryp Los Llanos (art. 8).

⁷¹ Vid., CC Illes Balears (art. 15). A escala provincial, vid., CC Huelva (art. 8).

⁷² Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14); CC Principado de Asturias (art. 13). Al nivel provincial, vid., CC Córdoba (art. 14); CC León (art. 7); CC Ourense (art. 4). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Chamartín (art. 12); CC hotel Marbella club (art. 14); CC hotel regencia Colón Barcelona (art. 5).

⁷³ Vid., CC Álava (art. 6).

sin embargo su duración⁷⁴. Algún convenio, en fin, no modaliza el régimen jurídico de la pausa y simplemente deja dicho que la misma será considerada tiempo de trabajo efectivo cuando así se pacte entre trabajador y empresario⁷⁵.

2. Descanso diario

El descanso diario, o descanso entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, debe ser como poco de doce horas —art. 34.3.1º del ET—. Asimismo, pese a que la ley guarda silencio, es posible interpretar, a la vista de la finalidad de este descanso y de que debe tener lugar entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, que sólo puede ser disfrutado de forma ininterrumpida. No obstante, interesa manifestar que el artículo 34.7 del ET contiene una habilitación a la función normadora del Gobierno para establecer ampliaciones o reducciones de la jornada, así como modalizaciones en el régimen jurídico de los descansos diario y semanal, en aquellos sectores o actividades que por sus peculiaridades precisen este tipo de regímenes diferenciados. Pues bien, a tal efecto, el Gobierno dictó el RD 1561/1995, sobre Jornadas especiales de trabajo (DJE), y uno de los sectores expresamente incluidos en este texto es el de la hostelería, contemplándose determinadas especialidades en materia de descanso entre jornadas y semanal en el artículo 7.2 del DJE. A los efectos que aquí interesan, esta norma reglamentaria resulta aplicable a las empresas hosteleras en actividades de temporada, y permite acordar en la negociación colectiva la reducción a diez horas del descanso entre jornadas y su compensación de forma acumulada por periodos nunca superiores a cuatro meses. El Decreto de las jornadas especiales contiene, asimismo, una regulación especial del descanso entre jornadas aplicable tanto en los casos de trabajo a turnos —art. 19.2 del DJE, reducción a 7 horas en caso de irregularidades en el cambio de turno, con compensación en los días inmediatamente posteriores—, como a las actividades con jornadas fraccionadas —art. 22.2 del DJE, posibilidad de instaurar colectivamente un descanso mínimo de 9 horas siempre que durante esa misma jornada exista un descanso alternativo de 5 horas ininterrumpidas—.

Una pauta convencional muy frecuente es no incluir especialidad alguna en el régimen jurídico de este descanso, contemplándose

⁷⁴ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 16.1).

⁷⁵ Vid., CC Segovia (art. 5).

de forma inmatizada, como regla general, uno de doce horas⁷⁶. Otras veces, sin embargo, esta regla viene acompañada de excepciones que como tales, han de ser contrastadas con las reglas específicas contenidas en el Decreto de las jornadas especiales. Por ejemplo, la posibilidad de reducir el descanso a diez horas compensando bisemanalmente las dos horas restantes en el caso del cambio de turno del personal asignado al área funcional de restaurante en establecimientos de hospedaje⁷⁷, es una previsión que debe ser examinada a la luz de los artículos 7.2 del DJE⁷⁸ y 19.2 del DJE⁷⁹. De forma más laxa, algún convenio provincial dispone que el descanso entre jornadas puede ser objeto de cómputo en periodos de hasta dos semanas en atención al régimen de turnos instaurado en el sector⁸⁰, previsión que puede encontrar apoyo en el artículo 19.2 del DJE. Incluso cabe hallar algún convenio provincial que se remite expresamente al artículo 22.2 del DJE y posibilita negociar con los representantes laborales el régimen jurídico de este descanso⁸¹.

⁷⁶ Vid., por ejemplo, CC Cantabria (art. 13); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 16.1). A escala provincial, vid., CC Cádiz (art. 20); CC Huelva (art. 8), que prevé no obstante que el descanso puede reducirse en caso de finalización del turno semanal de noche y comienzo del del mañana; CC Córdoba (art. 14); CC Cuenca (art. 18); CC Valencia (art. 11); CC Cáceres (art. 23); CC Ourense (art. 7); CC Ceuta (art. 9). Al nivel de empresa, vid., CC hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 8); CC hotel Tierra mar (art. 10).

⁷⁷ Vid., CC Illes Balears (art. 15); con carácter general, contemplando la reducción de este descanso a 10 en cualquier actividad, vid., CC Navarra (art. 16.4), bien que esta norma utiliza un cómputo cuatrisesmanal. Al nivel provincial, contemplando tal posibilidad respecto del personal de comedor y cocina, vid., CC Málaga (art. 19.4). A escala empresarial, vid., CC hotel Gloria palace (art. 21).

⁷⁸ A mi juicio, sólo muy forzosamente puede entenderse que la cláusula convencional en juego se cohoneste con la previsión reglamentaria citada, pues mientras que ésta permite modalizar el descanso entre jornadas sólo en fechas de temporada —temporada alta, aquélla permite esta modalización en todo caso, con el único límite de que se trate de los trabajadores por ella señalados.

⁷⁹ Trabajo a turnos, como previene el art. 36.3 del ET, es toda forma de organización del trabajo mediante equipos de trabajadores que ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, lo cual implica observar horarios diferentes durante periodos determinados de días o semanas. Cabe, por tanto, a la vista de esta definición legal, hablar de turnos en sentido al uso o sociológico —por ejemplo cuando la jornada diaria queda dividida en turnos de mañana y tarde ocupados de forma permanente por los mismos trabajadores, o en sentido técnico jurídico —cuando exista rotación de un trabajador o de un equipo por diversos puestos de trabajo con horarios diferentes. Por consiguiente, en el caso de la cláusula que se examina, sólo si el personal trabaja a turnos en sentido técnico jurídico —algo que parece improbable— la misma podrá entenderse válida. Pero si este personal cumple con su prestación observando un régimen de turnos en sentido sociológico, en tal caso el promedio del descanso entre jornadas por periodos de dos semanas será inviable.

⁸⁰ Vid., CC Sta. Cruz de Tenerife (art. 23).

⁸¹ Vid., CC Sta. Cruz de Tenerife (art. 23).

3. Descanso semanal

El artículo 37.1 del ET reconoce el derecho a un descanso mínimo de día y medio ininterrumpido, a disfrutar como regla general aunque totalmente exenta de imperatividad durante la tarde del sábado o la mañana del lunes y el domingo completo, siendo posible prever su acumulación por periodos de catorce días. Y dado que el artículo 37.1 del ET no precisa a quién corresponde la facultad de acumular el descanso, tal puede corresponder, en ausencia de previsión convencional en contra, al empresario. Cabe, por tanto, según esta norma, prever regímenes de trabajo de once días consecutivos seguidos de otros tres de descanso, lo que en puridad viene a constituir, como ya se señaló, una distribución irregular de la jornada semanal a lo largo del año. El artículo 37.1 in fine del ET, a mayor abundamiento, contempla la posibilidad de que este descanso quede sujeto a modalizaciones por la vía del Decreto de las jornadas especiales, las cuales pueden tener lugar, muy señaladamente, en el ámbito de las empresas hosteleras con arreglo a lo dispuesto en los artículos 6 del DJE y 7.1 del DJE.

En seguimiento de lo que establece el artículo 6 del DJE, se reconoce a la negociación colectiva la posibilidad de acumular el medio día de descanso semanal en las empresas hosteleras por periodos nunca superiores a cuatro semanas, pudiendo igualmente ser separado dicho medio día respecto del correspondiente al día completo, para su disfrute durante otro día de la semana. En cuanto al artículo 7.1 del DJE, aplicable como se sabe a las empresas hosteleras pero sólo durante la época de temporada, se vuelve a reconocer a la negociación colectiva la posibilidad de acumular el medio día de descanso semanal por periodos que no pueden exceder de cuatro meses.

Con carácter general, es usual prever en los convenios autonómicos, provinciales y de empresa descansos semanales de entre un día y medio⁸² y dos días consecutivos⁸³, a veces incluyendo la particularidad de que el señalamiento de los días hábiles para descansar se

⁸² Vid., CC La Rioja —restaurantes— (art. 8.e); CC Principado de Asturias (art. 16). En los de ámbito provincial, vid., CC Cuenca (art. 19); CC Burgos (art. 11); CC Ourense (art. 8); CC Melilla (art. 16). A escala empresarial, vid., CC hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 9).

⁸³ Vid., CC Cataluña (art. 29); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 16); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 19); CC Región de Murcia (art. 23). A escala provincial, vid., CC Almería (art. 21); CC Córdoba (art. 15); CC Huesca (art. 17); CC Palencia (art. 14). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque (art. 7); CC hotel Gloria palace (art. 22).

remite al pacto entre empresario y trabajador⁸⁴. También es normal regular regímenes de descanso cuya duración varía en función del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo⁸⁵, o en función del tipo de empresas y departamentos donde se prestan los servicios⁸⁶. Otra pauta nada infrecuente es hacer posible el fraccionamiento del descanso por pacto colectivo ulterior⁸⁷, por pacto individual⁸⁸, por decisión del empresario⁸⁹, o, incluso, directamente en las empresas o centros de trabajo que excedan un determinado número de trabajadores⁹⁰, bien que a veces exigiendo que de los dos días reconocidos día y medio se disfruten ininterrumpidamente⁹¹. Tal pauta, una vez contrastada con lo que previene el artículo 6 del DJE, no arroja duda alguna sobre su legalidad.

A veces se permite que o bien el trabajador o bien la empresa escojan entre un descanso de dos días o uno de uno y medio y percibo de una compensación salarial⁹². Bastante menos usual es prever que el trabajador tiene derecho a conocer por escrito los días de descanso semanal⁹³, o, similarmente, prever que este descanso se organiza mediante un calendario de turnos rotativos elaborado de acuerdo con los representantes y que debe hacerse público en la empresa a fin de que el trabajador conozca con suficiente antelación las fechas que le corresponde descansar⁹⁴. En alguna ocasión, por lo demás, los convenios colectivos provinciales plasman el derecho del trabajador a que la modificación de sus días de descanso sea comunicada por el

⁸⁴ Vid., CC Zamora (art. 11).

⁸⁵ Así, por ejemplo, hay convenios que fijan un descanso de día y medio ininterrumpido en empresas o centros de menos de treinta y cinco trabajadores, y de dos días cuando la plantilla supere dichos umbrales, vid., CC Cantabria (art. 15). Al nivel provincial, vid., CC Cádiz (art. 22), CC Sevilla (art. 27).

⁸⁶ Vid., CC Álava (art. 8), que reconoce 2 días de descanso en empresas de hospedaje y en departamentos de cafetería y similares, y un descanso de día y medio en el resto del sector.

⁸⁷ Vid., CC Illes Balears (art. 16).

⁸⁸ Vid., CC Cádiz (art. 21).

⁸⁹ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 19), que condiciona esta opción a la necesidad de que la plantilla de la empresa o centro de trabajo no exceda de 15 trabajadores. A escala empresarial, vid., CC Suite hotel, SL; hotel Ad Hoc parque, SL; y Jorismos, SL (art. 9).

⁹⁰ Vid., CC Badajoz (art. 12), que previene que en las empresas de menos de 7 trabajadores el descanso semanal será de 2 días, preferentemente ininterrumpidos.

⁹¹ Vid., CC Almería (art. 21); CC Cáceres (art. 23).

⁹² Vid., CC Navarra (art. 16.2). Al nivel provincial, vid., CC León (art. 8), CC Soria (art. 4).

⁹³ Vid., CC Melilla (art. 16).

⁹⁴ Vid., CC Segovia (art. 7).

empresario con una determinada antelación, por ejemplo una semana⁹⁵, pudiendo prever igualmente que la modificación de los días de descanso debe hacerse conforme al procedimiento legalmente previsto⁹⁶, que no es otro que el del artículo 41 del ET.

Asimismo, y con este apunte se entra en la problemática de la distribución irregular ex artículos 37.1 del ET y 6 del DJE y 7.1 del DJE, no es raro que los convenios colectivos dejen abierta la opción de acumular el descanso. La práctica pone de relieve varias posibilidades. Así, cabe condicionar dicha posibilidad a la concurrencia de determinadas circunstancias como coincidencia de ausentes o incomparencias imprevistas; también se exige en ocasiones que el empresario respete un plazo de preaviso⁹⁷; es, igualmente, posible condicionar esta opción a la necesidad de que así se pacte en convenios colectivos de ámbito inferior⁹⁸, y otra práctica es regular directamente un régimen de trabajo de diez días consecutivos seguidos de otros cuatro de descanso⁹⁹.

Existen convenios que con apoyo directo en el artículo 37.1 del ET, organizan un régimen peculiar en virtud del cual en las empresas que superen un determinado umbral de trabajadores —por ejemplo 20— el descanso semanal es de tres días cada dos semanas¹⁰⁰. Lo que no parece posible es prever la posibilidad de computar el descanso semanal íntegro por periodos de entre cuatro y ocho semanas¹⁰¹, puesto que el artículo 6 del DJE contempla el promedio cuatrisesemanal pero sólo del medio día de descanso semanal, mientras que el promedio de este mismo medio día se contempla por periodos máximos de cuatro meses en el artículo 7.1 del DJE pero sólo en actividades de temporada. Algún convenio autonómico, similarmente, contempla especialidades que deben leerse de forma coordinada con los artículos 6 del DJE y 7 del DJE aplicables sólo a las empresas hosteleras de determinadas provincias de la Comunidad autónoma cubierta por el convenio colectivo¹⁰².

⁹⁵ Vid., CC Zaragoza (art. 27).

⁹⁶ Vid., CC Las Palmas (art. 25).

⁹⁷ Vid., CC Illes Balears (art. 16), que fija 2 días de plazo. También, CC Melilla (art. 16).

⁹⁸ Vid., CC Cataluña (art. 29).

⁹⁹ Vid., CC Ciudad Real (art. 17).

¹⁰⁰ Vid., CC Toledo (art. 29).

¹⁰¹ Vid., CC Navarra (art. 16.2); CC Las Palmas (art. 25), que previene que en el cómputo de 4 semanas se trabajará como máximo 20 días, debiendo existir un descanso de 8 días consecutivos. A escala empresarial, vid., CC hotel Tryp Los Llanos (art. 9).

¹⁰² Vid., CC Cataluña (anexo aplicable a la provincia de Lleida), que permite la acumulación cuatrisesemanal de descanso semanal y también su acumulación cuatrimestral en actividades de temporada.

Los convenios colectivos de todos los niveles, en fin, suelen evidenciar que la costumbre de descansar en domingo goza de máxima actualidad. Tal sucede cuando se reconoce a determinados trabajadores, por ejemplo quienes tengan hijos menores —de entre 2 y 4 años—, una preferencia para descansar en sábado y domingo ¹⁰³, que a veces puede condicionarse por ejemplo disponiendo que sólo se activa si así se lo proponen al empresario los representantes de los trabajadores y si no se vulneran derechos adquiridos ¹⁰⁴. Igualmente, en ocasiones se prevé que las empresas procurarán que quienes no tengan día fijo de descanso semanal por lo menos disfruten de uno o dos domingos al mes ¹⁰⁵.

4. Fiestas laborales

El artículo 37.2 del ET reconoce el derecho de todos los trabajadores a disfrutar de catorce días festivos al año con la cualidad de ser retribuidos y no recuperables, e incorpora renglón seguido un peculiar régimen sobre reparto de competencias en materia de festividades laborales —que no va a ser objeto de examen— entre el Gobierno central, los gobiernos autonómicos y las entidades locales.

Un primer punto que suele ser objeto de tratamiento a todos los niveles son los efectos de la coincidencia del día de descanso semanal con un festivo, previéndose como regla general que el trabajador no sufrirá pérdida alguna en los descansos ¹⁰⁶. En la misma línea, cabe también dejar previsto que los festivos que caigan dentro de las vacaciones no se entenderán disfrutados ¹⁰⁷. Ambas declaraciones convencionales suponen una mejora de la regulación legal en beneficio de la parte laboral. En efecto, dado que la finalidad del festivo es facilitar la conmemoración de determinadas celebridades,

¹⁰³ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 37), que directamente reconoce este derecho, no una mera preferencia. A escala provincial, vid., CC Córdoba (art. 15); CC Salamanca (art. 19).

¹⁰⁴ Vid., CC Illes Balears (art. 16).

¹⁰⁵ Vid., CC Cataluña (art. 29); similarmente, CC Principado de Asturias (art. 16). Al nivel provincial, vid., CC Soria (art. 4). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque (art. 7); CC hotel Gloria palace (art. 22); CC hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 9).

¹⁰⁶ Vid., por ejemplo, CC Cantabria (art. 23); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 22); CC Illes Balears (art. 18.). Al nivel provincial, vid., CC Burgos (art. 13); CC Lugo (art. 18). En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Majestic (art. 27).

¹⁰⁷ Vid., CC Illes Balears (art. 18).

la coincidencia del mismo con un día de descanso semanal o con las vacaciones —que son días naturales— determina, siempre que el convenio no establezca lo contrario, la imposibilidad de trasladar el festivo¹⁰⁸. En esta línea, es decir, beneficiando más al empresario que al trabajador, algún convenio autonómico declara que los festivos que coincidan con días de incapacidad temporal se entenderán disfrutados¹⁰⁹.

Otro punto que también suelen regular los convenios de todos los niveles es el supuesto del trabajo en festivo. Hay un precepto estatal, el artículo 47 del viejo RD 2001/1983, sobre Jornadas especiales de trabajo, que habiendo sido mantenido en vigor por el Decreto de 1995, contempla esta posibilidad con carácter excepcional y si se acreditan razones técnicas u organizativas. Los convenios examinados, sin embargo, contemplan esta circunstancia con carácter de normalidad¹¹⁰. Muy probablemente, en mi opinión, las hipótesis convencionalmente reguladas, estando bien lejos de lo permitido ex artículo 47 del RD 2001/1983, no constituyan sin embargo una regulación contra legem sino praeter legem, pues lo cierto es que trabajar en festivo es algo bien normal en la práctica cotidiana de muchas organizaciones productivas, sobre todo en las incardinadas en el sector hostelero¹¹¹.

Puede afirmarse, por consiguiente, que en la regulación estatal de las fiestas laborales existe una laguna normativa —porque no se contempla la hipótesis de trabajo en día de fiesta con carácter de normalidad— que puede ser colmada por la negociación colectiva. Dando cuenta de lo que se acaba de afirmar, algún convenio reconoce a los trabajadores con hijos menores el derecho a no trabajar ningún festivo¹¹². Con carácter particular, a mayor abundamiento, aparecen

¹⁰⁸ En la STSJ Galicia 30/10/91 (Ar. 5407) se explica que la finalidad del art. 37.2 del ET es excepcionar la obligación de trabajar, lo que se cumple aunque el festivo coincida con un día de descanso. Vid., asimismo, STSJ Castilla y León 28/9/92 (Ar. 4688); STSJ Valladolid 3/6/97 (A.L., 287/1998); STSJ Baleares 9/3/99 (Ar. 1449).

¹⁰⁹ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14).

¹¹⁰ Vid., CC Cantabria (art. 23); CC Illes Balears (art. 18); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 22), que fija directamente un sistema de compensación por los festivos no disfrutados en la fecha que corresponda. Igualmente, escala provincial, CC Lugo (art. 18), que previene que cuando los festivos no recuperables deban ser trabajados el trabajador causa derecho a librar otro día.

¹¹¹ En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque (art. 9), que preceptúa que «*teniendo en cuenta que en el sector de la hostelería se trabaja en días festivos abonables, estos podrán acumularse a las vacaciones...*».

¹¹² Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 37).

previstas en un mismo convenio dos supuestos de trabajo en día de fiesta, y mientras que a uno le resulta de aplicación el artículo 47 del RD 2001/1983, al otro no¹¹³. Los festivos trabajados, en fin, pueden ser objeto tanto de compensación in natura, es decir, a través de días libres remunerados —por ejemplo acumulándolos a las vacaciones—, como de remuneración en metálico¹¹⁴.

5. Vacaciones

El derecho a vacaciones constituye un derecho físico del trabajador que en el marco de un contrato de ejecución continuada, como el contrato de trabajo, garantiza que quien presta los servicios pueda disponer de tiempo suficiente para reponer las energías físicas y psíquicas, perdidas o por perder, durante el año natural de prestación de los servicios. El régimen jurídico de las vacaciones viene definido tanto en el artículo 38 del ET como en el Convenio 132 de la OIT, sobre vacaciones anuales pagadas, ratificado por España el día 16 de junio de 1972.

Con arreglo al artículo 38.1 del ET, los días naturales de vacaciones son treinta por cada año de prestación de servicios. Muchos convenios colectivos confirman la regulación legal¹¹⁵, siendo asimismo bastante frecuente mejorarla —previando entre 31 y 35 días naturales¹¹⁶, o bien un determinado número de días laborales, normalmente entre 22 y 25—. Alguna vez se regulan convencionalmente dos opciones, con la particularidad de que la opción por las vacaciones

¹¹³ Vid., CC Ciudad Real (art. 19).

¹¹⁴ Vid., abriendo estas dos posibilidades, en la negociación autonómica, CC Cantabria (art. 23); CC Illes Balears (art. 18); CC Navarra (art. 16.3); CC Principado de Asturias (art. 18); CC Región de Murcia (art. 27). En la de ámbito provincial, vid., CC Cádiz (art. 23); CC Albacete (art. 21); CC Burgos (art. 13); CC Palencia (art. 18); CC Soria (art. 5); dejando abierta la opción, CC Ourense (art. 9); CC Gipuzkoa (art. 10). También, CC Melilla (art. 17). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Chamartín (art. 14); CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 21).

¹¹⁵ Vid., por ejemplo, CC Cataluña (art. 30); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 18); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 20); CC La Rioja —hostelería— (art. 16); CC Principado de Asturias (art. 17); CC Región de Murcia (art. 27). En la negociación provincial, vid., CC Almería (art. 23); CC Albacete (art. 18); CC Burgos (art. 12); CC Lugo (art. 20); CC Ourense (art. 10).

¹¹⁶ Vid., CC Cantabria (art. 16); CC Illes Balears (art. 17); CC Navarra (art. 16.1), que reconoce 32 días de vacaciones. Al nivel provincial, vid., CC Granada (art. 16.1); CC Soria (art. 6); CC Alicante (art. 27). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque (art. 9).

más largas exige el disfrute de parte de las mismas en fechas que con carácter general pueden resultar no muy atractivas¹¹⁷. Pese a que los días de vacaciones son naturales y, por tanto, podría suceder que las vacaciones empiecen a ser disfrutadas en día reservado al descanso semanal¹¹⁸, los convenios suelen prever que su inicio debe tener lugar el día siguiente al reservado al descanso semanal¹¹⁸. A veces se fija una fecha tope para disfrutar las vacaciones, por ejemplo antes de que finalice el primer trimestre del año natural siguiente¹¹⁹, tratándose de declaraciones de suma importancia porque corrigen cierta doctrina judicial conforme a la cual, en aras de asegurar el disfrute efectivo de las vacaciones, éstas caducan si no se disfrutaban dentro del año natural¹²⁰.

Los días de vacaciones se reconocen en atención al tiempo efectivamente trabajado o por trabajar, por lo que si el tiempo de prestación de los servicios es inferior a un año la duración de las vacaciones deberá reducirse de forma proporcional. A este respecto, algunos convenios colectivos incluyen previsiones que favorecen a los trabajadores, pues a tenor de las mismas toda ausencia al trabajo derivada de cualquier proceso de incapacidad temporal computa como tiempo de prestación de servicios de cara a calcular la duración de las vacaciones¹²¹. En ausencia de esta regla convencional, en

¹¹⁷ Vid., CC Guadalajara (art. 17).

¹¹⁸ Vid., por ejemplo, CC Cantabria (art. 16); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 18); CC Illes Balears (art. 17); CC La Rioja —hostelería— (art. 18). Al nivel provincial, vid., por ejemplo, CC Granada (art. 16.2); CC Alicante (art. 27). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Chamartín (art. 13); CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 20).

¹¹⁹ Vid., CC Illes Balears (art. 17). En la negociación de ámbito empresarial, vid., CC hotel Majestic (art. 25).

¹²⁰ Vid., SSTCT 26/1/89 (Ar. 469) y 8/2/89 (Ar. 1162); STSJ Madrid 14/1/98 (Ar. 237); STSJ País Vasco 23/2/99 (Ar. 2056): «... dado que la relación laboral con la empresa se extinguió el 10 de mayo de 1998, lo que procede es el abono proporcional [de vacaciones] correspondiente a dicho año, pero no así de las vacaciones correspondientes al año 1997 porque, según señala el artículo 38 del ET, el período de vacaciones anuales retribuidas no es sustituible por compensación económica, entendiéndose por vacaciones anuales las que corresponden a una anualidad de servicios, lo que supone que deben ser disfrutadas dentro del año natural, perdiéndolas en caso contrario...».

¹²¹ Vid., CC Illes Balears (art. 17). A escala provincial, vid., CC Cádiz (art. 24); CC Córdoba (art. 17); CC Las Palmas (art. 29); CC Cuenca (art. 21), que prevé que hasta 90 días en situación de IT no se toman en cuenta de cara a disminuir la duración de las vacaciones; CC Guadalajara (art. 17); CC Gipuzkoa (art. 16). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Chamartín (art. 13), que establece que el trabajador pierde el derecho a vacar sólo cuando haya estado en incapacidad temporal durante todo el año; CC hotel Colón Barcelona (art. 17).

efecto, no existiendo criterio legal alguno al que atenerse para resolver el problema, el empresario, muy probablemente, podría quedar en disposición de reducir la duración de las vacaciones en proporción al tiempo efectivamente trabajado.

La planificación anual de las fechas de las vacaciones es asunto que el artículo 38.2 del ET envía a los convenios colectivos, bien que la fecha concreta de las vacaciones de cada trabajador debe ser pactada entre éste y su empresario y, caso de desacuerdo, decide el juez laboral sin posibilidad alguna de recurso —art. 38.2 del ET—. El artículo 38.3 del ET, de otra parte, obliga al empresario a exponer en cada empresa o centro de trabajo un calendario de vacaciones que haga conocidos para todos los trabajadores la eventual planificación convencional de las fechas de las vacaciones así como las concretas fechas pactadas al nivel individual entre el empresario y cada uno de sus trabajadores, reconociendo asimismo que el trabajador tiene derecho a conocer las fechas de sus vacaciones al menos con dos meses de antelación al inicio de las mismas.

La planificación convencional de las vacaciones da lugar a múltiples soluciones a todos los niveles. Así, por ejemplo, algún convenio reconoce el derecho del trabajador a disfrutar todas sus vacaciones de forma ininterrumpida¹²², y otros, ahora con apoyo en el artículo 8 del Convenio 132 OIT, abren la posibilidad de fraccionarlas¹²³ —a veces condicionándola a que exista un pacto de empresa¹²⁴ o un pacto individual¹²⁵— generalmente en dos o tres periodos¹²⁶, pudiendo incluir asimismo la necesidad de garantizar el disfrute de un periodo en unas fechas determinadas, usualmente entre el 15 de junio y el 15 de septiembre¹²⁷. La posibilidad de fraccionar las vacaciones puede aparecer prevista sólo para los casos en que el trabajador, o incluso el empresario, hayan decidido que las fiestas trabajadas sean disfrutadas

¹²² Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 18).

¹²³ Vid., CC Almería (art. 23).

¹²⁴ Vid., CC Córdoba (art. 17); CC A Coruña (art. 13). A escala empresarial, vid., CC hotel Hesperia—Peregrino (art. 13).

¹²⁵ Vid., CC Huelva (art. 10). A escala empresarial, vid., CC hotel Tryp Los Llanos (art. 10).

¹²⁶ Vid., CC Navarra (art. 16.1), bien que el fraccionamiento se contempla a iniciativa del empresario. En la negociación provincial, vid., CC Castellón (art. 10); CC Pontevedra (art. 19). También, CC Melilla (art. 18).

¹²⁷ Vid., por ejemplo, CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 20); CC La Rioja —hostelería— (art. 18). A escala provincial, vid., por ejemplo, CC Granada (art. 16.2); CC Huesca (art. 18); CC Álava (art. 9). En la negociación de ámbito empresarial, vid., CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 20).

acumuladas a las vacaciones ¹²⁸. Una pauta relativamente frecuente, finalmente, es planificar más o menos rígidamente el periodo vacacional encuadrándolo entre determinadas fechas, por ejemplo entre el 1 de mayo y el 30 de octubre ¹²⁹

Son muchas las veces en las que la negociación colectiva de los tres ámbitos confirma las pautas legales relativas a la elaboración del calendario vacacional, previendo que puede ser confeccionado por el empresario, mediando informe previo de los representantes laborales ¹³⁰. Otras veces, sin embargo, se mejora este extremo en beneficio de estos últimos y se exige su anuencia, lo que suele ocurrir con frecuencia, también en los convenios de ámbito empresarial ¹³¹. En cualquiera de ambos casos, es normal fijar una fecha tope para la elaboración del calendario ¹³², por ejemplo antes del 1 de enero del año entrante ¹³³, o durante los tres primeros meses del año entrante ¹³⁴. Con carácter más excepcional, puede también preverse la necesidad de que el trabajador comunique al empresario las fechas en las que desea hacer efectivas sus vacaciones y que luego el empresario confeccione el calendario ¹³⁵.

Con respecto a la fijación empresarial del calendario vacacional, cabría manifestar que a través del calendario lo único que se consigue es dar publicidad a los acuerdos —individuales o colectivos— formalizados con anterioridad, por lo que la elaboración unilateral del calendario por el empresario será factible sólo si ello no supone atribuir a este contratante la facultad de decidir por sí mismo y planificar por su cuenta los periodos y las fechas de las vacaciones. Y si lo que se pretende con esta declaración convencional es justamente reconocer tal potestad al empresario, entonces la cláusula convencional

¹²⁸ Vid., CC Toledo (art. 30).

¹²⁹ Vid., CC Salamanca (art. 14). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Chamartín (art. 13), que previene que el calendario se fija durante el primer mes del año.

¹³⁰ Vid., CC Illes Balears (art. 17).

¹³¹ Vid., CC Cantabria (art. 16); CC Cataluña (art. 30); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 18); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 20). A escala provincial, vid., CC Córdoba (art. 17); CC Málaga (art. 22.2); CC Las Palmas (art. 29); CC Albacete (art. 18); CC Ávila (art. 31); CC Soria (art. 6); CC Castellón (art. 10); CC Cáceres (art. 17). También, CC Melilla (art. 18). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque (art. 9); CC hotel Tierra mar (art. 11); CC hotel Tryp Los Llanos (art. 10).

¹³² Vid., CC Zaragoza (art. 29); CC Bizkaia (art. 11). A escala de empresa, vid., CC hotel Chamartín (art. 13); (art. 16).

¹³³ Vid., CC Cataluña (art. 30).

¹³⁴ Vid., CC Zamora (art. 19).

¹³⁵ Vid., CC Alicante (art. 27).

estaría atentando a lo que establece la ley —art. 38.2 y 3 del ET— y, por tanto, deberá tenerse por inexistente. Cuando la elaboración del calendario se prevé de común acuerdo empresario/representantes, en fin, el eventual desacuerdo debe generalmente ventilarse ante el órgano extrajudicial de solución de conflictos que corresponda en función de la Comunidad autónoma donde el convenio surte vigencia ¹³⁶.

A modo de garantía para el trabajador, alguna cláusula convenida le reconoce el derecho a que sus vacaciones no caduquen con el transcurso del año natural en todos aquellos casos en los que el empresario incumpla su obligación de comunicar al trabajador con dos meses de antelación las fechas de sus vacaciones ¹³⁷; existiendo igualmente previsiones que amplían a tres los meses de antelación con que el trabajador tiene derecho a conocer las fechas de sus vacaciones ¹³⁸, o que recogen el derecho del trabajador a que el empresario le entregue un justificante expresando las fechas de inicio y fin de las vacaciones ¹³⁹. En ocasiones queda reconocido a escala autonómica y provincial el derecho de los trabajadores a compaginar en la medida de lo posible sus vacaciones con las estivales de sus hijos ¹⁴⁰, o el derecho de los trabajadores separados o divorciados con hijos a disfrutar las vacaciones coincidiendo con la fecha asignada por sentencia judicial o convenio regulador para gozar de la compañía de sus hijos ¹⁴¹.

Similarmente, aunque ahora se trata de trabajadores que cursan estudios en centros oficiales, algún convenio les reconoce el derecho a vacar en fechas coincidentes con los periodos de exámenes ¹⁴². Alguna vez se plasma al nivel autonómico o, en su caso, provincial el compromiso empresarial de hacer todo lo posible para que o bien el mayor número posible de trabajadores disfruten sus vacaciones en verano ¹⁴³, o bien los cónyuges que presten servicios en la misma empresa puedan vacar simultáneamente ¹⁴⁴. En punto a la planificación del periodo vacacional, no es raro que se atribuya al empresario

¹³⁶ Vid., CC Cataluña (art. 30); CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 18), CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 20), bien que este convenio remite al procedimiento de arbitraje previsto en el art. 62 del mismo convenio colectivo.

¹³⁷ Vid., CC Navarra (art. 16.1).

¹³⁸ Vid., CC Burgos (art. 12).

¹³⁹ Vid., CC Ciudad real (art. 18).

¹⁴⁰ Vid., CC Las Palmas (art. 29); CC Ávila (art. 31); CC Palencia (art. 17).

¹⁴¹ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 37).

¹⁴² Vid., CC La Rioja —hostelería— (art. 16).

¹⁴³ Vid., CC Gipuzkoa (art. 16).

¹⁴⁴ Vid., CC Principado de Asturias (art. 17).

la facultad de excluir de dicho periodo aquellos momentos del año que coincidan los periodos de mayor actividad estacional¹⁴⁵, a veces determinando con precisión el número de meses —por ejemplo 3— de mayor actividad¹⁴⁶, y en su caso condicionando dicha facultad al informe previo de los representantes laborales¹⁴⁷. Menos habitual, pero no carente de lógica, es prever que en los establecimientos con alta estacionalidad las vacaciones habrán de ser disfrutadas al término de la temporada¹⁴⁸, pudiendo preverse asimismo la posibilidad de acordar el cierre de la empresa durante un mes, que a la postre sería el hábil para disfrutar las vacaciones¹⁴⁹ —en cuyo caso no haría falta hacer público el calendario vacacional¹⁵⁰—, siendo posible igualmente condicionar la viabilidad del cierre de la empresa a que tal circunstancia sea comunicada al trabajador con una determinada antelación, por ejemplo de dos meses¹⁵¹.

En la negociación colectiva no faltan las ocasiones en las que se incorporan reglas dirigidas a solucionar los problemas que ocasione la coincidencia de una situación suspensiva de la relación laboral, como la incapacidad o el accidente, con el periodo de vacaciones normalmente desde la perspectiva de beneficiar la posición del trabajador¹⁵². Este tipo de situaciones no halla regulación en el artículo 38 del ET, y las pautas que al respecto se contienen en el Convenio 132 de la OIT —que juegan en líneas generales a favor del trabajador porque disponen que tales circunstancias no deberían suponer la pérdida del derecho a vacar— tampoco resultan aplicables porque

¹⁴⁵ Vid., CC La Rioja —hostelería— (art. 16), CC La Rioja —restaurantes— (art. 20); CC Navarra (art. 16.1). Al nivel provincial, vid., CC Soria (art. 7). También, CC Ceuta (art. 12). En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Gloria palace (art. 23).

¹⁴⁶ Vid., c Gipuzkoa (art. 16). A escala empresarial, vid., CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 20).

¹⁴⁷ Vid., CC Toledo (art. 30).

¹⁴⁸ Vid., CC Navarra (art. 16.1).

¹⁴⁹ Vid., CC Melilla (art. 18).

¹⁵⁰ Como se recoge en el CC Las Palmas (art. 29).

¹⁵¹ Vid., CC Salamanca (art. 14); CC Álava (art. 9); CC Bizkaia (art. 11).

¹⁵² Vid., CC Cataluña (art. 30); CC Illes Balears (art. 17); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 20), que previene que el trabajador pierde el derecho a vacar sólo cuando haya estado en situación de incapacidad temporal durante un año entero; CC Navarra (art. 16.1); CC Principado de Asturias (art. 17). En la negociación de ámbito provincial, vid., CC Huelva (art. 10); CC Sevilla (art. 28); CC Burgos (art. 12); CC Alicante (art. 27); CC Álava (art. 9). En los convenios colectivos de ámbito empresarial, vid., CC hotel Majestic (art. 25), que preceptúa que el trabajador pierde el derecho a disfrutar las vacaciones en otro periodo sólo si le sobreviene una situación de incapacidad temporal iniciadas sus vacaciones.

los preceptos correspondientes se remiten para su efectividad a las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado. En ausencia de estas reglas, y siempre teniendo en cuenta que una reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo ha declarado que la suspensión del contrato en los casos de baja por maternidad genera a favor de la trabajadora el derecho a que se le asigne una nueva fecha para sus vacaciones¹⁵³, regla que es confirmada expresamente por algún convenio provincial¹⁵⁴, probablemente las fechas del periodo vacacional no resultarían pospuestas desde el entendimiento de que el supuesto cae dentro de los límites de la fuerza mayor y, por tanto, es el trabajador y no el empresario quien debe soportar sus negativas consecuencias —art. 1105 del Ccivil—.

IV. HORARIO DE TRABAJO

El horario es una condición de ejecución del trabajo que tiene por fin precisar o hacer conocidas para el trabajador las horas diarias de inicio y fin de su prestación. La norma estatal no se ocupa del régimen jurídico de esta condición laboral, y ello, siendo entendible porque sería disfuncional ya que el asunto está en directa e indisoluble unión con las características propias y particularizadas de empresas y demás entornos productivos, ha de ser interpretado en el sentido de que tal régimen jurídico debe ser fijado o por la negociación colectiva, o por la contratación individual o, en su defecto, por el empresario. Lo único que regula expresamente la norma estatal es el régimen de dos horarios que por sus características pueden ser fuente de alteraciones en la salud del trabajador —el horario nocturno y el horario a turnos; art. 36 del ET— y también, y con ello el legislador estatal da cuenta de la importancia del horario desde el punto de vista del trabajador, el procedimiento que el empresario deberá observar si pretende efectuar unilateralmente modificaciones del horario en vigor —art. 41 del ET—. Por lo demás, interesa también señalar que el nuevo artículo 34.8 del ET previene que el trabajador tiene derecho a adaptar la duración y la distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, en los términos dispuestos en convenio colectivo o, en su caso, pactando con su empresario. Se trata por tanto de un derecho de configuración

¹⁵³ Vid., STJCE 18/4/04 (C 342—01), que responde a la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de o social núm. 33 de Madrid.

¹⁵⁴ Vid., CC Zaragoza (art. 29); CC Alicante (art. 27).

eminentemente convencional que conecta con la problemática del horario dado que de lo que se trata es de adecuar el régimen de horas de entrada y salida del trabajo. El seguimiento de los convenios en este punto, con todo, se ha efectuado en los apartados —duración y distribución de la jornada y descansos— donde se reconocen derechos o preferencias de estas características.

A lo largo y ancho de los Capítulos dedicados al tiempo de trabajo de muchos convenios colectivos del sector hostelero de España no existen alusiones al horario ¹⁵⁵. Ello tiene el significado práctico de remitir la determinación de las horas de entrada y salida del trabajo bien a los convenios de ámbito inferior, bien al pacto individual o bien directamente a la iniciativa unilateral del empresario. Cuando estas previsiones se incluyen, son verdaderamente excepcionales las ocasiones en las que los convenios, ahora de ámbito empresarial, fijan el horario detallado por secciones o puestos de trabajo ¹⁵⁶. Más común es que la negociación colectiva confirme que la fijación de los horarios es competencia exclusiva empresarial ¹⁵⁷ —a veces exigiendo informe no vinculante de los representantes obtenido tras su consulta a los trabajadores ¹⁵⁸—, o que prevea que la fijación de un horario flexible sólo procede previo informe favorable de los representantes de los trabajadores ¹⁵⁹, o también que acrezca los márgenes del poder de dirección empresarial en la gestión de esta condición de trabajo.

Con relación a este último tipo de previsiones, y al margen algunas que parecen fuera de la legalidad por atribuir al empresario facultades claramente exorbitantes ¹⁶⁰, proliferan muchas que disponen que el horario tanto podrá ser continuo como

¹⁵⁵ Vid., por ejemplo, CC Cantabria; CC Cataluña; CC Illes Balears. A escala provincial, vid., CC Almería; CC Albacete; CC Ciudad Real; CC Salamanca; CC Lugo. En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque; CC hotel Chamartín; CC hotel Finisterre; CC hotel Tryp Los Llanos.

¹⁵⁶ Vid., CC hotel Ritz (anexo 1).

¹⁵⁷ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 14). También, CC Ceuta (art. 9).

¹⁵⁸ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 16.2). A escala provincial, vid., CC Cádiz (art. 20); CC Granada (art. 15); CC Huelva (art. 8); CC Soria (art. 6); CC Gipuzkoa (art. 24).

¹⁵⁹ Vid., CC Principado de Asturias (art. 14).

¹⁶⁰ Vid., CC Jaén (art. 10), que previene que la empresa puede, sin más, modificar los horarios previa comunicación a los representantes; en los mismos términos, CC Zaragoza (art. 24); también, CC Ceuta (art. 9), que dispone que la fijación del horario es facultad de la empresa y su modificación también. Similarmente, CC Suite hotel, SL; hotel Ad Hoc parque, SL; y Jorismos, SL (art. 9).

partido ¹⁶¹, lo que legitima al empresario, y es algo judicialmente aceptado ¹⁶², para incluir en los contratos de sus trabajadores cláusula a cuya virtud el paso de un horario continuo a otro partido, o viceversa, puede efectuarse obviando los trámites procedimentales previstos en el artículo 41 del ET. De forma similar, no faltan las ocasiones en las que se previene que sobre la base de la existencia de un sistema de trabajo continuo, partido o a turnos la empresa puede aplicar cada una de dichas modalidades, siempre de forma causalizada, sin más requisitos que un preaviso al trabajador de quince días ¹⁶³. En esta línea, no es raro que la negociación colectiva prevea sistemas horarios, que pueden calificarse como móviles, a cuya virtud se reconoce el derecho de los trabajadores a conocer con una semana de antelación el nuevo horario que habrá de observar ¹⁶⁴.

Con carácter verdaderamente excepcional, algún convenio prevé que determinados trabajadores, por ejemplo los que tengan hijos o cónyuges minusválidos, tienen preferencia para elegir horario ¹⁶⁵. No incluyendo previsiones específicamente referidas a la determinación o régimen del horario de trabajo, en fin, algunos convenios colectivos autonómicos sí que incluyen sin embargo derechos específicos —por ejemplo a manutención a cargo de la empresa— de categorías concretas de trabajadores —por ejemplo del personal de catering o cafetería— cuando estos deban desarrollar su prestación en determinadas franjas horarias —por ejemplo cuando su horario coincida con el horario natural de comidas o cenas del establecimiento hostelero ¹⁶⁶—.

¹⁶¹ Vid., CC Cataluña (art. 28), que contempla la posibilidad de instaurar tanto jornadas continuadas como jornadas partidas. A escala empresarial, vid., CC hotel Gloria palace (art. 21), CC hotel Majestic (art. 24).

¹⁶² Vid., STSJ Madrid 20/5/93 (Ar. 2612), que resuelve un supuesto donde, tras un régimen de trabajo en turno de mañana o tarde durante unos 6 años, la empresa impone el turno nocturno: «... los actores (...) en su contrato inicial ya pactaron la posibilidad del cambio de turno, y si a ello unimos que el convenio colectivo (...) establece un horario a cumplir por los trabajadores afectados en tres turnos (...) es evidente que a tal pacto colectivo y a tal pacto individual hay que estar...». Igualmente, sobre una cláusula contractual a cuya virtud el horario puede ser continuo, partido, de mañana o de tarde en función de las necesidades del servicio, STSJ Navarra 7/6/91 (Ar. 3871): «... Los contratos de trabajo (...) permiten el establecimiento de la jornada partida, y esta posibilidad también la prevé el propio convenio colectivo exclusivamente para los centros donde no esté establecido o se establezca el régimen de turnos...».

¹⁶³ Vid., por ejemplo, CC Alicante (art. 23).

¹⁶⁴ Vid., por ejemplo, CC Sta. Cruz de Tenerife (art. 20).

¹⁶⁵ Vid., CC Segovia (art. 9).

¹⁶⁶ Vid., CC comunidad de Madrid —restauración— (anexo III.d)).

1. Horario nocturno

El artículo 36.1 *ab initio* del ET enmarca el horario nocturno en la franja comprendida entre las diez de la noche y las seis de la mañana. A partir de la existencia de un horario nocturno, el artículo 36.1.3º del ET proporciona una definición de trabajador nocturno, que es quien realizando normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, o bien quien, previsiblemente, vaya a realizar en horario nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual, se beneficiará íntegramente del régimen jurídico de la jornada nocturna. Los extremos principales de este régimen jurídico son los que siguen.

La duración de la jornada nocturna —art. 36.1.2º *ab initio* del ET— no puede exceder de ocho horas diarias de promedio en un período de referencia de quince días, sin que quepa realizar horas extraordinarias. La posibilidad de que exista una normativa estatal excepcional de juego del artículo 36.1.2º *ab initio* del ET viene prevista en el artículo 36.1.4º *ab initio* del ET, y se ha traducido en el artículo 32 del DJE. Al efecto de las empresas hosteleras, esta norma permite ampliar a cuatro meses, o a seis si así lo dispone la negociación colectiva de cualquier ámbito el plazo para promediar las ocho horas diarias, permitiendo asimismo la realización de horas extraordinarias siempre que exista pago *in natura* en los días inmediatamente posteriores. La segunda especialidad de la jornada nocturna aparece en el artículo 36.4.2º del ET, que va dirigido con carácter exclusivo a la tutela de la integridad del trabajador nocturno y consta de un supuesto de hecho múltiple o en cascada¹⁶⁷. La tercera especialidad viene dada por el régimen remuneratorio del trabajo nocturno, supuesto donde hay que estar a lo que dispone el artículo

¹⁶⁷ En primer lugar, incluye el derecho del trabajador nocturno a la evaluación de su salud; incluye en segundo lugar la posibilidad de modificar el puesto de trabajo del trabajador nocturno si el reconocimiento médico pone de relieve que sus problemas de salud están ligados a la nocturnidad del trabajo, que no constituye tanto un verdadero derecho subjetivo del trabajador nocturno cuanto una expectativa de derecho; en tercer lugar, el precepto que se cita declara que tal cambio de puesto debe ser efectuado de conformidad con los arts. 39 del ET y 41 del ET. A tenor de lo expuesto, si el ejercicio de esta expectativa de derecho no puede llegar a materializarse porque supone una vulneración de la dignidad del trabajador nocturno o de sus derechos relativos a la capacitación profesional, o porque sencillamente no existen puestos de trabajo susceptibles de ser ocupados por el trabajador nocturno ni siquiera permutando el puesto con un trabajador diurno, tal vez pudiera pensarse en reconocer al empresario la posibilidad de dar por extinguido el contrato de ese trabajador por la causa objetiva que constituyen los problemas de salud ligados a la nocturnidad del trabajo —art. 52.a) del ET.

36.2 del ET, a cuya virtud las horas trabajadas en periodo nocturno tienen una retribución específica a determinar en la negociación colectiva, salvo que el salario se fije atendiendo a que el trabajo es nocturno por su propia naturaleza o se acuerde su compensación con descansos. Entre los convenios colectivos manejados, en fin, la mayoría se ocupa de forma prácticamente exclusiva del régimen remuneratorio de las horas nocturnas ¹⁶⁸, siendo éste un asunto que no forma parte de este análisis.

2. Trabajo a turnos

Con arreglo al artículo 36.3.1º del ET, el trabajo a turnos constituye una forma de organización del trabajo basada en equipos de trabajadores que rotan por los mismos puestos de trabajo. Tal régimen lleva consigo variaciones horarias, lo cual constituye la nota tipificadora del trabajo a turnos y permite entender que el objeto de las medidas legales protectoras de los trabajadores a turnos es prevenir los riesgos que para su salud puedan materializarse a consecuencia de dichas variaciones. Por este motivo, es posible hablar de trabajo a turnos en sentido al uso o sociológico, por ejemplo cuando en la empresa existan turnos de mañana, tarde y noche pero sin rotación entre trabajadores, y también en sentido técnico jurídico, cuando exista rotación. Por lo demás, la rotación de los equipos de trabajadores tiene lugar según un cierto ritmo, que tanto puede ser continuo, es decir, con descansos no coincidentes de los equipos de trabajadores, como discontinuo, lo que sucederá cuando dichos descansos sean coincidentes ¹⁶⁹.

Las normas estatales reguladoras de esta forma de organizar el tiempo de trabajo están repartidas entre la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el Decreto de las jornadas especiales. La normativa legal va dirigida, de un lado, a empresas que desarrollan su actividad durante las veinticuatro horas del día —art. 36.3.2º del ET— y, de otro, a empresas que permanecen en activo toda la semana, domingos

¹⁶⁸ Vid., CC Cantabria (art. 13); CC Cataluña (art. 42); CC Illes Balears (art. 15); CC La Rioja —hostelería— (art. 11); CC Navarra (art. 28); CC Principado de Asturias (art. 30). A escala provincial, vid., por ejemplo, CC Cádiz (art. 7); CC Salamanca (art. 23); CC Palencia (art. 24); CC Badajoz (art. 29); CC Lugo (art. 15); CC Álava (art. 14). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Abba parque (art.14); CC hotel Avenida palace (art. 11); CC hotel Tryp Los Llanos (art. 24).

¹⁶⁹ Vid., formulando estas precisiones relativas al ritmo continuo o discontinuo, J. GARCÍA GOMBAU: *El trabajo a turno*, Bilbao, 1991, pág. 36.

y festivos incluidos —art. 36.3.3º del ET—. La normativa reglamentaria —art. 19 del DJE—, por su parte, rige en cualquier ámbito de actividad donde el trabajo se organice mediante un régimen de turnos e incide sobre el régimen jurídico de los descansos entre jornadas y semanal, por lo que la habilitación hecha al Gobierno en los artículos 34.7 del ET y 37.1 del ET para modalizar, respectivamente, el régimen jurídico de los descansos entre jornadas y semanal vale también para la modalización reglamentaria del régimen jurídico de estos descansos en el caso del trabajo con horario a turnos.

El artículo 19.2 del DJE incide en clave flexibilizadora sobre la normativa legal reguladora del descanso entre jornadas —art. 34.3.1º del ET— cuando esta regulación se proyecte sobre empresas que tengan instaurado un sistema de turnos, y establece a tal efecto que cuando el trabajador cambie de turno y no pueda disfrutar íntegramente el descanso, éste podrá reducirse de doce a siete horas, no más, siendo así que la duración del turno diario podría quedar aumentada en un máximo de cinco horas. En cuanto al descanso semanal en el trabajo a turnos, el artículo 19.1 del DJE incide sobre su régimen jurídico de dos formas: permitiendo acumular medio día del correspondiente al descanso semanal por periodos máximos de cuatro semanas, y permitiendo que este descanso, que debe disfrutarse de forma ininterrumpida según dicho precepto legal, se disfrute de manera fraccionada durante la semana, quebrando la imperatividad de la norma legal —art. 37.1 del ET— en este punto.

Conocidas las especialidades genéricas, reglamentariamente previstas, de la jornada a turnos que se proyectan sobre el régimen jurídico de los descansos entre jornadas y semanal, resta analizar las especialidades de la jornada en régimen de turnos que rigen únicamente en aquellas empresas que se mantengan en funcionamiento durante todo el día —art. 36.3.2º del ET— o durante toda la semana —art. 36.3.3º del ET—.

Con relación a las empresas en marcha todo el día, el artículo 36.3.2º del ET previene que en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria. Antes de 1994, se interpretaba que esta norma ni proscribía la adscripción a turnos fijos, con la excepción del turno nocturno, ni prescribía el sistema rotatorio, y también se le criticaba, por otro lado, y las críticas son mantenibles a día de hoy, que no tiene en cuenta que los turnos pueden extenderse

por períodos inferiores a veinticuatro horas¹⁷⁰ y resulta absurdo que en su organización no haya que considerar criterios relativos a su rotación¹⁷¹. El artículo 36.3.3º del ET, por su parte, resulta aplicable a las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos incluidos los domingos y días festivos, y permite organizar el trabajo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana. Obsérvese, no obstante, que el mantenimiento de esta norma no parece razonable desde el momento en que la Ley 11/1994 deroga la Ley del descanso dominical y, con ello, también la prohibición de trabajar en domingo —o festivo—, que era lo que justificaba la existencia del viejo artículo 36.4 del ET.

Conocidas en sus trazos generales las pautas legales sobre trabajo a turnos, en la negociación colectiva hostelera son absolutamente marginales las ocasiones en las que se entra a regular de forma directa y expresa la prestación de trabajo a turnos. Además, cuando así ocurre suele hacerse o bien repitiendo literalmente los términos legales, lo cual es innecesario y, además, no contribuye a aclarar el confuso sentido del texto legal¹⁷², o bien, en la misma línea, para dejar previsto que en materia de rotación de los turnos se estará a lo dispuesto en las normas legales vigentes¹⁷³. Los convenios colectivos, en fin, introducen en alguna ocasión previsiones que aconsejan —pero no obligan a— instaurar el sistema de turnos rotativos en empresas o centros de trabajo que acrediten determinadas particularidades, por ejemplo permanecer abiertos al público durante dieciséis horas o más¹⁷⁴. Verdaderamente excepcionales, como se viene diciendo, son las ocasiones en las que se incorpora expresamente un sistema de turnos rotatorios y se organiza la concreta cadencia rotatoria, por ejemplo semanal¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Alarcón Caracuel: La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid, 1988, p. 142).

¹⁷¹ Con estas pautas interpretativas, nuestros tribunales venían considerando que existiendo más de un trabajador que realiza los mismos cometidos no puede uno gozar con exclusividad del turno más favorable, vid., STSJ Madrid 23/1/91 (Ar. 850), aunque otras veces podían apreciar la existencia de razones objetivas que justifican el derecho a no rotar, como la mayor antigüedad de quien goza de tal turno, vid., STSJ La Rioja 5/5/94 (Ar. 1895). La única prohibición, en fin, que de dicha norma derivaba para el empresario era, y es, la imposibilidad de adscribir trabajadores al turno nocturno durante más de dos semanas seguidas sin contar con su consentimiento expreso.

¹⁷² Vid., CC Principado de Asturias (art. 14).

¹⁷³ Vid., CC Alicante (art. 23).

¹⁷⁴ Vid., CC Valencia (art. 11).

¹⁷⁵ Vid., CC hotel Marbella club (art. 14).

3. El calendario laboral

Que el régimen jurídico del horario esté — salvo las excepciones que conciernen al trabajo en horario nocturno y en horario a turnos- desregulado e implícitamente remitido en bloque a las partes de la negociación colectiva o, en su defecto, de la relación individual de trabajo no debería significar que el trabajador pueda quedar sin conocer a qué hora va a comenzar o a finalizar su jornada diaria. En directa conexión con esta afirmación, el artículo 34.6 del ET contempla la obligación del empresario de elaborar anualmente el calendario y de exponerlo en un lugar visible de la empresa o centro de trabajo. La normativa estatal referida al calendario viene dada por este precepto y también por lo dispuesto en la DA 3^a.a) del DJE, que reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario.

Un extremo esencial de la obligación empresarial de confeccionar el calendario pero sumamente problemático porque carece de normación estatal, es todo lo relativo a su contenido. Este importante extremo, en consecuencia, queda implícitamente remitido en bloque por el Estado a la autonomía colectiva. El Tribunal Supremo ha corroborado esta impresión cuando afirma que «... *es más que dudoso que el empresario esté obligado a incluir los horarios en el calendario (...) esta obligación no puede extenderse a aquellos trabajadores y horarios que, por las características de su prestación, ya se ha previsto en el convenio colectivo que realicen unas jornadas de difícil determinación (...) La obligación de establecer en el calendario la precisión horaria de estos trabajadores supondría tanto como destruir el principio de libertad organizativa que el (...) convenio colectivo concedió a la empresa respecto de esas especiales tareas y los trabajadores que las realizan...*»¹⁷⁷. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, matizando los términos de su doctrina en sentencia posterior, apunta que es absolutamente necesario que a cambio de la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo existan mecanismos hábiles para anticipar al trabajador sujeto al régimen de flexibilidad un conocimiento más o menos exacto de los criterios que rigen la problemática de sus horas de entrada y salida del trabajo¹⁷⁸

¹⁷⁷ Vid., STS 18/9/00 (Ar. 8297).

¹⁷⁸ Vid., manifestando que las empresas afectadas por el convenio «... *tienen que someterse, en la organización de su trabajo, a las necesidades de aquellas entidades a las que sirven, lo que influye de manera decisiva en los horarios de trabajo diario [y] los interesados han preferido omitir tal fijación de un horario que podría dificultar su tarea habitual, y han confiado más bien en los acuerdos que, según las circunstancias de cada caso, pueden alcanzar empresas y trabajadores afectados...*», STS 30/4/01 (Ar. 5133).

La práctica de la negociación colectiva de ámbito autonómico, provincial y de empresa revela que es bastante infrecuente incluir previsiones relativas al calendario laboral. Cuando así ocurre, éstas suelen ir referidas a los criterios de elaboración del calendario, bien por el empresario de forma unilateral previa consulta e informe no vinculante de los representantes¹⁷⁸ —consulta que se traslada a los trabajadores individuales si la empresa o centro de trabajo cuenta con menos de 6 trabajadores¹⁷⁹—, o bien obligando al empresario a pactar el calendario con los representantes laborales¹⁸⁰ o, en su defecto, con los propios trabajadores¹⁸¹. En alguna ocasión se fijan plazos, por ejemplo el primer trimestre del año, para la confección del calendario¹⁸². Con carácter más puntual, el contenido del calendario puede aparecer especificado a los niveles autonómico, provincial y de empresa obligando a que dicho documento incluya por ejemplo el horario anual y las vacaciones anuales¹⁸³, o más detalladamente, el nombre del trabajador, el grupo profesional, el turno de trabajo diario, la jornada semanal y los tiempos de descanso¹⁸⁴.

V. CONCLUSIONES

La problemática del tiempo de trabajo en el sector de la hostelería de nuestro territorio nacional es objeto de tratamiento desde una perspectiva que atiende en mayor medida a los intereses del empresario que a los del trabajador. En el terreno de la duración de la jornada proliferan las cláusulas que introducen cómputos anuales de jornada,

¹⁷⁸ Vid., CC Cataluña (art. 31); CC Navarra (art. 15); CC Guipúzcoa (art. 13).

¹⁷⁹ Vid., CC Navarra (art. 15).

¹⁸⁰ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 15); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 18); CC La Rioja —hostelería— (art. 15). A escala provincial, vid., CC Badajoz (art. 13); CC A Coruña (art. 15). A escala empresarial, vid., CC hotel Hesperia-Peregrino (art. 24); CC hotel Majestic (art. 26), CC hotel princesa Sofía (art. 11).

¹⁸¹ Vid., CC Cantabria (art. 13).

¹⁸² Vid., CC La Rioja —hostelería— (art. 15); CC Navarra (art. 15). A escala provincial, vid., CC Ciudad Real (art. 22); CC Burgos (art. 14). En la negociación de ámbito empresarial, vid., CC hotel Tryp presidente de Barcelona (art. 19).

¹⁸³ Vid., CC Cantabria (art. 13).

¹⁸⁴ Vid., CC comunidad de Madrid —hospedaje— (art. 15); CC comunidad de Madrid —restauración— (art. 18); CC Navarra (art. 15). En la negociación de ámbito provincial, vid., CC Cádiz (art. 19); CC Huelva (art. 8); CC Ciudad real (art. 22); CC Guadalajara (art. 18); CC Burgos (art. 14); CC Badajoz (art. 13); CC A Coruña (art. 15); CC Álava (art. 6). En la negociación de empresa, vid., CC hotel Chamartín (art. 16); CC hotel Hesperia-Peregrino (art. 24); CC hotel Majestic (art. 26).

y además la negociación colectiva actúa con frecuencia la posibilidad de regular jornadas diarias de más de nueve horas. Por su parte, las horas extraordinarias se conciben como fórmulas recurrentes de prolongación remunerada de la jornada, desoyendo las indicaciones expresas que al respecto formula el AINC'07.

El cómputo de la jornada sólo de manera formal aparece tratado en la negociación colectiva del sector hostelero, y cuando así sucede suele ser a escala autonómica y provincial. Ello determina que a la negociación colectiva de ámbito inferior, incluido el empresarial, o en su caso al empresario de forma unilateral les puedan quedar implícitamente reconocidos amplios márgenes para decidir sobre la marcha qué tiempos que no son estrictamente de trabajo efectivo quedan incluidos en la duración de la jornada y cuáles no. Y no se pierda de vista que ello contradice las pautas del AINC'07 en la medida en que puede tener evidentes repercusiones negativas en la disponibilidad del trabajador y, por consiguiente, en su tiempo para la vida íntima o personal.

En materia de distribución de la jornada, los interlocutores sociales del sector utilizan como norma de cobertura tanto el artículo 34 del ET como el artículo 35 del ET. Los modelos distributivos pactados con arreglo al primer precepto son muchos y variados, lo que es positivo porque a la postre vienen a significar distintas vías o mecanismos para conseguir una mejor adecuación de las horas de trabajo a las necesidades de la demanda productiva. Por su parte, los mecanismos de distribución irregular de la jornada anual pactados ex artículo 35 de ET constituyen una fórmula cada vez más usual en nuestra negociación colectiva hostelera. No obstante, es criticable que la mayoría de estas fórmulas convenidas dejan de atender a aspectos básicos para los intereses del trabajador, como por ejemplo la delimitación del plazo en que debe tener lugar el descanso compensatorio por la hora extraordinaria realizada. Tampoco es valorable positivamente, en esta línea, la desidia que reflejan aquellas cláusulas convencionales que dejan en blanco la problemática de las horas extraordinarias, puesto que con ello abren a la iniciativa del empresario la posibilidad de actuar en la práctica regímenes de distribución irregular de la jornada.

Los descansos legales constituyen límites a la distribución de las horas de trabajo, aunque el régimen del descanso semanal también abre la posibilidad de que el empresario introduzca modelos de distribución flexible de la jornada, cosa que no es infrecuente en la negociación colectiva del sector hostelero. Tanto el descanso entre

jornadas como el semanal resultan a menudo objeto de modalización en clave flexibilizadora de acuerdo con las posibilidades abiertas a la negociación colectiva en el Decreto de las jornadas especiales. Por otra parte, dado que la negociación colectiva contempla con naturalidad el supuesto de prestación de trabajo en día festivo, cabe afirmar que los distintos regímenes convencionales sobre fiestas laborales que proliferan en el sector de la hostelería evidencian un desfase absoluto del legislador con la realidad de nuestros días. En general, el examen de las pautas convencionales en materia de distribución de la jornada pone de manifiesto que en la práctica resulta más favorecido el interés del empresario que el del trabajador. Así, y ello supone desoir las sugerencias del AINC'07 relativas al adecuado intercambio en la relación de trabajo entre flexibilidad y seguridad, en nuestra negociación colectiva del sector de la hostelería se echan en falta cláusulas expresamente dirigidas a procurar una gestión del tiempo de trabajo coordinada con el derecho del trabajador a disfrutar de tiempo para la vida personal, dedicándolo por ejemplo a la familia. Y no se pierda de vista, en fin, que esta carencia también supone desconocer el mandato que dirige a la negociación colectiva el actual art. 34.8 del ET.

CAPÍTULO VI. EL SALARIO

Magdalena Llompart Bennàssar

Sumario: I Consideraciones generales. II. Percepciones extrasalariales: 1. Indemnizaciones y suplidos. 2. Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social. 3. Indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos. III. Percepciones salariales: 1. Salario en metálico y en especie. 2. Estructura salarial y cuantía salarial: 2.1. Salario y otros conceptos asimilables. Especial referencia a las pagas extraordinarias: 2.1.1. Salario base; 2.1.2. Otros conceptos asimilables. Especial referencia a las pagas extraordinarias; 2.2. Complementos salariales: 2.2.1. Relativos a las condiciones personales del trabajador; 2.2.2. Relativos al trabajo realizado: A) Complementos de puesto de trabajo; B) Complementos por calidad o cantidad de trabajo realizado. IV. Cláusulas de descuelgue salarial. V. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 26 del ET define el concepto de salario en positivo (art. 26.1) y en negativo (art. 26.2). Ello propicia que el análisis del tratamiento convencional de la prestación salarial en el sector de la hostelería se deba efectuar indicando, en primer lugar, qué percepciones no pueden ser estimadas como salariales, para en segundo lugar examinar y profundizar en las que sí cuentan con tal carácter.

Como paso previo, cabe poner de manifiesto que el actual sistema retributivo en uso es el salario a tiempo¹, que habitualmente tiene una periodicidad mensual. No obstante, en los casos de servicios extraordinarios de restauración —aquellos que por las especiales características de su prestación, breve duración, carácter irregular y número de comensales o de clientes, como banquetes y celebraciones sociales, no pueden ser prestados por los trabajadores ligados a la empresa, haciendo necesaria la contratación de trabajadores extras—², se prevé un salario a tiempo diario³ o por horas⁴. Es más, en estos supuestos, algún convenio incorpora un sistema de participación en beneficios consistente en un porcentaje de la factura⁵.

¹ Al respecto interesa indicar que el sistema de propinas en nuestro país quedó suprimido por el Reglamento para la industria hotelera, cafés, bares y similares, aprobado por la Orden del Ministerio de Organización y Acción Sindical, de 1 de mayo de 1939.

Asimismo, el sistema de porcentaje está en vías de extinción. Tan sólo se prevé con carácter residual, puesto que los actuales convenios colectivos como mucho indican la posibilidad que tienen las empresas de continuar con dicho sistema retributivo o de abolirlo. Tal es el caso de los CC de Cantabria (art. 38), CC Cataluña (art. 35), CC Murcia (art. 11), CC Málaga (DT 3ª), CC Huesca (art. 14), CC Las Palmas (art. 22), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 31 y Anexo I), CC Albacete (art. 30), CC Guadalajara (art. 25), CC Toledo (arts. 35 y Anexo III), CC Palencia (art. 27), CC Bizkaia (art. 5 y Anexo I), CC Hotel Abba Parque (art. 5).

Por otra parte, algunos convenios han sustituido el porcentaje por pluses de carácter personal. Es el caso de CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 28), CC Cádiz (art. 5), CC Córdoba (art. 35) y CC Valencia (art. 17).

² Definición contenida en el CC Comunidad de Madrid-hostelería (Anexo II, art. 1).

³ Es el caso de los CC de Cantabria (art. 34), CC Cataluña (art. 25.1, Anexo Barcelona —A.6, A.10—, Anexo Tarragona —B.5—, Anexo Lleida —4— y Anexo Girona —D.4—), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (Anexo IV), CC Comunidad de Madrid-hostelería (Anexo II, art. 3), CC Cádiz (art. 14), CC Córdoba (art. 29), CC Granada (art. 9 y Anexo I), CC Teruel (art. 27), CC Zaragoza (art. 14), CC Las Palmas (art. 18 y Anexo IV), CC Burgos (art. 24), CC Salamanca (art. 13), CC Castellón (Anexo), CC A Coruña (art. 12), CC Lugo (art. 35), CC Ourense (DA 2ª), CC Bizkaia (art. 22), CC Hotel Abba Parque (art. 19 y Anexo), CC Hotel Marbella Club (art. 32) y CC Hotel Tierra Mar (art. 32).

⁴ Cfr. CC Jaén (art. 24), CC Gipuzkoa (art. 11 y Anexo V), CC Las Palmas (art. 18 y Anexo IV), CC Ciudad Real (art. 43) y CC Melilla (art. 11).

⁵ Cfr. CC La Rioja-restaurantes (arts. 14 y 15).

II. PERCEPCIONES EXTRASALARIALES

En relación con las percepciones extrasalariales cabe destacar que, siendo el salario la contraprestación del empresario por los servicios efectuados por el trabajador, los beneficios económicos que éste obtenga de terceras personas no constituyen propiamente salario, a pesar de que sean a cambio de su trabajo. El ejemplo paradigmático de estos beneficios, en el sector de la hostelería, es el de las propinas o percepciones de personas ajenas a la empresa —a título de pura liberalidad por ciertas atenciones personales, peculiares servicios o incluso por un uso social— caracterizadas por no contar con una cuantía fija ni devengo periódico. En este sentido, el hecho de que por inercia histórica sea la propia empresa la que recoja y distribuya las propinas según los posibles sistemas pactados no cambia su naturaleza, convirtiéndolas en salario⁶.

La formulación negativa de salario contenida en el art. 26.2 del ET comprende tres categorías no salariales: indemnizaciones y suplidos, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, así como indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos.

1. Indemnizaciones y suplidos

Las percepciones no salariales de carácter indemnizatorio más frecuentemente reconocidas en el sector de la hostelería son⁷:

a) El plus de desplazamiento, que pretende compensar los gastos a los que debe hacer frente el trabajador por razón de la lejanía entre su domicilio y el centro de trabajo⁸. Dicho plus está reconocido en

⁶ Vid., por ejemplo, CC Ciudad Real (art. 42).

⁷ Existen otras como la indemnización contemplada también en el CC Illes Balears (art. 31) para aquellos supuestos de extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador se vea obligado a formular demanda ante la jurisdicción competente en reclamación de cantidades por los conceptos exclusivos de salarios ordinarios, gratificaciones extraordinarias, fiestas o vacaciones, consistente en un 30 por 100 sobre la diferencia existente entre la cantidad definitivamente fijada por el juez y la que la empresa hubiera ofrecido o hecho efectiva con anterioridad a la resolución judicial. También, la del CC Hotel Marbella Club (art. 22) referida a la compensación de gastos de colegiación de los trabajadores con categoría de fisioterapeutas.

⁸ Por su parte, CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 21) y CC Hotel Tryp El Hidalgo no reconocen plus alguno, pero sí la obligación empresarial de ofrecer al personal el transporte para el traslado al centro de trabajo así como para el regreso a la ciudad.

bastantes convenios colectivos⁹, aunque se observa una leve tendencia a su desaparición¹⁰.

En relación con su dinámica, se pueden efectuar diversas precisiones. En primer término, rara vez se exigen requisitos específicos para su percepción tales como que exista una cierta distancia entre el domicilio del trabajador y del centro de trabajo¹¹, que la empresa esté ubicada en el extrarradio¹², que los trabajadores tengan fijada su residencia fuera de los límites urbanos donde esté enclavado el centro de trabajo¹³ o que concurren causas especiales como servicios extraordinarios, trabajos imprevistos o de urgente necesidad que provoquen la entrada o salida en horas que no haya servicios públicos de transporte¹⁴. En segundo término, aun cuando sería coherente con su naturaleza resarcitoria, tan sólo esporádicamente se tiene en con-

⁹ Vid. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.B), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 33), CC Illes Balears (art. 27), CC La Rioja-restaurantes (art. 13), CC La Rioja-hoteles (art. 12), CC Murcia (art. 33), CC Almería (art. 39), CC Cádiz (art. 9), CC Córdoba (art. 31 y 33), CC Granada (art. 36), CC Huelva (art. 18), CC Jaén (art. 37), CC Málaga (arts. 35 y 36), CC Huesca (art. 12), CC Teruel (art. 7), CC Zaragoza (art. 46), CC Las Palmas (art. 21), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 34.1), CC Albacete (art. 26), CC Ciudad Real (art. 37), CC Cuenca (art. 14), CC Toledo (art. 38), CC Ávila (art. 21), CC Burgos (arts. 42 y 43), CC Salamanca (art. 35), CC Soria (art. 15), CC Valladolid (art. 16), CC Castellón (art. 14), CC Valencia (art. 20 y Anexo II), CC Badajoz (art. 33), CC Lugo (art. 11), CC Pontevedra (art. 34), CC Álava (art. 20), CC Bizkaia (art. 27), CC Gipuzkoa (art. 12), CC Ceuta (art. 31 y Anexo I), CC Melilla (art. 31), CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7), CC Hotel Abba Parque (art. 24), CC Hotel Chamartín (art. 19), CC Hotel Finisterre (art. 12), CC Hotel Gloria Palace (art. 13), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 10), CC Hotel Marbella Club (art. 19), CC Hotel NH Atlántico (art. 12), CC Hotel Princesa Sofía (art. 10), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 18) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 28).

Es más existen convenios colectivos que prevén la acumulación de este plus a ciertas cantidades ya reconocidas a ciertos trabajadores en concepto también de desplazamiento. Es el caso de CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.B), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 33), CC Illes Balears (art. 27), CC Huesca (art. 12), CC Zaragoza (art. 46) y CC Valladolid (art. 16).

¹⁰ Así, el CC de Cataluña y el CC Hotel Avenida Palace (art. 13) reconocen dicho plus tan sólo a los trabajadores que a la entrada en vigor del mismo ya lo viniesen percibiendo (art. 40). En fin, existen otros convenios en los que ni se recoge. Es el caso del CC de Asturias, CC Cantabria, CC Navarra, CC Sevilla, CC Guadalajara, CC León, CC Palencia, CC Zamora, CC Alicante, CC Cáceres, CC A Coruña y CC Ourense.

¹¹ Vid., exigiendo dos kilómetros de distancia entre ambos puntos, CC La Rioja-restaurantes (art. 13), CC Valladolid (art. 16) y CC Gipuzkoa (art. 12).

¹² Cfr. CC Granada (art. 36), CC Álava (art. 20), CC Burgos (art. 43), CC Soria (art. 15) y CC Castellón (art. 14).

¹³ Vid. CC Huelva (art. 18) y CC Ciudad Real (art. 37).

¹⁴ Cfr. CC Bizkaia (art. 27), CC Gipuzkoa (art. 12), CC Valladolid (art. 16), y CC Hotel Princesa Sofía (art. 10).

sideración el que el trabajador preste sus servicios en jornada continuada o partida, en cuyo caso su cuantía es más elevada¹⁵. En tercer término, se suele prever que el plus de desplazamiento se devengue por día o mes efectivamente trabajado¹⁶, no incluyéndose, por consiguiente, en la retribución correspondiente al período de disfrute efectivo de las vacaciones¹⁷. Y, en cuarto término, algún convenio excluye el abono de dicho plus en situaciones de incapacidad temporal, maternidad o similares¹⁸.

Los pluses por desplazamiento habitualmente consisten en una cantidad predeterminada, bien que a veces aparecen pluses de transporte determinados a razón de un cierto importe por kilómetro de distancia entre el domicilio del trabajador y el centro de trabajo¹⁹, o cuyo importe coincide con el del coste del transporte público²⁰. En fin, se trata de una percepción que, en principio, como se encargan de apuntar algunos convenios, no cotiza a la Seguridad Social²¹.

b) La obligación empresarial de suministrar uniformes o, en general, la ropa que no sea de uso habitual en la vida diaria y que se precise para realizar el trabajo²². Tales percepciones en especie

¹⁵ Vid. CC Valencia (art. 20 y Anexo II) y CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7).

¹⁶ Cfr. CC La Rioja-restaurantes (art. 13), CC Cádiz (art. 9), CC Jaén (art. 37), CC Albacete (art. 26), Cuenca (art. 14), CC Toledo (art. 38), CC Ávila (art. 21) y CC Hotel NH Atlántico (art. 12).

¹⁷ En dicho sentido, CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.B), CC Cádiz (art. 9), CC Jaén (art. 37), CC Zaragoza (art. 46), CC Badajoz (art. 33), CC Pontevedra (art. 34), CC Melilla (art. 31), CC Hotel Chamartín (art. 19) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 28). En relación con su no inclusión en la eventual compensación pecuniaria del disfrute de las vacaciones, vid. CC Illes Balears (art. 17). Por el contrario, incluyendo el plus de transporte en la época de vacaciones, vid. CC Hotel Marbella Club (art. 19).

¹⁸ Como indica expresamente el CC Illes Balears (art. 27). No obstante, CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 33 en relación con el art. 42 párr. 5º) y CC Badajoz (art. 33) prevén, bajo determinadas circunstancias, que el citado plus se devengue en situaciones de incapacidad.

¹⁹ Cfr. CC Álava (art. 20) y CC Ciudad Real (art. 37).

²⁰ Vid., expresamente, CC Gipuzkoa (art. 12).

²¹ Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.B) CC Comunidad de Madrid-hotelería (art. 33), CC Illes Balears (art. 27), CC Murcia (art. 33), CC Almería (art. 39), CC Cádiz (art. 9), CC Jaén (art. 37), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 34.1), CC Salamanca (art. 35) y CC Hotel Chamartín (art. 19).

²² Vid. CC Asturias (art. 35), CC Cantabria (art. 36), CC Cataluña (art. 41), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 30), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 38), CC Illes Balears (art. 29), CC La Rioja-hoteles (art. 22), CC La Rioja-restaurantes (art. 11), CC Murcia (art. 20), CC Navarra (art. 23), CC Almería (art. 41), CC Cádiz (art. 10), CC Córdoba (art. 20), CC Granada (art. 21), CC Huelva (art. 15), CC Jaén (art. 58), CC Málaga (art. 17), CC Sevilla (art. 36), CC Huesca (art. 37), CC Teruel (art. 23), CC Zaragoza (art. 18), CC Las Palmas (art. 14), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 34.3), CC Albacete (art. 33), CC Ciudad Real (art. 38), CC Cuenca (art. 38), CC Guadalajara (art.

no cuentan con naturaleza salarial debido a su carácter resarcitorio, como tampoco la compensación dineraria a favor de los trabajadores en defecto de aquéllas²³, ni las eventuales indemnizaciones para la conservación y limpieza de la ropa de trabajo²⁴.

c) El plus de quebranto de moneda, reconocido a categorías profesionales de cajero/a y auxiliares de caja, así como a quienes habitualmente ejercen la función de caja, cuando se les exija suplir las faltas de caja²⁵. En alguna ocasión, se apunta que el pago de la

24.III), CC Toledo (art. 52), CC Ávila (art. 14), CC Burgos (art. 32), CC León (art. 13), CC Palencia (art. 32), CC Salamanca (art. 34), CC Segovia (art. 21), CC Soria (art. 16), CC Valladolid (art. 15), CC Zamora (art. 14), CC Alicante (art. 45), CC Castellón (art. 13), CC Valencia (art. 28), CC Cáceres (art. 13), CC A Coruña (art. 30), CC Lugo (art. 33), CC Ourense (art. 29), CC Álava (art. 29), CC Bizkaia (art. 21), CC Gipuzkoa (art. 22), CC Ceuta (art. 17), CC Melilla (art. 30), CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7), CC Hotel Abba Parque (art. 18), CC Hotel Gloria Palace (art. 16), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 27), CC Hotel Marbella Club (art. 20), CC Hotel Ritz (art. 16), CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 11), CC Hotel Tierra Mar (art. 6), CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 11), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 20) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 31).

²³ En este orden de cosas se puede distinguir entre los convenios que cuantifican pecuniariamente esta compensación en metálico y los que no.

Entre los primeros, algunos de los cuales exigen previa presentación de justificación o factura de su importe, se hallan los CC Asturias (art. 35), CC Cataluña (art. 41), CC Illes Balears (art. 29), CC Navarra (art. 23), CC Málaga (art. 17), CC Almería (art. 41), CC Cádiz (art. 10), CC Guadalajara (art. 24.III), CC Toledo (art. 52), CC Alicante (art. 45), CC Castellón (art. 13), CC Valencia (art. 28 y Anexo II), CC Álava (art. 29), CC Hotel Avenida Palace (art. 12), CC Hotel Chamartín (art. 25), CC Hotel Marbella Club (art. 20), CC Hotel Princesa Sofía (art. 15 y Anexo III), CC Hotel Tierra Mar (art. 6) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 31).

Entre los segundos, CC Cantabria (art. 36), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 30), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 38), CC La Rioja-hoteles (art. 11), CC La Rioja-restaurantes (art. 11), CC Murcia (art. 20), CC Córdoba (art. 20), CC Jaén (art. 58), CC Huesca (art. 37), CC Teruel (art. 23), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 34.3), CC Ciudad Real (art. 38), CC Castellón (art. 13), CC Badajoz (art. 32) y CC Cáceres (art. 13).

²⁴ Vid. CC Cataluña (art. 41), CC Illes Balears (art. 29), CC Murcia (art. 20), CC Zaragoza (art. 45), CC Las Palmas (art. 14), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 34.3), CC Albacete (art. 34), CC Cuenca (art. 38), CC Palencia (art. 32), CC Valladolid (art. 15), CC Castellón (art. 13), CC Valencia (art. 28 y Anexo II), CC Cáceres (art. 13), CC A Coruña (art. 30), CC Lugo (art. 11 y tablas salariales), CC Gipuzkoa (art. 22), CC Hotel Abba Parque (art. 23) y CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 27).

²⁵ Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (DT 1^ª), CC Comunidad de Madrid-hostelería (DT 1^ª), CC Cádiz (art. 12), CC Ciudad Real (art. 41), CC Ávila (art. 22), CC Cáceres (art. 18), CC Ceuta (art. 32 y Anexo I), CC Melilla (art. 32), CC Hotel Chamartín (art. 20), CC Hotel Marbella Club (art. 12), CC Hotel NH Atlántico (art. 20), CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 28) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 28). El CC A Coruña (art. 10) declara que, a partir del 1 de enero, este concepto queda extinguido, aunque lo mantiene para los trabajadores que disfrutaban del mismo como una cantidad consagrada.

cantidad pertinente será proporcional al tiempo de trabajo correspondiente al desarrollo de las funciones de caja²⁶.

d) La eventual cesión a los trabajadores de útiles o herramientas necesarias para el desarrollo de la prestación de sus servicios²⁷, estableciéndose en su defecto el abono de una cantidad²⁸; compensación que viene estrechamente relacionada con la obligación de facilitar al personal de cocina los útiles y herramientas necesarias para su labor²⁹.

2. Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social

En el seno de esta mención legal, y por lo que ahora interesa, cabe incluir tanto las prestaciones derivadas de las mejoras voluntarias del sistema como las eventuales medidas de acción social de la empresa previstas convencionalmente, sobre las que me voy a centrar.

Como parte de la acción social de la empresa, los convenios colectivos del sector de la hostelería reconocen diversas medidas que se pueden agrupar en función de su objeto:

a) Respecto de los sistemas de protección a la familia, se convienen percepciones por matrimonio³⁰, natalidad³¹ o adopción de hijos³²,

²⁶ Vid. CC Ávila (art. 22).

²⁷ Vid. CC Almería (art. 40), CC Cádiz (art. 13), CC Córdoba (art. 32), CC Albacete (art. 33), CC Guadalajara (art. 24.II), CC Burgos (art. 33), CC León (art. 13), CC Palencia (art. 31), CC Alicante (art. 43), CC Castellón (art. 13), CC Valencia (art. 21), CC Bizkaia (art. 26), CC Hotel Gloria Palace (art. 15), CC Hotel Marbella Club (art. 21) y CC Hotel Tierra Mar (art. 6).

²⁸ Vid. CC Cádiz (art. 13), CC Córdoba (art. 32), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 34.3), CC Valencia (art. 21 y Anexo II), CC Cáceres (art. 18) y CC Bizkaia (art. 26).

²⁹ Vid. CC Illes Balears (art. 28), CC Granada (art. 33), CC Huelva (art. 16), CC Las Palmas (art. 13) y CC Cáceres (art. 15).

³⁰ Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 26), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 35), CC Murcia (art. 18), CC Almería (art. 48), CC Granada (art. 40), CC Huelva (art. 13), CC Jaén (art. 50), CC Sevilla (art. 17), CC Salamanca (art. 40), CC Soria (art. 12), CC Valladolid (art. 22), CC Alicante (art. 48), CC Cáceres (art. 15), CC Álava (art. 23), CC Ceuta (art. 21), CC Melilla (art. 24), CC Hotel Finisterre (art. 17), CC Hotel Hesperia Peregrino (art. 15), CC Hotel NH Atlántico (art. 17), CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 19), CC Hotel Tierra Mar (art. 14) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 19).

³¹ Vid. CC Madrid-hospedaje (art. 29), CC Cádiz (art. 31), CC Granada (art. 41), CC Jaén (art. 51), CC Sevilla (art. 19), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 28), CC Ávila (art. 26), CC Soria (art. 12), CC Valladolid (art. 22), CC Badajoz (art. 34), CC Álava (art. 23), CC Ceuta (art. 21), CC Hotel Princesa Sofía (art. 19), CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 20), CC Hotel Tierra Mar (art. 14) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 20).

³² Expresamente, vid. CC Hotel Princesa Sofía (art. 19).

pluses de ayuda por hijo con algún tipo de minusvalía³³, bolsas de escolaridad para trabajadores con hijos en edad escolar³⁴ o, en fin, pluses de ayuda familiar para trabajadores que perciban prestaciones de igual naturaleza de la Seguridad Social³⁵.

b) Como mecanismo de promoción de la formación de los trabajadores se contemplan ayudas por estudios³⁶, que en ocasiones vienen limitadas a cursos relacionados con la actividad de la hostelería³⁷, cursos de idiomas³⁸ y cursos para la renovación del carné de manipulador³⁹.

c) Al margen de estas dos líneas de protección existen otros beneficios de carácter heterogéneo, como ayudas de economato⁴⁰, pluses por adquisición de vivienda⁴¹ y las bolsas de vacaciones⁴². Concepto este último al cual la doctrina judicial le ha reconocido carácter extrasalarial⁴³.

3. Indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos

En cuanto a las indemnizaciones generadas por traslados, entre los pocos convenios que las prevén cabe distinguir los que tan sólo regulan las compensaciones por un traslado en sentido técnico-jurídico⁴⁴ y los que diferencian entre el traslado y el desplazamiento⁴⁵.

³³ Cfr. CC Sevilla (art. 16), CC Valladolid (art. 17), CC Hotel Princesa Sofía (art. 20), CC Hotel Ritz (art. 20), CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 24) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 24).

³⁴ Vid. CC Huelva (art. 20), CC Segovia (art. 24) y CC Hotel Tierra Mar (art. 16).

³⁵ Vid. CC Málaga (art. 61).

³⁶ Cfr. CC Cádiz (art. 33) y CC Huelva (art. 20).

³⁷ Cfr. CC Huesca (art. 32), CC Teruel (art. 36), CC Zaragoza (art. 38) y CC Santa Cruz de Tenerife (art. 39).

³⁸ Cfr. CC Segovia (art. 22), CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 23) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 23).

³⁹ Vid. CC Valladolid (art. 24).

⁴⁰ Vid. CC Asturias (art. 29), CC Hotel Sol Inn El Hidalgo (art. 22) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 22).

⁴¹ Cfr. CC Cáceres (art. 15).

⁴² Vid. CC Huelva (art. 10), CC Las Palmas (art. 16), CC Albacete (art. 31), CC Badajoz (art. 31), CC Ceuta (art. 22), CC Hotel Gloria Palace (art. 17) y CC Hotel Marbella Club (art. 17).

⁴³ Cfr. SSTSJ de Andalucía de 3 de julio de 2001 (Jur. 2003, 1623) y Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2002 (Ar. 2003, 1118). Por su parte, el CC Badajoz (art. 31) ha ubicado la bolsa de vacaciones en el Capítulo referido a «*conceptos salariales*» y no en el de «*conceptos extrasalariales*».

⁴⁴ Vid. CC Córdoba (art. 21).

⁴⁵ Vid. CC Almería (art. 19) y CC Álava (art. 36).

En relación con las indemnizaciones en caso de suspensión del contrato, algunos convenios colectivos —la mayoría provinciales—, siguen contemplando algún tipo de ventaja económica durante la realización del servicio militar o civil sustitutorio⁴⁶, a pesar de que ambas prestaciones quedaron suprimidas desde el 31 de diciembre de 2001. Al margen de tal beneficio, algún convenio prevé que, en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por razones económicas, técnicas o de fuerza mayor, la empresa complemente la prestación de desempleo hasta el 100 por 100 del salario del trabajador⁴⁷. Otros convenios, en fin, sólo prevén este tipo de complemento durante el período cierre del establecimiento por reforma⁴⁸.

Las indemnizaciones por despido hay que entenderlas referidas a todas las que se devenguen con ocasión de la extinción de un contrato sea cual sea la causa. En este sentido, puede aludirse a una mejora de la indemnización por extinción del contrato por voluntad del trabajador como consecuencia de un traslado o modificación sustancial de alguna condición de trabajo⁴⁹, al incremento de las indemnizaciones legales previstas en los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas⁵⁰, o a la mejora de la indemnización por extinción de un contrato temporal⁵¹.

III PERCEPCIONES SALARIALES

1. Salario en metálico y en especie

Dadas las actuales políticas de moderación salarial y dado asimismo que el trabajador queda sometido a posibles consecuencias negativas de la depreciación de la moneda, la fijación de cláusulas convencionales de actualización salarial está absolutamente generalizada. En este sentido, siguiendo las indicaciones del Acuerdo Inter-

Por su parte, CC Teruel (arts. 12 y 13) distingue entre desplazamientos y traslados, pero no parece que lo haga en un sentido técnico-jurídico sino que, por un lado, regula las dietas en el precepto referido a los desplazamientos y, por otro, los desplazamientos en la disposición relativa a los traslados.

⁴⁶ Vid. CC Sevilla (art. 18), CC Melilla (art. 25) y CC Hotel Gloria Palace (art. 27).

⁴⁷ Cfr. CC Gipuzkoa (art. 25).

⁴⁸ Vid. CC de Málaga (art. 26), CC Huesca (art. 33) y CC Melilla (art. 58).

⁴⁹ Cfr. CC Cáceres (arts. 30 y 31) que establece para estos supuestos de hecho una indemnización de 25 días de salario por año de servicio con un máximo de 15 mensualidades.

⁵⁰ Vid. CC Álava (art. 35).

⁵¹ Cfr. CC Lugo (art. 30).

confederal para la Negociación Colectiva de 6 de febrero de 2007 (BOE núm. 48, de 24 de febrero de 2007) — ANC 2007 —, prorrogado por el Acuerdo de 18 de diciembre de 2007 (BOE núm. 12, de 14 de marzo de 2008), numerosos convenios colectivos del sector de la hostelería, algunos de ellos utilizando terminología diversa y a veces incluso contradictoria con la que aquí se va a exponer⁵², cuentan con cláusulas de incremento anual que se basan en la previsión oficial del Índice de Precios al Consumo (IPC).

En cualquier caso, un análisis más detallado de la práctica convencional en relación con este extremo permite distinguir tres líneas de actuación⁵³. La primera utiliza la previsión oficial del IPC, siendo posible diferenciarse entre los convenios que regulan la subida aplicando directamente dicho porcentaje⁵⁴ y los que, recelosos de las optimistas previsiones gubernamentales, lo incrementan y tal incremento se puede efectuar o con un determinado recargo —bien porque sólo se prevé para un año o porque el mismo no varía pese a que la previsión tenga una vigencia superior al año—⁵⁵ o anualmente en sentido ascendente⁵⁶ o descendente⁵⁷. En segundo lugar, otros convenios colectivos contemplan el IPC del año anterior⁵⁸, elevándolo en ocasiones en algún punto y/o fracción⁵⁹. En último lugar,

⁵² Vid. CC Comunidad de Madrid-hospedaje que, bajo el epígrafe «*revisiones salariales*», regula tanto los incrementos anuales del salario como las revisiones (art. 25); Comunidad de Madrid-hostelería, que alude a la revisión salarial a la hora de regular los incrementos anuales del salario (art. 5); CC Illes Balears que se refiere a la cláusula de garantía como instrumento de revisión (DA 1ª); y CC Alicante (art. 37) que alude a la revisión salarial en lugar de al incremento salarial y a revisiones salariales por desvío de la inflación.

⁵³ Por su parte, CC Ceuta (art. 3), al margen de las líneas de tendencia, recoge el compromiso de las partes a negociar la subida salarial en el primer trimestre del correspondiente ejercicio.

⁵⁴ Cfr. CC Sevilla (art. 9), CC A Coruña (art. 6), CC Valencia (art. 16) y CC Grupo de Empresas Suitehotel (art. 7).

⁵⁵ Cfr. CC La Rioja-hoteles (art. 7), CC Navarra (art. 5), CC Asturias (art. 21), CC Murcia (art. 9), CC Almería (DA 2ª), CC Jaén (art. 32), CC Málaga (art. 32), CC Teruel (art. 5), CC Ciudad Real (art. 32), CC Cuenca (art. 7), Guadalajara (art. 25), CC Burgos (art. 40), CC León (art. 4), CC Palencia (art. 22), CC Zamora (art. 32), CC Lugo (art. 8), CC Alicante (art. 37), CC Ourense (art. 23), CC Álava (art. 21) y CC Hotel Finisterre (art. 2 bis).

⁵⁶ Cfr. CC Cantabria (art. 30), CC Cataluña (art. 35), CC La Rioja-restaurantes (art. 8), CC Las Palmas (art. 5), CC Pontevedra (art. 26), CC Hotel Avenida Palace (art. 9), CC Hotel Princesa Sofía (art. 13.2) y CC Hotel Ritz (art. 15).

⁵⁷ Cfr. CC Huelva (art. 5).

⁵⁸ Cfr. CC Granada (art. 28.2), CC Santa Cruz de Tenerife (DF 1ª), CC Valladolid (art. 9) y CC Castellón (art. 8).

⁵⁹ Vid., en este sentido, CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 5), CC Cádiz (art. 16), CC Córdoba (art. 34), CC Huesca (art. 5), CC Zaragoza (art. 40), CC Albacete (art. 22), CC Toledo (DA 1ª), CC Segovia (art. 14), CC Cáceres (art. 11), CC Bizkaia (art. 6), CC Melilla (Anexo I), CC Hotel Abba Parque (art. 6), CC Hotel Marbella Club (art. 7), CC Hotel NH Atlántico (art. 4) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 6).

algunos convenios, los menos, sólo aplican un determinado porcentaje sobre los conceptos retributivos, sin indicar cómo se ha concretado ⁶⁰. En referencia a la primera y tercera línea de tendencia, ciertamente los incrementos superiores a la inflación prevista constituyen una posibilidad contemplada en el ANC 2007, si bien se apunta que en tal caso debe tenerse en cuenta el incremento de la productividad. Y, en este orden de cosas, hubiese sido más acertado por parte de los negociadores indicar el motivo del mayor incremento. Por lo que hace a la segunda, la utilización del IPC real del año anterior constituye una fórmula para mantener el poder adquisitivo de los trabajadores aunque sea con el retraso de un año, pero es una medida que no permite tomar en consideración la productividad. Cabe afirmar, por tanto, que la negociación colectiva en el sector de la hostelería no tiene en cuenta la productividad como elemento determinante a la hora de fijar la retribución de los trabajadores.

Con carácter general, las citadas cláusulas de incremento salarial, suelen complementarse con otras de revisión salarial o de garantía, que se activan cuando se registra un incremento del IPC superior al que se ha aplicado en cada caso para determinar los incrementos anuales del salario ⁶¹. Y ello a pesar de que el ANC 2007 tan sólo las prevé para los supuestos en los que los convenios colectivos hayan regulado incrementos salariales de conformidad con la previsión gubernamental de inflación y, en su caso, el incremento de productividad. Como consecuencia de la aplicación de estas disposiciones, cabe diferenciar entre los convenios colectivos que contemplan unas subidas salariales exactamente proporcionales al IPC real ⁶² y los que

⁶⁰ Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 25), CC Illes Balears (art. 23), CC Ávila (art. 17), CC Salamanca (art. 26), CC Soria (art. 5), CC Badajoz (art. 24), CC Hotel Tierra Mar (DA 4ª), CC Hotel Chamartín (art. 23), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 3), CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 14) y CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 14).

⁶¹ Como excepción a esta tendencia, vid. CC Comunidad de Madrid-hostelería, CC Murcia, CC Santa Cruz de Tenerife, CC Valladolid, CC Badajoz, CC Ceuta, CC Melilla, CC Hotel Marbella Club, CC Hotel NH Atlántico, CC Hotel Abba Parque, CC Hotel Princesa Sofía y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona.

⁶² Cfr. CC Asturias (art. 21), CC Cataluña (art. 35), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 25), CC La Rioja-hoteles (art. 8), CC La Rioja-restaurantes (art. 9), CC Almería (DA 3ª), CC Granada (art. 28.2), CC Málaga (art. 32), CC Sevilla (art. 9), CC Huesca (art. 6), CC Bizkaia (art. 6), CC Albacete (art. 23), CC Ávila (art. 17), CC León (art. 4), CC Palencia (art. 23), CC Salamanca (art. 26), CC Segovia (art. 14), CC Soria (art. 5), CC Zamora (art. 32), CC Cáceres (art. 11), CC Alicante (art. 37 y DA 3ª), CC Castellón (art. 8), CC Ourense (art. 33), CC Pontevedra (art. 27), CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7), CC Hotel Avenida Palace (art. 9), CC Hotel Chamartín (art. 23), CC Hotel Finisterre (art. 2 bis), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 3), CC Hotel Ritz (art. 15) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 14).

pretenden que éstas se hallen ligeramente por encima⁶³. Sea como fuere, el crecimiento salarial en los convenios colectivos analizados no parece considerar los costes salariales unitarios, que se ven afectados tanto por costes laborales no salariales —cotizaciones, prestaciones abonadas por las empresas...— como por otros aspectos relativos al factor trabajo —distribución de la jornada, organización del trabajo,...—.

Para finalizar con la problemática del salario en metálico, hay que señalar que ciertos convenios colectivos incluyen disposiciones que contemplan el supuesto de hecho de un IPC real inferior al aplicado en el correspondiente incremento salarial, en cuyo caso establecen regularizaciones⁶⁴.

En el sector objeto de este análisis, el salario en especie habitualmente reconocido se refiere fundamentalmente a la manutención⁶⁵ y al alojamiento⁶⁶ del trabajador. Con respecto al primer extremo, es normal indicar que la manutención se facilitará siempre y cuan-

⁶³ Cfr. CC Cantabria (art. 31), CC Illes Balears (DA 1ª), CC Navarra (art. 5), CC Cádiz (art. 17), CC Córdoba (art. 34), CC Huelva (art. 5), CC Jaén (art. 32), CC Teruel (art. 6), CC Las Palmas (art. 5), CC Ciudad Real (arts. 5 y 32), CC Cuenca (art. 8), CC Guadalajara (art. 3), CC Burgos (art. 40), CC Valencia (art. 16), CC CC A Coruña (art. 6), CC Lugo (art. 8) y CC Álava (art. 21).

⁶⁴ Es el caso de CC Cataluña (art. 35) y CC Santa Cruz de Tenerife (DF 1ª).

⁶⁵ Cfr. CC Asturias (art. 27), CC Cantabria (art. 35), CC Cataluña (art. 38), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.5), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 32), CC Illes Balears (art. 30), CC La Rioja-hoteles (art. 23), CC La Rioja-restaurantes (art. 12), CC Murcia (art. 14), CC Navarra (art. 41), CC Almería (art. 37), CC Cádiz (art. 11), CC Granada (art. 37), CC Huelva (art. 9), CC Málaga (art. 37), CC Huesca (art. 13), CC Teruel (art. 22), CC Zaragoza (art. 44), CC Las Palmas (art. 12), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 47), CC Ciudad Real (art. 39), CC Cuenca (art. 15), CC Guadalajara (art. 24.I), CC Ávila (art. 20), CC Burgos (art. 46), CC León (art. 19), CC Palencia (art. 28), CC Salamanca (art. 29), CC Segovia (art. 17), CC Soria (art. 10), CC Valladolid (art. 14), CC Zamora (art. 15), CC Alicante (art. 42), CC Castellón (art. 15), A Coruña (art. 6), CC Lugo (DA 3ª), CC Ourense (art. 27), CC Pontevedra (arts. 32 y 33), CC Álava (art. 19), CC Bizkaia (art. 23), CC Gipuzkoa (art. 18), CC Melilla (art. 29), CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7), CC Hotel Abba Parque (art. 20), CC Hotel Finisterre (art. 9), CC Hotel Gloria Palace (art. 14), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 8), CC Hotel Marbella Club (art. 11), CC Hotel NH Atlántico (art. 10), CC Tierra Mar (art. 7) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 30).

⁶⁶ Vid. CC Cataluña (art. 39), CC Illes Balears (art. 30), CC Almería (art. 38), CC Cádiz (art. 11), CC Córdoba (art. 30), CC Huelva (art. 9), CC Huesca (art. 13), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 47), CC Ciudad Real (art. 40), CC Cuenca (art. 16), CC Burgos (art. 46), CC Segovia (art. 18), CC Soria (art. 10), CC Castellón (art. 15), CC A Coruña (art. 6), CC Ourense (art. 27), CC Pontevedra (arts. 32 y 33), CC Bizkaia (art. 23), CC Gipuzkoa (art. 19) y CC Hotel Tierra Mar (art. 7).

do en el centro de trabajo se elaboren y sirvan comidas al cliente⁶⁷, pudiéndose prever asimismo que en la manutención no puede haber discriminación entre categorías⁶⁸ o que ésta tiene que ser única para todos⁶⁹. En cuanto al alojamiento, es apreciable una clara tendencia a la desaparición de esta partida retributiva. Algunos convenios sólo la reconocen a los trabajadores que ya venían disfrutando de la misma⁷⁰, por lo que, con independencia de su denominación como complemento en especie, pasa a constituir un complemento personal⁷¹.

En cuanto a ambas modalidades de salario en especie, es normal que los convenios reconozcan al trabajador el derecho a optar por una cantidad dineraria —que se caracteriza por ser muy baja con respecto al valor real que tiene este supuesto de salario en especie—⁷²,

⁶⁷ Es más, numerosos convenios colectivos apuntan que la comida debe ser, además de sana y bien condimentada, variada para evitar la monotonía y se reconoce el derecho de los trabajadores que tengan necesidad de seguir un régimen alimenticio especial a que se les confeccione el menú propuesto por el médico de la Seguridad Social. Vid., sobre este particular, CC Cataluña (art. 38), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.5), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 32), CC Murcia (art. 14), CC Granada (art. 37), CC Zaragoza (art. 44), CC Las Palmas (art. 12), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 47), CC Segovia (art. 17) y CC Castellón (art. 15).

⁶⁸ Cfr. CC La Rioja-hoteles (art. 23) y CC La Rioja-restaurantes (art. 12).

⁶⁹ Cfr. CC CC Santa Cruz de Tenerife (art. 47), Málaga (art. 37), CC León (art. 19), CC Castellón (art. 15) y CC Hotel Marbella Club (art. 11).

⁷⁰ Cfr. CC Cataluña (art. 38), CC Illes Balears (art. 30), CC Almería (art. 38), CC Huesca (art. 13), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 47), CC Castellón (art. 15) y CC Pontevedra (arts. 32 y 33).

⁷¹ Por su parte, CC Hotel Tierra Mar (art. 7) contempla la posible compensación del alojamiento con que la empresa facilite a los trabajadores el correspondiente transporte.

⁷² Cfr. CC Cataluña (art. 39), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.5), Comunidad de Madrid-hostelería (art. 32), CC Almería (art. 37), CC Granada (art. 37), CC Málaga (art. 37), CC Huesca (art. 13), CC Teruel (art. 22), CC Zaragoza (art. 44), CC Las Palmas (art. 12), CC Ciudad Real (art. 39 y 40), CC Cuenca (arts 15 y 16), CC Guadalajara (art. 24.I), CC Ávila (art. 20), CC León (art. 19), CC Palencia (art. 28), CC Segovia (arts. 17 y 18), CC Soria (art. 10), CC Castellón (art. 15), A Coruña (art. 6), CC Ourense (art. 27), CC Pontevedra (arts. 32 y 33), CC Álava (art. 19 y Anexo III), CC Bizkaia (art. 23), CC Melilla (art. 29), CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7), CC Hotel Abba Parque (art. 20), CC Hotel Finisterre (art. 9), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 8), CC Hotel Marbella Club (art. 11) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 30).

En algunos casos la elección del trabajador se exceptúa en el supuesto de las cafeterías en las que tal derecho se reconoce a la empresa, como acontece en CC Murcia (art. 14), CC Cádiz (art. 11) y CC Huelva (art. 9). En otros, se apunta el derecho de elección del trabajador, pero matizando que las cafeterías podrán suplir esta obligación con un plus compensatorio como es el supuesto de CC Valladolid (art. 14). El CC Córdoba (art. 30) ya prevé la asignación directa de una cantidad mensual. y, en fin, el CC Hotel NH Atlántico (art. 10) tan sólo otorga la posibilidad de elección a los trabajadores contratados antes de cierta fecha, pues los que lo han sido con posterioridad a la misma tienen reconocida una cantidad mensual.

salvo en relación con el alojamiento ya que ocasionalmente tal derecho se atribuye al empresario ⁷³. Por lo demás, cabe recordar que, con carácter general, el salario in natura viene limitado por el propio art. 26.1 del ET en el sentido de que no puede superar el 30 por 100 de las percepciones del trabajador. Sin embargo, en tanto que en los convenios colectivos no se suele prever que las empresas puedan practicar deducción alguna por manutención y alojamiento, no parece que sea de aplicación la citada limitación ⁷⁴. Y es que el trabajador suele mantener el 100 por 100 de su salario en metálico.

2. Estructura y cuantía salarial

2.1. Salario base y otros conceptos asimilables. Especial referencia a las pagas extraordinarias

2.1.1. Salario base

Los convenios colectivos del sector hostelero, con la salvedad de lo indicado respecto de la remuneración de los servicios extraordinarios, se decantan por salarios base cuantificados por unidad de tiempo, utilizándose el módulo mensual y esporádicamente el anual ⁷⁵.

⁷³ Cfr. CC Almería (art. 38), CC Ciudad Real (art. 40) y CC Cuenca (art. 16). Por su parte, en los CC Hotel Finisterre (art. 10), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 9) y CC Hotel Tierra Mar (art. 7) se dispone que se considera incluido en los correspondientes salarios base el importe del alojamiento a aquel personal que lo tiene reconocido y, por consiguiente, parece que no hay compensación adicional en metálico.

⁷⁴ Es más, a veces se apunta que ni los empresarios podrán practicar deducción alguna por estos conceptos ni los trabajadores podrán solicitar compensación alguna por no hacer uso de los mismos. Vid., al respecto, CC Alicante (art. 42) y CC Hotel Tierra Mar (art. 7).

Sí prevé deducción CC Gipuzkoa (art. 18 y Anexo VII), aunque no alcanza el tope legal.

Más dudoso es el caso del CC Navarra (art. 41), que dispone que si el trabajador ejerce el derecho a disfrutar del servicio de comedor se le descontará una cantidad igual a un plus salarial en su cuantía anual, lo que puede inducir a pensar que el trabajador debe abonar un precio para disfrutar de la manutención. No obstante, dado que la cantidad descontada y la del plus salarial es la misma, se puede considerar que el plus salarial se corresponde con la compensación en metálico de la manutención y, por consiguiente, tampoco resulta de aplicación el citado límite porcentual.

⁷⁵ Vid. CC Cantabria (Anexo), CC La Rioja-hoteles (Anexo II), CC La Rioja-resaurantes (Anexo), CC Sevilla (Anexo II), CC Huesca (art. 5 y Anexo II), CC Zaragoza (art. 40 y Anexo II), CC Guadalajara (art. 25 y Anexo II), CC Burgos (art. 39), CC Soria (Anexo III), CC Valladolid (art. 9 y Anexos II y V), CC Zamora (art. 32 y tabla salarial), CC Hotel Finisterre (cláusula adicional), CC Hotel Gloria Palace (art. 8 y Anexo II), CC Hotel Marbella Club (art. 7 y Anexo), CC Hotel NH Atlántico (art. 5 y Anexo I) y CC Hotel Tierra Mar (DA 1^a).

La variable fundamental para cuantificar el salario base es la clasificación del trabajador, que puede estructurarse mediante categorías o grupos profesionales que, a su vez, se suelen agrupar en diversos niveles retributivos⁷⁶. En el ámbito supraempresarial, dicha variable frecuentemente se complementa con otras dos: el tipo de establecimiento —hotel, fonda, restaurante, cafetería, casino, etc.—⁷⁷ y su

⁷⁶ Cfr. CC Asturias (art. 21 y Anexo I y III), CC Cantabria (Anexo), CC Cataluña (Anexos), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A y Anexo III), CC Illes Balears (art. 23 y anexo I), CC La Rioja-hoteles (art. 7 y Anexo II), CC La Rioja-restaurantes (art. 8 y Anexo), CC Navarra (art. 6 y Anexo I), CC Almería (art. 30), CC Córdoba (art. 25 y Tabla de salarios), CC Granada (art. 28.1 y Anexo I), CC Jaén (Anexo I), CC Sevilla (art. 9 y Anexo II), CC Huesca (art. 5 y Anexo II), CC Zaragoza (art. 40 y Anexo II), CC Las Palmas (arts. 9, 10 y Anexo I y III), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 17 y Anexo III), CC Albacete (art. 23 y tabla salarial), CC Ciudad Real (art. 32, DA 1ª y Anexos I y II), CC Cuenca (art. 6 y Anexo I), CC Toledo (art. 35 y Anexo I), CC Segovia (Anexos II y V), CC Valladolid (Capítulo X, Anexo II y tabla salarial), CC Alicante (art. 32, Anexos II bis y III), CC Valencia (art. 16 y Anexo II), CC Pontevedra (arts. 26, 40 y Anexos), CC Álava (art. 12 y Anexo III), CC Bizkaia (art. 5 y Anexos I y II), CC Gipuzkoa (art. 6 y Anexo I), CC Ceuta (art. 28 y Anexo I), CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7 y Anexo II), CC Hotel Avenida Palace (art. 9), CC Hotel Chamartín (art. 17 y Anexo), CC Hotel Finisterre (art. 8), CC Hotel Gloria Palace (art. 8 y Anexos I y II), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 7), CC Hotel NH Atlántico (arts. 5, 8, 9 y Anexo I), CC Hotel Princesa Sofía (art. 13.1), CC Hotel Ritz (art. 10 y Anexo III), CC Hotel Tierra Mar (arts. 4, 26 y Anexo I), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 14 y Anexos) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 25 y Anexos I y IV).

Utilizan estrictamente la clasificación profesional, y no la de niveles retributivos, CC de Comunidad de Madrid-hostelería (Anexo III), CC Málaga (art. 28 y Anexo IV), CC Teruel (art. 4 y Anexo II), CC Guadalajara (art. 25 y Anexo II), CC Ávila (art. 15, Anexo), CC Burgos (art. 39), CC León (Anexo I), CC Palencia (art. 22 y Anexo), CC Salamanca (Anexo I), CC Soria (Anexo I, II, III), CC Zamora (art. 31 y tabla salarial), CC Castellón (art. 8 y tabla salarial), CC Badajoz (Anexo I), CC A Coruña (art. 6 y tablas salariales), CC Lugo (art. 7 y tablas salariales), CC Ourense (art. 23 y tabla salarial), CC Melilla (Anexo I), CC Hotel Abba Parque (art. 5 y Anexo) y CC Hotel Marbella Club (art. 7 y Anexo).

⁷⁷ Cfr. CC Asturias (art. 21 y Anexos I y III), CC Comunidad de Madrid-hostelería (Anexo III), CC Illes Balears (art. 24), CC La Rioja-hoteles (art. 7 y Anexo II), CC La Rioja-restaurantes (art. 8 y Anexo), CC Murcia (art. 8 y tabla salarial), CC Cádiz (art. 5 y Anexo III), CC Jaén (Anexo I y III), CC Málaga (art. 28 y Anexo IV), CC Sevilla (art. 9 y Anexo II), CC Zaragoza (art. 40 y Anexo II), CC Las Palmas (arts. 9, 10 y Anexo I y II), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 17 y Anexo II), CC Albacete (art. 23 y Anexos I y II), CC Cuenca (art. 6 y Anexos I y II), CC Guadalajara (art. 25 y Anexos II y IV), CC Toledo (art. 35 y Anexo III), CC Ávila (arts. 15, 16 y Anexo), CC Burgos (art. 39), CC Palencia (art. 22 y Anexo), CC Segovia (Anexos III y V), CC Soria (Anexo I y II), CC Valladolid (Capítulo X, Anexo III y tabla salarial), CC Alicante (art. 32, Anexo I), CC Valencia (art. 16 y Anexo II), CC A Coruña (art. 6 y tablas salariales), CC Lugo (art. 7 y tablas salariales), CC Ourense (art. 23, Anexo I) y CC Pontevedra (arts. 26, Anexo IV y tabla salarial).

categoría⁷⁸. El salario base, en fin, puede estar en función del área funcional donde esté adscrito el trabajador —cocina y economato; restaurante, bar; pisos y limpieza, etc.⁷⁹.

2.1.2. Otros conceptos asimilables. Especial referencia a las pagas extraordinarias

Dentro del concepto de salario base considero que se deben incluir las gratificaciones extraordinarias⁸⁰. Pues bien, en desarrollo del art. 31 del ET, numerosos convenios colectivos prevén dos pagas:

⁷⁸ Es el caso de CC Asturias (art. 21 y Anexos I y III), CC Cataluña (Anexos), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (Anexo III), CC Illes Balears (art. 23 y Anexo II), CC La Rioja-hoteles (art. 7 y Anexo II), CC Murcia (art. 8 y tabla salarial), CC Cádiz (art. 5 y Anexo III), CC Córdoba (art. 25 y Tabla de salarios), CC Granada (art. 28.1 y Anexo I), CC Jaén (Anexo I y III), CC Málaga (art. 28 y Anexo IV), CC Sevilla (art. 9 y Anexo II), CC Zaragoza (art. 40 y Anexo II), CC Las Palmas (arts. 9, 10 y Anexos I y II), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 17 y Anexo II), CC Albacete (art. 23 y Anexos I y II), CC Cuenca (art. 6 y Anexo I, II y III), CC Guadalajara (art. 25 y Anexos II y IV), CC Toledo (art. 35 y Anexo III), CC Ávila (arts. 15, 16 Anexos), CC Burgos (art. 39), CC León (Anexo I), CC Palencia (art. 22 y Anexo), CC Salamanca (Anexo I), CC Segovia (Anexos III y V), CC Soria (Anexo I y II), CC Valladolid (Capítulo X, Anexo III y tabla salarial), CC Alicante (art. 32 y Anexo I), CC Castellón (art. 8 y tabla salarial), CC Valencia (art. 16 y Anexo II), CC A Coruña (art. 6 y tablas salariales), CC Lugo (art. 7 y tablas salariales), CC Ourense (art. 23 y tabla salarial), CC Pontevedra (art. 26, Anexo IV y tabla salarial) y CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7 y Anexo II).

⁷⁹ Cfr. CC Asturias (art. 21 y Anexos I y III), CC Comunidad de Madrid-hostelería (Anexo III), La Rioja-restaurantes (art. 8 y Anexo), CC Navarra (art. 6 y Anexo I), CC Murcia (art. 8 y tabla salarial), CC Jaén (Anexos I y III), CC Málaga (art. 28 y Anexo IV), CC Zaragoza (art. 40 y Anexo II), CC Ciudad Real (art. 32 y Anexo II), CC Cuenca (art. 6 y Anexos I, II y III), CC Guadalajara (art. 25 y Anexo II), CC Toledo (art. 35 y Anexo III), CC Ávila (arts. 15, 16 y Anexo), CC Burgos (art. 39), CC Salamanca (Anexo I), CC Valladolid (Capítulo X), CC Alicante (art. 32 y Anexo II), CC Castellón (art. 8 y tabla salarial), CC Badajoz (Anexo I), CC A Coruña (art. 6 y tablas salariales), CC Lugo (art. 7 y tablas salariales), CC Pontevedra (art. 26, Anexo IV y tabla salarial), CC Álava (art. 12 y Anexo II), CC Bizkaia (art. 5 y 33), CC Ceuta (art. 28 y Anexos I y II) y CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 14 y Anexos).

⁸⁰ En este sentido, hay que recordar que su devengo es por unidad de tiempo tal y como se desprende del art. 31 del ET, que dispone que «*el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores*». A mayor abundamiento, el mismo art. 31 del ET prevé la posibilidad de que mediante convenio colectivo se acuerde el prorrateo mensual de las pagas extraordinarias, lo que les otorga un trato muy similar al salario base, que normalmente se va devengando mes a mes.

una con ocasión de las fiestas de Navidad y otra en verano⁸¹. No obstante, otros tantos, sobre todo de ámbito provincial, añaden una tercera paga extraordinaria, que no necesariamente debe calcularse de la misma forma que las anteriores, bajo multitud de denominaciones tales como paga de febrero⁸², marzo⁸³, abril⁸⁴, septiembre⁸⁵, octubre⁸⁶, mayo y septiembre —correspondientes a quince días de salario base—⁸⁷, paga de primavera⁸⁸, por festividad de Santa Marta⁸⁹, con motivo de la fiesta de cada localidad⁹⁰, bonus de 31 de octubre⁹¹, gratificación extraordinaria de casinos y sociedades recreativas⁹², paga anual de compensación de festivos⁹³, paga del sector⁹⁴, paga de productividad⁹⁵, beneficios⁹⁶, premio de vinculación en el servicio⁹⁷, plus cultural⁹⁸, de convenio cuando consiste en un pago anual de cierta cantidad⁹⁹ o plus salarial¹⁰⁰. En la práctica negocial, existe

⁸¹ Cfr. CC Asturias (art. 23), CC Cataluña (art. 43), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.4), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 30), CC Illes Balears (art. 26), CC La Rioja-hoteles (art. 9), CC La Rioja-restaurantes (art. 16), CC Murcia (art. 15), CC Navarra (art. 8), CC Málaga (art. 31), CC Las Palmas (art. 11), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 33), CC Cuenca (art. 9), CC Toledo (art. 41), CC Ávila (art. 19), CC Palencia (art. 27), CC Segovia (art. 15), CC Soria (art. 13), CC Valladolid (art. 10), CC Zamora (art. 34), CC CC Badajoz (art. 26), CC Ourense (art. 26), CC Gipuzkoa (art. 7), CC Hotel Gloria Palace (arts. 9, 10 y Anexo II), CC Hotel Marbella Club (art. 16), CC Hotel Princesa Sofía (art. 14) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 27 y Anexos III y V).

⁸² Cfr. CC Hotel Chamartín (art. 22), CC Hotel Inn El Hidalgo (art. 15) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 15).

⁸³ Vid. CC Ciudad Real (art. 36) y CC Hotel Avenida Palace (art. 10).

⁸⁴ Vid. CC Almería (art. 36), CC Huelva (art. 6), CC Bizkaia (art. 19), CC Hotel Abba Parque (art. 15) y CC Hotel Tierra Mar (art. 5).

⁸⁵ Vid. CC Guadalajara (art. 16), CC León (art. 24), CC A Coruña (art. 9), CC Pontevedra (art. 29), CC Melilla (art. 33), CC Hotel NH Atlántico (art. 14) y CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 16).

⁸⁶ Cfr. CC Cádiz (art. 8), CC Teruel (art. 8), CC Zaragoza (art. 42) y CC Alicante (art. 36).

⁸⁷ Vid. CC Córdoba (art. 28) y CC Hotel Finisterre (art. 14).

⁸⁸ Cfr. CC Sevilla (art. 11).

⁸⁹ Cfr. CC Asturias (art. 23).

⁹⁰ Cfr. CC Albacete (art. 25) y CC Lugo (arts. 11 y 12).

⁹¹ Cfr. CC Álava (arts. 17 y 18).

⁹² Vid. CC Lugo (art. 13).

⁹³ Vid. CC Huesca (art. 7).

⁹⁴ Cfr. CC Burgos (art. 41 y 44).

⁹⁵ Vid. CC Jaén (arts. 35 y 36).

⁹⁶ Vid. CC Cuenca (art. 9), CC Castellón (art. 9), CC Valencia (art. 19), CC Cáceres (art. 11), CC Ceuta (arts. 35 y 36) y CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7).

⁹⁷ Cfr. CC Murcia (art. 19).

⁹⁸ Vid. CC Granada (arts. 31 y 32).

⁹⁹ Vid. CC Navarra (art. 10) y CC Salamanca (arts. 27 y 28).

¹⁰⁰ Cfr. CC Navarra (art. 7).

algún ejemplo de introducción de una tercera paga cuyo importe va aumentando paulatinamente ¹⁰¹. Algún convenio, en fin, recoge hasta cuatro pagas —marzo, julio, septiembre y Navidad ¹⁰². A estas pagas extraordinarias deben equipararse otras cantidades, tales como el premio de vinculación reconocido a todo el personal que haya trabajado ininterrumpidamente durante un año ¹⁰³.

A la hora de concretar el pago de la paga extra hay que considerar dos elementos: a) el módulo económico para determinarla; y b) el tiempo de servicios.

a) En relación con el módulo de las pagas extraordinarias, es normal prever la percepción de dos pagas extras equivalentes cada una a una mensualidad del salario base más, en su caso, el complemento de antigüedad consolidado ¹⁰⁴, o una mensualidad de salario real ¹⁰⁵. Residualmente se cuantifican mediante un importe exacto, como ocurre en la mayoría de ocasiones respecto de la ocasional tercera

¹⁰¹ Cfr. CC Cantabria (art. 32).

¹⁰² Cfr. CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 12).

¹⁰³ Vid. CC Hotel Inn El Hidalgo (art. 17) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 17). También el denominado plus extraordinario del CC Hotel Abba Parque (art. 27).

¹⁰⁴ Vid. CC Asturias (art. 23), CC Cantabria (art. 32), CC Cataluña (art. 43), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.4), CC Illes Balears (art. 26), CC La Rioja-hoteles (art. 9), CC La Rioja-restaurantes (art. 16), CC Murcia (art. 15), CC Navarra (art. 8), CC Almería (art. 36), CC Cádiz (art. 8), CC Córdoba (art. 28), CC Granada (art. 31), CC Huelva (art. 6), CC Málaga (art. 31), CC Sevilla (art. 11), CC Huesca (art. 7), CC Zaragoza (art. 42), CC Las Palmas (art. 11), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 33), CC Albacete (art. 25), CC Ciudad Real (art. 36), CC Cuenca (art. 9), CC Toledo (art. 41), CC Ávila (art. 19), CC Burgos (art. 44), CC León (art. 25), CC Palencia (art. 27), CC Salamanca (art. 27), CC Segovia (art. 15), CC Soria (art. 13), CC Valladolid (art. 10), CC Zamora (art. 34), CC Alicante (art. 36), CC Castellón (art. 9), CC Valencia (art. 19), CC Badajoz (art. 26), CC Cáceres (art. 11), CC A Coruña (art. 9), CC Lugo (art. 12), CC Pontevedra (art. 29), CC Bizkaia (art. 19), CC Gipuzkoa (art. 7), CC Melilla (art. 33), CC Hotel Abba Parque (art. 15), CC Hotel Avenida Palace (art. 10), CC Hotel Finisterre (art. 14), CC Hotel Marbella Club (art. 16), CC Hotel NH Atlántico (art. 14), CC Hotel Tierra Mar (art. 5) y CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 16).

No obstante, algún convenio no incluye el complemento de antigüedad, como es el caso de CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7) y CC Hotel Gloria Palace (art. 10).

Por lo demás, CC Comunidad de Madrid-hostelería no las cuantifica, refiriéndose a las gratificaciones que las empresas vienen abonando a sus trabajadores (art. 30). Como tampoco lo hace CC Teruel (art. 8).

¹⁰⁵ Cfr. CC Jaén (art. 35), CC Ourense (art. 26), CC Álava (art. 17), CC Guadalajara (art. 16), CC Ceuta (arts. 35 y 36), CC Hotel Chamartín (art. 22), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 12) y CC Hotel Tierra Mar (art. 5) respecto de la paga de abril.

Por su parte, CC Navarra (art. 8) prevé el abono de pagas extra sobre el salario real, pero sólo en aquellas empresas en que se haga desde antiguo.

paga extraordinaria¹⁰⁶. En el supuesto de los trabajadores a tiempo parcial, el importe se reduce proporcionalmente a la reducción de la jornada¹⁰⁷.

b) Por lo que hace al período temporal a considerar para determinar la cuantía de las pagas extraordinarias, éste suele ser el año¹⁰⁸. De ahí que su importe se corresponda con los doce meses de trabajo inmediatamente anteriores a la fecha de su abono, u otra fecha anterior cuando el abono se efectúa a mediados de mes¹⁰⁹, aplicándose el principio de proporcionalidad¹¹⁰. En fin, al margen del período anual, empiezan a ser frecuentes los convenios colectivos que optan

¹⁰⁶ Es el caso del CC Asturias (art. 23), CC Zaragoza (art. 42), CC Guadalajara (art. 16), CC Burgos (art. 41), CC Salamanca (art. 28), CC Alicante (art. 36), CC Álava (art. 18) y CC Hotel Avenida Palace (art. 10).

Respecto de la paga de julio, vid. CC Gloria Palace (art. 9 y Anexo II). Y, en relación con las dos o tres gratificaciones extraordinarias, CC Hotel Princesa Sofía (art. 14), CC Hotel Inn El Hidalgo (art. 15), CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 15 y tabla salarial) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 27 y Anexos III y V).

¹⁰⁷ Cfr. CC Álava (art. 18).

¹⁰⁸ Aunque hay convenios colectivos que no optan expresamente por un lapso temporal concreto. Vid. CC Cantabria (art. 32), CC La Rioja-restaurantes (art. 16), CC Valladolid (art. 10) y CC Gipuzkoa (art. 7).

¹⁰⁹ Cfr. CC Asturias (art. 23), CC Cataluña (art. 43), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.4), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 30), CC Illes Balears (art. 26), CC Cádiz (art. 8), CC Córdoba (art. 28), CC Granada (art. 31), CC Huelva (art. 6), CC Sevilla (art. 11), CC Huesca (art. 7, en relación con la paga anual de compensación de festivos), CC Zaragoza (art. 42), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 33), CC Ciudad Real (art. 36), CC Guadalajara (art. 16), CC Ávila (art. 19), CC Salamanca (art. 27), CC Alicante (art. 36), CC Castellón (art. 9), CC Valencia (art. 19), CC Cáceres (art. 11), CC Pontevedra (art. 29), CC Álava (arts. 17 y 18), CC Hotel Avenida Palace (art. 10), CC Hotel Chamartín (art. 22), CC Hotel Gloria Palace (arts. 9 y 10), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 12), CC Hotel Tierra Mar (art. 5), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 16) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 27).

¹¹⁰ Como se indica en CC Cataluña (art. 43), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.4), CC Illes Balears (art. 26), CC Cádiz (art. 8), CC Córdoba (art. 28), CC Granada (art. 31), CC Huelva (art. 6), CC Sevilla (art. 11), CC Huesca (art. 7), CC Zaragoza (art. 42), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 33), CC Ciudad Real (art. 36), CC Guadalajara (art. 16), CC Ávila (art. 19), CC Salamanca (art. 27), CC Alicante (art. 36), CC Valencia (art. 19), CC Cáceres (art. 11), CC Pontevedra (art. 29), CC Hotel Avenida Palace (art. 10), CC Hotel Gloria Palace (arts. 9 y 10), CC Hotel Tierra Mar (art. 5), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 16) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 27).

Algún convenio matiza levemente el principio de proporcionalidad, considerando que quien empiece o finalice la relación laboral en la empresa en el transcurso de un año, la fracción de mes computará como mes completo. Cfr. CC Córdoba (art. 28). En términos parecidos, vid. CC Granada (art. 31).

por el semestral ¹¹¹ y, si existen tres pagas, el período puede llegar a ser cuatrimestral ¹¹². A ambas hipótesis les resulta también de aplicación el principio de proporcionalidad. En fin, ocasionalmente, y en relación con una tercera paga extraordinaria, algún convenio exige una antigüedad mínima de nueve meses en la fecha de paga de esta gratificación, puntualizándose que en caso de trabajadores fijos discontinuos el derecho a la misma se genera a partir de los nueve meses de trabajo en la empresa ¹¹³. Esta configuración convierte a esta paga en un premio de fidelidad.

Profundizando en el análisis de tal principio en relación con las ausencias del trabajador por incapacidad temporal, interesa apuntar que las mismas disminuyen la cuantía de las pagas ¹¹⁴. Y es que cuando el trabajador se halla de baja recibe el correspondiente subsidio que compensa los salarios dejados de percibir y que incluye la parte proporcional de las gratificaciones puesto que éstas integran la base reguladora de la prestación. Con todo, existen convenios colectivos que beneficiando al trabajador disponen que la incapacidad temporal no producirá deducción alguna en el devengo y cálculo de las gratificaciones extraordinarias ¹¹⁵.

La posibilidad de prorratear las gratificaciones extraordinarias no suele contemplarse en los convenios colectivos. Cuando así sucede, el prorrateo habitualmente queda constreñido a futuros acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores o, en su defecto, entre empresarios y trabajadores ¹¹⁶. A tales cantidades prorratea-

¹¹¹ Cfr. CC La Rioja-hoteles (art. 9), CC Murcia (art. 15), CC Navarra (art. 8), CC Almería (art. 36), CC Jaén (art. 35), CC Huesca (art. 7), CC Albacete (art. 25) y CC Cuenca (art. 9).

¹¹² Cfr. CC Bizkaia (art. 19) y CC Hotel Abba Parque (art. 15).

¹¹³ Vid. CC Cantabria (art. 32).

¹¹⁴ Como indica expresamente CC Valencia (art. 19).

¹¹⁵ Cfr. CC Cataluña (art. 43), CC Illes Balears (art. 26), CC Álava (art. 17), CC Hotel Ritz (art. 20), CC Hotel Tierra Mar (art. 15) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 27). En otro orden de cosas, pero también en beneficio de los trabajadores el CC Córdoba (art. 13) prevé que el cierre del establecimiento por reforma no afecta a las pagas extraordinarias.

¹¹⁶ Vid. CC Cataluña (art. 43) que tan sólo indica que, en las empresas, la representación legal de los trabajadores y la dirección de las mismas estudiarán la posibilidad de establecer el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias. Sin embargo, en el ámbito provincial sí que resulta más habitual esta previsión, como lo demuestran las previsiones contenidas en CC Almería (art. 36), CC Cádiz (art. 8), CC Málaga (art. 31), CC Sevilla (art. 11), CC Zaragoza (art. 42), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 33), CC Toledo (art. 41), CC Burgos (art. 41), CC Salamanca (arts. 27 y 28), CC Alicante (art. 36), CC Valencia (art. 19), CC Álava (art. 18), CC Ceuta (art. 36), CC Melilla (art. 33) y CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7).

Por su parte, el CC Castellón (art. 9) establece que sólo la paga de beneficios se prorrateará mensualmente y el CC Gipuzkoa (art. 7) apunta que las pagas extraordinarias se prorratearán mensualmente, «salvo acuerdo en contrario entre las partes».

das se puede asimilar el plus de convenio cuando su devengo sea mensual e igual para todos los trabajadores ¹¹⁷, el complemento de manutención y/o alojamiento, en ocasiones denominado también complemento en especie, reconocido mensualmente a todos los trabajadores ¹¹⁸ y el plus de garantía mínima ¹¹⁹.

2.2. Complementos salariales

De las tres categorías legales de complementos, los convenios colectivos del sector de la hostelería tan sólo desarrollan, y además de forma parca, los fijados en función de las condiciones personales del trabajador y los referidos al trabajo realizado, sin establecer plus alguno referente a la situación o resultado de la empresa ¹²⁰. Como se tendrá ocasión de comprobar, los convenios colectivos del sector de la hostelería, con carácter general, no ponen en práctica la recomendación del ANC 2007 relativa a la conveniencia de implantar conceptos salariales variables que adecuen la remuneración a la realidad sectorial y empresarial.

2.2.1. Relativos a las condiciones personales del trabajador

En relación con estos complementos, hay que subrayar que sólo las circunstancias personales del trabajador que constituyen un plus sobre las necesarias para su encuadramiento en una categoría o grupo concreto son susceptibles de justificarlos. Y es que estas aptitudes son las que permiten que dentro de una misma categoría, grupo profesional o nivel retributivo se puedan producir diferencias salariales entre los trabajadores. Esta circunstancia es la que puede explicar que los convenios colectivos del sector de la hostelería no acostumbren a reconocer complementos de idiomas o que, si eventualmente

¹¹⁷ Cfr. CC Jaén (art. 38), CC Alicante (art. 37 bis) y CC Hotel Finisterre (art. 11). También, acuerdo adoptado ante el SERCLA del sector de hostelería de Sevilla, de 6 de abril de 2006 (BO Sevilla 20/02/07).

¹¹⁸ Cfr. CC Jaén (art. 40), CC Valencia (art. 20 y Anexo II), CC Badajoz (art. 28) y CC Cáceres (art. 15).

¹¹⁹ Cfr. CC Bizkaia (art. 7 y Anexo I).

¹²⁰ Salvo por lo que respecta al CC Hotel Ritz (arts. 11 y 12). Dicho convenio reconoce un complemento de producción que resulta de distribuir el 15 por 100 del promedio mensual de la facturación neta total para todos los conceptos prevista en los presupuestos para el ejercicio, distribuyéndose la cantidad resultante proporcionalmente entre la estructura de plantilla que prevea para dicho ejercicio, en función de la participación por puntos que se estructura según niveles retributivos.

lo hacen, los configuren preferentemente como complementos de puesto de trabajo ¹²¹.

Al margen de lo indicado, el paradigma de estos complementos ha sido el de antigüedad. Con todo, actualmente se constata un importante retroceso de este tipo de emolumentos. Fruto de esta tendencia, y al margen de los convenios colectivos que regulan el plus de antigüedad de forma tradicional ¹²², dos son las principales líneas de actuación convencional ¹²³:

a) Una primera consiste en la inserción de cláusulas que consideren los complementos de antigüedad ya desaparecidos como condiciones más beneficiosas *ad personam*, no compensables ni absorbibles ¹²⁴. Se trata de una fórmula que pretende un doble objetivo: la supresión de los complementos de antigüedad y que los trabajadores que en su día disfrutaron de los mismos no se vean privados de ellos. Además, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.2 del ET, se puntualiza que no sólo se respetan los derechos adquiridos en la

¹²¹ Es el caso de CC Guadalajara (art. 24.IV), CC Valladolid (art. 18), CC Zamora (art. 13) y CC Castellón (art. 18), aunque en este último supuesto se califique como complemento personal. Ahora bien, se puede considerar complemento personal de idiomas el reconocido en CC Hotel Marbella Club (art. 13), puesto que para su cobro sólo se requiere certificado de su conocimiento y dominio.

¹²² Vid., con un alcance diverso, CC Navarra (art. 9), CC Almería (art. 31), CC Cádiz (art. 6), CC Huelva (art. 12), CC Albacete (art. 32), CC Ciudad Real (art. 33), CC Cuenca (art. 10), CC Burgos (art. 45), CC León (art. 20), CC Soria (art. 14), CC Zamora (art. 33), CC Badajoz (art. 31), CC Álava (art. 13), CC Bizkaia (art. 17), CC Gipuzkoa (art. 8, DA 1ª y Anexo III), CC Ceuta (art. 30), CC Melilla (art. 27), CC Hotel Abba Parque (art. 29) y Hotel Gloria Palace (art. 11) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 26 y Anexo II).

Por su parte, CC La Rioja-restaurantes (art. 21) reconoce la posibilidad de que la comisión paritaria estudie la posibilidad de transformar dicho concepto. Vid., asimismo, CC Burgos (art. 45) en relación con su posible congelación.

¹²³ Con todo, a veces se prevén expresamente otras fórmulas para compensar a los trabajadores que se ven afectados por la supresión del complemento de antigüedad. Vid., sobre este particular, La Rioja-hoteles (art. 10) que contempla el incremento el salario base de los trabajadores.

¹²⁴ Cfr. CC Asturias (art. 24), CC Cantabria (art. 37), CC Cataluña (art. 36), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.2), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 29), CC Illes Balears (DA 2ª), CC La Rioja-hoteles (art. 10), CC Murcia (art. 12), CC Jaén (art. 33), CC Málaga (art. 29 y DT 2ª), CC Huesca (art. 8), CC Zaragoza (art. 41), CC Las Palmas (art. 15 y Anexo V), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 35), CC Palencia (art. 26), CC Segovia (art. 16), CC Alicante (DA 1ª), CC Castellón (art. 29), CC Valencia (art. 17), CC A Coruña (art. 8), CC Pontevedra (art. 31), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 11), CC Hotel Marbella Club (art. 8), CC Hotel Inn El Hidalgo (art. 16), CC Hotel Tierra Mar (DA 2ª), CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 16) y CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 15).

fecha de desaparición del correspondiente plus sino también los derechos en trance de adquisición en el tramo correspondiente ¹²⁵.

b) Una segunda línea consiste en mantener la configuración tradicional del correspondiente complemento de antigüedad en un concreto convenio colectivo, añadiendo otra que afecte sólo a los trabajadores de nuevo ingreso a partir de cierta fecha y que supone cuantías inferiores. De esta suerte, en el futuro, los complementos de antigüedad se generarán según dos sistemas diferentes ¹²⁶.

El análisis de estas dos principales líneas de tendencia convencional a la luz del principio de igualdad puede efectuarse acudiendo a la reciente STC 27/2004, de 4 de marzo ¹²⁷, que en síntesis viene a señalar que, sin perjuicio de que los convenios colectivos posteriores puedan respetar los derechos relativos a la remuneración de la antigüedad o en curso de adquisición, a partir de su entrada en vigor deben fijar una composición salarial igual para todos sin que quepa hacer distinciones en función de la fecha de ingreso del trabajador

¹²⁵ Cfr. CC Asturias (art. 24), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 29), CC Illes Balears (DA 2^a) y CC Murcia (art. 12).

¹²⁶ Es el caso del CC Cantabria (art. 37), CC Córdoba (art. 26), CC Sevilla (art. 12), CC Teruel (art. 9), CC Guadalajara (art. 14), CC Toledo (art. 36 y Anexo IV), CC Ávila (art. 18), CC Salamanca (art. 30), CC Valladolid (art. 11), CC Lugo (arts. 9 y 10), CC Hotel Chamartín (art. 18), CC Hotel Finisterre (art. 13) y CC Hotel NH Atlántico (art. 13). Más dudosa es la falta de adecuación al principio de igualdad de las regulaciones del complemento de antigüedad contenidas en los CC Huelva (art. 12) y Álava (DA 4^a).

¹²⁷ Vid., también en similares términos, SSTs de 6 de abril de 1995 (Ar. 2916), 3 de octubre de 2000 (Ar. 8659), 17 de junio de 2002 (Ar. 7909), 25 de julio de 2002 (Ar. 9904), 7 de marzo de 2003 (Ar. 4499); y SSTSJ de Aragón de 17 de septiembre de 1997 (Ar. 2961), Cataluña de 15 de junio de 1998 (Ar. 2790), Cataluña de 4 de julio de 2001 (Ar. 2002, 2861), Canarias de 16 de noviembre de 2001 (Ar. 2002, 236) y País Vasco de 5 de noviembre de 2002 (Ar. 2003, 982).

En sentido contrario, vid. SSTSJ Illes Balears de 8 de junio de 1998 (A.L., 1998, 1876), que apunta que el art. 25 del ET supone que las partes negociadoras de convenios colectivos quedan investidas de un amplio margen de afiliación para, en el ejercicio de su derecho a la negociación colectiva, puedan modificar la configuración hacia el futuro del complemento retributivo por antigüedad, con el límite de no menoscabar el nivel de los derechos ya consolidados en esta materia para los trabajadores. De ahí que dicha sentencia acepte la posibilidad de variar la cuantía futura del mencionado complemento. En términos similares, STSJ Illes Balears de 29 de abril de 2002 (Ar. 2230).

En otras ocasiones, se ha admitido expresamente esta diferenciación siempre que quede probada su justificación relativa a la promoción del empleo en el ámbito del convenio. Vid. SSTSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2000 (Ar. 1391) y Aragón de 10 de diciembre de 2002 (Ar. 2003, 767).

en la empresa¹²⁸. Por consiguiente, como en su día indicó la STS de 3 de octubre de 2000 (Ar. 8659), de cara al futuro, aun cuando los trabajadores más antiguos tengan garantizado el importe de este tipo de pluses, si un convenio colectivo decide mantener para el resto de trabajadores un complemento de antigüedad con una nueva fórmula de cálculo, ésta se debe aplicar a todos por igual¹²⁹. Con todo, cabe reconocer que estas consideraciones no están exentas de interrogantes toda vez que la STC 27/2004 se compone también de un voto particular, que considera que en el caso planteado *«no se diferencia entre trabajadores ingresados antes o después de una fecha sin más, o que adquieran la condición de fijos antes o después de una fecha, sino básicamente entre trabajadores que con arreglo al sistema convencional precedente venían percibiendo el complemento de antigüedad que en dichos convenios se establecía, o estaban en curso de adquisición, y trabajadores que habían ingresado después de una fecha, y que no percibían complemento de antigüedad»*.

A la luz de todo lo expuesto, la solución al interrogante planteado resulta distinta según trate de la primera línea de tendencia o la segunda. En cuanto a la primera, se puede destacar la unanimidad que existe en las resoluciones apuntadas sobre su viabilidad. Por tal razón, los complementos de antigüedad regulados en el sector de la hostelería que suponen cuantías constantes a lo largo de los años no pueden estimarse contrarios al principio de igualdad¹³⁰ y tampoco plantea dudas de legalidad la circunstancia de que estos complementos consolidados sean susceptibles de actualización tanto de forma

¹²⁸ Concretamente la citada STC indica que *«tras la desregulación que llevó a cabo la Ley 11/1994, de 19 de mayo, del que hasta entonces era un derecho de promoción económica de carácter necesario, que ha pasado a ser dispositivo para las partes negociadoras, pueden incluso respetarse tan sólo los derechos ya causados bajo el convenio anterior o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente por los antiguos trabajadores (art. 25.2 ET)»*. Tal STC añade que *«sin embargo, nada excusa la necesidad de que en el nuevo convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa»*. Por lo demás, la misma repara en que en el convenio analizado no consta pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar a los trabajadores perjudicados por el trato salarial peyorativo al que se les somete

¹²⁹ Tal es el supuesto contemplado en el CC Cádiz (art. 6) y en el CC de Ourense (art. 24).

¹³⁰ Cfr. CC Asturias (art. 24 y Anexo VII), CC Illes Balears (DA 2ª y Anexo III), CC La Rioja-hoteles (art. 10) CC Hotel Tierra Mar (DA 2ª).

directa¹³¹ como indirecta, esto es, cuando se vayan corrigiendo por la aplicación de un determinado porcentaje a una cantidad que anualmente se va revisando —como puede ser el correspondiente salario base—¹³². Ahora bien, no se puede decir lo mismo de la segunda línea de tendencia, consistente en mantener la tradicional regulación de los complementos de antigüedad para quienes ya los disfrutaban e instaurar otra aplicable sólo a los trabajadores que han ingresado en la empresa tras una fecha determinada, toda que vez que se estima que ello supone un trato desigual injustificado.

El análisis del cálculo de este tipo de complementos hace preciso atender al elemento económico, que supone la atribución de un determinado importe, y al temporal, o período computable de prestación de servicios —usualmente trienios y quinquenios—. Por lo que hace al primer elemento, normalmente se aplica un determinado porcentaje bien al salario base¹³³, o bien a otra cantidad fijada en convenio colectivo¹³⁴ que en ocasiones se concreta en el salario mínimo interprofesional¹³⁵. Otros convenios optan por atribuir una cantidad fija preestablecida en términos absolutos a trienios, quinquenios, etc.¹³⁶. En cuanto a la determinación de los años, la fecha inicial es la de ingreso en la empresa¹³⁷. Algún convenio colectivo,

¹³¹ Cfr. CC Cataluña (art. 36), CC Murcia (art. 12), CC Huelva (art. 12), CC Zaragoza (art. 41), CC A Coruña (art. 8), CC Pontevedra (art. 31), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 11) y CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 15).

¹³² Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.2 y Anexo V), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 29) y CC Castellón (art. 29).

¹³³ Vid. CC Cantabria (art. 37), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.2 y Anexo V), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 29); CC La Rioja-restaurantes (art. 21), CC Almería (art. 31), CC Córdoba (art. 26), CC Huelva (art. 12), CC Albacete (art. 32), CC Ciudad Real (art. 33), CC Guadalajara (art. 14), CC Burgos (art. 45), CC León (art. 20), CC Salamanca (art. 30), CC Soria (art. 14), CC Valladolid (art. 11), CC Zamora (art. 33), CC Badajoz (art. 31), CC Lugo (arts. 9 y 10), CC Álava (art. 13), CC Bizkaia (art. 17), CC Ceuta (art. 30), CC Melilla (art. 27), CC Finisterre (art. 13), CC Hotel Abba Parque (art. 29) y CC Hotel Gloria Palace (art. 11).

¹³⁴ Cfr. CC Cádiz (art. 6), CC Teruel (art. 9), CC Hotel Finisterre (art. 13), CC Hotel Inn El Hidalgo (art. 16 y tabla salarial) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 26 y Anexo II).

¹³⁵ Vid. CC Granada (art. 29), CC Huelva (art. 12), CC Sevilla (art. 12) y CC Palencia (art. 26).

¹³⁶ Es el supuesto del CC Illes Balears (Anexo III), CC Granada (art. 30 y Anexo I), CC Huesca (art. 8 y Anexo III), CC Toledo (Anexo IV), CC Ávila (art. 18), CC Ourense (art. 24), CC Gipuzkoa (art. 8 y Anexo III), y CC Hotel NH Atlántico (art. 13).

¹³⁷ Como expresan algunos convenios colectivos. Vid. La Rioja-restaurantes (art. 21), CC Almería (art. 31), CC Albacete (art. 32), CC Ciudad Real (art. 33), CC Toledo (art. 36), CC León (art. 20), CC Salamanca (art. 30), CC Lugo (art. 9), CC Álava (art.

en relación con los trabajadores fijos discontinuos, considera como tiempo trabajado los 365 días si su ocupación supera los nueve meses continuados ¹³⁸.

Por lo demás, cabe citar otros complementos personales de carácter residual, como es el caso de los premios por fidelidad a la empresa que se devengan en forma de pago único cuando el trabajador cumple una serie de años en la empresa ¹³⁹, asimilables a los propios complementos de antigüedad, y también los pluses personales originados por el mantenimiento de alguna ventaja económica propia de convenios anteriores ¹⁴⁰.

2.2.2. Relativos al trabajo realizado

Dentro de esta amplia categoría de complementos salariales, cabe distinguir dos especies: los complementos de puesto de trabajo y los complementos por calidad y cantidad de trabajo.

A) Complementos de puesto de trabajo

La negociación colectiva del sector de la hostelería no viene haciendo un excesivo uso de estos complementos, centrándose básicamente en el de nocturnidad. Al respecto, de la plena remisión que efectúa el art. 36.2 del ET a la negociación colectiva en materia de retribución del trabajo nocturno sin imponer, límite cuantitativo alguno o regulación subsidiaria ante la inactividad negocial, podría deducirse que, a pesar del tenor legal, los agentes negociadores de convenios colectivos no están obligados a contemplar este tipo de remuneración ¹⁴¹. Ello no obstante, esta conclusión carece de sentido a la vista de las excepciones a esta retribución específica que contem-

13), CC Ceuta (art. 30), CC Melilla (art. 27), CC Hotel Abba Parque (art. 30), CC Hotel Finisterre (art. 13) y CC Hotel NH Atlántico (art. 13).

Por su parte CC Ourense (art. 24) indica una determinada fecha a partir de la cual empieza a computar la antigüedad de los trabajadores.

¹³⁸ Cfr. CC Bizkaia (art. 17).

¹³⁹ Vid. CC Teruel (art. 33), CC Ávila (art. 27), CC Segovia (art. 16) y CC Hotel Abba Parque (art. 30).

¹⁴⁰ Cfr. CC Alicante (DA 2ª), CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 7), CC Hotel Princesa Sofía (art. 13.3) y Hotel Tryp Los Llanos (art. 19). Así como los convenios citados en la nota núm. 1 que han sustituido el porcentaje por pluses de carácter personal.

¹⁴¹ Como consecuencia de la desregulación legal de este complemento, a veces, se dispone convencionalmente que se respetarán las condiciones más beneficiosas que pudiera tener el trabajador. Sobre este particular, vid. CC Las Palmas (art. 23) y CC Ciudad Real (art. 35).

pla el art. 36.2 del ET, que son «*que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza*» o que «*se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos*». De hecho, lo cierto es que la mayoría de convenios colectivos examinados regulan dicho complemento¹⁴², incluso, a pesar de haber indicado expresamente que los salarios han sido establecidos en su conjunto atendiendo a la posibilidad de que los trabajadores presten sus servicios en horario nocturno¹⁴³. Por otra parte, algunos convenios reproducen la previsión legal relativa a que el complemento de nocturnidad no se devenga en aquellas actividades —sin especificar cuáles— en las que el salario se haya establecido atendiendo a que las actividades sean nocturnas por su propia naturaleza¹⁴⁴, o

¹⁴² Así lo hacen los CC Asturias (art. 31), CC Cantabria (art. 13), CC Cataluña (art. 42), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.3), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 31), CC Illes Balears (art. 25), CC La Rioja-hoteles (art. 11), CC Murcia (art. 13), CC Navarra (art.28), CC Almería (art. 32), CC Cádiz (art. 7), CC Córdoba (art. 19), CC Huelva (art. 19), CC Jaén (art. 39), CC Málaga (art. 30), CC Huesca (art. 9), CC Teruel (art. 11), CC Zaragoza (art. 47), CC Las Palmas (art. 23), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 21), CC Albacete (art. 28), CC Ciudad Real (art. 35), CC Cuenca (art. 25), CC Guadalajara (art. 15), CC Toledo (art. 39), CC Ávila (art. 23), CC Burgos (art. 47), CC Palencia (art. 24), CC Salamanca (art. 31), CC Segovia (art. 5), CC Soria (art. 23), CC Valladolid (art. 12), CC Zamora (art. 18), CC Alicante (art. 34 y Derecho del Trabajo única), CC Castellón (art. 16), CC Valencia (art. 18), CC Badajoz (art. 29), CC A Coruña (art. 14), CC Lugo (art. 15), CC Ourense (art. 28), CC Pontevedra (art. 30), CC Álava (art. 14), CC Bizkaia (art. 18 y Anexo I), CC Gipuzkoa (art. 17), CC Ceuta (art. 39), CC Melilla (art. 28), CC Hotel Abba Parque (art. 14 y Anexo), CC Hotel Avenida Palace (art. 11), CC Hotel Chamartín (art. 21), CC Hotel Finisterre (art. 23), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 14), CC Hotel Marbella Club (art. 15), CC Hotel NH Atlántico (art. 21), CC Hotel Princesa Sofía (art. 13.5), CC Hotel Tierra Mar (art. 29), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 24) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 17). También, acuerdo de adhesión del Hotel Melià Barcelona al CC de trabajo de hostelería de Cataluña (salvedad 2).

No prevé complemento de nocturnidad alguno, el CC La Rioja-restaurantes. Vid., por lo demás, la parquedad de los CC León (art. 23), CC Hotel Inn El Hidalgo (art. 18) y CC Hotel Tryp El Hidalgo (art. 18) que se remiten a la legislación vigente.

¹⁴³ Cfr. CC Illes Balears (art. 15 párr. 7º), CC Toledo (art. 39) y CC Gipuzkoa (art. 17).

Aunque en otros casos ocurre todo lo contrario, puesto que en el convenio se declara que no se ha previsto ningún salario específico de noche en ninguna categoría. Vid. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.3), Comunidad de Madrid-hostelería (art. 31) y CC Hotel Princesa Sofía (art. 13.5).

¹⁴⁴ Vid. CC Asturias (art. 31), CC Cataluña (art. 42), CC La Rioja-hoteles (art. 11), CC Cádiz (art. 7), CC Jaén (art. 39), CC Málaga (art. 30), Las Palmas (art. 23), CC Albacete (art. 28), CC Cuenca (art. 25), CC Guadalajara (art. 15), CC Ávila (art. 23), CC Palencia (art. 24), CC Salamanca (art. 31), CC Segovia (art. 5), CC Soria (art. 23), CC Valladolid (art. 12), CC Zamora (art. 18), CC Badajoz (art. 29), CC A Coruña (art. 14), CC Ourense (art. 28), CC Pontevedra (art. 30), CC Melilla (art. 28), CC Hotel Chamartín (art. 21), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 14), CC Hotel Marbella Club (art. 15), CC Hotel NH Atlántico (art. 21), CC Hotel Tierra Mar (art. 29), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 24) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 17).

prevén que si se genera el complemento de nocturnidad, éste será de menor cuantía¹⁴⁵. Otros, disponen que este plus no lo percibirán los trabajadores contratados específicamente para realizar trabajos nocturnos¹⁴⁶. Con todo, en sentido contrario, el complemento de nocturnidad puede aparecer reconocido a: trabajadores de ciertos establecimientos como bingos, pubs, discotecas; quienes desarrollen tareas que por su propia naturaleza son nocturnas¹⁴⁷; o trabajadores contratados inicialmente para efectuar trabajos diurnos que han sido reubicados a trabajos nocturnos¹⁴⁸.

En cuanto al horario nocturno, la mayoría de los convenios colectivos adoptan el legal —es decir, el comprendido entre las 22,00 horas y las 6,00 horas—¹⁴⁹, pero algunos lo alteran a veces ampliándolo —lo que beneficia al trabajador—¹⁵⁰, otras reduciéndolo¹⁵¹ y

En particular, CC Castellón (art. 16), como consecuencia de esta previsión, tan sólo reconoce el complemento de nocturnidad a aquellos trabajadores que realicen cualquier trabajo nocturno que no sea habitual de su función y horario.

¹⁴⁵ Vid. CC Murcia (art. 13) y CC Sevilla (art. 13). Por su parte, CC Huelva (art. 19) dispone que los trabajadores cuya actividad se desarrolle permanentemente y completamente en turno de noche percibirán un complemento por nocturnidad, que será de un 10 por 100 del salario convenio más antigüedad, en lugar del 25 por 100.

¹⁴⁶ Cfr. CC Ciudad Real (art. 35).

¹⁴⁷ Vid. CC Córdoba (art. 19).

¹⁴⁸ Cfr. CC Gipuzkoa (art. 17).

¹⁴⁹ Vid. CC Cantabria (art. 13), CC Cataluña (art. 42), CC Murcia (art. 13), CC Navarra (art. 28), CC Córdoba (art. 19), CC Málaga (art. 30), CC Ávila (art. 23), CC Palencia (art. 24), CC Salamanca (art. 31), CC Segovia (art. 5), CC Soria (art. 23), CC Valladolid (art. 12), CC Badajoz (art. 29), CC A Coruña (art. 14), CC Ourense (art. 28), CC Álava (art. 14), CC Melilla (art. 28), CC Hotel Abba Parque (art. 14 y Anexo), CC Hotel Avenida Palace (art. 11), CC Hotel Chamartín (art. 21), CC Hotel Marbella Club (art. 15), CC Hotel NH Atlántico (art. 21), CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 24) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 17).

No indican el horario, por lo que entiendo que es el legal, CC Bizkaia (art. 18) ni CC Hotel Tierra Mar (art. 29).

¹⁵⁰ Vid., con un horario de 22,00 a 8,00 horas, CC Asturias (art. 31). Con un horario de 22,00 a 7,00 horas, CC Almería (art. 32) y CC Sevilla (art. 13).

¹⁵¹ Vid., con un horario de 23,30 a 6,00 horas, CC Valencia (art. 18).

Con un horario de 0,00 a 6,00 horas, CC Huesca (art. 9), CC Teruel (art. 11), CC Zaragoza (art. 47), CC Las Palmas (art. 23), CC Albacete (art. 28) y CC Ceuta (art. 39).

Con un horario de 0,00 a 7,00 horas, en empresas de restaurantes, cafeterías, cafés y bares, CC Illes Balears (art. 25).

Con un horario de 3,00 a 6,00 horas, CC Ciudad Real (art. 35).

Por otro lado, CC Alicante (art. 34) distingue entre el trabajador que ocasionalmente presta sus servicios por la noche, supuesto en el que el horario nocturno es el comprendido entre las 22,00 y las 6,00 horas, y el que efectúa trabajos nocturnos por su propia naturaleza, supuesto en el que el horario nocturno es el que abarca desde las 0,00 horas hasta que finalice su turno.

otras, en fin, desplazando el inicio del horario nocturno y en consecuencia su finalización¹⁵². Establecido el horario, algunos convenios exigen un número de horas trabajadas en período nocturno para que se genere el derecho al plus de nocturnidad¹⁵³, otros disponen que si se supera un determinado número de horas toda la jornada se entiende nocturna¹⁵⁴ y otros, en fin, distinguen si la jornada mensual supera o no un determinado número de horas en período nocturno¹⁵⁵. Algunas de estas cuestiones plantean la duda de su legalidad, que puede ser resuelta reparando en que la fijación legal del horario nocturno contenida en el art. 36.1 del ET se halla vinculada exclusivamente a la tutela de la seguridad y salud del trabajador —y no a su retribución regulada en el art. 36.2 del ET, como ocurría antes de la reforma de 1994—¹⁵⁶. Ahora bien, la libertad con la que cuentan las partes negociadoras a la hora de regular el complemento de nocturnidad no es absoluta. En efecto, debido a la exigencia de que el trabajo en período nocturno sea compensado por alguna de las fórmulas previstas en el art. 36 del ET, en los casos de variaciones *in pejus*, el reconocimiento de un complemento de nocturnidad no cumple con la exigencia legal de la «retribución específica». De ahí que tal emolumento deba venir acompañado de otras formas de retribución de la

¹⁵² Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.3), Comunidad de Madrid-hostelería (art. 31), CC La Rioja-hoteles (art. 11), CC Cuenca (art. 25), CC Guadalajara (art. 15), CC Zamora (art. 18), CC Lugo (art. 15), CC Pontevedra (art. 30), CC Hotel Finisterre (art. 23) y CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 14), que consideran horario nocturno el comprendido entre las 0,00 y las 8,00 horas.

¹⁵³ Vid. CC Illes Balears (art. 25), CC La Rioja-hoteles (art. 11), CC Huelva (art. 19), CC Toledo (art. 39), CC Ávila (art. 23) y CC Burgos (art. 47).

Así como CC Bizkaia (art. 18 y Anexo I) que, de una parte, establece un complemento de nocturnidad que percibe todo trabajador que corresponde a 44 horas mensuales de trabajo en horario nocturno y, de otra, dispone que las horas trabajadas dentro del período nocturno que superen el citado número de horas serán retribuidas añadiendo cierto importe al valor de la hora ordinaria.

¹⁵⁴ Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.3), Comunidad de Madrid-hostelería (art. 31), CC Córdoba (art. 19) y CC Melilla (art. 28).

¹⁵⁵ Vid. CC Almería (art. 32).

¹⁵⁶ En cualquier caso, de forma similar a lo apuntado a propósito del complemento de antigüedad, lo que no parece de recibo es diferenciar un horario nocturno en función de la fecha de ingreso del trabajador en la empresa, como sucede con algún que otro convenio. Vid., al respecto, CC de Cádiz (art. 7), CC de Huesca (art. 9), CC Teruel (art. 11) y CC Zaragoza (art. 47).

Por su parte, CC Valencia (art. 18), en relación con los trabajadores ingresados a partir de 1 de enero de 1998, considera período nocturno a efectos de pago del complemento el realizado entre las 23,30 y las 6,00 horas, respetando como condición individual más beneficiosa aquellos pagos que resultaran para el trabajador por el citado complemento una cuantía superior a la prevista con carácter general.

nocturnidad, por ejemplo, mayores descansos o que el salario se fije atendiendo a la nocturnidad por naturaleza del trabajo.

El cálculo del complemento de nocturnidad se efectúa bien reconociendo una cantidad¹⁵⁷, o bien aplicando un porcentaje al salario base¹⁵⁸ —y, en su caso, también al complemento de antigüedad—, que habitualmente es el 25 por 100 —como se exigía estatutariamente antes de la reforma de 1994¹⁵⁹—. Cuando el cobro de este plus es habitual, hay convenios que también lo reconocen en vacaciones, días de libranza y situaciones de incapacidad temporal¹⁶⁰, mientras que otros retribuyen la nocturnidad clasificando al trabajador en una categoría o nivel retributivo superior al suyo¹⁶¹.

¹⁵⁷ Vid. CC Cantabria (art. 13), CC Illes Balears (art. 25), CC Navarra (art. 28), CC Almería (art. 32), CC Toledo (art. 39), CC Gipuzkoa (art. 17 y Anexo VI, respecto del plus adicional y extraordinario por nocturnidad). Y CC Hotel Abba Parque (art. 14 y Anexo) y CC Hotel Tierra Mar (art. 29).

¹⁵⁸ A tal efecto, para calcular el salario base por hora, en ocasiones se apunta a que se debe dividir su importe mensual entre 160 —que es el resultado de multiplicar 40 horas de jornada semanal por 4 semanas— o si el convenio colectivo indica la jornada ordinaria anual multiplicar el salario base por 12 y dividir por el número de horas correspondientes a aquélla. En otras, como es el caso del CC Zamora (tabla salarial), en la tabla salarial ya aparece el salario base por hora.

¹⁵⁹ Cfr., con un recargo del 10%, CC Huelva (art. 19). Con uno del 15%, CC Albacete (art. 28) y CC Ciudad Real (art. 35). Con uno del 15%, CC Ceuta (art. 39). Con uno del 20%, CC Valencia (art. 18) y CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 24). Y, con un recargo del 23%, CC Alicante (art. 34).

Con un recargo del 25%, que es el más frecuente por tradición histórica, CC Asturias (art. 31), CC Cataluña (art. 42), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.3), CC Comunidad de Madrid-hostelería (art. 31), CC La Rioja-hoteles (art. 11), CC Murcia (art. 13), CC Cádiz (art. 7), CC Córdoba (art. 19), CC Málaga (art. 30), CC Sevilla (art. 13), CC Huesca (art. 9), CC Zaragoza (art. 47), CC Las Palmas (art. 23), CC Guadalajara (art. 15), CC Ávila (art. 23), CC Burgos (art. 47), CC Palencia (art. 24), CC Salamanca (art. 31), CC Segovia (art. 5), CC Soria (art. 23), CC Valladolid (art. 12), CC Zamora (art. 18), CC Castellón (art. 16), CC Badajoz (art. 29), CC A Coruña (art. 14), CC Ourense (art. 28), CC Pontevedra (art. 30), CC Álava (art. 14), CC Gipuzkoa (art. 17), CC Hotel Chamartín (art. 21), CC Hotel Finisterre (art. 23), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 14), CC Hotel Avenida Palace (art. 11), CC Hotel Marbella Club (art. 15), CC Hotel NH Atlántico (art. 21) y CC Hotel Hesperia Presidente Barcelona (art. 17). También, acuerdo de adhesión del Hotel Melià Barcelona al CC de trabajo de hostelería de Cataluña (salvedad 2).

Por encima del tradicional 25%, vid., con un recargo del 27%, CC Melilla (art. 28). Con un recargo del 28%, CC Jaén (art. 39). Con un recargo del 30%, CC Teruel (art. 11). Y, con un recargo del 50%, CC Santa Cruz de Tenerife (art. 21).

¹⁶⁰ En cuyo caso las empresas suelen abonar en concepto de nocturnidad una media de los últimos tres meses trabajados. Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 23.A.3), Comunidad de Madrid-hostelería (art. 31), CC Hotel Abba Parque (art. 14) y CC Hotel Chamartín (art. 21).

¹⁶¹ Vid. CC Illes Balears (art. 25) y CC Santa Cruz de Tenerife (art. 21).

Con excepción del complemento de nocturnidad, no son demasiado numerosos los pluses de puesto de trabajo. Sin embargo, agrupándolos por categorías en función de su objeto cabe indicar lo siguiente:

a) En referencia a los complementos relativos a las condiciones geográficas, tan sólo se han hallado residualmente el plus de residencia ¹⁶² y el de altura ¹⁶³.

b) Por lo que hace a los complementos referidos al tiempo de trabajo, es usual reconocer un complemento de trabajo en festivos si éste no se ha compensado mediante descanso ¹⁶⁴. Cuando ello acontece, este complemento se suele calcular aplicando un porcentaje elevado, que oscila entre el 75 y el 175 por 100, al salario real —incluso incluyendo algún concepto extrasalarial, como el plus de desplazamiento— ¹⁶⁵ o base ¹⁶⁶ del trabajador ¹⁶⁷. En alguna ocasión esta partida adicional incluso se reconoce aunque el festivo se compense mediante descanso, pero en este caso el porcentaje a aplicar es sensiblemente inferior ¹⁶⁸. Otras veces, dicho complemento consiste en una cantidad fija ¹⁶⁹. También existen complementos, aunque más esporádicamente reconocidos, por turno partido ¹⁷⁰, trabajo a jornada a tiempo parcial ¹⁷¹, prestación de servicios en los días 24 y 31 de diciembre ¹⁷², fiesta patronal —que es Santa Marta, 29 de

¹⁶² Cfr. CC Ceuta (art. 29).

¹⁶³ Vid. CC Granada (art. 35).

¹⁶⁴ En el supuesto de CC Albacete (art.21) se reconoce una eventual compensación en descanso sin cuantificar.

¹⁶⁵ Cfr., comprendiendo también los que no lo especifican expresamente, CC Cantabria (art. 23), CC Illes Balears (art. 18), CC Cádiz (art. 23), CC Granada (art. 17), CC Jaén (art. 12), CC Sevilla (art. 29), CC Ciudad Real (art. 19), CC Cuenca (arts. 22 y 23), CC Guadalajara (art. 19), CC Segovia (art. 8), CC Soria (art. 8), CC Zamora (art. 12), CC Castellón (art. 11), CC Ourense (art. 6), CC Gipuzkoa (art. 10), CC Ceuta (art. 11), CC Hotel Tierra Mar art. 12), CC Hotel Abba Parque (art. 9) y CC Hotel Marbella Club (art. 18).

¹⁶⁶ Vid. CC Asturias (art. 18 en relación con el art. 15), Comunidad de Madrid-hostelería (art. 22) y CC Málaga (art. 23).

¹⁶⁷ Cantidad que resulta de dividir el correspondiente salario mensual —real o base— entre treinta. Por su parte, CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 17) no se refiere a recargo alguno; y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 21) reconoce un plus del 40 por 100 de salario más la antigüedad.

¹⁶⁸ Vid. CC Cantabria (art. 23) y CC Badajoz (art. 16).

¹⁶⁹ Cfr. CC Navarra (art. 12), CC Almería (art. 47), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 24), CC Toledo (art. 31), CC Palencia (art. 18), CC Alicante (art. 26 y Anexo III), CC Valencia (art. 14 y Anexo II), CC Álava (art. 16) Hotel Chamartín (art. 15).

¹⁷⁰ Cfr. CC Hotel Tierra Mar (art. 10).

¹⁷¹ Vid. CC Cantabria (art. 13).

¹⁷² Cfr. CC Huelva (art. 7) que califica el apuntado concepto de extrasalarial. Así como CC Las Palmas (art. 19 y Anexo IV), CC Toledo (art. 26) y CC Álava (art. 14).

julio—¹⁷³, días de feria¹⁷⁴, fin de semana¹⁷⁵, domingo trabajado¹⁷⁶ o compensación por reducción del descanso semanal de dos días a un día y medio¹⁷⁷.

c) Los convenios examinados incorporan en ocasiones complementos relativos a circunstancias que dificultan la prestación de servicios, tales como los pluses de peligrosidad y penosidad¹⁷⁸, peligrosidad para el personal de catering¹⁷⁹, penosidad cuando se tenga contacto con enfermos¹⁸⁰ y toxicidad¹⁸¹. También se reconocen complementos referidos a las funciones del trabajador, como el plus de recepcionista¹⁸²; encargado de bodega, bodeguero, cocinero, cafetero, camarero, recepcionista, conserje 2^a, mozo de habitaciones, camarera, limpiadora y mecánico calefactor, auxiliar de oficina, portero de acceso, jefe de partida y jefe de sector y mozo de equipajes¹⁸³; camareras y mozos de habitaciones¹⁸⁴; intensidad de trabajo para camareras de piso que efectúen funciones adicionales a las propias de su categoría¹⁸⁵; por realización de camas supletorias¹⁸⁶; reposición, revisión y vigilancia de minibares¹⁸⁷; de responsabilidad en empresas prestadoras de servicios a comedores escolares para quien además de sus funciones esté encargado de tareas de gestión¹⁸⁸; actividades de casinos y sociedades recreativas¹⁸⁹; y diversos pluses de polivalencia funcional referidos a trabajadores de ciertas categorías cuando se prevea que puedan desempeñar tareas propias de otras concretas categorías, de modo que no se trata de una polivalencia general sino específica¹⁹⁰. En fin, considerando los riesgos y el volumen de traba-

¹⁷³ Vid. CC Badajoz (art. 17), CC A Coruña (art. 16) y CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 25).

¹⁷⁴ Cfr. CC Badajoz (art. 15).

¹⁷⁵ Vid. CC Hotel Abba Parque (art. 32).

¹⁷⁶ Cfr. CC Ceuta (art. 33).

¹⁷⁷ Cfr. CC Toledo (art. 29).

¹⁷⁸ Vid. CC Segovia (art. 20) y CC Hotel Marbella Club (art. 28).

¹⁷⁹ Vid. CC Alicante (art. 35).

¹⁸⁰ Cfr. CC Toledo (art. 40) y CC Alicante (art. 35 ter).

¹⁸¹ Cfr. CC Zamora (art. 38).

¹⁸² Vid. CC Navarra (art. 13).

¹⁸³ Categorías, todas ellas, que cuentan con sendos complementos salariales en CC Hotel Avenida Palace (art. 14 y Anexo I).

¹⁸⁴ Cfr. CC Hotel Avenida Palace (art. 14 y Anexo I) y CC Hotel Ritz (art. 14).

¹⁸⁵ Vid. CC Segovia (art. 23) y CC Valladolid (art. 19).

¹⁸⁶ Cfr. CC Almería (art. 34).

¹⁸⁷ Vid. CC Almería (art. 35).

¹⁸⁸ Cfr. CC Alicante (art. 35 bis).

¹⁸⁹ Vid. CC Lugo (art. 14).

¹⁹⁰ Cfr. CC Hotel Marbella Club (art. 22).

jo en los centros de acogida de inmigrantes, se reconoce esporádicamente un complemento que en compensación por tales circunstancias propios del puesto de trabajo ¹⁹¹.

B) Complementos por calidad o cantidad de trabajo realizado

El arquetipo de este tipo de complementos es el que se devenga por la realización de horas extraordinarias. Al respecto, un gran número de los convenios colectivos estudiados cuenta con una regulación específica sobre la remuneración pecuniaria de las horas extraordinarias, contradiciendo la opción legal, que plasma el art. 35.1 del ET in fine por el pago por compensación. En la mayoría de los casos ¹⁹², aplican un porcentaje al valor de la hora ordinaria ¹⁹³ que, sin perjuicio de alguna previsión inferior ¹⁹⁴, acostumbra a oscilar entre el 75 y el 100 por 100 ¹⁹⁵. Rara vez se prevé la determinación de

¹⁹¹ Vid. CC Ceuta (art. 45).

¹⁹² Aunque en otros no hay tal incremento. Vid. CC Murcia (art. 16), CC Santa Cruz de Tenerife (art. 22) y Ávila (art. 24).

Por su parte, el CC Guadalajara (art. 13) no cuantifica el valor de la hora extra.

¹⁹³ A tal efecto, se suman el salario base anual, la cuantía anual correspondiente a los complementos salariales y las pagas extraordinarias, y el resultado se divide entre el número de horas de la jornada anual vigente que en muchos casos viene indicada en el convenio colectivo. A la cantidad resultante se le aplica el correspondiente recargo. Otros convenios, por último, establecen fórmulas matemáticas diversas que, en todo caso, utilizan las citadas variables. En relación con esta última posibilidad, vid. CC Almería (art. 33), CC Cádiz (art. 21) y CC Cuenca (arts. 24 y 11).

¹⁹⁴ Cfr., con un recargo del 20%, CC Grupo de empresas Suitehotel (art. 10). Del 40%, CC Valladolid (art. 13). Del 45%, CC Albacete (art. 29). Y del 50%, CC Hotel Tryp Los Llanos (art. 17).

¹⁹⁵ Vid., con el 75%, CC Asturias (art. 15), CC Cantabria (art. 33), CC La Rioja-restaurantes (art. 17), CC Cádiz (art. 21), CC Málaga (art. 19), CC Zaragoza (art. 43), CC Ciudad Real (art. 23), CC Cuenca (art. 24), CC Segovia (art. 19), CC Badajoz (art. 27), CC A Coruña (art. 11), CC Ceuta (art. 34), CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 22).

Con el 80%, CC Salamanca (art. 32).

Con el 100%, CC Comunidad de Madrid-hospedaje (art. 17), Comunidad de Madrid-hostelería (art. 17), CC Granada (art. 18), CC Sevilla (art. 10), CC Las Palmas (art. 28) y CC Ourense (art. 6).

Con el 150%, CC Soria (art. 21).

Por su parte, el CC de Córdoba (art. 18) establece un recargo del 50 por 100 en el caso de la primera hora extraordinaria y del 75 por 100 para el resto de horas extraordinarias; el CC Bizkaia (art. 10) distingue entre el 100% correspondiente a horas normales y el 150% para horas festivas, es decir, trabajadas durante el descanso semanal; y CC Melilla (art. 19) establece un recargo del 175% sobre el salario hora individual, que pasa a ser del 185% por hora de trabajo efectuada en horario nocturno o en días de descanso semanal.

una cuantía exacta¹⁹⁶. En otras ocasiones, en fin, se establece específicamente la posibilidad de que en el ámbito empresarial o individual se elija entre la retribución mediante descanso o económica. En tal hipótesis, a veces tanto el tiempo de descanso como la remuneración dineraria resultan equivalentes al valor de la hora ordinaria¹⁹⁷, en otras, ambos tipos de compensación se incrementan¹⁹⁸ y, finalmente, en las menos el tiempo de descanso resulta proporcionalmente mayor respecto de la compensación pecuniaria¹⁹⁹.

En la práctica aparecen otros complementos de cantidad y calidad. Sobre este particular se puede aludir a algún convenio, que amplía el descanso semanal a dos días, si bien permite compensar económicamente su reducción en medio día²⁰⁰. También interesa mencionar los pluses de asistencia y permanencia, que pueden venir configurados de diversas formas: en ocasiones, requieren que el trabajador no falte a su trabajo un determinado número de días en un período preestablecido²⁰¹; en otras su devengo se produce por día efectivo de trabajo²⁰²; o, en fin, su cuantía va disminuyendo así como aumentan las faltas de asistencia²⁰³. Otros supuestos de complementos de cantidad de trabajo son los complementos de prolongación de jornada para compensar los tiempos utilizados en la finalización de los servicios de atención al cliente²⁰⁴; los pluses de productividad, cuando consistan en una cantidad fija y que, dada la dificultad de medir la productividad en la empresa, reduzcan su cuantía por ausencias injustificadas del trabajador²⁰⁵ o faltas de

¹⁹⁶ Cfr. CC Huesca (art. 11) y CC Teruel (art. 10), que asignan una cantidad única por hora extra trabajada con independencia de la categoría del trabajador. Como ocurre, asimismo, en el CC Hotel Marbella Club (art. 32) y CC Hotel Hesperia Presidente de Barcelona (art. 24). Distinguiendo por grupos, vid. CC Alicante (art. 24 y Anexo III)

De otra parte, otros convenios determinan una cantidad por hora extra efectuada que varía según el nivel retributivo del trabajador. Es el caso de CC Valencia (art. 13 y Anexo II), CC Álava (art. 15 y Anexo III) y CC Hotel Tierra Mar (DA 3ª).

¹⁹⁷ Vid. CC Cataluña (art. 34), CC Córdoba (art. 18), CC Jaén (art. 12) y CC A Coruña (art. 11).

¹⁹⁸ Cfr. La Rioja-hoteles (art. 14), CC Málaga (art. 19), CC Huesca (art. 10), CC Albacete (art. 29) y CC Burgos (art. 15).

¹⁹⁹ Cfr. CC Almería (art. 33).

²⁰⁰ Cfr. CC Navarra (art. 16), CC León (art. 8) y CC Soria (art. 4).

²⁰¹ Vid. CC Ciudad Real (art. 34).

²⁰² Vid. CC León (art. 18).

²⁰³ Vid. CC Hotel Marbella Club (arts. 9 y 10), CC Hotel NH Atlántico (art. 11) y CC Hotel Ritz (art. 14). También Acuerdo adoptado ante el SERCLA del sector de la hostelería de Sevilla, de 6 de abril de 2006 (BO Sevilla 20/02/07)

²⁰⁴ Cfr. CC Albacete (art. 27) y CC Toledo (art. 37).

²⁰⁵ Vid. CC Hotel Gloria Palace (art. 12).

puntualidad²⁰⁶; los pluses de productividad, en el supuesto de que se abonen con motivo de una mayor aglomeración de trabajo en ciertas fechas²⁰⁷; los complementos de producción mensual²⁰⁸; y, en fin, las comisiones de divisas²⁰⁹.

IV. CLÁUSULAS DE DESCUELGUE SALARIAL

De conformidad con los arts. 82.3 y 85.3.c) del ET y como aconseja el ANC 2007, todos los convenios colectivos autonómicos y la mayoría de los provinciales¹¹⁰ contienen, bajo diversas denominaciones, cláusulas de inaplicación salarial. La materia afectada por el descuelgue casi siempre viene constituida por los incrementos salariales inicialmente acordados, exigiéndose que se solicite dentro de un breve plazo a contar desde el registro del depósito del convenio o de su publicación²¹¹. En otros supuestos se prevé expresamente que el descuelgue pueda solicitarse tanto en referencia al sistema salarial instaurado convencionalmente *ab initio* como a las actualizaciones salariales posteriores²¹². En cualquier caso, es de suponer que a una empresa que se ha descolgado del correspondiente incremento salarial no le resultará de aplicación la eventual actualización.

²⁰⁶ Vid. CC Huesca (art. 11).

²⁰⁷ Cfr. CC Cáceres (art. 14).

²⁰⁸ Cfr. CC Hotel Princesa Sofía (art. 13.2 y DF 2ª).

²⁰⁹ Vid. CC Hotel Finisterre (art. 6) y CC Hotel Hesperia-Peregrino (art. 5).

²¹⁰ No así CC Guadalajara, CC Ávila, CC Soria, CC Badajoz, CC Lugo, CC Pontevedra, CC Álava ni CC Ceuta.

Por su parte, CC Melilla (Anexo IV) contiene tan sólo el compromiso de sus partes firmantes de establecer en el próximo convenio colectivo un precepto sobre el descuelgue salarial. El CC Valladolid (DF 2ª) contiene una cláusula de descuelgue en la que las empresas afectadas por pérdidas durante el año anterior deben dirigirse a la Autoridad Laboral competente. Y los de La Rioja remiten toda su regulación al AES.

²¹¹ Así lo hacen los CC Asturias (art. 49), CC Cantabria (art. 30), CC Murcia (art. 41), CC Almería (art. 50), CC Cádiz (DA 5ª), CC Córdoba (Anexo II), CC Huelva (art. 31), CC Huesca (art. 36), CC Teruel (art. 37), CC Zaragoza (art. 51), CC Burgos (art. 48), CC León (art. 29), CC Palencia (art. 25) y CC Castellón (art. 31).

²¹² Cfr. CC Cataluña (art. 44), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (DA 1ª), Comunidad de Madrid-hostelería (DA 3ª), CC Illes Balears (DA 3ª), CC La Rioja-hoteles (art. 7), CC La Rioja-restaurantes (art. 8), CC Navarra (art. 35), CC Jaén (art. 9), CC Málaga (art. 34), CC Sevilla (art. 39), CC Las Palmas (DA 1ª), CC Santa Cruz de Tenerife (DF 2ª), CC Albacete (DA 1ª), CC Ciudad Real (art. 50), CC Cuenca (art. 17), CC Cáceres (art. 26), CC Gipuzkoa (art. 55), CC Alicante (art. 38) y CC Valencia (art. 48).

Y, en otros, no se precisa, como es el caso de CC Granada (art. 48) que se refiere exclusivamente a los «salarios pactados»; CC Toledo (art. 45) y CC Bizkaia (art. 30) referidos a «condiciones económicas establecidas en este convenio»; CC Salamanca (art. 7) que alude a las «tablas salariales»; y CC A Coruña (art. 34) relativo al nivel retributivo.

La circunstancia reseñada en el art. 82.3 del ET sobre el posible daño a la estabilidad económica de la empresa, como causa para excluir la aplicación del régimen salarial pactado en el convenio, viene especificada en determinados convenios colectivos. Al respecto, estos se refieren a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación²¹³, siendo de cada vez más frecuentes los que aluden a la acreditación objetiva y fehaciente de situaciones de déficit o pérdidas²¹⁴, concretándose en los ejercicios contables de los dos o tres últimos años, respecto del año de que se trate. A efectos de valorar esta situación negativa, a veces se establece que se deben tener en cuenta circunstancias tales como el insuficiente nivel de producción y ventas, atendiendo a los datos que resulten de la contabilidad de las empresas, de sus balances y de sus cuentas de resultados²¹⁵. Además, algún convenio establece que, para aquellas empresas que estén afiliadas a alguna de las asociaciones patronales firmantes del mismo, tal situación quedará constatada siempre que venga avalada por un informe de su asociación empresarial sin tener que aportar, en consecuencia, tanta documentación justificativa²¹⁶. Junto con la solicitud, a veces se requiere la aportación de determinada documentación relativa a las cuentas y balance de la empresa, así como de un plan de viabilidad de la empresa en el que se justifique el descuelgue que se solicita²¹⁷. Asimismo, de existir representación sindical en la empresa, es posible que se requiere la elaboración de un informe sobre la procedencia o improcedencia del descuelgue solicitado²¹⁸.

²¹³ Vid. CC La Rioja-restaurantes (art. 8), CC Murcia (art. 41), CC Navarra (art. 35) —aunque este convenio permite mediante un procedimiento específico la solicitud del descuelgue por las empresas que justifiquen pérdidas en el último ejercicio o circunstancias excepcionales de inestabilidad económica—, CC Córdoba (Anexo II), CC Jaén (art. 9), CC Málaga (art. 34), CC Huesca (art. 36), CC Zaragoza (art. 51), CC Alicante (art. 38), CC Bizkaia (art. 30) y CC Gipuzkoa (art. 55).

²¹⁴ Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (DA 1^ª), CC Comunidad de Madrid-hostelería (DA 3^ª), CC Cantabria (art. 30), CC Cataluña (art. 44), CC Illes Balears (DA 3^ª), CC La Rioja-hoteles (art. 7), CC Almería (art. 50), CC Cádiz (DA 5^ª), CC Huelva (art. 31), CC Teruel (art. 37), CC Las Palmas (DA 1^ª), CC Santa Cruz de Tenerife (DF 2^ª), CC Albacete (DA 1^ª), CC Ciudad Real (art. 50), CC Cuenca (art. 17), CC Toledo (art. 45), CC Burgos (art. 48), CC León (art. 29), CC Palencia (art. 25), CC Cáceres (art. 26), CC Castellón (art. 31), y CC Valencia (art. 48).

²¹⁵ Vid. CC Illes Balears (DA 3^ª), CC Murcia (art. 41), CC Almería (art. 50), CC Cádiz (DA 5^ª), CC Las Palmas (DA 1^ª), CC Santa Cruz de Tenerife (DF 2^ª), CC Cuenca (art. 17), CC Toledo (art. 45), CC Castellón (art. 31), CC Cáceres (art. 26), CC Bizkaia (art. 30), Gipuzkoa (art. 55) y CC Alicante (art. 38).

²¹⁶ Es el caso del CC Cataluña (art. 44).

²¹⁷ Cfr. CC Córdoba (Anexo II), CC Málaga (art. 34), CC Zaragoza (art. 51) y CC Cuenca (art. 17).

²¹⁸ Vid., entre otros, CC Zaragoza (art. 51).

Las empresas interesadas en inaplicar el régimen salarial correspondiente, según cual sea la previsión convencional correspondiente, deben dirigirse a unos concretos sujetos dentro de unos plazos fijados:

a) En algunos casos deben recurrir, en primer término, a los trabajadores o a sus representantes y, si con estos es imposible el acuerdo, a la comisión paritaria del convenio²¹⁹ —aunque alguna vez la comisión paritaria sólo tiene funciones de control y ratificación del acuerdo con los trabajadores o sus representantes²²⁰—.

b) En otros supuestos, las empresas deben dirigirse directamente a la correspondiente comisión paritaria, aun cuando en ocasiones adicionalmente se requiere la comunicación del propósito empresarial a los representantes de los trabajadores²²¹.

Comunicada esta intención empresarial, para el caso de discrepancias sobre la valoración de circunstancias justificativas del descuelgue, a veces se articulan soluciones. Así, se prevé la petición de un informe de un censor²²² o, incluso, que la solicitud que provenga de una empresa afiliada a una organización patronal firmante del convenio se presente acreditada por un informe de su asociación o federación empresarial expresivo de la veracidad de los datos y dificultades económicas del solicitante²²³.

Normalmente se establece un término que oscila entre diez días y un mes para que las partes acuerden o no la necesidad del descuelgue

²¹⁹ Cfr. CC Illes Balears (DA 3ª), CC Comunidad de Madrid-hospedaje (DA 1ª), CC Comunidad de Madrid-hostelería (DA 3ª), CC Murcia (art. 41), CC Almería (art. 50), CC Jaén (art. 9), CC Málaga (art. 34), CC Sevilla (art. 39), CC Las Palmas (DA 1ª), CC Santa Cruz de Tenerife (DF 2ª), CC Albacete (DA 1ª), CC Cuenca (art. 17), CC Palencia (art. 25), CC Alicante (art. 38), CC Castellón (art. 31), CC Valencia (art. 48) y CC Bizkaia (art. 30).

²²⁰ Vid. CC León (art. 29), CC Salamanca (art. 7) y CC Gipuzkoa (art. 55).

²²¹ Cfr. CC Asturias (art. 49), CC Cantabria (art. 30), CC Cataluña (art. 44), CC Navarra (art. 35), CC Cádiz (DA 5ª), CC Córdoba (Anexo II), CC Granada (art. 48), CC Huelva (art. 31), CC Huesca (art. 36), CC Teruel (art. 37), CC Zaragoza (art. 51), CC Ciudad Real (art. 50), CC Toledo (art. 45), CC Burgos (art. 48) y CC A Coruña (art. 34).

Vid., también, CC Cáceres (art. 26), que atribuye a la comisión paritaria funciones arbitrales en relación con el eventual descuelgue indicando que el laudo que dicte será susceptible de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos para los convenios colectivos.

²²² Vid. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (DA 1ª), Comunidad de Madrid-hostelería (DA 3ª), CC Illes Balears (DA 3ª), CC Las Palmas (DA 1ª), CC Palencia (art. 25), CC Cáceres (art. 26) y CC Valencia (art. 48).

²²³ Vid. CC Illes Balears (DA 3ª) y CC Bizkaia (art. 30).

y, en su caso, las nuevas condiciones salariales²²⁴. Caso de que no se conteste en plazo a la solicitud empresarial, algún convenio estima que el silencio es positivo²²⁵. En fin, el necesario acuerdo puede tomarse por mayoría²²⁶ o por unanimidad²²⁷. Ahora bien, al respecto importa advertir que el descuelgue puede venir limitado convencionalmente. Así, a veces, se apunta que las nuevas condiciones salariales no pueden rebasar un determinado porcentaje sobre el salario correspondiente²²⁸ y, otras, se concreta una duración máxima para la inaplicación salarial —sin perjuicio de la posibilidad de solicitar un nuevo descuelgue²²⁹—. Asimismo, esporádicamente se habilita a la comisión paritaria para que proponga soluciones alternativas al descuelgue o condicionantes al mismo²³⁰. Si no hay acuerdo, la mayoría de convenios colectivos apuntan la posibilidad de solventar tal discrepancia en los correspondientes organismos de solución no judicial de conflictos laborales²³¹. Otras veces, ante la falta de acuerdo en cuanto a la procedencia o improcedencia del descuelgue, se considera que se debe aplicar el mismo en los términos planteados por la empresa²³².

Por lo demás, ocasionalmente, se establece un límite temporal al descuelgue²³³, se regula la forma de actualizar los salarios en aque-

²²⁴ Cfr. CC Cantabria (art. 30), Comunidad de Madrid-hospedaje (DA 1^a), CC Comunidad de Madrid-hostelería (DA 3^a), CC Illes Balears (DA 3^a), CC Navarra (art. 35), CC Almería (art. 50), CC Cádiz (DA 5^a), CC Málaga (art. 34), CC Albacete (DA 1^a), CC Ciudad Real (art. 50), CC Cuenca (art. 17), CC Burgos (art. 48), CC Alicante (art. 38), CC Valencia (art. 48), CC A Coruña (art. 34) y Gipuzkoa (art. 55).

Por su parte, otros convenios colectivos prolongan el citado plazo a dos meses, tal como acontece en CC Córdoba (Anexo II), CC Huesca (art. 36) y CC Zaragoza (art. 51). Mientras que en otros lo abrevian, como ocurre en CC León (art. 29), que establece un plazo de 10 días.

²²⁵ Vid. CC A Coruña (art. 34).

²²⁶ Vid. CC Cantabria (art. 30), CC Cádiz (DA 5^a), CC Sevilla (art. 39) y CC Bizkaia (art. 30).

²²⁷ Vid. CC Asturias (art. 49), CC Granada (art. 48) y CC Castellón (art. 31).

²²⁸ Cfr. CC Comunidad de Madrid-hospedaje (DA 1^a), que indica que por acumulación de descuelgues sucesivos, los salarios de la empresa nunca pueden ser disminuidos en más de un 2 por 100 sobre las tablas del convenio; y CC Comunidad de Madrid-hostelería (DA 3^a), que recoge un límite de similares características que se concreta en el 4 por 100.

²²⁹ Vid. CC Burgos (art. 48), CC León (art. 29), CC Castellón (art. 31) y CC Bizkaia (art. 30).

²³⁰ Cfr. CC Cantabria (art. 30).

²³¹ Vid. CC Cataluña (art. 44), CC Illes Balears (DA 3^a), CC Teruel (art. 37), CC Santa Cruz de Tenerife (DF 2^a), CC Albacete (DA 1^a), CC Ciudad Real (art. 50), CC Toledo (art. 45), CC Bizkaia (art. 30), Gipuzkoa (art. 55) y CC Alicante (art. 38).

²³² Cfr. Huelva (art. 31).

²³³ Cfr. CC Almería (art. 50), CC Cádiz (DA 5^a).

llas empresas que se descolgaron del régimen salarial²³⁴, o se hace referencia a la necesidad de indicar en el acuerdo de descuelgue la forma y plazo de recuperación del nivel salarial²³⁵. Si, finalmente, por el medio que sea se produce el descuelgue, algún convenio colectivo prevé que las empresas autorizadas a ejecutarlo deberán abonar a los trabajadores las diferencias salariales que con tal motivo dejaron de percibir, a partir del primer ejercicio en que obtengan beneficios contables positivos²³⁶.

V. CONCLUSIONES

Los convenios colectivos del sector de la hostelería apuestan por cierta moderación salarial. La mayoría insta incrementos salariales ajustados a la previsión oficial de la inflación y usualmente eleva el citado porcentaje en algún punto a la hora de fijarlos. Conscientes de que esta medida resulta necesaria para controlar la inflación del país pero insuficiente para mantener el poder adquisitivo de los trabajadores, los negociadores añaden, en línea con el ANC 2007, cláusulas de revisión salarial dirigidas a equiparar la subida salarial igual al IPC real.

Con la salvedad del amplio juego que en la práctica tiene reconocido la autonomía individual en la esfera salarial, la negociación colectiva del sector de la hostelería apuesta fundamentalmente por el sistema retributivo de salario por unidad de tiempo. Los complementos salariales relativos a la cantidad y calidad del trabajo, tales como pluses de asistencia, comisiones de divisas o complementos de productividad son excepcionales. La vinculación del salario a la productividad de la empresa o a sus beneficios es prácticamente inexistente en el ámbito convencional. Y ello a pesar de que una mayor diversificación salarial es necesaria a fin de lograr una mejor adaptación de la fuerza del trabajo a los requerimientos organizativos de las empresas. Partidas salariales como complementos de disponibilidad horaria, primas o participación en resultados de la empresa facilitarían, en efecto, la concordancia entre costes salariales y sistema de producción de la empresa, mejorando tanto la empresa como el trabajador sus expectativas económicas.

²³⁴ Es el supuesto de CC Almería (art. 50), CC Cádiz (DA 5ª), CC Castellón (art. 31), CC Valencia (art. 48), CC A Coruña (art. 34).

²³⁵ Cfr. CC Albacete (DA 1ª), CC Cuenca (art. 17), CC Toledo (art. 45) y CC León (art. 29).

²³⁶ Cfr. CC Navarra (art. 35).

Sin abandonar el terreno de la moderación salarial, los convenios analizados también se ocupan de las cláusulas de inaplicación salarial. Con todo, los procedimientos establecidos se caracterizan por su rigidez. En efecto, los daños a la «*estabilidad económica*» de la empresa, como causa para excluir la aplicación del régimen salarial acordado, requieren la acreditación objetiva y fehaciente de situaciones de déficit o pérdidas a concretar incluso en ejercicios contables precedentes. Por lo demás, la noción legal «*régimen salarial*» [arts. 82.3 y 85.3.c) ET] podría comprender el carácter y cálculo de los emolumentos que integran la estructura salarial, lo que permitiría la eliminación de sus conceptos salariales y otras modificaciones cuantitativas sustanciales. Sin embargo, en la práctica, esta posibilidad queda reducida básicamente a los incrementos salariales inicialmente pactados y en algún caso a las actualizaciones salariales posteriores, exigiéndose que el inicio del procedimiento se solicite en un corto plazo a contar desde el depósito del convenio colectivo o revisión salarial, o de la correspondiente publicación.

CAPÍTULO VII. DERECHOS FUNDAMENTALES

Ángel Jurado Segovia

Sumario: I. Introducción. II. Igualdad y no discriminación, en especial entre hombres y mujeres. III. Conciliación de la vida laboral, personal y familiar. IV. Tutela frente a las diversas formas de acoso en el trabajo. 1. Prevención y protección frente a las conductas de acoso. 2. Sanción disciplinaria de las conductas de acoso. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo se ha venido achacando un déficit en cuanto al poder regulador de la autonomía colectiva como cauce para la interiorización en la empresa y en el contrato de trabajo de los derechos fundamentales de la persona del trabajador¹. Y si esta situación podía encontrar cierta justificación durante una primera etapa de adaptación del ordenamiento jurídico a los postulados constitucionales a la par que de maduración del sistema de negociación colectiva, no parece que hoy se puedan alegar obstáculos para que la autonomía colectiva cumpla un papel relevante en la materia, máxime cuando las actuales orientaciones de política del derecho apuntan claramente a la atribución de un intenso y renovado protagonismo a los agentes sociales en aras de eliminar todas aquellas trabas y prácticas presentes en el sistema de relaciones laborales, que impiden a los trabajadores el pleno disfrute de sus derechos fundamentales.

Valga, en este sentido, aludir al significativo rol que, de acuerdo con la reciente LO 3/2007, está llamada a asumir la negociación colectiva en la consecución efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones de trabajo, así como al carácter de instrumento de primer orden que se le ha atribuido al diálogo social y a la autonomía colectiva por parte de la política comunitaria en una materia, de rabiosa actualidad y hondo calado, como es la lucha contra las diversas formas de acoso en el trabajo. Es precisamente a estas materias a las que la negociación colectiva del sector de la hostelería parece dedicar más atención de entre aquellas que tienen que ver con la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. Al examen de tales previsiones convencionales se dedican las siguientes páginas.

II. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, EN ESPECIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES

En algunos convenios del sector de la hostelería se detectan previsiones que, a modo de cláusulas generales y sin un contenido muy preciso, aluden a las diversas razones de discriminación proscritas —sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social,

¹ Por todos, Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (1996): «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», RL, Tomo-I, p. 3 y 4, de la versión de Internet, www.laleylaboral.com.

religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, discapacidad²—. Se trata de previsiones convencionales que no van más allá de recordar la prohibición de discriminación que ya por imperativo constitucional y legal juega en el ámbito de las relaciones laborales por cualquiera de las causas contempladas en los arts. 14.1 CE y 4.2 c) y 17.1 ET.

Pero es a la no discriminación e igualdad por razón de sexo o género a la que más atención se presta en la negociación colectiva del sector de la hostelería. Ello obedece seguramente a la preocupación que sobre esta materia se viene detectando durante los últimos años y de la que vienen siendo partícipes también los agentes sociales, como lo demuestra que la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres haya venido siendo incluida desde el año 2002 en los sucesivos AINC como materia a tratar en los convenios colectivos, fijándose al efecto una serie de directrices generales que han venido repitiéndose en términos similares en dichos acuerdos³. En ese sentido, el AINC 2008, que prórroga para este año el del 2007⁴, declara la plena vigencia de los criterios sentados en este último, además de incorporar un Anexo II en el que se recoge lo acordado por los firmantes en relación con la aplicación en el marco de la negociación colectiva de los contenidos de la reciente LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En el sector de la hostelería se detectan previsiones convencionales que, con un estilo declarativo y general, recuerdan la prohibición de discriminar por razón de sexo y, más en particular, a través de tales cláusulas las partes suelen hacer suyo el objetivo de alcanzar una plena igualdad y garantizar la no discriminación entre sexos en los diversos aspectos de la relación laboral: contratación, promoción profesional, retribuciones, etc; remitiéndose en ocasiones a la normativa legal en esta materia y/o comprometiéndose al escrupuloso cumplimiento de las misma⁵. Ciertamente, entre los criterios sentados por los AINC de los últimos años, se ha hecho referencia a la inclusión en la negociación colectiva de cláusulas declarativas antidiscriminatorias; previsiones a las que se les atribuye una función

² CC Guadalajara (Anexo I; art. 32); CC León (art. 31).

³ Cfr. Pérez del Río, T. (2007): «La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los Planes de Igualdad en las empresa», RMTAS, n° extraordinario, pág. 263 y 264.

⁴ BOE 14-1-2007.

⁵ Cfr., entre otros, CC Asturias (art. 49); CC Guadalajara (Anexo I; arts. 31, 34 y 35); CC Rioja-Hoteles (Disp. Ad. 5ª).

pedagógica en tanto que pueden facilitar e impulsar la aplicación real del principio de igualdad y no discriminación, haciendo a los trabajadores conscientes de sus derechos. Sin embargo, desde la óptica estrictamente jurídica este tipo de provisiones poco aportan y en el caso de las remisiones, reiteraciones o reproducciones de las disposiciones legales se corre el riesgo de perpetuar en el convenio disposiciones que no se ajustan a la legalidad vigente, con la consiguiente inseguridad jurídica para los destinatarios del convenio⁶.

Mayor enjundia tienen aquellas disposiciones convencionales, ciertamente escasas, que prevén la adopción de medidas de acción positiva en materia de contratación, formación y promoción profesional, disponiéndose que en igualdad de condiciones tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate⁷. En este sentido, en el AINC 2007 se fijó como criterio a tener en cuenta por la negociación colectiva la inclusión de cláusulas de acción positiva que fomenten el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en las que se encuentren subrepresentadas, así como el establecimiento de criterios de conversión de contratos temporales a fijos que favorezcan a las mujeres cuando, en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad. Y en esta misma dirección, el art. 17.4 ET, tras las modificaciones introducidas por la LO 3/2007, invita a la negociación colectiva a establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones en las que se encuentren subrepresentadas, así como en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tengan preferencia las personas del sexo menos representado en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.

Por lo tanto, las cláusulas detectadas en el sector de la hostelería se sitúan en la línea de uno de los objetivos más ambiciosos en aras de una real igualdad entre sexos, mejorando el régimen legal que, más allá de prohibir las discriminaciones directas o indirectas, no impone directamente la adopción de medidas de acción positiva por parte de las empresas. Por lo demás, la escasez de provisiones convencionales en este sentido en el sector de la hostelería proba-

⁶ Así, resaltando los aspectos positivos y negativos de las cláusulas declarativas antidiscriminatorias, Pérez del Río, T. (2007): págs. 265 y 266.

⁷ CC Guadalajara (Anexo I; art. 33); CC León (art. 31)

blemente se vea corregida en un futuro, en tanto en cuanto, si bien la ley no exige directamente, como se decía, la adopción de medidas de acción positiva, tras la redacción dada al art. 85.1 ET por la LO 3/2007 cabe entender que, cuanto menos, se impone a las partes sociales un deber de negociar para intentar llegar a acuerdos sobre este tipo de medidas⁸.

Por otra parte, tan sólo en un convenio del sector se ha detectado una referencia explícita a los denominados planes de igualdad en las empresas, disponiéndose que es función de la Comisión Paritaria del Convenio impulsar y desarrollar los mencionados planes⁹. Esta ausencia de previsiones relativas a los planes de igualdad obedece, de un lado, a la reciente creación de esta figura por parte de la LO 3/2007, de vigencia posterior a la mayoría de los convenios del sector; y, por otra parte, al hecho de que, de acuerdo con las previsiones legales, el ámbito natural de estos planes son principalmente los acuerdos con los representantes de los trabajadores a nivel empresarial (arts. 45.2 y 5 LO 3/2007 y 85.2 ET). No obstante, las empresas pueden quedar obligadas a acordar un plan de igualdad cuando así lo disponga un convenio colectivo de ámbito supraempresarial que les resulte de aplicación, siguiendo los «términos y condiciones» y, en su caso, las oportunas reglas de complementariedad fijadas por dicho convenio [arts. 45.3 LO 3/2007 y 85.2 b) ET]¹⁰. Por consiguiente, de esa función atribuida en algún convenio a la Comisión Paritaria podrían nacer futuros acuerdos a nivel sectorial que obligaran a las empresas sujetas al convenio a adoptar planes de igualdad. Y del mismo modo, nada impide que en el futuro la negociación colectiva a nivel estatal y/o provincial prevea tal obligación y las líneas maestras de los citados planes.

A este respecto, los criterios fijados por el AINC para el año 2008¹¹ disponen que esos «términos y condiciones» que pueden corresponder a los convenios supraempresariales se deben traducir en orientaciones sobre aquellas materias susceptibles de tratamiento en la elaboración de los planes de igualdad por las empresas obligadas, si bien se debería permitir ajustar la elaboración del plan a las circunstancias de la empresa y a las características del sector. Y es que a la luz de los fines y contenidos que la ley atribuye a los citados planes de igualdad¹², los agentes sociales concluyen que no existe

⁸ Cfr. Pérez del Río, T. (2007): págs. 269.

⁹ CC Madrid-Hostelería (art. 59).

¹⁰ Cfr. Pérez del Río, T. (2007): págs. 270 y 271.

¹¹ Anexo II (BOE 14-1-2008).

un modelo uniforme de plan y que cada empresa obligada deberá elaborar el suyo a la vista de su situación. En definitiva, no parece oportuno que a nivel sectorial se diseñen con detalle los planes de igualdad, siendo ello una función que corresponde, en todo caso, al ámbito empresarial¹³.

Otro grupo de previsiones convencionales que se pueden poner en relación con la consecución del principio de igualdad entre sexos es el relativo a los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, ámbito al que, en comparación con los anteriormente examinados, la negociación colectiva del sector de la hostelería presta una atención más intensa. Por ello, así como por la especificidad y variedad de este tipo de disposiciones convencionales, se dedica a continuación un epígrafe aparte a esta materia.

III. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR

Tras el enfoque por primera vez global que supuso la Ley 39/1999, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, la reciente LO 3/2007 constituye un nuevo hito en esta materia, confirmando que los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral están imbricados en la consecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres (art. 44). Y es que en la medida que la realidad social demuestra que el cuidado de la familia sigue cayendo principalmente sobre las mujeres, las

¹² De conformidad con el art. 46 de la LO 3/2007: «1. Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

2. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

3. Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo».

¹³ En este sentido se pronuncia también la doctrina. Cfr. Pérez del Río, T. (2007): págs. 271.

medidas normativas que permiten compatibilizar las responsabilidades laborales y familiares inciden indirectamente en la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres¹⁴. Así lo había puesto ya de manifiesto el TC, subyorando la dimensión constitucional de estas medidas desde la perspectiva de la no discriminación por razón de sexo ex art. 14 CE¹⁵.

En el sector de la hostelería, al margen de la existencia de bastantes previsiones que se remiten, reproducen o reiteran aspectos de la regulación heterónoma¹⁶, —con los comentados riesgos que conlleva tal práctica negocial, máxime en una materia como ésta, de prolija intervención legal—, lo cierto es que también se detectan un buen número de cláusulas que vienen a complementar y/o desarrollar lo dispuesto en la normativa estatal, profundizando en la consecución de ese objetivo relativo a facilitar que los trabajadores puedan compaginar mejor trabajo y vida personal y familiar.

De una lado, por lo que se refiere a la maternidad y, en particular, al permiso de lactancia contemplado en el art. 37.4 ET, algunos convenios del sector introducen ciertas mejoras en los parámetros temporales de este permiso. Así, en algunos casos este permiso se prevé para la lactancia de un hijo menor de doce meses¹⁷, en vez de los nueve meses a los que se refiere el art. 37.4 ET. Asimismo, si la norma heterónoma se refiere a una hora de ausencia, con posibilidad de dividirla en dos fracciones o sustituirla por media hora de reducción de la jornada, algunos convenios aumentan el permiso hasta dos horas de ausencia o una reducción de jornada de una hora¹⁸. Y algún otro convenio permite que esa reducción de jornada sea entre un tercio y la mitad de la misma¹⁹.

Por otra parte, a raíz de las modificaciones introducidas por la LO 3/2007, para igualdad efectiva de mujeres y hombres, el art. 37.4 ET abre la posibilidad de que el permiso de lactancia se pueda

¹⁴ Cfr., Aguilera Izquierdo, R. (2007): «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres», RMTAS, n.º extraordinario, pág. 70 y ss.

¹⁵ STC 3/2007.

¹⁶ Por citar sólo algunos ejemplos: CC Almería (art. 27); CC Córdoba (art. 59); CC Málaga (art. 20); CC Albacete (art. 19); Guadalajara (Anexo I; arts. 36 y ss.); CC Ávila (art. 32); CC Palencia (arts. 21 y 42); CC Segovia (arts. 12, 13 y 31); CC Cáceres (art. 34); CC Alicante (art. 29); CC Illes Balears (art. 20 bis).

¹⁷ CC Burgos (art. 16); CC Marbella Club Hotel (art. 45).

¹⁸ CC Navarra (art. 17).

¹⁹ CC Jaén (art. 29).

acumular en jornadas completas de acuerdo con lo previsto en la negociación colectiva o en el pacto individual entre las partes, respetando éste, en su caso, lo establecido en aquélla. Con esta nueva disposición, el legislador se hace eco de una práctica que viene siendo habitual en algunos convenios colectivos²⁰ y, en este sentido, en el sector de la hostelería se detectan previsiones convencionales —tanto anteriores como posteriores a la LO 3/2007— que permiten acumular este permiso en períodos de hasta 14²¹, 15²², 17²³ o 19 días²⁴, según los casos. En algunos convenios, sin embargo, se fijan algunos condicionantes al disfrute acumulado de este permiso, aludiéndose a la necesidad de acuerdo entre la partes²⁵ o exigiéndose que la acumulación de jornadas sea interrumpida y/o que su disfrute se produzca de forma continuada a la suspensión del contrato por maternidad²⁶.

Otro de los ámbitos en el que se detectan previsiones convencionales que se ponen en relación con la tutela de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar es el relativo a la protección frente a los riesgos durante las situaciones de embarazo y lactancia. Como es sabido, el art. 26 LPRL establece una serie de obligaciones para el empresario para el caso de que el trabajo suponga un riesgo para la seguridad y la salud o pueda tener una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, debiendo adoptar medidas a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Y cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, persista el riesgo, y así se certifique médicamente, la trabajadora pasará a desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, de conformidad con las reglas y criterios sobre movilidad funcional y hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita la reincorporación al anterior puesto. No obstante, si aplicando tales reglas, no existe puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y si dicho cambio de puesto no

²⁰ Cfr. Aguilera Izquierdo, R. (2007): pág. 82.

²¹ CC Huesca (art. 34); CC Madrid-Hostelería (art. 37).

²² CC Coruña (art. 21).

²³ CC Burgos (art. 16); CC Navarra (art. 17).

²⁴ CC Palencia (art. 19); CC Segovia (art. 19).

²⁵ CC Huesca (art. 34); CC Palencia (art. 20); CC Segovia (art. 19).

²⁶ CC Palencia (art. 20); CC Navarra (art. 17).

resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, se declarará el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo ex art. 45.1 d) ET.

Pues bien, de forma complementaria a este régimen legal, en el sector de la hostelería algunas cláusulas convencionales prevén, sin más, que a partir del 4º mes de embarazo se procederá a cambiar a la trabajadora a otro puesto, turno o función que suponga unas condiciones óptimas para su salud²⁷. En otro convenio se dispone la posibilidad de que las trabajadoras embarazadas puedan cambiar de turno de trabajo cuando obtengan el acuerdo con un compañero de trabajo²⁸. Obviamente todo lo anterior se debe entender sin perjuicio de que, si se acredita una situación de riesgo, la empresa queda obligada en todo caso a cumplir con sus obligaciones legales. En algún otro convenio, se establece que, en ningún caso, las trabajadoras embarazadas realizarán trabajos nocturnos²⁹. Y en otros casos, el cambio de puesto y/o de turno se vincula, como en el régimen legal, a la oportuna prescripción médica, mas disponiéndose que el cambio de puesto de trabajo no podrá suponer modificación de la categoría de la trabajadora³⁰. Cabe pensar, pues, que se está mejorando el régimen legal, limitándose las posibilidades del art. 26 LPRL y que a falta de un puesto de la misma categoría, lo que procederá será el pase a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. Pero adviértase que el art. 26 LPRL no sólo recoge un derecho en la relación laboral, sino que al mismo tiempo define el hecho causante de la prestación de Seguridad Social por riesgo durante el embarazo (art. 134 LGSS), como tal indisponible para la autonomía colectiva. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si en caso de que se suspenda la relación laboral, aún existiendo un puesto de trabajo de distinta categoría que no suponga un riesgo, deberá ser la empresa, y no la Seguridad Social, la que se haga cargo del pago de una cantidad igual a la que le correspondería a la trabajadora en concepto de dicha prestación.

Por lo que se refiere también a la suspensión del contrato de trabajo, pero en este caso por maternidad ex art. 48.4 ET, algún convenio incrementa el período legal previsto — 16 o 18 semanas, según

²⁷ CC Córdoba (art. 42). En sentido similar, CC Jaén (art. 51).

²⁸ CC Cáceres (art. 34).

²⁹ CC Granada (art. 23).

³⁰ CC Córdoba (art. 42); CC Huesca (art. 44). En un sentido semejante, CC Cáceres (art. 34).

el caso— en 2 semanas más para aquellos trabajadores que lleven prestando servicios en la empresa, como mínimo, 2 años y limitando el disfrute de dicho incremento a uno de los progenitores³¹. A este respecto, cabe entender que se está introduciendo una mejora voluntaria en materia de Seguridad Social, de modo que en los supuestos contemplados por el convenio se tendrá derecho a dos semanas más de suspensión del contrato de trabajo, recibiendo el trabajador por dicho período y a cargo de la empresa la cantidad que corresponda en atención a la cuantía de la prestación de maternidad que se venía percibiendo a cargo de la Seguridad Social.

Lo que no parece que esté facultada para hacer, en cambio, la negociación colectiva es determinar los términos en que se podrá optar por ceder parte del disfrute del período de suspensión por maternidad al otro progenitor. En efecto, según el art. 48.4 ET, sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, «ésta podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre». Por ello, cabe considerar no ajustada a la ley, aquella cláusula convencional que, recordando el tenor de disposiciones legales derogadas, prevé que se podrá optar por que «el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión, siempre que sean interrumpidas y al final del citado período»³². Como se advertía anteriormente, se trata de uno de esos efectos negativos que tiene la mera reiteración de disposiciones legales en la negociación colectiva.

En otro orden de cuestiones, en cuanto a la excedencia por cuidado de hijos u otros familiares prevista en el art. 46.3 ET, varios convenios reconocen el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante la duración total de la excedencia³³, mejorando así el régimen legal previsto en el apartado 5º del citado art. 46.3 ET, según el cual durante el primer año de la excedencia se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo y, transcurrido dicho plazo, la reserva es únicamente en relación a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, del tenor de algunas previsiones convencionales parece desprenderse que esta mejora va referida exclusivamente a la excedencia por cuidado de hijos, omi-

³¹ CC Coruña (art. 21).

³² CC Cantabria (art. 27).

³³ CC Granada (art. 23); CC Guadalajara (art. 44); CC Burgos (art. 16); CC Asturias (art. 20); CC Navarra (art. 34); CC Illes Balears (art. 21); CC Álava (art. 25).

tiéndose el supuesto de otros familiares³⁴, y su aplicación se condiciona además, en algún caso, a que el puesto de trabajo del trabajador excedente se cubra con un contrato de interinidad³⁵. Por lo demás, en algún caso se prevé que esta excedencia podrá tener una duración de hasta cuatro años³⁶, ampliando, de este modo, los tres años previstos legalmente para el caso de los hijos y los dos años para el supuesto de otros familiares (art. 46.3, 1º y 2º ET).

Por último, se detectan una diversidad de cláusulas que sin ir referidas específicamente a ninguna de las instituciones legales previstas para la conciliación de la vida laboral y familiar, persiguen, asimismo, este objetivo. Se trata de previsiones que obedecen a la lógica del reciente art. 34.8 ET, incorporado por la LO 3/2007, a tenor del cual «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Las posibilidades que se le abren a la negociación colectiva son amplísimas, con la virtualidad, además, de que una regulación convencional debe tender a evitar la conflictividad que, con toda probabilidad, se puede derivar del hecho que la ley reconozca un derecho, pero remitiéndose para su ejercicio al acuerdo individual entre las partes. Resulta, en efecto, evidente el conflicto de intereses que se puede producir entre dicho derecho y los condicionantes organizativos de las empresas; conflictividad que se puede ver acrecentada como consecuencia de que en estos casos esté en juego un aspecto relativo a la no discriminación por razón de sexo³⁷, con lo que ello supone en términos de garantías para los derechos del trabajador. En esta dirección, durante los últimos años los sucesivos AINC ya han venido haciendo hincapié en la necesidad de incorporar a la negociación colectiva medidas referidas al tiempo de trabajo y a las vacaciones que permitan conciliar las necesidades productivas de las empresas y las de índole personal y familiar de los trabajadores³⁸.

³⁴ CC Granada (art. 23); CC Asturias (art. 20).

³⁵ CC Asturias (art. 20).

³⁶ CC Illes Balears (art. 21).

³⁷ STC 3/2007.

³⁸ Cfr. Pérez del Río, T. (2007): págs. 263 y 264. Actualmente, véase Capítulo IV del AINC 2007, al que se remite la prórroga para el año 2008, punto 3 y Anexo II (BOE 14-1-2007).

Pues bien, a este respecto, las previsiones detectadas en la negociación colectiva del sector de la hostelería se pueden clasificar tal y como sigue: A) trabajo a turnos, permitiendo que los trabajadores con hijos menores de cierta edad tengan un horario adaptado a los horarios de guardería³⁹; B) días de descanso semanal, posibilitando que los trabajadores con hijos menores de cierta edad disfruten tal descanso en sábado y domingo⁴⁰; C) permisos especiales retribuidos para que los trabajadores se puedan ausentar del trabajo para asistir a consultas médicas de hijos menores de cierta edad⁴¹ o discapacitados⁴². Con este tipo de permisos se viene a cubrir un supuesto que tradicionalmente ha sido destacado como necesitado de previsión normativa⁴³, pues nótese que, incluso tras las reformas operadas por la LO 3/2007, el art. 37.3 b) ET tan sólo reconoce permisos retribuidos para el caso de «accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad»; D) licencias especiales «pre-parto»⁴⁴; e) vacaciones, permitiendo, por ejemplo, que las trabajadoras embarazadas puedan elegir el período de disfrute de las mismas⁴⁵ o acumular parte al período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad⁴⁶. Este tipo de cláusulas vienen a complementar lo recogido recientemente por la LO 3/2007, que, al socaire de la jurisprudencia comunitaria, ha incluido un nuevo art. 38.3 ET, según el cual cuando el período de vacaciones fijado en el calendario laboral coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, acogimiento o adopción ex art. 48.4 ET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, pero al finalizar el período de suspensión⁴⁷.

³⁹ CC Toledo (art. 34), CC Madrid-Hostelería (art. 37).

⁴⁰ CC Toledo (art. 34); CC Alicante (art. 25); CC Madrid-Hostelería (art. 37), que añade que estos trabajadores tampoco trabajarán en los días festivos abonables.

⁴¹ CC Toledo (art. 34).

⁴² CC Burgos (art. 16).

⁴³ Cfr. Aguilera Izquierdo, R. (2007): págs. 83 y 84.

⁴⁴ CC Valladolid (art. 6).

⁴⁵ CC Córdoba (art. 42).

⁴⁶ CC Huesca (art. 34); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 28); CC Valladolid (art. 6).

En algún caso, también se prevé un derecho de elección de vacaciones para los trabajadores que, por motivo de separación y divorcio, sólo pueden disfrutar de la compañía de sus hijos en un determinado mes, CC Madrid-Hostelería (art. 37).

⁴⁷ Sobre el alcance del derecho reconocido en el art. 38.3 ET, Aguilera Izquierdo, R. (2007): págs. 104 y 105.

IV. TUTELA FRENTE A LAS DIVERSAS FORMAS DE ACOSO EN EL TRABAJO

El vigente art. 4.2 e) ET reconoce un derecho de los trabajadores «frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo». Ello obedece a las recientes transposiciones a nuestro ordenamiento de las directivas comunitarias en materia de no discriminación, de modo que esa referencia a diferentes formas de acoso en el trabajo se debe poner en relación con las definiciones incorporadas en la Ley 62/2003 y LO 3/2007. En esta última, el acoso sexual se define como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» (art. 7.1). Y el acoso por razón de sexo como «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» (art. 7.2). De modo similar, el acoso vinculado a las otras causas discriminatorias, se define, por la Ley 62/2003, como «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo» [art. 28.1 d)].

Adviértase, de entrada, que los conceptos de acoso recogidos legalmente quedan vinculados a conductas de contenido sexual u a factores discriminatorios. No se está reconociendo, por tanto, un concepto integral de acoso, sino que en esta materia el legislador se ha limitado a seguir las orientaciones comunitarias, sin abordar legalmente el acoso *in genere*, más conocido como acoso moral o *mobbing*, que tiene como perfiles definitorios el ser un conducta reiterada en el tiempo que atenta directamente contra la integridad moral del trabajador y supone un riesgo evidente para su salud, siendo, además, este tipo de acoso el que mayor conflictividad viene suscitando ante los tribunales laborales⁴⁸.

Por tanto, y sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico contenga otras disposiciones que permiten hacer frente también a esas

⁴⁸ Véase *in extenso* Jurado Segovia, A. (2008): *Acoso moral en el trabajo. Análisis jurídico-laboral*, La Ley, Madrid, pág. 55 y ss..

otras formas de acoso diversas al acoso sexual y discriminatorio, una primera tarea a poder desarrollar por la negociación colectiva es alertar sobre la existencia también del acoso moral y disponer medidas dirigidas a prevenir y a erradicar ésta y cualquier otra forma de acoso en el trabajo. Y es que en esta materia, como se verá, tanto los datos que se extraen del derecho nacional como de la política proveniente de las instituciones comunitarias ponen de relieve el importante papel a desarrollar por la negociación colectiva. Una actuación de los agentes sociales que se revela especialmente necesaria en el sector de la hostelería en la medida que, desde hace tiempo, diversos informes provenientes de organismos internacionales lo sitúan entre los sectores más afectados por los fenómenos de violencia en el trabajo⁴⁹, y así lo confirman recientes estudios de campo, sobre todo por lo que se refiere a las conductas de acoso sexual⁵⁰.

1. Prevención y protección frente a las conductas de acoso

La reciente LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha puesto el acento en la necesidad de prevenir las conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Así, ello se considera uno de los posibles contenidos que podrán contemplarse en los planes de igualdad a implantar a través de la negociación colectiva (art. 46.2). Pero es que, además, se dispone que «las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación» (art. 48.1).

Más allá de la existencia de esa obligación *ex lege* de arbitrar medidas para prevenir estas conductas y de las dudas interpretativas

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Paoli, P. y Merlié, D. (2001): *Third European survey on working conditions 2000*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, p. 28, disponible en <http://www.eurofound.eu.int/publications/files/EF0121EN.pdf>

⁵⁰ Véase una reseña de los resultados obtenidos por un reciente estudio realizado por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo para el sector de la hostelería, la restauración y el catering (HORECA) en: «*Managing psychosocial risks in HORECA*», E-fact, nº 25, 11 de enero de 2008, disponible http://osha.europa.eu/sector/horeca/index.html?set_language=es

que se plantean en torno a si el art. 48.1 LO 3/2007 está imponiendo una obligación de negociar tales medidas con los representantes de los trabajadores⁵¹, se ha resaltado el papel a desempeñar, en cualquier caso, por la negociación colectiva y se ha puesto de relieve como un punto de referencia para dar cumplimiento a lo previsto en la LO 3/2007 es el Código de Conducta en materia de acoso sexual anexo a la Recomendación de la Comisión europea, de 27-11-1991, sobre «la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo»⁵². Se trata de un instrumento de *soft law*, que no crea obligaciones jurídicas, pero que ha tenido cierta repercusión en la negociación colectiva española⁵³ y ha sido utilizado como canon interpretativo de las disposiciones nacionales por nuestros tribunales⁵⁴.

Al hilo de lo anterior, y al margen del ámbito restringido a determinadas conductas de acoso que tienen las medidas introducidas por la LO 3/2007, cabe señalar que desde las instituciones comunitarias se viene haciendo hincapié en la necesidad de hacer frente a los denominados riesgos laborales de carácter psicosocial, entre los que se incluyen las conductas de acoso, en tanto que suponen una amenaza para la salud y el bienestar de los trabajadores desde una triple dimensión: física, psíquica y social⁵⁵. Y los acontecimientos parecen indicar que la Comisión europea considera que la vigente Directiva Marco 83/391/CEE en materia de seguridad y salud ya recoge obligaciones en las que debe considerarse incluida la prevención del acoso

⁵¹ Algunos autores consideran que de la dicción del art. 48.1 difícilmente se puede extraer que exista una obligación de negociar tales medidas. Escudero Rodríguez, R. (2007): «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre hombres y mujeres: significación general y manifestaciones concretas», RL, n° 8, pág. 7 de la versión de Internet www.laleylaboral.com. Asimismo, Pérez del Río, T. (2007): pág. 268. En cambio, otros autores entienden que tales medidas parecen ser de obligada incorporación a la negociación colectiva de acuerdo con la nueva redacción del art. 85.1 ET, Molina Navarrete, C. (2007): «El impacto laboral de la <<ley de igualdad de sexos>>: lo que queda después de vender el <<humo político>>», Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n° 290, pág. 151. Y en la misma línea, Igartua Miró, M^a. T. (2007): «Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer», TL, n° 91, pág. 290.

⁵² Pérez del Río, T. (2007): pág. 268. Y de la misma autora (2007): «La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género», TL, n° 91, pág. 195.

⁵³ Serrano García, J. M^a. (2003): «Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva», RDS, n° 22, pág. 209 y ss.

⁵⁴ Cfr. STC 224/1999 y STSJ Galicia 29-4-2005 (LA LEY 1270/2005).

⁵⁵ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas (2002): *Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de seguridad y salud (2002-2006)*, Bruselas, 11.03.2002, COM (2002) 118 final.

en el trabajo, centrándose los esfuerzos en realizar un llamamiento a la responsabilidad social de las empresas y al diálogo entre los interlocutores sociales a nivel comunitario y nacional para que adopten medidas que sirvan para complementar el marco legal vigente⁵⁶.

Y en este sentido, el 26 de abril de 2007, los agentes sociales a nivel comunitario suscribieron el «Acuerdo Marco sobre el acoso y la violencia en el trabajo»⁵⁷. Los objetivos del acuerdo son fomentar el conocimiento y la comprensión de esta materia por parte de los empresarios, trabajadores y sus representantes, proporcionándoles unas directrices consensuadas para identificar, prevenir y gestionar el acoso y la violencia en el trabajo. En cuanto a la descripción de estas conductas, se alude a su pluralidad de formas, unas más fácilmente identificables que otras, considerando, en todo caso, que las mismas atentan contra la dignidad del trabajador y que pueden afectar también a su salud. Y en cuanto a su prevención, se hace hincapié en proporcionar información y formación a los trabajadores en esta materia y, sobre todo, en la instauración de procedimientos en el seno de las empresas para que los trabajadores puedan denunciar estas conductas con garantías de confidencialidad, celeridad e imparcialidad, así como en la adopción de las oportunas medidas, incluidas las sancionadoras, una vez detectada una situación de acoso o violencia. Este acuerdo viene a sintetizar las medidas que comúnmente se consideran más apropiadas para prevenir y proteger a los trabajadores frente a las conductas de violencia y acoso en el trabajo⁵⁸, confirmándose, asimismo, las orientaciones y directrices ya fijadas por el Código de conducta europeo en materia de acoso sexual⁵⁹.

El reciente acuerdo de los agentes sociales comunitarios se trata, no obstante, de un acuerdo suscrito al amparo del art. 139 TCE y, por tanto, de los llamados «autónomos», en el sentido de que no es directamente vinculante, sino que está pensado para que los agentes sociales nacionales lo implementen a través de los procedimientos y prácticas existentes en los distintos Estados miembros. En nuestro país, el texto de este acuerdo ha sido incorporado al AINC para el 2008, compartiendo los agentes sociales españoles su contenido, que

⁵⁶ Al respecto, Jurado Segovia, A. (2008): pág. 252 y ss.

⁵⁷ El texto original en inglés se puede consultar en European Social Dialogue: «Framework agreement on harassment and violence at work», http://ec.europa.eu/employment_social/news/2007/apr/harassment_violence_at_work_en.pdf

⁵⁸ Sobre las principales medidas preventivas y de protección frente al acoso moral, véase Jurado Segovia, A. (2008):pág. 269 y ss.

⁵⁹ Pérez del Río, T. (2007): pág. 182.

es transmitido a los negociadores de los diversos ámbitos de cara a favorecer la mejora de las condiciones de trabajo y el buen funcionamiento de las empresas⁶⁰. Ello no altera, sin embargo, la conclusión anterior en cuanto a la eficacia del acuerdo comunitario, habida cuenta del carácter obligacional del AINC; esto es, de su valor limitado a orientar la negociación colectiva en los distintos sectores y ámbitos.

En definitiva, de todo lo expuesto se desprende que, ante una materia notablemente compleja como es la prevención del acoso, la negociación colectiva parece ser un instrumento apropiado para diseñar medidas preventivas y de protección de manera ajustada a la realidad de los sectores y empresas, habiéndose puesto de manifiesto, además, que las políticas preventivas en este terreno tienden a ser más eficaces cuando han sido elaboradas por los directamente implicados⁶¹.

Pues bien, por lo que se refiere a la negociación colectiva del sector de la hostelería, el análisis efectuado arroja un resultado más bien pobre. No son demasiados los convenios que prestan atención a la materia y aquellos que lo hacen, salvo con alguna excepción reseñable, no contienen previsiones que se ajusten a las líneas maestras que se desprenden de los instrumentos comunitarios antes reseñados. Se presta atención sobre todo al acoso sexual⁶² y en algunos casos se hace alusión también al acoso moral⁶³ u a otras conductas discriminatorias⁶⁴, si bien lo que se recoge en ciertos convenios es una simple declaración genérica y de compromiso de combatir estas conductas⁶⁵. Ciertamente, una política de prevención del acoso debe partir de una declaración en la que se deje meridianamente claro que no se van a tolerar este tipo de conductas, asumiéndose el compromiso de prevenirlas y reaccionar para proteger a los trabajadores que se

⁶⁰ Cfr. punto 3 y Anexo IV (BOE 14-1-2008).

⁶¹ Sobre el rol privilegiado que comúnmente se le atribuye a la negociación colectiva en la prevención del acoso en el trabajo, véase Jurado Segovia, A. (2008):pág. 293 y ss..

⁶² CC Almería (art. 75); CC Córdoba (art. 56); CC Guadalajara (Anexo I; art. 31); CC Palencia (art. 43). CC Segovia (art. 48); CC Alicante (DA 12^a); CC Illes Balears (Anexo VII); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 38); CC Melilla (art. 40); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 38).

⁶³ CC Córdoba (art. 56); CC Segovia (art. 48); CC Alicante (DA 12^a); CC Illes Balears (DA 9^a); CC Santa Cruz de Tenerife (art. 38).

⁶⁴ En el CC Valladolid (Cap. IX; art. 6) se prevén disposiciones específicas referidas a los supuestos de acoso sexual o xenofobia.

⁶⁵ CC Córdoba (art. 56); CC Guadalajara (Anexo I; art. 31). El CC Santa Cruz de Tenerife (art. 38) se remite a lo que pueda acordar una Comisión paritaria encargada de promover y desarrollar medidas para la prevención del acoso sexual y moral.

pudieran ver afectados. Ahora bien, más allá del valor ético de tales declaraciones, desde un punto de vista estrictamente jurídico las mismas tan sólo adquieren relevancia en tanto que vayan acompañadas de otras medidas que sirvan para materializarlas.

A este respecto, en algunos convenios, además de una declaración de principios, se prevé expresamente la posibilidad de que los trabajadores puedan presentar denuncias en materia de acoso sexual o moral. Sin embargo, no se trata por lo general de la instauración de verdaderos procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, sino más bien de la previsión de expedientes informativos con carácter previo a la imposición de sanciones disciplinarias⁶⁶. En cambio, los estudios y recomendaciones en torno a la prevención del acoso en el trabajo coinciden a la hora de resaltar la centralidad de aquellas medidas consistentes en el establecimiento de cauces que permitan denunciar estas conductas y gestionar los conflictos interpersonales en el interior de la empresa mediante la intervención de terceros. Estas medidas presentan, al menos *a priori*, ventajas tanto para los trabajadores como para las empresas. A los trabajadores que se consideran objeto de una conducta de acoso se les ofrece una alternativa a la, siempre costosa e incómoda, vía judicial para intentar alcanzar lo antes posible el cese de la conducta. Por su parte, las empresas no deberían dudar sobre la conveniencia de instaurar tales procedimientos de queja y resolución de conflictos, con el fin también de evitar eventuales procedimientos judiciales y, sobre todo, responsabilidades derivadas de las conductas de acoso cometidas por sus dependientes. El establecimiento y puesta en marcha de estos cauces en el seno de las empresas puede permitir deslindar el comportamiento empresarial de la actuación de sus trabajadores y superiores jerárquicos, toda vez que evidencia una voluntad de no tolerar y proteger a los trabajadores ante las conductas de acoso. Sobre el establecimiento de estos procedimientos insiste especialmente, como se vio, el Acuerdo Marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, recepcionado en el AINC 2008, y a tal efecto resultaría recomendable que los negociadores tuvieran, por ejemplo, en cuenta las orientaciones del Código de conducta comunitario sobre el acoso sexual.

En este sentido, como excepción reseñable a esa ausencia de previsiones en el sector de la hostelería, se debe dar cuenta de lo previsto en el CC Illes Balears, en cuyo Anexo VII se incorpora un código

⁶⁶ CC Almería (art. 75); CC Melilla (art. 40); CC Palencia (art. 43); CC Valladolid (Cap. IX; art. 6).

de conducta y un protocolo de actuación frente al acoso sexual que, como los propios negociadores señalan, sigue las directrices del Código comunitario de 1991. Además de incorporar algunas definiciones provenientes de los textos comunitarios, la regulación convencional incluye una declaración de principios sobre la lucha frente al acoso sexual, una obligación de difundir el código de conducta en el seno de las empresas y una obligación de todos los trabajadores y, en especial, de los responsables de departamento de garantizar un ambiente laboral exento de conductas de acoso sexual.

Por lo que se refiere al protocolo de actuación, se parte del reconocimiento a los trabajadores de un derecho a presentar denuncias en materia de acoso sexual dirigiéndose, bien a la dirección de la empresa, bien a un responsable de recursos humanos o a los representantes de los trabajadores. Puesta en conocimiento la denuncia, cabe la posibilidad de iniciar un procedimiento informal y extraoficial, en que el superior inmediato del trabajador o un miembro del departamento de recursos humanos, a elección del trabajador, intervenga de forma inmediata para intentar poner fin a la situación denunciada. Se trata éste de un aspecto comúnmente puesto de relieve por los estudios y recomendaciones sobre la materia, que destacan la oportunidad de que las primeras actuaciones consistan en un «procedimiento informal», priorizando el tratamiento de las quejas presentadas en materia de acoso a través de instancias internas de conciliación o mediación que intenten buscar una solución consensuada de forma rápida y sencilla. El objetivo es intentar atajar el problema en sus primeras manifestaciones antes de que se hayan podido producir conductas y/o consecuencias más graves⁶⁷. En este sentido, en el CC Illes Balears el procedimiento informal se considera especialmente adecuado, según los negociadores, para aquellos supuestos de «acoso no directo»; con lo que parece que se está haciendo alusión a las formas de «acoso sexual ambiental», en que la conducta no tiene un componente físico o coactivo, sino que consiste en un comportamiento manifestado a través de palabras, gestos, insinuaciones, etc., que genera un ambiente laboral ofensivo para el trabajador.

Para el caso de que el procedimiento informal no resulte apropiado o se lleve a cabo sin éxito, el CC Illes Balears prevé la apertura de un «procedimiento formal» que se iniciará con una denuncia detallada de los hechos que se consideran constitutivos de acoso y que

⁶⁷ Sobre los fines y características que se le atribuyen a estos <<procedimientos informales>>, Jurado Segovia, A. (2008): pág. 312 y ss..

dará lugar a la tramitación del correspondiente expediente informativo para esclarecer los hechos y adoptar las medidas oportunas. Se siguen, de nuevo, las directrices generales indicadas por los estudios y recomendaciones sobre la materia, en las que se considera imprescindible que se reconozca a los trabajadores el derecho a instar un «procedimiento formal» en el que se lleve a cabo una investigación completa sobre lo acontecido, se pueda llegar también a una solución negociada y/o se adopten medidas —incluso disciplinarias— para poner fin a la conducta denunciada. Aunque los expertos consideran prioritarias las soluciones informales, no parece que el derecho a instar un procedimiento formal deba quedar condicionado a haber intentado previamente una solución informal. Y es que los procedimientos formales parecen ser especialmente apropiados para aquellos casos en que el asunto presenta una notable complejidad o se ha entrado propiamente en la fase de acoso⁶⁸.

Las previsiones del CC Illes Balears están pensadas para el acoso sexual y con respecto al acoso moral el citado convenio prevé la constitución de un grupo de trabajo en el seno de la Comisión Paritaria a efectos de estudiar si procede elaborar también un protocolo de actuación para este tipo de acoso⁶⁹. Bien podrían extender los negociadores el protocolo en materia de acoso sexual a las otras clases de acoso, pues las líneas de actuación a seguir son sustancialmente iguales en todos los supuestos⁷⁰.

Por lo demás, el CC Illes Balears, así como algunos otros convenios que prevén la posibilidad de presentar denuncias en materia de acoso, hacen referencia a ciertas características del procedimiento o expediente informativo que se deberá sustanciar a raíz de tal denuncia o queja. Y es que, en efecto, en esta materia se suele hacer hincapié en algunos principios o reglas que deberían regir y acompañar a los procedimientos que se instauren a través de la negociación colectiva⁷¹.

En este sentido, en algunos convenios se alude a la necesidad de dar audiencia a todas las partes implicadas⁷², lo que resulta fundamental para que tales procedimientos presenten garantías de

⁶⁸ Al respecto, véase Jurado Segovia, A. (2008): pág.317 y ss.

⁶⁹ DA 9ª.

⁷⁰ Cfr. Pérez del Río, T. (2007): pág. 182 y 195.

⁷¹ Al respecto, véase Jurado Segovia, A. (2008): pág. 324 y ss.

⁷² CC Palencia (art. 43); CC Valladolid (Cap. IX; art. 6); CC Alicante (DA 12ª); CC Illes Balears (Anexo VII).

objetividad e imparcialidad, debiéndose desarrollar de acuerdo con el principio de contradicción; es decir, oyendo a ambas partes y permitiéndoles formular alegaciones.

Por otra parte, también se advierte en algunos convenios que tales procedimientos y las personas que intervengan en el mismo deben guardar la debida confidencialidad sobre el asunto⁷³. Se trata de ser lo más respetuoso posible con la presunta víctima —sobre todo en los supuestos de acoso sexual en los que se puede ver implicada su intimidad⁷⁴—, pero también con el presunto acosador. Además, la confidencialidad puede fomentar que las partes adopten una posición menos rígida e intransigente, facilitando una solución mediante el diálogo.

Otra de las características del procedimiento a la que se alude en algunos convenios es la relativa a su brevedad o celeridad⁷⁵. Y es que la rapidez en las actuaciones es importante para intentar poner fin lo antes posible a la conducta y mitigar los efectos perjudiciales sobre la víctima, así como para no perjudicar los intereses de la persona denunciada; de lo contrario, la misma puede quedar legitimada para exigir responsabilidades a la empresa⁷⁶.

En fin, algún convenio también se refiere a la necesidad de que la presentación de quejas en la materia no suponga represalia alguna para quien la haya presentado⁷⁷, lo que sin duda es una condición indispensable para la imparcialidad de estos procedimientos y para fomentar su utilización por parte de los trabajadores. La protección que brinda el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE, así como la expresa prohibición de represalias por presentar quejas en materia de no discriminación contenida en el art. art. 17.1 ET, deben resultar aptas para proteger a los trabajadores frente a los posibles perjuicios que pudieran sufrir como consecuencia de haber presentado una queja en materia de acoso⁷⁸, sin que, en cualquier caso, esté de más que la negociación colectiva abunde en este sentido.

⁷³ CC Melilla (art. 40). CC Palencia (art. 43); CC Alicante (DA 12^a); CC Illes Balears (Anexo VII).

⁷⁴ Considerando que el hecho de que la empresa no guardara la debida confidencialidad sobre la queja por acoso sexual presentada por una trabajadora supone un atentado al derecho a la intimidad, SJS n° 3 Vigo 24-5-2001 (LA LEY 3847/2001).

⁷⁵ CC Alicante (DA 12^a); CC Illes Balears (Anexo VII). El procedimiento deberá sustanciarse en el plazo de 10 días, según el CC Palencia (art. 43).

⁷⁶ Véase el supuesto resuelto por la SJS Madrid n° 34 13-3-2006 (LA LEY 70570/2006).

⁷⁷ CC Melilla (art. 40); CC Illes Balears (Anexo VII).

⁷⁸ Cfr. Jurado Segovia, A. (2008): pág. 327-329.

Por último, se detectan algunas previsiones convencionales en que la movilidad de los trabajadores aparece como una posible medida para hacer frente a las situaciones de acoso. En este sentido, destaca, una vez más, el CC Illes Balears (Anexo VII), que prevé que durante la tramitación de los procedimientos previstos en el protocolo de actuación se posibilitará al denunciante o al denunciado el cambio de puesto de trabajo, siempre que ello sea posible y hasta que se adopte una decisión sobre lo acontecido. Y a pesar de que finalmente no se compruebe la existencia de una conducta de acoso, se procurará una organización del trabajo que no implique un contacto continuo entre los trabajadores. Por su parte, en otro convenio se dispone que el trabajador afectado por una conducta de acoso sexual tendrá derecho a solicitar un cambio de puesto de trabajo o de turno siempre que lo posibilite la organización del trabajo en la empresa⁷⁹.

Las medidas de movilidad pueden ser, en efecto, un instrumento adecuado para prevenir o reaccionar frente a conductas de acoso en el trabajo, pero plantean una serie de interrogantes de difícil resolución. ¿Estas medidas son adecuadas como medida cautelar y/o como medida preventiva, aun en el caso de que no se haya constatado una conducta de acoso, o se deberían reservar como medida disciplinaria para sancionar tales conductas? ¿En el primero de los casos, deben considerarse un derecho incondicionado de los trabajadores o una facultad reservada a la iniciativa de la empresa? ¿Cuando no existe evidencia de una conducta de acoso, a quién debe afectar la medida, al denunciante o al denunciado? ¿Estas medidas deben respetar, en todo caso, las condiciones laborales del trabajador afectado por la medida o puede haber casos en que quede justificado que se produzca una modificación de tales condiciones? Ante estas cuestiones, las reglas y criterios que pueda prever la negociación colectiva pueden ser de suma relevancia para envolver de mayor seguridad jurídica la adopción de tales medidas movilidad⁸⁰.

2. Sanción disciplinaria de las conductas de acoso

Que duda cabe que otro de los instrumentos con el que cuentan los empresarios para erradicar y prevenir las conductas de acoso consiste en el ejercicio de su poder disciplinario. En este sentido, como

⁷⁹ CC Melilla (art. 40).

⁸⁰ Sobre estas cuestiones y algunos de los criterios a adoptar por la negociación colectiva, véase Jurado Segovia, A. (2008): pág. 330 y ss.

se apuntaba, el Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo dispone que una vez detectada una conducta de este tipo se deberían adoptar las oportunas medidas sobre quien las haya realizado, lo que puede comportar sanciones disciplinarias e incluso el despido. Por su parte, en nuestro ordenamiento, el art. 54.2 g) ET tipifica como causa de despido disciplinario el «acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o las personas que trabajan a la empresa».

Pues bien, en el sector de la hostelería el III ALEH tan sólo tipificaba, en un primer momento, como falta disciplinaria muy grave «todo comportamiento o conducta, en el ámbito laboral, que atente al respeto de la intimidad y dignidad de la mujer o hombre mediante la ofensa, física o verbal, de carácter sexual» (art. 39.12), en clara alusión a la diversas formas de acoso sexual. Sin embargo, las modificaciones introducidas en el III ALEH por el Acuerdo de su Comisión Negociadora de 12 de abril de 2007⁸¹ afectaron al régimen disciplinario, de modo tal que ahora, además de la citada falta, se incluye también otra de carácter muy grave que tipifica «el acoso moral, así como el realizado por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual o género, al empresario o las personas que trabajan en la empresa» (art. 39.13). Como se puede observar, con ello se ha pretendido adaptar el régimen disciplinario a los cambios normativos producidos en los últimos años, dando recepción al acoso discriminatorio, mas sin obviar al mismo tiempo esa problemática de mayor alcance, aunque exenta de referentes normativos expresos, cual es el acoso moral.

A este respecto, debe hacerse notar la virtualidad de tipificar expresamente las conductas de acoso no vinculadas a factores discriminatorios u a comportamientos con tintes sexuales, pues sólo éstas encajan en la causa de despido ex art. 54.2 g) ET, sin perjuicio de que las otras puedan ser sancionadas a través de las causas de despido más genéricas relativas a las ofensas verbales y a la trasgresión de la buena fe contractual [arts. 54.2 c) y d) ET]⁸². Y con carácter general, las reseñadas faltas recogidas en el ALEH merecen una primera valoración positiva, pues, sin perjuicio de la posible aplicación de alguna de las causas legales de despido, para la imposición de otras

⁸¹ BOE 2-6-2007.

⁸² Cfr. Jurado Segovia, A. (2008): pág. 370 y ss.

sanciones resulta indispensable, de conformidad con el art. 58.1 ET, que exista una tipificación de la falta y la correspondiente sanción en la negociación colectiva.

Dicho lo anterior, cabe detenerse en la concreta tipificación que el III ALEH realiza de esas faltas relativas a las conductas de acoso. Por lo que se refiere a la falta recogida en el art. 39.12, que alude, como se dijo, a las conductas d acoso sexual, la definición incorporada recuerda a la anterior referencia que se hacía a estas conductas en el art. 4.2 d) ET, de modo que no coincide con la actual definición de acoso sexual recogida en el art. 7.1 LO 3/2007. No parece, sin embargo, que ello comporte demasiados problemas, pues el ALEH identifica de forma suficientemente clara la conducta que es objeto de falta disciplinaria, sin perjuicio de que, como recomienda el AINC para el 2008, a partir de ahora las definiciones convencionales de acoso debieran ajustarse a las definiciones legales existentes⁸³.

Por lo que se refiere a la falta referida al acoso moral y al acoso discriminatorio, el ALEH no incorpora, en cambio, ninguna definición de estas conductas. En cuanto al acoso discriminatorio, habrá que estar, en cualquier caso, a las definiciones legales [arts. 28.1 d) Ley 62/2003 y 7.2 LO 3/2007]. Y por lo que se refiere al acoso moral, aunque no hubiera estado de más que se especificara alguna de las características de esta conducta, la opción de no tipificar detalladamente esta falta no tiene que verse necesariamente como una deficiencia o un aspecto negativo. A falta de un concepto legal, es habitual que la negociación colectiva de otros sectores incorpore una definición con un cariz excesivamente psicosocial que redunde en una definición poco acotada jurídicamente. Además, el principio de tipicidad en las faltas laborales no queda directamente sometido al art. 25.1 CE, referido exclusivamente al poder sancionador de los poderes públicos, siendo, por ello, legítima una tipificación convencional mediante cláusulas abiertas, generales o poco detalladas. En definitiva, resulta preferible una referencia genérica al acoso moral que una formulación detallada pero que pueda ampliar o, incluso, restringir demasiado el incumplimiento laboral⁸⁴.

En cuanto a las sanciones, de acuerdo con lo previsto en el art. 40 del III ALEH, las faltas muy graves, como se tipifican las conductas de acoso, se pueden sancionar no únicamente con las sanciones previstas para dichas faltas, sino también alternativamente con las

⁸³ Cfr. Anexo II (BOE 14-1-2007).

⁸⁴ Sobre la tipificación convencional de las faltas de acoso moral, Jurado Segovia, A. (2008): pág. 354 y ss.

previstas convencionalmente para las faltas leves o graves. De este modo, una conducta de acoso puede ser sancionada con una amonestación, o una suspensión de empleo y sueldo de entre 2 a 60 días o con el despido disciplinario. Aunque no parecen plantearse problemas de legalidad derivados de esta configuración convencional del régimen de sanciones, que faculta ampliamente al empresario para elegir la sanción aplicable, lo cierto es que, dada la gravedad de las conductas de acoso, lo más oportuno hubiera sido limitar dicha facultad empresarial, para que, en todo caso, se aplicaran a esas conductas las sanciones previstas para las faltas muy graves; esto es, una suspensión de empleo y sueldo de entre 16 a 60 días o el despido. Máxime cuando por lo que se refiere al acoso sexual, el propio ALEH considera circunstancia agravante cometer tal conducta prevaleándose de una posición jerárquica (art. 39.12), en cuyo caso parece que cabe entender que la sanción que debe imponerse es una suspensión de empleo y sueldo que alcance el máximo permitido —60 días— o el despido.

Examinado lo previsto a nivel estatal por lo que se refiere al régimen disciplinario aplicable a las conductas de acoso, cabe prestar atención a lo dispuesto sobre esta misma materia en los convenios colectivos del sector de la hostelería de ámbito provincial. A este respecto, se debe recordar que, con arreglo al art. 84.3 ET, el régimen disciplinario es una de las materias que cuando queda regulada en un convenio colectivo estatal no podrá ser afectada por convenios colectivos de ámbito inferior negociados posteriormente, teniendo preferencia aplicativa lo dispuesto a nivel estatal. Por tal razón, no es de extrañar que la mayoría de convenios provinciales del sector de la hostelería, se remitan a lo previsto en dicho ámbito⁸⁵, o reproduzcan el régimen disciplinario contenido en el ALEH. En este último caso, debido a las recientes modificaciones introducidas en dicho régimen disciplinario por el Acuerdo de la Comisión Negociadora del III ALEH de 12 de abril de 2007, son bastantes los convenios provinciales que sólo recogen la falta disciplinaria relativa a las ofensas de naturaleza sexual⁸⁶, lo que no parece que sea óbice, sin embargo, para que a partir de la entrada en vigor de la reforma del III ALEH sean también aplicables las faltas referidas al acoso moral y discriminatorio, puesto que la nueva regulación lo que hace es complementar el anterior régimen disciplinario, sin entrar, por tanto, en concurren-

⁸⁵ CC Teruel (DA 6ª); CC Zaragoza (art. 49); CC Álava (art. 41); Bizkaia (art. 32), CC Palencia (DF 8ª), CC Toledo (art. 46).

⁸⁶ CC Córdoba (arts. 66) CC Asturias (arts. 43), CC Guadalajara (art. 45); CC Segovia (Anexo I, art. 6); CC Cáceres (art. 32), CC Almería (art. 71), CC Ávila (Capítulo VII, arts. 46-53), CC Valladolid (Cap. IX, art. 6); CC Ceuta (art. 59); CC León (art. 34)

cia real con los convenios provinciales que reproducen dicho régimen disciplinario del ALEH y sin afectar a derechos individuales de los trabajadores reconocidos por dichos convenios ⁸⁷.

No obstante, también se detectan algunos convenios provinciales que contienen previsiones diferentes o que va más allá en ciertos aspectos en relación con el régimen previsto en el ALEH. Así, de un lado, algunos convenios, además de incorporar una definición de acoso sexual no coincidente con la del acuerdo estatal, tipifican esta falta como grave ⁸⁸, a diferencia de aquél que, como se ha visto, la incluye entre las muy graves. En tanto que tales convenios provinciales son posteriores en el tiempo a la previsión por el ALEH de la falta muy grave de acoso sexual, cabe entender que entran en concurrencia con el mismo en una materia reservada para el ámbito estatal, de modo que el régimen que debe considerarse aplicable es el del ALEH. Por lo demás, no parece, en efecto, que las faltas de acoso merezcan otra tipificación que la de muy grave. Piénsese que de no entenderse así, la sanción a aplicar a estas conductas no podría ir, a tenor del art. 40 III ALEH, más allá de una suspensión de empleo y sueldo de 15 días, excluyéndose suspensiones de empleo y sueldo más extensas y el despido. A este respecto, en algún otro sector de actividad el hecho de que convencionalmente se haya configurado el acoso —moral, en este caso— simplemente como falta grave, ha comportado que judicialmente se haya declarado improcedente el despido acordado por no atender a la graduación de faltas y sanciones prevista en el convenio aplicable ⁸⁹. Aunque para evitar este tipo de situaciones siempre cabría recurrir a la alegación de las causas legales de despido antes citadas y aplicables a estas conductas.

Por otra parte, otros convenios, aunque siguen lo dispuesto en III ALEH en cuanto a la tipificación de las conductas de acoso sexual como falta muy grave, se apartan por lo que se refiere al régimen de sanciones aplicable. En un caso, mientras que el ALEH ofrece, como se vio, la alternativa de sancionar las faltas muy graves con diversas

⁸⁷ En todo caso, para los problemas interpretativos que pueden surgir del hecho de que las previsiones del III ALEH sean posteriores en el tiempo a algunos convenios de ámbito inferior, me remito al estudio contenido en el Capítulo I sobre la estructura y la articulación de la negociación colectiva en el sector de la hostelería, en particular a los epígrafes II. 2.2 y 2.3 y III. 1.2, 1.2.5

⁸⁸ CC Palencia (art. 43); CC Ourense (art. 32); CC Melilla (art. 39).

⁸⁹ STSJ Castilla y León 14-7-2006 (LA LEY 114669/2006) en relación con el CC interprovincial de las empresas minoristas de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 15-3-2005), en el que se califica el acoso moral como falta grave sancionable con una suspensión de empleo y sueldo de 3 a 15 días (arts. 49.9 y 51).

sanciones, a nivel provincial se dispone, en cambio, que a la falta muy grave de acoso sexual siempre le corresponderá la sanción del despido⁹⁰. Y en otro caso, el convenio provincial prevé para las faltas muy graves una sanción que no aparece contemplada en el ALEH, cual es el traslado forzoso de servicio a otra localidad⁹¹. De nuevo, en tanto que tales previsiones están recogidas en convenios colectivos posteriores al ALEH cabría pensar que resultan inaplicables y que se debe estar a la regulación contenida en el acuerdo estatal de conformidad con la regla sobre concurrencia de convenios ex art. 84.3 ET. Sin embargo, la cuestión no es del todo clara, pues, en la medida que se entienda que la reserva material efectuada en el art. 84.3 ET no es absoluta, va a resultar posible que en ámbitos inferiores al estatal se negocien aspectos relativos al régimen disciplinario, introduciendo precisiones que no signifiquen contradicciones con el convenio estatal⁹². Por tanto, en función de cómo se entienda la regla de concurrencia entre convenios, cabría considerar que ese diverso régimen de sanciones contenido en los convenios provinciales está completando lo dispuesto en el ALEH, de modo que serían perfectamente aplicables sus previsiones sobre la aplicación del despido a toda conducta de acoso sexual, en un caso, o sobre la posibilidad de aplicar la sanción del traslado, en el otro caso.

Por lo demás, la previsión de la sanción relativa al traslado forzoso merece, a mi modo de ver, un juicio positivo por lo que se refiere a su posible aplicación a las conductas de acoso. La principal ventaja de esta sanción es que cumple una función similar a la del despido, toda vez que puede suponer la separación física definitiva entre el acosador y el acosado, a diferencia de lo que ocurre con las simples suspensiones de empleo y sueldo en las que la reincorporación del sancionado puede reabrir el conflicto. Y, al mismo tiempo, permite reservar la extinción del contrato de trabajo para los supuestos de mayor gravedad en atención al principio de proporcionalidad exigible en la configuración de todo régimen disciplinario. Aunque la sanción disciplinaria del traslado no aparezca mencionada en la legislación laboral, su previsión mediante convenio colectivo no parece que merezca tacha alguna de legalidad al no quedar incluida entre las sanciones expresamente prohibidas por el art. 58.3 ET.

⁹⁰ CC Valladolid (Cap. IX; art. 6).

⁹¹ CC Gipuzkoa (Cap. XII; Sección 3^a).

⁹² Al respecto, véase lo señalado en esta misma obra en el Cap I, III, 1.2.1 A), sobre los convenios provinciales que se apartan de lo previsto en el ALEH en materia de clasificación profesional.

Por último, se detecta un convenio provincial que recoge una definición de acoso moral y establece que también en estos casos se considerará circunstancia agravante el hecho de que la persona que ejerce el acoso ostente alguna forma de autoridad jerárquica sobre la persona acosada⁹³. Como se señaló, la última modificación introducida en el régimen disciplinario del III ALEH ha comportado que se tipifique como falta disciplinaria el acoso moral, aunque sin haberse incluido una definición de esta conducta y sin hacerse referencia a ninguna circunstancia agravante, a diferencia de lo que sí ocurre con respecto a la falta de acoso sexual. Sobre la posible contradicción entre lo dispuesto a nivel estatal y provincial, lo primero que hay que señalar es que el convenio colectivo provincial en cuestión es anterior a la modificación del III ALEH, de modo que en este caso la regla aplicable no sería la del art. 84.3 ET que daría preferencia al convenio estatal, sino la regla general del art. 84.1 ET, según la cual un convenio colectivo no puede verse afectado durante su vigencia por otro convenio colectivo de ámbito distinto. Por tanto, las previsiones del convenio provincial resultarían plenamente aplicables, más aún dada la parca regulación del ALEH por lo que se refiere a la falta relativa al acoso moral, que seguramente permite entender que en realidad no se está produciendo una contradicción entre lo dispuesto por ambos convenios.

V. CONCLUSIONES

Como se dijo al inicio del presente capítulo, en el sector de la hostelería la previsión en la negociación colectiva de cláusulas tendentes a garantizar y reforzar los derechos fundamentales de los trabajadores se circunscribe esencialmente a dos ámbitos: la igualdad entre hombres y mujeres y las conductas de acoso en el trabajo.

Con respecto al primer bloque de materias, habrá que esperar seguramente algún tiempo para ver si la negociación colectiva prevé disposiciones en la línea del papel encomendado a los agentes sociales por la reciente LO 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, siendo por ahora muy puntuales los convenios que se refieren a medidas de acción positiva o a los planes de igualdad. Y a este respecto, se hecha en falta que los convenios del sector prevean, cuanto menos, la atribución a las Comisiones paritarias de funciones dirigidas a evaluar y a estudiar desde la perspectiva de género los

⁹³ CC Segovia (art. 48).

sistemas de clasificación profesional, retributivos u otras cuestiones tratadas en el convenio, en la línea de lo recomendado por el AINC 2007-2008. Se trata de una tarea de diagnóstico que puede ser imprescindible para poder determinar, desde los convenios colectivos sectoriales, algunas de orientaciones a seguir por los planes de igualdad a implantar por las empresas.

Una valoración más positiva merece, en cambio, el contenido de la negociación colectiva del sector de la hostelería en otra materia central para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, cual es la conciliación de la vida laboral y familiar. Además de la existencia de varios convenios que mejoran el régimen legal de algunos de los derechos previstos legalmente a tal efecto, cabe resaltar la existencia de previsiones convencionales que se sitúan en la línea del reciente art. 34.8 ET, incorporado por la LO 3/2007, según el cual «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Esas previsiones detectadas obedecen también a las recomendaciones hechas por los AINC de los últimos años y seguramente evitarán conflictos entre las partes de la relación laboral a la hora de llegar acuerdos en esta materia, permitiendo conciliar en la medida de lo posible las necesidades productivas de las empresas y las de índole personal y familiar de los trabajadores.

En cuanto al segundo bloque de materias, la negociación colectiva del sector de la hostelería presta atención principalmente a las conductas de acoso sexual y en menor medida a otras formas de acoso. Además, el análisis convencional arroja un resultado bastante pobre por lo que se refiere a la inclusión de cláusulas convencionales que tengan un auténtico valor jurídico-preventivo, mediante la previsión de una obligación empresarial de instaurar procedimientos para prevenir las conductas de acoso y dar trámite a las denuncias que los trabajadores puedan presentar, en la línea de lo dispuesto por la reciente LO 3/2007, así como en el Acuerdo marco europeo sobre la violencia y el acoso en el trabajo incorporado al AINC para el 2008. El contenido actual de la negociación colectiva del sector de la hostelería no se corresponde, pues, con el papel relevante que las orientaciones de política del derecho, comunitario y nacional, parecen atribuirle en este terreno a la autonomía colectiva.

Mayor atención se le dedica, en fin, a las conductas de acoso en el trabajo desde la perspectiva sancionadora, debiéndose desatacar sobre todo que a nivel estatal los negociadores han considerado oportuno actualizar el régimen disciplinario, incorporando al III ALEH, junto a la ya preexistente falta muy grave relativa al acoso sexual, otra falta muy grave referida al acoso moral y al acoso discriminatorio. Régimen disciplinario que, habida cuenta de que se trata de una materia de tratamiento preferente a nivel estatal, resulta aplicable a todas las empresas y trabajadores del sector.

CAPÍTULO VIII. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Javier Thibault Aranda

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Los aspectos negociables en materia de seguridad y salud laboral. III. Contenido de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral. 1. Cláusulas de vinculación general. 2. La evaluación, planificación y gestión del riesgo. 3. Organización técnica de la prevención en la empresa. 4. Equipos de trabajo y medidas de protección individual. 5. Información y formación a los trabajadores. 6. Medidas en caso de riesgo grave e inminente. 7. Vigilancia de la salud. 8. Protección de determinados trabajadores. 9. Derechos de participación y de representación de los trabajadores. 10. Comisiones de Seguridad y Salud. 11. Otras cuestiones. IV. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Si en el anterior estudio de 1999 reseñaban los autores que no se había experimentado un avance significativo con relación al primero -de 1992- a pesar del cambio experimentado a partir de 1995 con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, tampoco ahora se aprecia el deseado «sorpaso». Ni el tiempo transcurrido ni la preocupación social por los índices de siniestralidad parecen haber hecho mella en los negociadores, que, según parece, o al menos eso es lo que se desprende de los convenios colectivos consultados, siguen considerando la seguridad y salud laboral como algo ajeno al ámbito negocial.

El examen de la muestra del sector arroja más sombras que luces, pues si el III Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería –en adelante ALEH- no dedica ni un solo artículo a la seguridad y salud laboral, en los convenios sectoriales de ámbito inferior aunque existen referentes normativos al respecto resultan escasamente reseñables, al no añadir, en la mayoría de los casos, nada que no estuviera ya previsto en la normativa heterónoma. Una anomia negociadora que se reproduce en los convenios de empresa. Las cifras hablan por sí solas, de los dieciséis convenios consultados nueve no hacen mención alguna a estos aspectos y los restantes lo hacen de forma tan superficial que el resultado es igualmente decepcionante.

Con toda la prudencia que requiere una afirmación como ésta, puede anticiparse que en general nos encontramos ante un sector con una experiencia negociadora que se puede calificar de ampliamente insuficiente. Una dejación que podría achacarse a la tradicional consideración de que se trata de un sector productivo con escasa o nula siniestralidad -lo que, como ha advertido la doctrina, no deja de ser una percepción errónea-, pero que tal vez deba atribuirse, más sencillamente, al genérico desapego de la negociación colectiva hacia esta materia. Algo que, en todo caso, contrasta con las amplias posibilidades que la normativa de seguridad y salud y el Estatuto de los Trabajadores confieren a la negociación colectiva para mejorar en beneficio del trabajador lo establecido por el bloque normativo estatal y que tampoco concuerda con la voluntad de desarrollar una «cultura preventiva» a través de la negociación colectiva que han mostrado los interlocutores sociales en los sucesivos Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva (en adelante AINC) negociados, desde el AI de 1983, que trata de potenciar la inclusión

de medidas de prevención de riesgos laborales en los convenios, hasta el más reciente AINC de 2007, prorrogado para 2008.

II. LOS ASPECTOS NEGOCIABLES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

No es necesario dedicar excesivas líneas para sostener que la negociación colectiva se erige en elemento nuclear en esta materia. Son varias y diversas las vías abiertas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) para un mayor protagonismo de la negociación colectiva que permita hacer de la seguridad y salud un objeto típico e inexcusable de las reglas convencionales¹. En primer lugar, el artículo 2 atribuye el carácter de Derecho mínimo indisponible tanto a la propia Ley como a las disposiciones reglamentarias, lo que significa que podrán desde luego «ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos». La LPRL sienta así las bases para que el convenio colectivo construya, en un proceso *praeter legem* guiado, el ajuste del régimen de prevención de riesgos a un contorno profesional concreto, una empresa o un sector, precisando el alcance de derechos y obligaciones generales e incluso incorporando materias no contempladas en la norma legal.

Pero si conforme a lo anterior todo lo regulado en la LPRL y en sus reglamentos que se refiera a las obligaciones del empresario y de los trabajadores en materia de seguridad y salud es susceptible de negociación colectiva, en algún caso la LPRL llega más lejos, dispositivizando totalmente lo dispuesto en ella. La LPRL señala que determinadas materias pueden ser objeto de negociación colectiva con total y absoluta libertad para las partes, teniendo por tanto carácter de normas dispositivas, sólo aplicables en defecto de pacto colectivo en contrario. Esto sucede respecto de:

a) Los sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación de los mismos corresponda a los representantes del personal o a los propios trabajadores (Art. 35.4 de la LPRL).

b) La creación de órganos específicos con las competencias de los delegados de prevención en ámbitos territoriales más amplios que

¹ Sobre el cuadro de relaciones ley-convenio colectivo en materia de prevención de riesgos laborales y en general sobre el contenido de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral véase Meléndez Morillo-Velázquez, L., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Aranzadi, 2004.

el de una empresa (delegados sectoriales o territoriales) (Art. 35.4 de la LPRL).

En otros casos, la LPRL o sus reglamentos de desarrollo hacen una llamada a la negociación colectiva para que ésta complete su regulación. En este sentido, la Disposición Adicional Séptima del Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante RSP) señala expresamente que los convenios colectivos o los acuerdos interprofesionales sobre materias concretas del art. 83.3 ET podrán establecer:

a) Criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios.

b) Criterios para la determinación del número de trabajadores designados, en su caso, por el empresario para llevar a cabo actividades de prevención, del tiempo y de los medios a disponer para el desempeño de su actividad, «en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores y de su distribución en la misma».

c) Criterios en materia de planificación de la actividad preventiva

d) Criterios para la formación en materia preventiva de los trabajadores y de los delegados de prevención.

Por último, las materias negociables no se agotan en las reguladas en la LPRL y en sus reglamentos de desarrollo sino que es posible que la negociación colectiva incida en otras relacionadas con la prevención de riesgos laborales, como el tratamiento del alcoholismo o la drogadicción o el régimen disciplinario por incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores. El convenio colectivo, sobre la base de los arts. 82 y 85 ET, puede aportar nuevos elementos que contribuyan a enriquecer el debate.

Un marco de actuación que para terminar de ser completo, además de la norma legal, deberá tomar en consideración las reglas establecidas a nivel interconfederal, como en el AINC 2007, que contiene un Capítulo destinado a establecer criterios y recomendaciones sobre materias tales como integración de la prevención, vigilancia de la salud, formación sobre los riesgos del puesto de trabajo, crédito horario de los Delegados de Prevención, comisiones paritarias sobre prevención de riesgos laborales, incidencia y efectos de la dependencia del alcohol y de otras sustancias y estrés laboral; o el Acta de prorroga para el año 2008, que incorpora al anterior capítulo los acuerdos alcanzados por los firmantes en relación con el Objetivo 3

de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo. Reglas que, como ha señalado la doctrina, además de orientar la acción a escala sectorial y de empresa, incrementan con el propio compromiso la incidencia de las obligaciones generales de la LPRL.

III. CONTENIDO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

1. Cláusulas de vinculación general

Un elevado porcentaje de los convenios colectivos analizados inaugura el capítulo dedicado a la seguridad y salud laboral con las cláusulas que proclaman con carácter general la vinculación de trabajadores y empresarios a lo dispuesto en la normativa legal sobre prevención de riesgos laborales. Tal remisión se lleva a cabo a través fórmulas variadas como que «será de aplicación la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y Reglamento que la desarrolla»², que «se estará a lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales publicada en el BOE de fecha de 10 de noviembre de 1995»³ o que «la Legislación de Seguridad y Salud Laboral en el trabajo es de obligada aplicación a las empresas, con la participación de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, si los hubiere»⁴.

Otros convenios, en consonancia con lo anterior, trasladan a su ámbito de negociación el objetivo de promoción o mejora de las condiciones de trabajo fijado en la LPRL. Se trata de declaraciones más o menos solemnes sobre la protección de la seguridad y salud

² CC del sector de Hostelería y Actividades Turísticas de la Comunidad de Madrid (art. 45). En términos similares el CC del sector de Hospedaje de la Comunidad de Madrid (art. 36) y el CC de Toledo (art. 48).

³ CC de La Rioja (Cláusula Adicional segunda), CC de Huelva (art. 25), CC de Guadalajara (art. 29).

⁴ CC de la Región de Murcia (art. 30). Y en igual sentido, el CC del Principado de Asturias que dispone que «la Ley 31/1995, de 10 de noviembre, establece y regula las normas que han de regir en las empresas de salud laboral y seguridad en el trabajo, así como los derechos y deberes de empresarios y trabajadores y las competencias que en esta materia tienen los Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud» (art. 31). Previsión que reproduce palabra por palabra el CC de Cuenca (art. 31). Mientras que en el CC de Burgos se declara que «la legislación de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral es de obligada aplicación en las empresas, con la participación de los Delegados de Prevención, Comité de Seguridad e Higiene o representaciones sindicales»(art. 23).

de los trabajadores como objetivo básico y prioritario de las partes firmantes. Baste citar como ejemplos el CC de Cataluña donde se proclama la mejora de la salud laboral como un objetivo común a ambas partes, al mismo nivel que la mejora de la productividad y competitividad de la empresa y de las condiciones de trabajo, o el CC de Albacete que establece «el objetivo debe ser que a la finalización del presente convenio se haya reducido sustancialmente la accidentalidad del sector» (D.A. Quinta)⁵.

Otras veces, tales declaraciones se orientan hacia una vertiente subjetiva, subrayando el papel del empresario como deudor de seguridad. Son aquellos convenios colectivos que abordan la materia de seguridad y salud por referencia al deber general de protección del empresario, como el CC de Cáceres que afronta la prevención de riesgos laborales declarando que «la empresa debe garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores adoptando cuantas medidas sean necesarias para ello y, más concretamente, aquellas referidas a evaluación de riesgos, consulta, participación y formación»⁶. A lo que se añade en algún convenio colectivo el listado de principios de acción preventiva del art. 14 LPRL, como el CC de Cataluña, que declara que «las medidas preventivas adoptadas por el empresario deben tener presentes los principios generales de la acción preventiva que en síntesis son los siguientes: evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar, combatir los riesgos en origen, adaptar el trabajo a la persona, tener en cuenta la evolución de la técnica, sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro, planificar la prevención, adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual y dar las debidas instrucciones a los trabajadores (art. 47).

Un compromiso para lograr unas condiciones de trabajo adecuadas desde el punto de vista de la salud laboral que en algunos convenios colectivos se bilateraliza, poniendo énfasis en la corresponsabilidad entre trabajadores y empresarios. Unas veces, como en el CC del Principado de Asturias, se plasma el compromiso de «las partes de acometer cuantas medidas sean necesarias para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones y ello en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz de los riesgos laborales»

⁵ Además de aquellos otros convenios colectivos que reafirman el «derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral», como el CC del Principado de Asturias (art. 32) y el CC de Córdoba (art. 49).

⁶ En igual sentido, el CC de Extremadura (art. 35) y el CC de las Islas Baleares (art. 37).

(art. 31)⁷; otras veces, como en el CC de Valencia, las partes firmantes «se comprometen, a través de la comisión paritaria, a fomentar con el máximo rigor la aplicación práctica de la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. A tal efecto, adoptarán aquellas iniciativas que mejoren la salud y seguridad en el trabajo de los trabajadores, impulsando de este modo las medidas para que decrezca el número de accidentes en las empresas, actuando de forma conjunta, a fin de interpretar y aplicar con los mejores resultados dicha normativa» (art. 49)⁸; y aun otras, más sencillamente, como en el CC de Burgos, «las partes se comprometen a desarrollar la protección y seguridad en el trabajo, al amparo de la Ley de Prevención laboral»⁹.

Pues bien, aunque estas declaraciones de principios no son censurables desde el punto de vista de su virtualidad pedagógica, sí lo son desde el momento en que en un significativo número de convenios constituyen la única referencia a la prevención de riesgos laborales. En buena parte de los convenios consultados las previsiones anteriormente reseñadas son las únicas que se contienen en su articulado, sin ulteriores puntualizaciones ni desarrollo. Se instan objetivos generales, como desarrollar un medio de trabajo seguro y saludable, intentar reducir las tasas de siniestralidad y alcanzar una protección efectiva de la seguridad y salud del trabajador, pero sin especificar cuáles van a ser los procedimientos para lograrlo. Un claro indicio, junto a aquellos convenios colectivos que obvian por completo la materia de seguridad y salud en el trabajo¹⁰, de que sus

⁷ En los mismos términos, palabra por palabra, el CC de Cuenca (art. 36), el CC de Toledo (art. 48) y el CC de la Ciudad de Ceuta (art. 18).

⁸ Y en parecidos términos, en el CC de Alicante «las empresas se comprometen a colaborar estrechamente con los representantes de los trabajadores, en un marco de mutua confianza, para elevar los niveles de salud y seguridad en el trabajo en el ámbito del Convenio», señalando a tal efecto el compromiso de empresarios y trabajadores de cumplir con la normativa vigente en esta materia y la constitución de una Comisión paritaria de seguridad y salud laboral (art. 40).

⁹ En parecidos términos, el CC de León (art. 30), el CC de Segovia (art. 31). En el CC de Guipúzcoa, «las direcciones de las empresas y los representantes de los trabajadores se comprometen, dentro de las posibilidades de las mismas y en plazos previamente convenidos, a establecer los planes de acción preventiva, cuyos objetos comunes y concretos sean la eliminación o reducción progresiva de los accidentes y de los riesgos laborales, así como en la mejora de las condiciones ambientales y de los puestos de trabajo» (art. 46). También, el CC de Cádiz (art. 34).

¹⁰ Salvo error u omisión, a nivel sectorial, el CC de Vizcaya, el CC de Granada y el CC de Las Palmas, por no hablar de los innumerables convenios que tan sólo se refieren a la protección de la trabajadora embarazada, como el CC de Teruel o el CC de Zaragoza, o a los reconocimientos médicos, como el CC del sector de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, el CC de Huelva, el CC del Territorio Histórico de Álava o el CC de Orense, o el caso del CC de Ávila donde tan sólo se afronta esta materia desde la perspectiva disciplinaria.

negociadores consideran esta materia como ajena a sus intereses, dejándola en manos del legislador y del empleador¹¹.

2. La evaluación, planificación y gestión del riesgo

De acuerdo con lo establecido en la LPRL y el RSP, en la concepción de una prevención de riesgos laborales integrada en el diseño empresarial, se impone al empresario la obligación de evaluar los riesgos para la salud y seguridad laboral, para eliminar o, en su caso, controlar y reducir tales riesgos mediante el establecimiento de las medidas preventivas y de protección. Y aunque esta obligación del empresario cuenta con una regulación heterónoma bastante detallada sin duda deja margen a la negociación colectiva para adecuarse a las peculiaridades de cada sector o empresa. El convenio colectivo es un instrumento particularmente idóneo para concretar los puestos de trabajo de atención prioritaria en la evaluación por riesgos, los aspectos a tener en cuenta y la metodología del procedimiento de evaluación de riesgos.

Nada se dice, sin embargo, al respecto en los convenios colectivos de este sector, más allá de reiterar la obligación de la empresa de tener realizada, actualizada y documentada la evaluación de riesgos¹². Cláusulas más o menos generales y por tanto indeterminadas, que simplemente ponen el acento en la realización de una correcta evaluación de los riesgos para planificar las actuaciones preventivas¹³. Una obligación que no se agota con la evaluación inicial de los riesgos sino que, conforme a lo dispuesto en la LPRL, y como establece el CC de Cataluña habrá de someterse a una actualización constante. A lo que se añade algún convenio colectivo que, a los efectos de determinar la posible interacción entre puesto de trabajo y trabajador,

¹¹ Manifestación evidente de esta dejación es que, por ejemplo, la única reseña sobre el particular contenida en el CC de Castellón sea que «se aplicará en este tema todo lo relativo a las Leyes vigentes en cada momento en esta materia en lo relativo a la industria de la hostelería» (art. 32) o que en el CC de La Rioja se venga a declarar que «se estará a lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales publicada en el BOE de fecha de 10 de noviembre de 1995», sin mayor concreción o desarrollo, en la Cláusula Adicional segunda.

¹² CC de Burgos (art. 23), CC de Palencia (art. 44).

¹³ CC de Cataluña (art. 47). En parecidos términos el CC del Principado de Asturias, que declara que el empresario planificará la acción preventiva de la empresa a partir de la preceptiva evaluación inicial de riesgos y que ésta habrá de realizarse, con carácter general, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad y los posibles riesgos especiales (art. 32).

destaca que las empresas al realizar la evaluación de los puestos de trabajo deberán tener en cuenta los riesgos específicos que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en el feto¹⁴, o, de forma más detallada como en el CC de Guadalajara, los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de fertilidad, como en el desarrollo de la descendencia (art. 39)¹⁵.

Sorprende también la poca atención que, en general, los negociadores dedican a la Ergonomía y la Psicología aplicada, a pesar de la frecuente identificación en las evaluaciones de este sector de riesgos relativos al sobreesfuerzo y manipulación de cargas, posturas forzadas y movimientos repetitivos y su incidencia en forma de trastornos músculo-esqueléticos. Y únicamente destaca, por el detalle con que se regula la metodología de evaluación, el acta de la Comisión Paritaria de Seguridad y Salud Laboral del CC de Tenerife de 16 de diciembre de 2005, que hace suyo el informe de los técnicos de prevención de riesgos laborales y lo incorpora como instrumento interpretativo del último párrafo del artículo 37 del convenio, que dispone que las partes negociarán en la Comisión Sectorial Provincial de Seguridad y Salud Laboral los criterios y programas que han de aplicarse en los planes de prevención empresariales acerca de los ritmos de trabajo adecuados para el personal de pisos en relación con el rendimiento y la salud laboral. Pues bien, en la citada acta se señala que los planes de prevención empresariales deben incluir la evaluación ergonómica y de cargas de trabajo, así como la evaluación de los factores que rodean su trabajo diario, con objeto de poseer un plan de prevención de riesgos eficaz y protector de la salud laboral, detallándose a continuación diferentes metodologías específicas para la Evaluación Ergonómica que incluyen las cargas de trabajo y la evaluación psicosocial de las camareras de pisos, para que puedan ser tomadas en cuenta por cada empresa en la elaboración de su plan de prevención¹⁶.

¹⁴ CC de León (art. 30).

¹⁵ Este Convenio además declara que la evaluación de riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimiento o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto (art. 40). Términos que reproduce letra por letra el CC de Segovia (art. 12).

¹⁶ Entre otros, OWAS (NTP 452), ERGOS DOS (NTP 176), ERGO IBV 2.2, RULA (NTP 452), Ecuación de NIOSH (NTP 477), OCRA (NTP 629 actualizada).

Unas previsiones que no son mucho más generosas por lo que se refiere a la planificación de la actividad preventiva. Pues aunque algunos convenios colectivos hacen mención a tal obligación, lo cierto es que luego no concretan el método para el desarrollo de la misma. Simplemente se opta por reiterar que deberá buscarse un conjunto coherente que integre en la planificación la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores de trabajo¹⁷ y se recuerda que las acciones y medidas desarrolladas y adoptadas por el empresario en materia de prevención de riesgos laborales deberán integrarse en el conjunto de las actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma, debiéndose actualizar cuando se constate su inadecuación a los fines de protección requeridos¹⁸. Ni se determina el contenido de los planes y programas de prevención, ni se señalan plazos para su ejecución. Únicamente destacarían el CC de Cantabria, que añade que toda empresa del sector que contrate personal para la limpieza de habitaciones como Camareras de Pisos deberá elaborar junto a su Plan de Prevención un Documento de Control sobre «Métodos de Trabajo Internos», cuyo objeto será establecer una norma interna que describa la Sistemática establecida para la realización de los procesos relacionados con los servicios de limpieza; y el CC de Tenerife, que dispone que las partes negociarán en la Comisión Sectorial Provincial de Seguridad y Salud Laboral los criterios y programas que han de aplicarse en los planes de prevención empresariales acerca de los ritmos de trabajo adecuados para el personal de pisos en relación con el rendimiento y salud laboral (art. 37), a lo que añade que, en el marco del plan de prevención, los Delegados de Prevención serán informados de las condiciones de trabajo de las camareras de pisos, y también que el Comité de Seguridad y Salud Laboral de cada empresa analizará trimestralmente la distribución de la carga de trabajo de las camareras de pisos con vistas a que se ajuste al Plan de Prevención (Acta de la Comisión Paritaria de Seguridad y Salud Laboral).

3. Organización técnica de la prevención en la empresa

La organización de la actividad preventiva es otro de los aspectos de la prevención de riesgos laborales en los que sin duda puede incidir la negociación colectiva, máxime si se tiene en cuenta que en

¹⁷ CC de Jaén (art. 54).

¹⁸ CC de Cataluña (art. 47).

la ley existen llamadas específicas. Como es sabido, el art. 21.2 RSP contempla que por convenio colectivo o Acuerdo Interconfederal se acuerde la constitución de servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas pertenecientes a un mismo sector productivo o grupo empresarial o que desarrollen sus actividades en un polígono industrial o área geográfica limitada. Mientras que la Disposición Adicional 7ª RSP prevé que a través de la negociación colectiva se determinen los medios materiales y personales de los servicios de prevención propios, el número de trabajadores designados por el empresario para realizar la actividad de prevención y el tiempo y los medios conferidos para realizar tal actividad, atendiendo fundamentalmente a los parámetros señalados en el RSP: tamaño de la empresa, riesgos a los que estén expuestos los trabajadores y su distribución en la misma. A lo que se podrían añadir, sobre la base de que el convenio colectivo puede mejorar y desarrollar la Ley y las normas reglamentarias, especificaciones sobre el número de especialidades y disciplinas preventivas de que deben disponer los servicios de prevención ajenos y el régimen de dedicación del personal que integre cada una de esas especialidades, o la formación necesaria para asumir y desarrollar la prevención por el empresario.

A la hora de trasladar el esquema organizativo al ámbito sectorial o de la empresa el resultado es sin embargo escaso. Desde un punto de vista cuantitativo, porque hay una casi total ausencia de regulación convencional. Los convenios colectivos de este sector no suelen hacer alusión a la organización técnico-preventiva. Y desde una perspectiva cualitativa, porque cuando se contiene algún referente normativo simplemente reitera, sin concretar nada, las previsiones de la LPRL o del RSP.

Por lo que hace a la organización de la actividad preventiva, las únicas referencias encontradas aparecen en el CC de Segovia (art. 31) y el CC de Burgos (art. 23), que contienen un mandato al empresario para que adopte alguna «forma de servicio de prevención de riesgos», y, por otro lado, en el CC de Jaén, que primero reproduce la definición de Servicio de Prevención y a continuación declara, como si pudiera ser de otro modo, que cumplirá lo marcado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de los Servicios de Prevención, además de atribuirle las siguientes funciones: diseño, aplicación de los planes y programas de actuación preventiva; evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores; determinación de las prioridades en

la adopción de las medidas preventivas adecuadas a la vigilancia de su eficacia; información a los trabajadores; prestación de primeros auxilios y planes de emergencia; y vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo (art. 54). Sin duda un ejemplo de mala praxis reguladora, porque aunque lo que se pretenda es llevar al texto del convenio lo ya que ya está en la ley por su más fácil acceso a aquel que a esta última, se corre el riesgo de no copiar de forma correcta la norma, como sucede en este caso, puesto que se omite la referencia a la formación que se contiene en el art. 31.2.d LPRL como una de las actividades en que incide el Servicio de Prevención.

Ningún convenio colectivo contiene una regulación más detallada de los servicios de prevención propios pese a las amplias posibilidades que el RSP concede. Al igual que tampoco se encuentran referencias al servicio de prevención mancomunado, con la salvedad del CC de Jaén y a los solos efectos de reproducir lo ya dispuesto en el art. 21 del RSP, con la diferencia de que allí donde la norma reglamentaria se refiere a «empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial» el convenio colectivo contempla únicamente las que coincidan en un mismo centro de trabajo (art. 55).

Por último, sería mayor deseable que la negociación colectiva se hiciera mayor eco de la oportunidad de acordar en el seno del Comité de Seguridad y Salud la modalidad de organización preventiva de la empresa (trabajadores designados, constitución de servicio de prevención propio, concierto con servicio de prevención ajeno) y la elección del servicio de prevención ajeno, en aras a disfrutar de los beneficios que, conforme a la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), se reconocerán: programas de incentivación económica ex art. 5.3 LPRL, proyecto PREVEA y ampliación del plazo legal de realización de la auditoria en las empresas que tengan esa obligación legal.

4. Equipos de trabajo y medidas de protección individual

Dentro del deber general de proteger la seguridad y salud de los trabajadores el art. 17 LPRL incluye dos obligaciones estrechamente conectadas, como son la de adecuar los equipos de trabajo a la actividad laboral y la de poner a disposición de los trabajadores las medidas de protección individual que exijan las características de su

puesto de trabajo cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo. Pues bien, como en el resto de aspectos tampoco esta materia constituye un tema prioritario para la negociación colectiva. Más allá de aquellos convenios que plantean la utilización de los equipos y medios de protección como un deber del trabajador, las referencias son escasas y no aportan elementos novedosos ni contemplan la posibilidad de implicar a la representación especializada de la empresa en materia de seguridad y salud en la elección de los equipos de protección individual.

Descendiendo al detalle, en el CC de Cataluña se prevé que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para la actividad profesional que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, a lo que el CC de Asturias añade «de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores al utilizarlos» (art. 32). Lo que viene a ser palabra por palabra lo que se dispone en la Ley. En la misma línea, el CC de Valencia reitera que la empresa proporcionará al trabajador los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones cuando por la naturaleza de sus trabajos sea necesario, pero sin concretar nada (arts. 28 y 49). Y algún convenio, haciéndose eco también de la exigencia legal de excepcionalidad, añade que estos deberán utilizarse exclusivamente cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos, de protección colectiva o mediante medidas de organización del trabajo¹⁹, y además que, conforme a la doctrina judicial, la empresa deberá velar por el uso efectivo de los mismos²⁰. Previsión esta última mayormente relevante en la medida en que pone el acento en la obligación empresarial de vigilancia del uso efectivo de los equipos de protección, que además deberá tener en cuenta «las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador» (art. 15.4 LPRL).

Por último, y a pesar de que tanto desde un punto de vista conceptual como normativo son cuestiones diferentes²¹, también en este sector es posible encontrar referencias a los equipos de protección

¹⁹ CC Principado de Asturias (art. 32).

²⁰ CC Alicante (art. 40).

²¹ Conviene recordar que el art. 2.2.a) del RD 773/1997, de 30 de mayo, excluye expresamente del concepto de «equipo de protección individual» a la ropa de trabajo corriente y los uniformes que no estén específicamente destinados a proteger la salud o la integridad física del trabajador.

adecuados dentro del más genérico compromiso empresarial de suministrar a los trabajadores la denominada «Ropa de trabajo», como en el caso del CC de Tenerife que, bajo esta rúbrica, señala que el trabajador está obligado a ponerse en su trabajo el calzado designado por el Servicio de Prevención y que el empresario, por su parte, está obligado a abonar su coste al tratarse de una parte de los equipos de protección individual establecidos en la LPRL (art. 24) o el CC de Cataluña que establece que a los trabajadores cuyas funciones precisen gorros, mandiles y mascarillas u otros equipos de trabajo se les entregarán en el número y calidad exigidos por la LPRL y que si las empresas tienen cámaras frigoríficas deberán tener ropa adecuada para acceder a las mismas, sin que ningún trabajador pueda entrar sin estar provisto de la ropa adecuada (art. 30).

5. Información y formación a los trabajadores

En la Ley estas obligaciones aparecen como elemento clave de las acciones preventivas y son primordiales para la creación de ese denominado «clima preventivo del accidente». Y en esta línea, en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2007 se ha venido a establecer que en los convenios colectivos de ámbito sectorial o inferior es recomendable incluir, de forma orientativa, el contenido de la formación específica según los riesgos de cada puesto de trabajo o función, agrupando así los criterios formativos y el número de horas de formación o, en su caso, de adiestramiento, de manera homogénea por riesgos y puestos de trabajo de cada sector; y con independencia de la formación acorde con los factores de riesgo de cada puesto de trabajo concreto en cada empresa individualmente considerada. A lo que se añade que en la negociación colectiva, de cualquier ámbito, pero preferentemente sectorial, se puede concretar el número de horas de formación de los Delegados de Prevención en función de la peligrosidad de la actividad.

Pues bien, frente a la amplitud e indeterminación de la LPRL, y pese al llamamiento del AINC 2007, resulta escaso el interés mostrado en la determinación y concreción del alcance de estas obligaciones en el sector analizado. Son pocas las referencias que al respecto se hallan en la negociación colectiva y cuando se contienen son generales, sin concretar nada respecto de temas tan importantes como cuáles serán los medios adecuados para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias o la periodicidad con que deba hacerse o, respecto de la formación, su contenido y número de horas,

dependiendo de su categoría o puesto de trabajo, o si ha de hacerse con medios de la propia empresa o contratando servicios ajenos. En la mayoría de los convenios colectivos se agota la regulación con un mandato al empleador para que entregue al trabajador, en el momento del ingreso o cuando cambie de puesto de trabajo, la información sobre los riesgos específicos de su puesto de trabajo y sobre los generales del centro de trabajo, en la medida en que puedan afectarle, y la previsión de que se le de también la formación necesaria y suficiente para su efectiva protección²².

Tal es, por ejemplo, la opción del CC del Principado de Asturias, que reitera el deber del empresario de adoptar «las medidas necesarias para que los trabajadores reciban las informaciones necesarias en relación con los riesgos que afecten al conjunto de los trabajadores así como a cada puesto de trabajo o función, las medidas y actividades de protección frente a los riesgos definidos, las medidas de emergencia y evacuación y aquellas otras relacionadas con las situaciones de riesgo grave e inminente», así como que la formación será «teórica y práctica, suficiente y adecuada y centrada específicamente en el puesto de trabajo o función, repitiéndose periódicamente si fuese necesario», además de que «se impartirá dentro de la jornada de trabajo o en su defecto en otras horas pero con descuento en aquella del tiempo invertido en la misma» (art. 31)²³. Sin duda otro ejemplo de mala *praxis* reguladora, porque al reproducir el texto de la norma legal se ha omitido una cuestión tan importante como es la exigencia legal de que la formación esté adaptada a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos, pero sobretodo porque deja pasar la oportunidad de poner coto a determinadas deficiencias encontradas en el ámbito de la formación preventiva: formación genérica o general que no contempla los riesgos propios de cada puesto de trabajo, tendiendo a agrupar a trabajadores de distintas secciones y con distintos niveles formativos y/o experiencia; inapropiada, por cuanto en ocasiones se articula en la modalidad «on line» que no permite cubrir la parte práctica de la formación; y, por último, discriminatoria con los trabajadores temporales que permanecen en la empresa un breve periodo de tiempo no coincidente con la impartición de ningún curso formativo programado.

²² Baste citar como ejemplo el CC de las Islas Baleares (art. 37) o el CC de Extremadura (art. 35), por no mencionar de aquellos otros convenios colectivos que simplemente se refieren a una genérica obligación de informar sobre los riesgos laborales.

²³ En parecidos términos, el CC de Jaén (art. 54).

Algo más interesante, aunque sin hacer uso de todas las posibilidades, es el CC de Navarra, en la medida en que establece un compromiso de las partes firmantes para preparar documentación y material informativo sobre los riesgos profesionales a que están expuestos los trabajadores, así como organizar sesiones informativas y formativas dirigidas a los trabajadores del sector sobre riesgos laborales y protección de la salud laboral (art. 32). Y en la misma línea el CC de León, en el que las partes firmantes se comprometen a elaborar y desarrollar, anualmente y de mutuo acuerdo, programas a través de los cuales instrumentar la formación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (art. 30).

Finalmente cabe destacar aquellos convenios colectivos que, haciéndose eco de la exigencia contenida en el art. 37.2 LPRL, amplían sus previsiones a los Delegados de Prevención, sentando las bases para un contenido básico para los empleados y uno seguramente más extenso a través de programas especiales, para sus representantes. Así sucede en el ya citado CC de León, que dispone que el empresario procurará la formación necesaria a los Delegados de Prevención nombrados en la empresa para que puedan ejercer con responsabilidad las funciones inherentes a su condición (art. 30) o en el más relevante CC de Segovia que más ampliamente dispone que la formación de los Delegados se realizará mediante cursos de salud laboral sobre los riesgos en la empresa, que se impartirá por las organizaciones sindicales firmantes del convenio colectivo a través de un reparto del programa establecido por la comisión de seguridad y salud (art. 31). Mereciendo una mención especial el Acuerdo Interprofesional en materia de salud y prevención de riesgos laborales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la medida en que contiene una detallada regulación del denominado Plan de Formación de los Delegados de Prevención que incluye referencias a su contenido (formación básica, normativa y técnica), su gestión, la financiación y el régimen de asistencia, para lo que la empresa proporcionará las horas necesarias al margen del crédito horario que les corresponda por sus funciones de representación sindical.

6. Medidas en caso de riesgo grave e inminente.

En relación con este aspecto, sólo tres convenios colectivos contienen alguna previsión. Y no sólo ninguno de ellos contribuye a

delimitar las situaciones descritas en la LPRL ni identifica las medidas concretas que han de adoptarse en cada sector o empresa cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente, sino que además en algún caso presentan graves problemas de adaptación legal.

Tal es lo que sucede con el CC de Sevilla, que se refiere primero al supuesto de que los representantes legales de los trabajadores aprecien una «probabilidad grave de accidente» por la inobservancia de las normas aplicables, en cuyo caso, se indica, requerirán por escrito al empresario para que adopte las medidas correctoras del riesgo, y caso de que la petición no fuese atendida en un plazo de diez días, se dirigirán a la Autoridad competente para que ésta a su vez, y si aprecia las circunstancias alegadas, requiera al empresario para que adopte las medidas de seguridad apropiadas o suspenda su actividad en la zona o local de trabajo o con el material en peligro; y a continuación, y para el caso de que «el riesgo de accidente fuera inminente», dispone la paralización de las actividades por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el setenta y cinco por ciento de los representantes de los trabajadores con proceso discontinuo o la totalidad de los mismos en aquellas empresas cuyo proceso sea continuo (art. 31). Unas reglas coincidentes con las del art. 19.5 ET, salvo en lo que se refiere al plazo para dirigirse a la autoridad laboral que en la ley es de cuatro días, pero que por lo que hace al «riesgo inminente de accidente» estarían desplazadas por las que se consignan en el art. 21 LPRL.

Por su parte, el CC de Segovia no regula estas medidas en función de los sujetos intervinientes y de las distintas situaciones que pueden darse, sino que más sencillamente declara que ante la detección de un «riesgo grave y/o inminente», ya sea por el servicio de prevención, delegado de prevención o por cualquier trabajador, se tomará la iniciativa de paralización de la actividad, de la operación o del puesto de trabajo, realizándose a partir de ese momento un procedimiento que incluya comunicación a los mandos superiores, tanto verbal como por escrito, por parte de quien lo paraliza o a través de sus representantes si los hubiere y las medidas de corrección del riesgo, poniéndolo en conocimiento de la autoridad laboral (art. 31).

Y finalmente el CC de Ciudad Real se limita a indicar que en caso de «riesgos de accidente de trabajo» se podrá interrumpir las actividades laborales conforme a lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 30).

7. Vigilancia de la salud

Una cuestión que merece mayor atención por parte de la negociación colectiva, también en este sector, es la relativa a la vigilancia de la salud: los reconocimientos médicos. Prueba de lo cual es que incluso aquellos convenios colectivos que no desarrollan las previsiones legales sobre la seguridad y salud en el trabajo contienen referencias a las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores.

Ahora bien, aunque hay una propensión de los convenios colectivos a concentrar el contenido de la negociación colectiva en los reconocimientos médicos –junto a la salud de la gestante–, en la mayoría de los casos se establece de manera general el derecho a una revisión médica de todos los trabajadores sin más puntualizaciones o especificaciones que su periodicidad anual.

Resulta llamativo comprobar como, a pesar de los sucesivos llamamientos de los AINC para que en los convenios colectivos se avance en la paulatina sustitución de los reconocimientos médicos de carácter general o inespecífico por exámenes de salud específicos²⁴, todavía son pocos los que exigen expresamente que las revisiones sean específicas en función de los riesgos del puesto de trabajo²⁵. Unas previsiones que resultan aun más escasas por lo que se refiere al concreto alcance y contenido del reconocimiento médico y a la realización de pruebas médicas concretas. Más allá de aquellos convenios colectivos que establecen la obligación de adecuar su contenido a los riesgos específicos del puesto de trabajo o que declaran que la revisión será lo más completa posible, tan sólo es reseñable el CC de Guipúzcoa que, además de referirse a una vigilancia periódica del estado de salud del trabajador en función de los riesgos inherentes al trabajo, señala que estará sometida a protocolos específicos y que tendrá en cuenta especialmente las enfermedades profesionales reco-

²⁴ En el mismo sentido en el Acuerdo de recomendaciones en materia de seguridad laboral para la negociación colectiva en Cataluña, con carácter de acuerdo interprofesional en materias concretas, recomienda que la vigilancia de la salud se dirija a riesgos específicos y que sus protocolos contemplen las orientaciones de las autoridades sanitarias.

²⁵ CC de Cataluña (art. 37), CC de las Islas Baleares (art. 37), CC del Principado de Asturias (art. 32), CC de la Región de Murcia (art. 31), CC de Guadalajara (art. 29), CC de Segovia (art. 31), CC de Valladolid (art. 25), CC de Badajoz (art. 35) y CC de Extremadura (art. 35).

nocidas²⁶. A lo que se suman unos pocos convenios colectivos que se refieren a pruebas concretas, como «análisis, exploraciones radiológicas y auditivas»²⁷ y «revisiones ginecológicas o urológicas»²⁸, y aquellos otros que se refieren a personas que padezcan enfermedades de transmisión alimentaria o que estén afectadas de otras patologías que puedan causar la contaminación directa o indirecta de alimentos con microorganismos patógenos²⁹.

Además de lo anterior, otro tema que no es objeto de suficiente atención en la negociación colectiva es el relativo al carácter voluntario u obligatorio de los reconocimientos médicos, porque aunque el convenio debe forzosamente atenerse a lo dispuesto en el art. 22 LPRL sin duda constituye un ámbito adecuado para identificar, concretar o delimitar las situaciones o los puestos de trabajo que en el sector o empresa reúnen los requisitos fijados en la ley para hacer obligatorio el reconocimiento. La generalidad de los convenios colectivos reitera la regla general de voluntariedad del reconocimiento médico y lo configuran como una obligación para el trabajador cuando concorra alguna de las excepciones previstas en el art. 22 LPRL, pero sin hacer mayores puntualizaciones o precisiones. Y en algún caso, como en el CC de Cuenca, incluso se contradice lo dispuesto en el precepto legal, porque instituye, conforme al derogado Reglamento de 21 de noviembre de 1959, el carácter obligatorio de los reconocimientos médicos para el trabajador³⁰. A lo que se añade algún convenio colectivo, como el CC del Principado de Asturias, que declara la voluntariedad de los controles médicos pero sin dejar cabida a las excepciones de la Ley, en la medida en que prevé que

²⁶ También el CC de Navarra que, de igual forma, recalca que la vigilancia de la salud será específica, aplicando los protocolos existentes, según los puestos de trabajo (art. 32). Por su parte, el CC de Guipúzcoa prevé que los exámenes de salud incluirán, en todo caso, una historia clínico laboral en la que además de los datos de la anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará que constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de condiciones de trabajo y las medidas de prevención adoptadas (art. 28).

²⁷ CC de Orense (art. 31).

²⁸ CC de Segovia (art. 31). Sólo la primera en el CC de Toledo (art. 49).

²⁹ Como el CC de Jaén (art. 57), a efectos de valorar la necesidad de someterse a examen médico y, en caso necesario, su exclusión de la manipulación de productos alimenticios.

³⁰ Establece que «con carácter obligatorio la empresa efectuará una revisión médica anual, que el trabajador vendrá obligado a realizar en el Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo o en un Centro Clínico dependiente de la Mutua Patronal a que aquella pertenezca, con personal facultativo» (art. 37).

sólo podrá llevarse a cabo la revisión médica si el trabajador presta su consentimiento (art. 32), o como en el CC de Guipúzcoa, que tan sólo contempla una excepción a la voluntariedad, el riesgo para terceros (art. 28). Por último, y aunque la normativa legal se centra en la evitación de daños para la salud y la salvaguarda de la intimidad del trabajador, no puede desdeñarse algún convenio colectivo que expresamente faculta a la empresa para imponer la sanción que corresponda ante la negativa del trabajador a someterse a la revisión en los casos que conforme al art. 22 LPRL sea obligatorio³¹.

Un aspecto que sí recoge la negociación colectiva de manera bastante generalizada es el relativo a la periodicidad de la obligación de la vigilancia de la salud, al punto que la práctica totalidad de los convenios prevén revisiones del estado de salud de los trabajadores con una periodicidad anual³². A lo que se añade algún convenio colectivo que señala que el control médico se realizará con la periodicidad que por criterio médico se establezca, según los riesgos del trabajo y la edad del trabajador³³. Unas previsiones que vienen a complementar lo dispuesto en el art. 22 LPRL que contempla la obligación de vigilancia de la salud no sólo en el momento de la contratación sino durante toda la vigencia de la relación laboral, y en ciertos casos la prolonga más allá de la extinción del contrato, exigencia que también algún convenio colectivo reproduce³⁴. No obstante, en este aspecto nuevamente se desaprovecha la oportunidad de desarrollar lo dispuesto en la LPRL, concretando los plazos en que deben realizarse los reconocimientos médicos según el nivel de riesgos existentes en el sector y en la empresa.

Del mismo modo, un número importante de convenios colectivos reproducen la exigencia de que las medidas de vigilancia y control

³¹ CC de Valladolid (art. 25). Renovación del carné de manipulador» (art. 29)

³² CC de Cantabria (art. 29), CC de Hospedaje de Madrid (art. 37), CC de Hostelería de Madrid (art. 47), CC de la Región de Murcia (art. 31), CC de Cádiz (art. 34), CC de Jaén (art. 57), CC de Álava (art. 33), CC de Ciudad Real (art. 31), CC de Cuenca (art. 37), CC de Guadalajara (art. 29), CC de Toledo (art. 49), CC de Segovia (Art. 31), CC de León (art. 30) y CC de Extremadura (art. 35). Salvo legislación expresa, se señala además en el CC de Guipúzcoa (art. 28); y en la fecha fijada por la empresa de acuerdo con los representantes de los trabajadores en la misma en el CC de Galicia (art. 21).

³³ CC de Navarra (art. 32).

³⁴ Así el CC de Guipúzcoa que advierte que la vigilancia de la salud deberá estar garantizada tras la incorporación al trabajo o a un nuevo puesto de trabajo y tras una ausencia prolongada por motivos de salud (art. 28).

médico se lleven a cabo respetando el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona y la confidencialidad de toda la información resultante, así como que el empleador únicamente sea informado de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, pero sencillamente por transcripción casi literal de la previsión contenida en el art. 22.2 LPRL³⁵. Las únicas variaciones que se introducen en la formulación recogida en el precepto legal reseñan que el resultado del reconocimiento será comunicado al trabajador afectado en una «copia inteligible» del mismo³⁶ o «por escrito»³⁷.

La regulación relativa a la vigilancia de la salud se completa con cláusulas aisladas y de contenido variado. Así las que, de acuerdo con el mandato legal de que el costo económico «no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores» (art. 14.5 LPRL), disponen que el tiempo necesario para la revisión médica será considerado como tiempo efectivo de trabajo³⁸; declaran que el coste de los reconocimientos será a cargo de la empresa³⁹; afirman que las revisiones médicas se harán dentro de la jornada laboral⁴⁰; o establecen que los trabajadores tienen derecho ese día a permiso retribuido, además de que se les abonen los gastos de desplazamiento⁴¹. A lo que se suman las cláusulas de los convenios colectivos que se refieren a los órganos encargados del control de la salud de los trabajadores,

³⁵ CC de Cataluña (art. 47), CC de las Islas Baleares (art. 37), CC de Guipúzcoa (art. 28), CC de Guadalajara (art. 29), CC de Toledo (art. 49), CC de Burgos (art. 23), CC de Segovia (art. 31), CC de Valladolid (art. 25), CC de Orense (art. 31) o el CC de Hostelería que declara que el informe clínico pertenece a la esfera íntima del trabajador y, como tal, debe ser protegido.

³⁶ CC de Hostelería y Restauración de Madrid (art. 47) y CC de Ciudad Real (art. 31). En el CC de Orense se habla simplemente de copia de la revisión (art. 31).

³⁷ CC de Cuenca (art. 37).

³⁸ En algún caso, como el CC de Cuenca también se computa como tal el tiempo necesario para el desplazamiento (art. 37). También el CC de Toledo (art. 49).

³⁹ CC de Galicia (art. 21).

⁴⁰ CC de Guadalajara (art. 29). También en el CC de Segovia que además declara que será con cargo al empresario (art. 31).

⁴¹ CC de Galicia (art. 21). Por su parte, el CC de Cataluña establece que las empresas abonarán a los trabajadores el día que acudan a revisión médica el importe de media jornada, excepto en los casos en que dicha revisión médica se realice durante la jornada de trabajo. En cambio, parece que contradice la ley el CC de Navarra, pues declara que las horas necesarias para el reconocimiento médico serán consideradas como de trabajo efectivo por sólo cuando coincidan con la jornada laboral (art. 32).

con amplia variedad, desde aquellos convenios que aluden genéricamente a los órganos sanitarios competentes⁴², hasta los que se refieren a los especialistas sanitarios de los Servicios de Prevención acreditados en Medicina del Trabajo por la Autoridad Laboral, propios, ajenos o mancomunados⁴³, a los servicios médicos de la Mutua⁴⁴ o indistintamente a los servicios médicos oficiales o servicios médicos asistenciales de las Mutuas patronales⁴⁵, al Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo o a un Centro Clínico dependiente de la Mutua Patronal⁴⁶. Con el añadido en algún convenio de que la empresa deberá informar a los Delegados de Prevención y al Comité de Seguridad y Salud sobre el Servicio de Prevención que realizará la vigilancia de la salud, y caso de que se opte por uno ajeno entregar copia del contrato suscrito⁴⁷.

Unas carencias en la regulación sectorial que no son «subsannadas» en la negociación de empresa. Las más de las veces porque no se contiene ninguna previsión sobre el particular y otras porque reproduce lo dispuesto en la norma legal, de forma literal, sin que sea apreciable una mínima tarea de concreción o desarrollo⁴⁸. De suerte que únicamente puede reseñarse el CC de la empresa Desjust SL -Hotel Hesperia Presidente-, porque además de afirmar que la empresa facilitará los medios necesarios para que todo el personal pueda hacerse un reconocimiento médico a cargo de la misma, establece que dicho reconocimiento será obligatorio sólo en aquellos casos en que así lo decida el Comité de Seguridad y Salud por unanimidad y sin contravenir lo dispuesto en el art. 22.1 LPRL y también que

⁴² CC de Cantabria (art. 29).

⁴³ CC de Guipúzcoa (art. 28). A lo que se añade que la empresa comunicará tanto a los Delegados de Prevención como al Comité de Seguridad y Salud a través de qué servicio de prevención se realizará la vigilancia de la salud. Y que en caso de que se opte por un Servicio de Prevención ajeno, se entregará a unos y otro una copia del contrato suscrito. Otros se refieren más escuetamente al Servicio de Prevención como el CC de Segovia (art. 31), CC de Valladolid (art. 25).

⁴⁴ CC de Extremadura (art. 35).

⁴⁵ CC de la Región de Murcia (art. 31). En el CC de Toledo por el organismo o entidad pública cuando la empresa no tenga concertado con ninguna entidad aseguradora el reconocimiento médico (art. 49).

⁴⁶ CC de Cuenca (art. 37).

⁴⁷ CC de Guipúzcoa (art. 28).

⁴⁸ CC de la empresa Hotelera del Noroeste, S.A. (Hesperia Hotel Peregrino) (art. 28). El Acuerdo de adhesión de la empresa Sol Meli, S.A. (Hotel Meli, Barcelona) prevé que a efectos de conservar la salud de los trabajadores, así como de protegerles de accidentes y enfermedades, la empresa dispondrá de un servicio médico de empresa, siendo éste atendido por un ATS y un médico, cuyos horarios de consulta serán a determinar por la Dirección y el Comité de Empresa (art. 5).

los restantes reconocimientos médicos comprenderán las pruebas y analíticas que se establezcan en el Comité de Seguridad y salud. A lo que se añade que en el seno del citado Comité se debatirá también la forma de incluir las exploraciones mamográficas para aquellas trabajadoras que lo deseen así como la realización de radiografías de columna y/o extremidades inferiores para aquellos trabajadores que pasen la mayor parte de su jornada de trabajo de pie (art. 36).

8. Protección de determinados trabajadores.

La protección de determinados trabajadores es, sin duda, el otro aspecto que acapara el interés de la normativa convencional cuando afronta el tema de la seguridad y salud en el trabajo, aunque ello no por referencia al conjunto de trabajadores que pueden ser objeto de una protección específica (trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, gestantes, menores, temporales y cedidos por empresas de trabajo temporal), sino más señaladamente con objeto de proteger la maternidad. Si bien, como en tantos otros aspectos, al regular el régimen de protección específico para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o que se encuentren en periodo de lactancia, son muy pocos los convenios colectivos que adaptan la normativa general a las condiciones del sector o de la empresa.

Existen numerosas cláusulas sobre protección de la maternidad en el sector analizado pero en la mayoría de los casos son meras remisiones al art. 26 LPRL⁴⁹ o transcriben de forma literal este precepto, sin añadir nada nuevo⁵⁰. Además de que en algún caso, junto a esta ausencia de innovación, existe una regulación convencional de dudosa legalidad. No de otro modo pueden entenderse aquellos convenios colectivos que vinculan el comienzo de las obligaciones del empresario a que la trabajadora embarazada se encuentre en un determinado tiempo de su gestación, como en el CC de Huelva que establece que «a partir del 5º mes de embarazo y dentro de las posibilidades de la organización del centro de trabajo, la trabajadora gestante tendrá derecho a ocupar un puesto de trabajo idóneo a su estado si la prescripción del especialista que atiende su embarazo así lo aconsejara» (art. 30). Si existe riesgo para la salud de la gestante o del feto es indiferente el tiempo de embarazo. Distinto es que, como ocurre en algún convenio colectivo, a la trabajadora que desempeña

⁴⁹ CC de Galicia (art. 17) y CC de Extremadura (art. 36).

⁵⁰ Basta citar el CC de Guadalajara (art. 40) y el CC de Segovia (art. 12).

su labor en un comedor o en cualquier otro puesto se le reconozca un derecho a ocupar a partir de un determinado mes de gestación o embarazo otro puesto de trabajo que implique unas condiciones de trabajo más suaves⁵¹. Obsérvese que estos convenios, como ya se señalara en la anterior edición de este estudio, suplementan y mejoran la normativa preventiva ya que es la propia trabajadora la que en uso de su derecho podrá exigir el cambio de puesto aunque no medie la intervención del facultativo⁵².

Tampoco merece favorable acogida, por ilegal, la limitación de la movilidad funcional al grupo profesional que se contiene en el CC de Cantabria (art. 26). Conforme al precepto legal, en el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible dentro de su grupo o en categoría equivalente, la trabajadora podrá ser destinada a otro puesto de trabajo fuera del grupo, conservando eso sí el conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Una crítica que puede ampliarse a aquellos convenios colectivos que por falta de adaptación a la normativa legal aún vinculan la situación de imposibilidad de cambio de puesto de trabajo de la trabajadora a la incapacidad temporal⁵³.

Finalmente, en algún convenio colectivo la adopción de estas medidas queda sujeta a que el Comité de Empresa -o Delegados de Personal- y la empresa estudien las posibilidades de cambiar a la trabajadora a otro puesto de trabajo más adecuado⁵⁴, o, caso de que el especialista así lo aconseje, a que el Comité de salud o representante de los trabajadores proponga el cambio de puesto de trabajo y/o turno⁵⁵. Previsiones que, como también se advirtió en la anterior edición de este estudio, no permiten enmascarar la obligación del empresario de evaluar los riesgos y adoptar las medidas pertinentes ni sustituir la intervención facultativa⁵⁶.

Más escasos son los convenios colectivos que reservan un artículo a la protección de los menores, aunque paradójicamente

⁵¹ CC de Navarra (art. 18), CC de Granada (art. 23) y CC de Jaén (art. 51).

⁵² AA.VV., *La negociación colectiva en el sector de la hostelería*, CCNCC, MTAS, Madrid, 1999, pág. 213.

⁵³ CC de Córdoba (art. 42) y CC de Huelva (art. Art. 30). Lo que sí han desaparecido son aquellas cláusulas que contemplaban la posibilidad de que la trabajadora redujera su jornada de trabajo como medida preventiva, con la correspondiente reducción salarial, véase en la anterior edición de esta estudio respecto del CC de las Islas Baleares.

⁵⁴ CC de Cantabria (art. 26). El CC de Zaragoza contempla una audiencia con los representantes de los trabajadores (art. 21).

⁵⁵ CC de Córdoba (art. 42).

⁵⁶ AA.VV., *La negociación...*, op. cit., pág. 212.

resultan mayormente destacables, porque más allá de recordar las previsiones del art. 27 LPRL se acuerda que los menores no empleen máquinas picadoras, serradoras o cortadoras instaladas para su uso en la cocina y que para el caso de que se utilicen para favorecer su aprendizaje debería ser con la supervisión de una persona capacitada para ello⁵⁷. En el CC de Córdoba, con mayores exigencias, se establece que los menores no podrán emplear estas máquinas (art. 49).

Por último, no se puede pasar por alto que, a pesar de la estrecha vinculación entre empleo precario y siniestralidad laboral, no existe prácticamente ninguna mención a los trabajadores temporales ni a los cedidos por empresas de trabajo temporal en lo que afecta a su seguridad y salud. Ni de modo genérico, reproduciendo las previsiones del art. 28 LPRL, ni como sería deseable a través de la concreción de los trabajos o funciones que debido a su mayor nivel de riesgo deberían reservarse a trabajadores con un mayor grado de cualificación. Y la única referencia aparece en el CC de Huesca, que reconoce a los trabajadores con relaciones laborales de carácter temporal o de duración determinada un derecho a una vigilancia periódica de la salud, si así lo desean, con el añadido de que si el mismo trabajador presta servicios «en varias empresas será suficiente que el servicio periódico de vigilancia de la salud se realice de acuerdo con la normativa vigente en los periodos y plazos establecidos en la misma, sin necesidad de establecer dicha vigilancia por cada empresa contratante, salvo que ello fuera imprescindible por constituir un peligro para si mismo o para otras personas relacionadas con la empresa» (art. 38).

A lo que se añade una previsión sobre cuya ilegalidad ya se llamó la atención en la anterior edición de este estudio y que aun pervive. El reconocimiento del derecho a una revisión médica anual que en el CC de Toledo se hace sólo a los trabajadores fijos (art. 49), con absoluto desconocimiento del principio de equiparación de los trabajadores temporales. Tanto los trabajadores temporales contratados directamente como los contratados por empresas de trabajo temporal deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los trabajadores fijos de la empresa, sin que la duración de su contrato justifique esta diferencia de trato, máxime si se tiene en cuenta que entre las obligaciones empresariales que el art. 28 LPRL enumera, porque deberán ser equiparadas, está la vigilancia periódica de la salud.

⁵⁷ CC de Hostelería de Madrid (art. 46).

9. Derechos de participación y de representación de los trabajadores.

La ordenación de los derechos de participación de los trabajadores constituye, sin duda, uno de los aspectos en que el protagonismo de la negociación colectiva pudiera ser mayor, teniendo en cuenta que, al margen de lo preceptuado en el art. 2 LPRL, el art. 35.4 LPRL contempla la posibilidad de cambiar el modelo de designación de los Delegados de Prevención y que el apartado sexto de la Exposición de motivos de la LPRL autoriza expresamente a la negociación colectiva para que articule de manera diferente los distintos canales de intervención de los trabajadores. La norma convencional puede completar y mejorar las disposiciones que regulan la actividad de los Delegados de Prevención y del Comité de Seguridad y Salud e incluso reorganizar el modelo de participación que presenta la Ley.

En líneas generales, sin embargo, la negociación colectiva de este sector ofrece pocas novedades, con la salvedad de las denominadas comisiones de seguridad y salud. A pesar de las amplias posibilidades que concede la LPRL, un número importante de convenios colectivos no contiene ninguna referencia a los órganos de representación específicos en el campo de la seguridad y salud en el trabajo. Y los restantes se limitan a incluir cláusulas de remisión a la LPRL o reproducen literalmente sus previsiones. No se modifica el cuerpo de electores y de elegibles para Delegados de Prevención, ni se apuntan elementos de interés por lo que se refiere a las competencias, facultades y garantías de estos ni del Comité de Seguridad y Salud y tampoco se crean órganos específicos de representación distintos de los regulados por la LPRL. Un desinterés que resulta palmario cuando se observa que en algún convenio colectivo todavía se contienen referencias al Vigilante de Seguridad.

La participación directa de los trabajadores no merece mayor atención que la simple reseña del derecho de los trabajadores a ser consultados y participar en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales, muchas veces dentro del más genérico deber de protección del empresario. Y únicamente es de destacar el CC de Cataluña, que de algún modo articula este derecho, cuando establece que «la empresa publicará y pondrá a disposición de los trabajadores en el tablón de anuncios los acuerdos y resúmenes de las actas con lo sustancial de las reuniones del Comité de seguridad y salud y especialmente informará de las principales conclusiones y de las medidas preventivas acordadas antes de su puesta en prác-

tica, con el fin de proporcionar la participación requerida por la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, para que los trabajadores conozcan y puedan, a través de sus representantes, formular las indicaciones y propuestas que, en aras de mejorar la prevención en sus puestos de trabajo, consideren más adecuadas (art. 47).

De igual forma, y a pesar de la autorización expresa a la negociación colectiva para actuar en el contexto del nombramiento de los Delegados de Prevención, tan sólo el CC de Cantabria aporta algún elemento de interés, cuando conjuga las dos formas de elección de los Delegados de Prevención, por y entre los representantes de los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo, cuando existan, y por y entre los trabajadores de la empresa o centro de trabajo cuando no exista dicha representación legal (art. 29). Esta previsión tiene la virtualidad de venir a colmar un vacío legal en la medida que para las empresas o centros de trabajo de menos de seis trabajadores no se prevé en la LPRL sistema de designación alguno.

Tampoco se aprecian grandes diferencias entre el ámbito de competencias y de facultades que la negociación colectiva y la LPRL establecen para los Delegados de Prevención. Las normas convencionales se remiten expresamente a las competencias de la LPRL o formulan idénticas prerrogativas que en la Ley, deteniéndose si acaso en alguna de ellas para concretar su alcance: derecho a recibir información y ser consultado sobre los cambios de los procesos productivos que afecten a la seguridad y salud de los trabajadores⁵⁸; derecho a recibir información por escrito sobre el contenido de los reconocimientos médicos y el servicio de prevención que los llevará a cabo, incluida una copia del contrato caso de ser un Servicio de Prevención ajeno; derecho a recibir información sobre la memoria y programación anual del Servicio de Prevención y a participar en la elección de la Mutua⁵⁹.

Otro tanto se puede decir respecto de la posibilidad de fijar un crédito horario adicional específico para atender la doble representación de los trabajadores en materia de seguridad y salud. Conforme a la LPRL los Delegados de Prevención contarán con el crédito horario del art. 68.e) ET, pero no se proyecta un crédito horario adicional en la consideración de que los Delegados de Prevención realicen

⁵⁸ CC de las Islas Baleares (art. 37).

⁵⁹ CC de Jaén (art. 54).

ambas representaciones⁶⁰. En este sentido, y al margen de aquellos convenios colectivos que de un modo genérico y por tanto indeterminado reproducen el mandato legal de proporcionar los medios y la formación que resulten necesarios⁶¹, tan sólo dos afrontan de lleno la cuestión, mediante el reconocimiento de concretos derechos. El CC de Segovia, que prevé que para el caso de que el cargo de Delegado de Prevención coincida con el de Delegado de Personal se le podrá ampliar el crédito horario en cinco horas más si ello fuera necesario (art. 31). Y el CC de Albacete, que además de declarar que los Delegados de Prevención han de contar con una formación específica para el desarrollo de sus funciones, les reconoce a estos efectos un crédito de treinta horas anuales destinadas a recibir formación en el campo de la prevención, al margen de las horas sindicales legalmente establecidas, y un derecho a asistir a dos jornadas técnicas anuales allá donde se produzcan (art. 39). Una previsión que, por otra parte, entronca con el derecho de formación en materia de seguridad y salud que el art. 19 LPRL reconoce a todos los trabajadores y que en el art. 37.2 LPRL se contempla como una de las garantías de los Delegados de Prevención. Sin embargo y pese a su trascendencia sólo excepcionalmente se procede en la negociación colectiva a su desarrollo, como en el anteriormente citado Acuerdo Interprofesional en materia de salud y prevención de riesgos laborales en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Finalmente, existe algún convenio colectivo que, en uso de la posibilidad que se confiere en el art. 35.4 LPRL, contempla la existencia de un órgano que asume competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo, «en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales». Como el CC de Jaén que prevé la elección de Delegados

⁶⁰ Recuérdese que sí se establecen, no obstante, cinco excepciones a esta regla general, considerando en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al crédito horario que tuviera como representante: el tiempo correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud (art. 37.1 LPRL), el tiempo dedicado a cualesquiera otras reuniones convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos (art. 37.1 LPRL), el tiempo dedicado a la formación (art. 37.2 LPRL), el tiempo dedicado a presentarse en los lugares de trabajo donde se han producido daños para la salud de los trabajadores (art. 37.1 en relación con el art. 36.2.c) LPRL) y el tiempo dedicado a acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo así como a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 37.1 en relación con el art. 36.2.c) LPRL).

⁶¹ Baste citar el CC del Principado de Asturias (art. 32).

de Prevención para todo el sector, con un crédito de treinta horas sindicales para poder realizar todas las funciones propias referentes a la prevención de riesgos laborales y trabajar de forma coordinada con los Delegados de Prevención de las empresas que componen el sector⁶². Mientras que el CC de Córdoba, con base en el V Acuerdo de concertación Social de Andalucía, crea la figura del denominado coordinador-asesor de Prevención de riesgos laborales. Cada una de las partes negociadoras designarán dos coordinadores-asesores por la provincia, cuyas funciones serán el asesoramiento, la información y la formación en materia de riesgos laborales, atender los programas de Prevención para PYMES que se acuerden y elaborar la memoria anual e informes que estime necesarios la Comisión Paritaria del Convenio⁶³. Unas actuaciones que, se dice, serán vinculantes y afectarán a todas las empresas afectadas por el convenio colectivo.

Una previsión que de algún modo engarza en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), que, entre otras actuaciones, establece que en cada ámbito sectorial estatal se negociara el establecimiento de un órgano u órganos específicos para la promoción de la salud y seguridad en el trabajo de carácter paritario que desarrolle programas con el objetivo de divulgar e informar de los riesgos profesionales existentes en el sector, así como sobre los derechos y las obligaciones preventivas del empresario y los trabajadores y la promoción de actuaciones preventivas en empresas cuyas plantillas se sitúen entre 6 y 50 trabajadores y carezcan de representación de los trabajadores⁶⁴. Y que ahora han hecho suyas

⁶² Si el Delegado de Prevención coincidiera en la misma empresa con un miembro de una comisión ejecutiva con derecho al disfrute de las sesenta horas que se recogen en este Convenio perderá el derecho a las treinta horas.

⁶³ Los coordinadores-asesores forman parte de la Unidad de Prevención incorporada en el Instituto Andaluz para la Prevención de Riesgos Laborales. Su nombramiento corresponde al Instituto a propuesta de las partes negociadoras y a tal efecto representantes de los trabajadores y de los empresarios se comprometen a solicitar formalmente su nombramiento al Instituto Andaluz en el plazo de un mes desde la firma del convenio colectivo (art. 49).

⁶⁴ Se prevé además que los integrantes de estos órganos paritarios deberán tener formación específica sobre el sector y capacidad adecuada en materia preventiva, así como que los concretos programas y actuaciones deberán ser determinados de manera expresa y recogidos en el convenio colectivo de aplicación. Las actividades o tareas a desarrollar no deberán interferir en las actuaciones de los servicios de prevención (propios o ajenos), ni en las de otras entidades preventivas que presten apoyo a las empresas. La realización de visitas a las empresas será planificada bajo el principio de paridad. Y deberán ser previamente comunicadas por el órgano paritario y aceptadas por aquellas. La realización de las mismas se efectuará de manera conjunta o por cada una de las partes, a consideración del órgano paritario. Dichas visitas se llevarán a cabo por personas especializadas con formación específica sobre el sector y capacidad técnica adecuada en materia preventiva,

los firmantes del Acta de prórroga para 2008 del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2007.

Más escasas son las referencias al órgano específico de consulta y participación en materia preventiva: el Comité de Seguridad y Salud. Aparte de aquellas normas convencionales que imponen el sometimiento a lo dispuesto en la LPRL a este respecto⁶⁵ o recogen el compromiso de promover la constitución de Comités de Seguridad y Salud⁶⁶, la mayoría de los convenios colectivos reproducen algunas de las competencias y facultades previstas en la Ley sin añadir nada nuevo. No contribuyen a perfilar la representación de los trabajadores en el comité, el número de miembros, la elección del presidente y secretario o las sesiones y las tomas de decisiones en el Comité de Seguridad y Salud. Una excepción a nivel sectorial es el CC de Huesca, en la medida en que elimina el umbral mínimo de 50 trabajadores que establece la LPRL para la constitución del Comité de Seguridad y Salud e impone su existencia en todas las empresas, independientemente del número de trabajadores que tengan, además de atribuir a los propios trabajadores la capacidad para autoorganizar este órgano de participación, una facultad que choca, sin embargo, con lo dispuesto en el art. 38.2 LPRL si en la empresa existe representación legal de los trabajadores⁶⁷. Y a nivel de empresa el CC de la empresa Touring Europeo, S.A., pues prevé que ejercerá las competencias reconocidas a los Delegados de Prevención y que estará integrado por dos representantes de la empresa, el médico de la empresa y tres delegados nombrados por el comité de empresa entre sus miembros (art. 32)⁶⁸.

y cuya denominación concreta, bajo fórmulas tales como agentes sectoriales de prevención u otras similares, permita identificarlos como instrumentos para la consecución de los objetivos acordados en los programas o en la negociación colectiva de referencia. Los resultados e informes sobre dichas actuaciones se trasladarán a la empresa y al órgano específico sectorial correspondiente. Las actuaciones e informes estarán sometidos al principio de confidencialidad y sigilo establecido en el Artículo 37.3 de la LPRL. La negociación colectiva acordará la vigencia de los programas de actuación que se lleven a cabo. El órgano específico sectorial realizará una evaluación anual para analizar los efectos preventivos de los programas, que someterá a las Organizaciones firmantes del Convenio Colectivo o Acuerdo Sectorial.

⁶⁵ Baste citar el CC de Tenerife (art. 37).

⁶⁶ CC de Guipúzcoa (art. 46).

⁶⁷ En el mismo convenio colectivo se viene a señalar que el Comité de Seguridad y Salud podrá recabar, si los considera necesarios, el informe y la colaboración de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y de las organizaciones sindicales (art. 38).

⁶⁸ Por su parte, en el CC de empresa Hotel Princesa Sofia S.L. la empresa se compromete a incorporar un representante de los trabajadores en el Comité Intercentros de Seguridad y Salud de Intercontinental en caso de que éste fuera creado así como en el Comité de Medio Ambiente del Hotel (art. 27).

Una regulación que se completa con aquellas cláusulas de los convenios colectivos que atribuyen determinadas competencias o facultades a los otros órganos de representación en la empresa: como las que reiteran el derecho de los representantes legales de los trabajadores a recibir trimestralmente información sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias y los índices de siniestralidad⁶⁹ o las que se refieren al derecho de los delegados sindicales a asistir a las reuniones de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad y salud, con voz pero sin voto⁷⁰. Desde una perspectiva diferente, el CC de Salamanca recoge el nombramiento, por parte del empresario como de los trabajadores, en todos los comités de empresa o entre los delegados de los trabajadores de un responsable de seguridad e higiene que cuidará de mantener el aseo en todas las dependencias, vestuarios, duchas, taquillas y alojamientos de los trabajadores, para que sean confortables y cómodos (art. 46).

10. Comisiones de Seguridad y Salud

Casi para finalizar este breve repaso a las diferentes cláusulas sobre la seguridad y salud laboral en la negociación colectiva del sector de la Hostelería, queda señalar que en un número importante de los convenios colectivos sectoriales, haciendo uso de la posibilidad de crear órganos de participación y representación de los trabajadores, se acuerda constituir una denominada «Comisión de Seguridad y Salud», «Comisión Provincial de Salud Laboral» o «Comité de Prevención de Riesgos Laborales»⁷¹. Un órgano de carácter paritario, formado por representantes de los trabajadores y de la patronal y al que normalmente se atribuye -conforme a lo señalado en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva para el año 2002- el análisis, estudio y propuesta de soluciones

⁶⁹ Baste citar, CC de Almería (art. 55) y CC de Extremadura (art. 38).

⁷⁰ CC de Cantabria (art. 55), CC de Hostelería de Madrid (art. 45), CC de Hospedaje de Madrid (art. 43), CC de Granada (art. 43). En el CC de León (art. 26 bis) se condiciona a que el Comité de Prevención de Riesgos Laborales admita previamente su presencia.

⁷¹ En el CC de las Islas Baleares el acuerdo de las partes firmantes consiste en que en materia de seguridad y salud laboral la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales en el sector de la Hostelería de las Islas Baleares será el foro de debate, diálogo permanente y, en su caso, acuerdos sobre materias concretas, por parte sindical y empresarial (art. 37).

en el marco sectorial⁷². Distinto por tanto de la Comisión Paritaria del convenio, aunque tenga en algún convenio colectivo específicas funciones en materia de seguridad y salud laboral⁷³, y también de otros órganos paritarios con cometidos específicos en materia de seguridad y salud en el trabajo, como en el caso del CC de Segovia que prevé la creación de una «Comisión de estudio y seguimiento sectorial» sobre las más diversas cuestiones que afectan al sector y uno de cuyos cometidos será el estudio y realización de propuestas sobre seguridad e higiene y salud laboral ante las empresas y autoridades competentes⁷⁴.

En general se otorga a la Comisión de Seguridad y Salud las mismas facultades y competencias que la Ley señala para los Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud⁷⁵, esto es, la elabo-

⁷² Lo que se sucede es que buena parte de esos convenios se limitan a contemplar su existencia, pero sin especificar ni su composición ni las funciones atribuidas. Baste citar, CC de la Región de Murcia (DA. Tercera), CC de Málaga (art. 64), CC de Sevilla (art. 31), CC de Albacete (art. 39), CC de León (art. 30). El CC de Cádiz prevé que la Comisión provincial de Salud en la Hostelería estará compuesta por seis miembros, tres en representación sindical y tres de la patronal, pero que será ella misma la que determine sus competencias y normas de procedimiento (art. 34). Y en iguales términos, aunque con cuatro miembros por cada parte el CC de Alicante (art. 40) y dos en el CC de la Ciudad de Ceuta (art. 18).

⁷³ Entre otras funciones en el CC de Alicante a la Comisión Paritaria se le atribuye la participación en la planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de la salud de los trabajadores en el trabajo como principio básico de la prevención de riesgos laborales (art. 6).

⁷⁴ Otras son el estudio y seguimiento de las expectativas a corto y medio plazo del sector, el estudio de la economía sumergida y la propuesta de soluciones para erradicarlo y convertirlo en economía legal, etc. (art. 47).

⁷⁵ Más ampliamente y de forma detallada en el Acuerdo de recomendaciones en materia de seguridad laboral para la negociación colectiva en Cataluña, con carácter de acuerdo interprofesional en materias concretas, recomienda la creación de comisiones específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo con las siguientes funciones: realizar estudios, análisis y diagnósticos de las condiciones de trabajo, daños de la salud e implantación de la actividad y la gestión preventivas en el ámbito sectorial, elaborar propuestas de actuación con el fin de llevar a cabo acciones que actúen sobre las deficiencias y los problemas detectados, elaborar planes de actuación sobre las empresas de alta accidentalidad del sector, elaborar planes de formación específica para trabajadores y trabajadoras, elaborar y difundir criterios para la evaluación de riesgos, la planificación de la prevención, la organización de la prevención, la vigilancia de la salud, los sistemas de información y formación y de prevención de la salud reproductiva, actuar como mediadoras en las empresas en materia de seguridad y salud en el trabajo, a petición de cualquier parte, mantener y complementar las comisiones paritarias de los convenios en las materias relacionadas con la seguridad y la salud en el trabajo y elaborar propuestas y desarrollar y gestionar la solicitud de ayudas económicas al Gobierno de la Generalidad para llevar a cabo planes de actuación.

ración, desarrollo y promoción de actividades sobre Prevención de Riesgos Laborales, si bien algún convenio colectivo desciende algo más al detalle y contempla promover la observancia de las disposiciones legales vigentes, prestar asesoramiento a los empresarios y trabajadores, dar a conocer las normas y los procedimientos en materia de seguridad e higiene que dicten los organismos especializados en la materia y solicitar informes sobre los resultados estadísticos de los reconocimientos médicos que se realice a los trabajadores del sector⁷⁶; negociar los criterios y programas que han de aplicarse en los planes de prevención empresariales acerca de los ritmos de trabajo adecuados⁷⁷; también el establecimiento de un catálogo de riesgos y enfermedades tendentes a facilitar la seguridad y salud en el mismo⁷⁸; el diseño, promoción e impartición a los trabajadores de cursos sobre prevención de riesgos laborales y la formalización de Acuerdos o Convenios Sectoriales de colaboración con las Administraciones Públicas y entidades privadas que desarrollen o promuevan actividades análogas⁷⁹. En algunos convenios colectivos se encomienda asimismo a esta comisión promover, junto con la Administración o la patronal, campañas de seguridad y salud laboral y medio ambiente⁸⁰. Y en algún otro, como el CC de Tenerife, atender las diferentes denuncias que en dicha materia se presenten por los Delegados de Prevención de las diferentes empresas del sector y el compromiso de las partes firmantes para, antes de formular cualquier denuncia o reclamación, plantearla previamente ante el plenario de la Comisión a fin de que pueda resolverse en el seno de la misma (art. 37). A lo que se añade en este mismo convenio previsiones sobre el régimen de reuniones, con carácter ordinario trimestralmente y con carácter extraordinario cuando lo solicite una de las partes o cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: accidentes o daños graves, incidentes con riesgos graves, incumplimiento de la LPRL por parte de las empresas del sector, sanciones por incumplimientos tanto de salud laboral como de medio ambiente, denuncias por problemas de salud o medioambientales, a instancias de dos o más empresas del sector o cuando dos o más comités de empresa lo requiera (art. 37).

⁷⁶ CC de Lugo (art. 32).

⁷⁷ Para el personal de pisos en relación con el rendimiento y salud laboral, CC de Tenerife (art. 37).

⁷⁸ CC de Albacete (art. 39)

⁷⁹ CC de León (art. 30)

⁸⁰ CC de Tenerife (art. 37). Y de formación de los trabajadores en estos aspectos en el CC de Cádiz (art. 34)

También existen en algún convenio colectivo provisiones sobre las facultades o prerrogativas de esta Comisión, en concreto, en el CC de Tenerife se afirma que los miembros de la Comisión Provincial de Seguridad y Salud Laboral en su condición de Delegados Sectoriales podrán acceder libremente a las empresas del ámbito de aplicación del convenio para comprobar el cumplimiento y desarrollo de la LPRL siempre y cuando ostenten la responsabilidad sindical prevista en el art. 9.1c de la LOLS debiendo poner en conocimiento de la Autoridad laboral cualquier impedimento empresarial al acceso a la empresa o al desarrollo de sus funciones. A lo que se añade la declaración solemne de que para el desarrollo de sus trabajos se le dotará de los recursos materiales y económicos necesarios (art. 37).

Finalmente, una mención aparte merece el CC de Albacete, en la medida en que contempla, además de la Comisión provincial, la creación de una «Comisión técnica de evaluación de la siniestralidad», cuyos componentes serán dos vocales designados por las centrales sindicales firmantes del convenio, dos vocales designados por la organización empresarial, un vocal designado por el servicio de condiciones laborales de la Delegación de la Consejería de Industria y Trabajo en Albacete y un vocal designado por la Inspección de Trabajo, y cuyo objetivos se dice que serán, a corto plazo, analizar las causas de los siniestros de mayor gravedad para establecer un plan de acción específico y orientado a eliminarlas y, a medio y largo plazo, crear un foro de discusión y consenso en materia de prevención de riesgos laborales que eleve las propuestas concretas a la Comisión Provincial de salud laboral susceptibles de su aplicación en su ámbito de competencia o en el de la Comunidad Autónoma, a través de su traslado a la Comisión Regional⁸¹. Además de que existe algún convenio colectivo que prevé la creación de una comisión para tratar más específicamente sobre concretos riesgos psicosociales, como

⁸¹ La forma de trabajo de esta comisión se basará en la metodología del caso —«role playing»—, donde partiendo de la presentación de uno o más casos de accidentes laborales similares por parte de la Inspección de Trabajo, los miembros de la comisión analizarán sus causas y propondrán una batería de medidas para evitar que se vuelvan a producir. En función del alcance, la priorización de las distintas medidas, y el coste de desarrollar cada una de ellas, se elaborará un plan de acción, que se elevará a la Comisión Provincial de Salud Laboral, para su aprobación y búsqueda de financiación necesaria, aunque en primera instancia y salvo disposición en otro sentido de la Comisión Provincial, los gabinetes de prevención que mantienen los agentes sociales serán los encargados de llevar a cabo la ejecución de las distintas medidas (DA Quinta).

el acoso moral⁸², o sobre materias relacionadas de algún modo con la seguridad y salud laboral, como la incidencia de los efectos de la dependencia del alcohol, el tabaquismo y otras sustancias en el trabajo⁸³.

11. Otras cuestiones

La regulación de la prevención de riesgos laborales suele completarse con alusiones a cuestiones de diversa naturaleza. Así, en primer lugar, son relativamente frecuentes los convenios colectivos que afrontan esta materia también desde la perspectiva de la obligación que corresponde al trabajador, bien porque reproducen o concretan el deber del trabajador de velar por su propia seguridad y salud, y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, que impone el art. 29 LPRL, bien, de forma indirecta, al establecer el régimen disciplinario en la empresa.

Por una parte están las cláusulas que, a partir de la doble condición de derecho y deber que para los trabajadores tienen las medidas de seguridad y salud en el trabajo, destacan el deber general de los trabajadores de observar las medidas legalmente establecidas o determinadas por el empresario, con referencias, por razón del sector, a la prevención de prácticas antihigiénicas y sobre manipulación de alimentos⁸⁴. Así, en particular, en el caso del CC de Jaén, los trabajadores deben usar adecuadamente de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y cualquier otro medio con el que desarrollen su actividad, utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las

⁸² Entre otros en el CC de Tenerife (art. 38), donde se contempla la existencia de una Comisión Paritaria sobre prevención del acoso y para la igualdad de oportunidades. Como también en el CC de las Islas Baleares, donde se acuerda crear un grupo de trabajo específico en el seno de la Comisión Paritaria, para que desde la publicación oficial del mismo estudien y establezcan, en su caso, un protocolo de medidas encaminadas a erradicar cualquier conducta que provoque o produzca acoso moral y psicosocial en el ámbito de aplicación sectorial del convenio (DA Novena).

⁸³ Como en el CC de las Islas Baleares, donde se acuerda crear un grupo de trabajo específico en el seno de la Comisión Paritaria, para que desde la constitución de la misma estudien y establezcan, en su caso, un protocolo de medidas encaminadas a paliar y en lo posible erradicar la incidencia del alcoholismo, tabaquismo y consumo de otras sustancias en el desarrollo del trabajo y en la salud y seguridad laborales (DA Décima).

⁸⁴ CC de Cantabria (art. 29).

instrucciones recibidas de éste, informar de inmediato a su superior directo y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y prevención o en su caso a los servicios de prevención sobre cualquier situación que, a su juicio, entrañe por motivos razonables un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, cumplir las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores, cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores y asistir a la formación en materia de prevención que estipule el Servicio de Prevención (art. 54)⁸⁵. A lo que se añade en el CC de Cataluña la previsión de que lo anterior no obstante, la efectividad de las medidas adoptadas por el empresario deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (art. 47).

Por otra parte, existe un importante número de convenios colectivos que, de acuerdo con su misión de tipificar las infracciones de los trabajadores, graduarlas y fijar la sanción correspondiente, consideran falta grave la inobservancia de las obligaciones derivadas de las normas de seguridad y falta muy grave los daños o perjuicios causados a las personas, incluyendo al propio trabajador, a la empresa o sus instalaciones, personas, por inobservancia de las medidas empresariales sobre prevención y protección de seguridad en el trabajo⁸⁶. A lo que se incorpora algún convenio colectivo con específica referencia al acoso moral, tipificando tal infracción como de la máxima gravedad⁸⁷.

Por otro lado, en algunos convenios existen concretas previsiones sobre las cocinas o dependencias con riesgo de incendios o explosión, accesos y salidas para facilitar la evacuación en caso de emergencia, existencia de un botiquín y temperatura ambiente en los meses de verano⁸⁸, sobre los alojamientos, vestuarios, aseos, duchas y taquillas⁸⁹, y también sobre los denominados «riesgos emergentes», como el acoso moral en el trabajo. En ocasiones, las partes se

⁸⁵ Véase también, el CC del Principado de Asturias (art. 33).

⁸⁶ Baste citar, entre otros, CC del Principado de Asturias, CC de Ávila, CC de León y CC de Valladolid.

⁸⁷ CC de Navarra (art. 42).

⁸⁸ Detalladamente sobre el particular, el CC de Hostelería de la Comunidad de Madrid (art. 46). Más limitadamente sobre la existencia del botiquín en todos los centros de trabajo, el CC del Principado de Asturias (art. 31).

⁸⁹ CC de Cádiz (art. 34), CC de las Islas Baleares (art. 37).

comprometen a un escrupuloso cumplimiento de las normas establecidas sobre «mobbing»⁹⁰, otras veces los convenios definen estas conductas y contemplan como agravante el hecho de que la persona que ejerce el acoso ostente alguna forma de autoridad jerárquica en la estructura de la empresa sobre la persona acosada⁹¹, e incluso algún convenio, con el objeto de establecer un entorno laboral libre de comportamientos indeseados de esta naturaleza, regula concretos procedimientos de actuación⁹².

Por último, no falta tampoco en este sector algún convenio colectivo que para compensar la toxicidad, penosidad o peligrosidad del trabajo establece algún tipo de complemento económico, como en el caso del CC de Alicante, que dispone que el personal afectado por el convenio que preste servicios en centros sanitarios realizando funciones en habitaciones con enfermos, además de que la empresa está obligada a cumplir especialmente con las medidas de seguridad y salud, abonará un plus de penosidad consistente en un cinco por ciento sobre el salario base (art. 35.ter)⁹³. Unas contraprestaciones económicas que serán perfectamente legítimas siempre y cuando se reconozcan en empresas que tras la correspondiente evaluación de los riesgos del puesto de trabajo no hayan podido eliminarlos en su totalidad, pero que en la medida en que son prácticamente anecdóticas dan fe del abandono de cualquier tentación monetarista de la prevención de riesgos laborales contraria a la LPRL⁹⁴.

IV. CONCLUSIONES

Cumplidos ya algunos años desde la aprobación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, el balance de la regulación de los convenios colectivos de este sector en lo que concierne

⁹⁰ CC de La Rioja (DA Quinta). También de forma genérica y por tanto indeterminada en el CC de Jaén (art. 56).

⁹¹ CC de Segovia (art. 48).

⁹² CC de Alicante (DA Duodécima).

⁹³ En el CC de la empresa marbella Club Hotel, S.A., se prevé la creación de una comisión para acordar los posibles puestos de trabajo que sean tóxicos, penosos o peligrosos. De suerte que donde se apreciara toxicidad, penosidad o peligrosidad, la empresa se compromete a abonar el complemento correspondiente que se acuerde o que establezca la legislación vigente o el Gabinete de Salud Laboral, desde al entrada en vigor del Convenio, requiriéndose la intervención del Gabinete de Salud Laboral del Ministerio de Trabajo si no existiese acuerdo (art. 28).

⁹⁴ Meléndez Morillo-Velarde, L., *La prevención...*, op. cit., pág. 135.

a la protección de los riesgos labores sólo puede considerarse insuficiente y los ecos en esta materia de los sucesivos Acuerdos Interconfederales sobre negociación colectiva prácticamente inexistentes. El ALEH nada dice, mientras que los niveles sectoriales inferiores presenta unos niveles de generalidad que no les permite las más de las veces sobrepasar el nivel de declaración de principios, sin un propósito regulador exhaustivo o sistemático, y sin tener adecuadamente en cuenta las peculiaridades del sector. Una explicación de esto puede ser la existencia de una normativa legal y reglamentaria muy detallada, pero como también se ha señalado lo cierto es que aún así existen amplios espacios para la negociación colectiva.

La estructura mínima del contenido de los planes de prevención, la relación entre los recursos preventivos propios y ajenos en las empresas, los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios y el número de trabajadores designados, los procedimientos de información a los trabajadores y a sus representantes, la formación de los profesionales y trabajadores y su efectividad mediante controles de calidad, adecuación y suficiencia, las pruebas médicas concretas que deben comprender los reconocimientos médicos y los «riesgos emergentes», en especial los «riesgos organizacionales» y los «riesgos psicosociales», son aspectos de la seguridad y salud laboral que pueden mejorarse y sobre las que sin duda la negociación colectiva sectorial puede y debe incidir. Al igual que desde los convenios colectivos sectoriales debe auspiciarse modelos de representación diferentes del legal que posibiliten un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa en las pequeñas y medianas empresas y en las microempresas.

Y si ante la parquedad de la regulación sectorial cabría pensar que la negociación colectiva de empresa ha cubierto su espacio natural de concreción y desarrollo de la acción preventiva en la empresa, pero también el más amplio de fijación del marco jurídico general y los objetivos en materia de prevención de riesgos laborales, ello, sin embargo, no ha sido así, mostrando los convenios de empresa mayores males o más graves carencias aún que los de ámbito superior, en la medida en que la mayoría de ellos no dedica ni un solo artículo a la prevención de riesgos laborales.

Por consiguiente, si alguna esperanza cabe albergar de que la prevención de riesgos laborales deje de ser, como en ocasiones se ha dicho, el «convidado de piedra» en la mesa de negociación, aun-

que sea más a medio que a corto plazo, es sobre la base del elevado número de convenios colectivos sectoriales que prevén la existencia de Comisiones de Seguridad y Salud, como órganos de participación de las propias partes negociadoras de los convenios colectivos y con una función de promoción y fomento del cumplimiento de la normativa en el ámbito correspondiente, en la medida en que estas comisiones empiecen a caminar y contribuyan a irradiar una verdadera «cultura preventiva», que, a través de las propuestas que puedan elaborar y de los acuerdos que en su seno se puedan alcanzar, ponga a los negociadores en disposición de enriquecer los contenidos de los convenios colectivos, en una especie de movimiento de retroalimentación.

CAPÍTULO IX. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Remedios Roqueta Buj

Sumario: I. Introducción. II. Incapacidad temporal. 1. Complementación igualitaria de la incapacidad temporal. 2. Complementación diferenciada de la incapacidad temporal en función de su origen común o profesional. 3. Complementación diferencia de la incapacidad temporal en función de que el enfermo o accidentado sea o no sustituido por un interino. 4. El control empresarial de las situaciones de incapacidad temporal. III. Maternidad y riesgo durante el embarazo. IV. Muerte y supervivencia e incapacidad permanente. V. Jubilación. 1. La incentivación de la jubilación anticipada. 2. Las ayudas a la jubilación. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el sector de hostelería suele ser habitual que la negociación colectiva mejore las prestaciones previstas por el sistema de la Seguridad Social para cubrir las siguientes contingencias ¹: 1ª) La incapacidad temporal; 2ª) La muerte y supervivencia e incapacidad permanente; y 3ª) La jubilación.

Con menor frecuencia la autonomía colectiva complementa las contingencias de maternidad y riesgo durante el embarazo.

II. INCAPACIDAD TEMPORAL

Los convenios colectivos de hostelería suelen mejorar los subsidios de incapacidad temporal ². En este sentido, se detectan tres importantes tendencias en la negociación colectiva: 1ª) Complementación igualitaria de la incapacidad temporal; 2ª) Complementación diferenciada de la incapacidad temporal en función de su origen común o profesional; y 3ª) Complementación diferenciada de la incapacidad temporal en función de que el trabajador enfermo o accidentado sea o no sustituido por un interino.

1. Complementación igualitaria de la incapacidad temporal

Un primer grupo de convenios colectivos establecen para las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su origen, común o profesional, el derecho de los trabajadores a que la empresa les complemente el subsidio de incapacidad temporal ³. Se trata de un complemento genérico y generoso, pues no distingue entre el origen

¹ Cfr., supra, Capítulo relativo al régimen retributivo. Por todos, Rivero Lamas, J. y otros (1999): *La negociación colectiva en el sector de hostelería*, Madrid, págs. 225 y ss.

² Para comparar las previsiones convencionales con otros sectores de actividad, véanse García Ninet, J.I. (1993): «La prestación complementaria de la ILT, invalidez provisional e invalidez permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992», en AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, págs. 94 y ss; y Tortuero Plaza, J.L. y Y. Sánchez-Urán Azaña (1996): *La Incapacidad Temporal, Régimen jurídico y negociación colectiva*, Madrid, págs. 53 y ss.

³ Art. 26 CC Asturias, art. 36 CC Murcia, art. 28 CC Cádiz, art. 48 CC Jaén, art. 28 CC Ávila, art. 21 CC Valladolid, art. 23 CC Zamora, art. 28 CC Segovia, art. 19 CC Cáceres, art. 27 CC Cuenca, art. 23 CC Lugo, art. 11 CC Orense, art. 26 CC Álava, art. 25 CC Hotel Marbella Club (BO Málaga de 18 de noviembre de 2004) y art. 20 CC Hotel Finisterre (DO A Coruña de 6 de agosto de 2006).

común o profesional de la incapacidad. Ciertamente para la empresa no es lo mismo que ésta proceda de una u otra causa, pues si se trata de accidente de trabajo o enfermedad profesional la base reguladora del subsidio es más alta y por ello aquí la Seguridad Social corre con más cantidad que en las contingencias comunes⁴. La cuestión está en el salario ad quem, o sea en el punto diferencial que se utilice para deducir qué cantidad debe percibir el trabajador de la empresa. La mayoría de estos convenios, sin más, complementan la diferencia entre el importe del subsidio por incapacidad temporal y el 100% del salario real que el trabajador venía percibiendo⁵. En otras ocasiones se hace mención al salario de convenio⁶, al salario base y complementos económicos⁷, a la cantidad que habría de percibir el trabajador en una mensualidad ordinaria⁸ o al salario sin más⁹. En algún caso particular se obliga a la empresa a complementar «las prestaciones de la Seguridad Social con un 25% de la base de cotización última»¹⁰, o hasta «el 100% del salario base del Convenio, excluida por tanto la manutención o plus compensatorio, y a partir del día 16 de la baja el 100% de la remuneración total»¹¹.

Este grupo de convenios colectivos silencian el *dies a quo* de la mejora, provocando la aplicación del régimen legal, o fijan como día inicial el de la baja¹².

Por último, estos convenios colectivos no fijan ninguna duración específica para la mejora de la prestación económica de la incapacidad temporal o utilizan expresiones como «mientras dure dicha situación», por lo que su duración no puede ser otra que la legalmente prevista para la prestación pública¹³. No obstante, existen convenios colectivos que la limitan a seis¹⁴ o doce meses,¹⁵ a doce meses si la incapacidad temporal deriva de enfermedad y a dieciocho si es consecuencia de accidente,¹⁶ o a dieciocho meses¹⁷.

⁴ García Ninet, J.I. (1993): «La prestación complementaria de la ILT...», cit., pág. 98.

⁵ Art. 26 CC Asturias, art. 36 CC Murcia, art. 28 CC Ávila y art. 23 CC Lugo.

⁶ Art. 23 CC Zamora y art. 11 CC Orense.

⁷ Art. 48 CC Jaén.

⁸ Art. 19 CC Cáceres.

⁹ Art. 27 CC Cuenca.

¹⁰ Art. 28 CC Cádiz.

¹¹ Art. 21 CC Valladolid. El art. 48 CC Jaén también prevé un régimen peculiar.

¹² Art. 26 CC Asturias, art. 36 CC Murcia, art. 28 CC Cádiz, art. 28 CC Ávila, art. 19 CC Cáceres, art. 27 CC Cuenca y art. 26 CC Álava.

¹³ Art. 26 CC Asturias, art. 36 CC Murcia y art. 23 CC Lugo.

¹⁴ Art. 26 CC Álava.

¹⁵ Art. 20 CC Hotel Finisterre (DO A Coruña de 6 de agosto de 2006).

2. Complementación diferenciada de la incapacidad temporal en función de su origen común o profesional

Otro amplio grupo de convenios colectivos establecen un régimen protector diferenciado para la incapacidad temporal según el origen común o profesional de la misma. Es decir, persisten en el tratamiento legal diferenciado a favor de la incapacidad temporal nacida de causas profesionales, sin duda porque ésta deriva directa o indirectamente de la prestación de trabajo por cuenta ajena, y porque sobre ella no recae el estigma o presunción de absentismo, aparte de que los controles en cuanto a su origen son más sencillos¹⁸.

A este respecto, las líneas de tendencia que se aprecian en la negociación colectiva del sector son las siguientes:

a) En algunos convenios colectivos, los subsidios por incapacidad temporal derivada de causa común¹⁹ o accidente no laboral²⁰ no se mejoran, salvo que determinen el ingreso del trabajador en un centro hospitalario²¹; o sólo se acrecentan los subsidios derivados de accidente de trabajo²².

b) Otros convenios colectivos complementan los subsidios por incapacidad temporal derivada de causa común a condición de que se cumplan determinados requisitos, a saber: que el trabajador lleve un mínimo de 180 días en el último año prestando sus servicios en la empresa²³; que el trabajador no sea sustituido por otro con contrato de interinidad²⁴; que el trabajador no tenga un índice de ausencias igual o superior al 4% por causa de incapacidad temporal²⁵; que en el centro de trabajo no se superen los índices de absentismo fijados en el convenio en función del volumen de la plantilla²⁶; o que el período de baja supere los veinte²⁷ o treinta días de duración²⁸.

¹⁶ Art. 47 CC Jaén.

¹⁷ Art. 23 CC Zamora.

¹⁸ García Ninet, J.I. (1993): «La prestación complementaria de la ILT...», cit., pág. 99.

¹⁹ Art. 28 CC Ciudad Real, art. 26 CC La Rioja —Restauración— y art. 21 CC Castellón.

²⁰ Art. 14 CC Huelva y art. 44 CC Toledo.

²¹ Art. 24 CC Bizkaia.

²² Art. 38 CC Teruel.

²³ Art. 27 CC Tenerife.

²⁴ Art. 24 CC La Rioja —Hospedaje—. Cfr. Art. 27 CC Tenerife.

²⁵ Art. 28 CC Cantabria, y art. 36 CC Illes Balears.

²⁶ Art. 22 CC Valencia.

²⁷ Art. 30 CC Huesca.

²⁸ Art. 24 CC Bizkaia.

c) Otro amplio grupo de convenios colectivos disponen para las situaciones de incapacidad temporal derivada de causas profesionales y/o causas comunes con hospitalización o intervención quirúrgica un mayor nivel de protección. En tales situaciones, siguiendo una línea paralela a la del ordenamiento estatal y, sin esperas de ningún tipo, complementan los subsidios de incapacidad temporal que corresponden a los trabajadores hasta alcanzar el 100% de lo que venían realmente percibiendo hasta la baja²⁹. Dentro de este nivel complementario cabe hacer mención a algunos convenios colectivos que rebajan la base reguladora del complemento de la incapacidad temporal, aún tratándose de situaciones derivadas de causas profesionales, utilizando como punto de referencia el salario legal de cotización sin el plus de domingos y festivos³⁰, el salario base más antigüedad³¹, las retribuciones de convenio³², o la base reguladora con exclusión de la retribución por horas extraordinarias³³.

Esta consideración especial no la tienen estos convenios colectivos con las situaciones de incapacidad temporal derivadas de causas comunes. En estos casos, la protección complementaria está plagada de especialidades y graduaciones que afectan a toda la estructura de la prestación. Así, se rebaja la base reguladora del complemento de incapacidad temporal (por ej. al «salario de convenio»³⁴) o el porcentaje aplicable a la misma (por ej. al 75%³⁵); se establecen niveles o escalones de protección diferentes, en atención a la idea de proteger especialmente a partir del momento en que se constate una especial gravedad en la dolencia común del trabajador, y que consisten, por ejemplo, en pagar el 80% entre los días 16-30 y el 100% a partir del 31 día de la baja³⁶, el 75% entre los días 4-7 y el 100% a partir del 8º día de la baja³⁷, el 85% durante los veinte primeros días y el 100% a partir del vigésimo primero³⁸, o el 75% entre los días 4-20 y el 100% a partir del 21³⁹; se retrasa el día inicial de devengo de la prestación haciendo que éste no coincida

²⁹ Art. 28 CC Cantabria, art. 45 CC Catalunya, art. 26 CC Granada, art. 60 CC Málaga, art. 48 CC Zaragoza, art. 20 CC Gipuzkoa, art. 24 CC Bizkaia, art. 20 CC Burgos, art. 29 CC Palencia y art. 20 CC Badajoz.

³⁰ Art. 21 CC Navarra.

³¹ Art. 42 CC Almería.

³² Art. 29 CC Palencia.

³³ Art. 22 CC Valencia.

³⁴ Art. 28 CC Cantabria.

³⁵ Art. 21 CC Guipúzkoa.

³⁶ Art. 45 CC Catalunya.

³⁷ Art. 26 CC Granada.

³⁸ Art. 48 CC Zaragoza.

³⁹ Art. 22 CC Valencia.

con el día de la baja, sino con el 2⁴⁰, 3^{o41}, 4⁴², 5⁴³, 10⁴⁴, 16⁴⁵ o 60 día de la baja⁴⁶; o se limita el tiempo durante el cual el empresario ha de satisfacer el referido complemento a tres⁴⁷, doce⁴⁸ o catorce meses⁴⁹.

d) Algunos convenios colectivos gradúan la protección complementaria en las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común en función del grado de absentismo por dicha causa observado por el trabajador en las fechas inmediatamente anteriores a la baja. Así, en función del nivel alcanzado en el último año, varía la base reguladora, el porcentaje aplicable y/o la fecha inicial de devengo del complemento de incapacidad temporal⁵¹.

e) Finalmente, en otras ocasiones, la protección complementaria en las situaciones de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral se hace depender de la antigüedad del trabajador en la empresa y de que éste sea o no sustituido por un trabajador interino⁵¹. Así, por ejemplo, según el art. 60 CC Málaga, si el trabajador es sustituido, recibe el 100% del salario desde el trigésimo primer día de la baja; si no es sustituido y tiene seis o más meses de antigüedad en la empresa, el 100% del salario desde el primer día de la baja, y en los demás casos, el 60% durante los primeros 20 días de la baja y el 75% el resto de los días que dure la incapacidad temporal.

3. Complementación diferencia de la incapacidad temporal en función de que el enfermo o accidentado sea o no sustituido por un interino

Algunos convenios colectivos gradúan la protección complementaria de la incapacidad temporal en función de que la empresa sustituya o no al accidentado o enfermo con un trabajador interino.

⁴⁰ Art. 21 CC Navarra.

⁴¹ Art. 20 CC Badajoz.

⁴² Art. 28 CC Cantabria y art. 29 CC Palencia.

⁴³ Art. 34 CC Madrid — Hospedaje—. Cfr. art. 36 CC Illes Balears

⁴⁴ Art. 42 CC Almería y art. 20 CC Burgos. No obstante, a partir de la publicación del CC Burgos vigente, «los trabajadores tendrán derecho, en una sola baja al año, a percibir durante los tres primeros días de incapacidad temporal por enfermedad, el 50% del salario» (art. 20).

⁴⁵ Art. 45 CC Catalunya.

⁴⁶ Art. 36 CC Albacete.

⁴⁷ Art. 21 CC Navarra.

⁴⁸ Art. 36 CC Albacete y art. 29 CC Palencia.

⁴⁹ Art. 42 CC Almería.

⁵⁰ Art. 23 CC Guadalajara y art. 24 CC A Coruña. Cfr. también el art. 35 CC Pontevedra

⁵¹ Cfr. art. 39 CC Salamanca.

Y así, distinguen dos supuestos distintos:

a) Si la función que corresponda realizar al trabajador, durante el tiempo que está de baja por enfermedad o accidente, es desempeñada por sus compañeros, la empresa estará obligada, siempre que aquél llevara en ésta un mínimo de seis meses⁵², a satisfacerle durante un período de doce meses, el complemento necesario para que, computando el subsidio por incapacidad temporal, alcance el 100% del salario⁵³, del salario fijo o garantizado⁵⁴ o del salario base⁵⁵. No obstante, algunos convenios colectivos establecen diferencias en la cuantía del complemento o en el número de días protegidos en función del origen común o profesional de la IT⁵⁶.

b) En el supuesto de que la empresa sustituya al trabajador accidentado o enfermo por un trabajador interino, aquélla no estará obligada a satisfacerle el complemento a que se refiere el apartado anterior⁵⁷ o éste se condiciona a que el trabajador lleve a su servicio más de 5 años y por un período máximo de 60 días⁵⁸, o más de 10 años y tan sólo a partir del 8 día de la baja y durante un mes⁵⁹.

4. El control empresarial de las situaciones de incapacidad temporal

La negociación colectiva en el sector de hostelería apenas presta atención al tema relativo al control empresarial de las situaciones de incapacidad temporal. No obstante, la preocupación de las empresas de que las prestaciones complementarias de esta contingencia se correspondan con la efectividad de la baja a causa de una alteración de la salud, se constata en algunos pasajes de dicha negociación colectiva. En efecto, en algunos convenios colectivos se condiciona el percibo del complemento del subsidio de incapacidad temporal al estricto cumplimiento de los plazos de entrega por el trabajador de los partes de baja y confirmación reglamentariamente establecidos⁶⁰, o al resultado de la revisión médica del trabajador por el médico de

⁵² El art. 19 CC Ceuta reduce a tres meses la antigüedad exigida al trabajador.

⁵³ Art. 19 CC Ceuta.

⁵⁴ Art. 43 CC Córdoba y art. 25 CC León.

⁵⁵ Art. 20 CC Sevilla.

⁵⁶ Art. 39 CC Alicante y art. 30 CC Las Palmas.

⁵⁷ Art. 30 CC Las Palmas.

⁵⁸ Art. 19 CC Ceuta.

⁵⁹ Art. 43 CC Córdoba, art. 20 CC Sevilla y art. 25 CC León.

⁶⁰ Art. 26 CC Álava y art. 22 CC Valencia.

la empresa, por el médico de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a la que esté adscrita la empresa o por el médico previamente designado por la comisión paritaria ⁶¹, o se reserva a favor de la empresa el derecho a recurrir ante la inspección médica para verificar la autenticidad de la baja por incapacidad temporal ⁶².

III. MATERNIDAD Y RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La negociación colectiva del sector de hostelería no mejora las prestaciones por maternidad de la Seguridad Social. Excepcionalmente, el art. 21 CC Badajoz obliga a las empresas a completar el subsidio por maternidad desde el primer día de la baja maternal hasta llegar al 100 por 100 del salario ⁶³. Previsión que, por la fecha del convenio, ha de entenderse referida obviamente a la prestación general por maternidad, con exclusión de la prestación por maternidad de naturaleza contributiva prevista en los nuevos arts. 133 sexies y 133 septies de la LGSS —añadidos por la Disposición Adicional 18^a.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres—.

Con relativa frecuencia la autonomía colectiva mejora los subsidios por riesgo durante el embarazo. Hay que señalar, sin embargo, que estas mejoras han quedado anuladas, total o parcialmente, tras las novedades incorporadas por la reciente Ley Orgánica 3/2007. El régimen jurídico convencional aplicable a las mejoras de los subsidios por riesgo durante el embarazo es muy variopinto, a saber: 1º) A las trabajadoras en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, las empresas vienen obligadas a abonar complementariamente a la prestación de la Seguridad Social la cantidad necesaria hasta completar el 100% de la base reguladora ⁶⁴; 2º) Del 2º al 90º día de baja las empresas complementarán hasta el 100% del salario legal de cotización, excluido el plus de domingos y festivos, y del 91º al 180º día de baja, siempre que el índice de absentismo por IT del mes anterior en la empresa no sobrepase el 5,5%, hasta el 100% del salario legal de cotización, excluido el plus de domingos y

⁶¹ Art. 28 CC Segovia, art. 44 CC Toledo, art. 39 CC Alicante, art. 21 CC Valladolid, art. 14 CC Huelva, art. 36 CC Illes Balears y art. 25 CC Hotel Marbella Club (BO Málaga de 18 de noviembre de 2004).

⁶² Art. 11 CC Orense.

⁶³ Cfr. art. 39 CC Salamanca.

⁶⁴ Art. 30 CC Palencia.

festivos⁶⁵; 3º) En la primera baja que se produzca, la empresa estará obligada a completar hasta el 100% del salario desde el primer día de la baja, siempre que haya sido superado el periodo de prueba del contrato y tenga como mínimo 180 días de cotización a la Seguridad Social en los últimos cinco años, y en la segunda y sucesivas bajas que se produzcan dentro del periodo de doce meses desde la finalización de la primera, la empresa estará obligada a completar hasta el 80% del salario desde el cuarto día de baja siempre que haya sido superado el periodo de prueba del contrato y tenga como mínimo 180 días de cotización a la seguridad social en los últimos cinco años⁶⁶; y 4º) La empresa abonará una mejora económica equivalente al 25% de la suma del salario base de convenio, la prorrata de las gratificaciones extraordinarias, el complemento ad personam por antigüedad y aquellos otros complementos salariales consolidados, entendiéndose como tales los que así estén pactados y que se hayan venido percibiendo regularmente, al menos, durante los últimos seis meses, en su caso, y siempre que tenga derecho a tales prestaciones, desde la fecha que inicie el percibo de las prestaciones de la Seguridad Social), y si la prestación económica de la Seguridad Social es igual o superior a la suma del salario base de Convenio, la prorrata de las gratificaciones extraordinarias, el complemento ad personam por antigüedad y los complementos consolidados, el trabajador percibirá la misma, no teniendo la empresa que hacer pago alguno⁶⁷.

IV. MUERTE Y SUPERVIVENCIA E INCAPACIDAD PERMANENTE

La negociación colectiva sectorial, salvo contadas excepciones⁶⁸, suele mejorar las prestaciones previstas en el sistema de la Seguridad Social para cubrir las contingencias de la muerte del trabajador y la supervivencia de los familiares, y la incapacidad permanente de aquél⁶⁹. A tales efectos, los convenios colectivos contemplan prestaciones por defunción a cargo de las empresas (a) y/o imponen al

⁶⁵ Art. 21 CC Navarra.

⁶⁶ Art. 35 CC Pontevedra.

⁶⁷ Art. 39 CC Alicante.

⁶⁸ Cfr. CC Cantabria, CC León, CC Soria y CC Ceuta.

⁶⁹ Para comparar las previsiones convencionales con otros sectores de actividad, véanse García Ninet, J.I. (1993): «La prestación complementaria de la ILT...», cit., págs. 108-109; y Vicente Palacio, A. (1993): «Prestaciones complementarias por muerte y supervivencia y asistencia sanitaria en la negociación colectiva», en AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, págs. 171 y ss.

empresario la obligación de concertar un seguro para cubrir las contingencias de la supervivencia de los familiares en caso de muerte de sus trabajadores o incapacidad permanente de éstos **(b)**.

a) Algunos convenios colectivos establecen prestaciones por defunción bajo denominaciones distintas (ayudas por fallecimiento, auxilio por defunción, subsidio por defunción, prestación por defunción, auxilio por viudedad, ayuda familiar por fallecimiento, indemnización por viudedad o auxilio por viudedad)⁷⁰. No obstante, a pesar de tales denominaciones, por lo general estas prestaciones responden más a criterios de supervivencia que a criterios de muerte o defunción. Generalmente, se reconocen en caso de fallecimiento del trabajador cualquiera que sea la causa, si bien en algunas ocasiones se reservan para los supuestos de fallecimiento por causa de enfermedad común o accidente no laboral, o por muerte natural o accidente de trabajo. En cuanto a los requisitos del sujeto causante, algunos convenios colectivos precisan que ha de tratarse de un trabajador en activo, con una determinada antigüedad en la empresa (cinco o diez años) o con un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Los posibles beneficiarios son muy variados: herederos legales, herederos o personas que justifiquen haber satisfecho los gastos del sepelio, derechohabientes, viudo o beneficiarios, o viudo. Pero, por lo general, se reconocen a favor de los familiares del trabajador fallecido según el siguiente orden: cónyuge viudo (o conviviente acreditado); hijos menores de 14, 16 ó 18 años, o mayores incapacitados o disminuidos; padres si viviesen con el trabajador o dependiesen económicamente de él; o hermanos incapacitados que reúnan estas características (o familiares que conviviesen con él habitualmente, sea cualquiera el grado de parentesco).

La cuantía de las prestaciones que se contemplan es también muy variada. Como característica general señalar que en todos los casos se trata de una cantidad, mayor o menor según los convenios colectivos, que se paga de una sola vez. Al margen de aquellas prestaciones que tienen clara naturaleza de abono de gastos por defunción, que suelen consistir en una cantidad fija a tanto alzado, son varios los sistemas seguidos por los convenios colectivos para establecer la cuantía de estas prestaciones. Pero, por lo general, la prestación consiste en un número de una, dos, tres o cuatro mensualidades del

⁷⁰ Art. 22 CC Valladolid, art. 45 CC Córdoba, art. 21 CC Teruel, art. 25 CC Segovia, art. 37 CC Zaragoza, art. 27 CC Valencia, art. 37 CC Murcia, art. 22 CC Guadalajara, art. 24 CC Ciudad Real, art. 27 CC Zamora, art. 57 CC Málaga, art. 29 CC Cádiz y art. 43 CC Almería.

salario, del salario real, del salario garantizado más el complemento de antigüedad o de los haberes; sistema que en ocasiones también se combina con criterios de antigüedad.

b) La práctica totalidad de los convenios colectivos del sector impone el deber empresarial de concertar un seguro para cubrir los riesgos de fallecimiento o incapacidad permanente de sus trabajadores. Dicho deber se establece respecto de cada uno de los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del correspondiente convenio colectivo, asumiendo cada uno de ellos el carácter de tomadores del seguro⁷¹. Por lo general, dicho deber viene referido al conjunto de los trabajadores de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del correspondiente convenio colectivo con la condición de que se encuentren en activo⁷². Algunos convenios colectivos, sin embargo, niegan esta ventaja a los trabajadores extras⁷³, afiliados al régimen de autónomos o de carácter familiar, trabajadores contratados para fines de semana o servicios extraordinarios⁷⁴ o trabajadores que no acrediten en la empresa una antigüedad mínima de uno⁷⁵, tres⁷⁶ o seis meses⁷⁸ o, incluso, en algún caso de diez⁷⁹ o quince años⁸⁰.

En caso de fallecimiento del trabajador, el elenco de posibles beneficiarios es muy variado: herederos legales o persona que el trabajador designe expresamente⁸¹; beneficiarios⁸²; beneficiarios y, en su defecto, los herederos⁸³; herederos⁸⁴; cónyuge o persona con la que conviviese, hijos si los hubiere, madre o padre y hermanos/as⁸⁵;

⁷¹ No obstante, según el art. 25 CC Castellón, todas las empresas a las que afecta el presente convenio, bien individualmente, bien a través de la Asociación Provincial de Empresarios de Hostelería y Turismo de Castellón, formalizarán el correspondiente seguro.

⁷² Art. 35 CC Illes Balears, art. 27 CC Madrid —Hospedaje—, art. 12 CC Cáceres, art. 46 CC Tenerife y art. 24 CC Valencia.

⁷³ Art. 36 CC Zaragoza.

⁷⁴ Art. 30 CC Guipúzkoa.

⁷⁵ Art. 30 CC Guipúzkoa.

⁷⁶ Art. 22 CC Navarra y art. 35 CC Sevilla.

⁷⁷ Art. 30 CC Guipúzkoa.

⁷⁸ Art. 27 CC Granada.

⁷⁹ Art. 36 CC Madrid —Restauración—.

⁸⁰ Art. 34 CC Illes Balears.

⁸¹ Arts. 34 y 35 CC Illes Balears y art. 46 CC Tenerife.

⁸² Art. 46 CC Catalunya y art. 22 CC Badajoz.

⁸³ Art. 25 CC La Rioja —Hospedaje—.

⁸⁴ Art. 25 CC Castellón.

⁸⁵ Art. 44 CC Córdoba.

derechohabientes⁸⁶; viudo/a o beneficiarios⁸⁷; cónyuge, en su defecto los hijos del matrimonio, a falta de éstos, el padre y la madre o el superviviente de ambos, y en defecto de las personas antes indicadas, los derechohabientes legítimos del trabajador, si bien se admite que cuando exista causa que lo justifique podrá establecerse beneficiario distinto de los citados⁸⁸; cónyuge y, en su defecto, los familiares, por el siguiente orden: los hijos —si son menores de edad—, los padres —si estos viven con el trabajador—, los hermanos —si dependiesen igualmente del trabajador y fueran menores de edad o disminuidos físicos o psíquicos—⁸⁹; personas designadas por el trabajador⁹⁰; o cónyuge o herederos legales⁹¹.

Las contingencias aseguradas y las causas de los riesgos protegidos distan mucho de ofrecer una imagen homogénea.

No obstante ello, siguiendo un orden lógico, de mayor a menor cobertura prestacional, podemos distinguir los siguientes grupos:

1º) Un primer grupo de convenios colectivos cubren las contingencias de fallecimiento e incapacidad permanente cualquiera que sea la causa que las origine, si bien la intensidad protectora varía mucho de unos convenios a otros: muerte e incapacidad permanente⁹²; muerte o incapacidad permanente, en los grados de total, absoluta o gran invalidez, derivadas de enfermedad común o profesional o de accidente, sea o no laboral⁹³; o muerte por cualquier causa, incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, cualquiera que sea la causa, muerte por accidente y por accidente de circulación⁹⁴.

2º) Un segundo grupo de convenios colectivos cubren las contingencias de fallecimiento e incapacidad permanente derivadas de accidentes con una intensidad distinta: muerte por cualquier causa, muerte e incapacidad permanente por accidente⁹⁵; muerte e inca-

⁸⁶ Art. 28 CC Huelva, art. 52 CC Jaén, art. 25 CC Ciudad Real y art. 32 CC Palencia.

⁸⁷ Art. 21 CC Teruel.

⁸⁸ Art. 29 CC Bizkaia.

⁸⁹ Art. 57 CC Málaga.

⁹⁰ Art. 20 CC Las Palmas y art. 47 CC Alicante.

⁹¹ Art. 24 CC Lugo.

⁹² Art. 23 CC Lugo.

⁹³ Arts. 34 y 35 CC Illes Balears, art. 27 CC Madrid —Hospedaje—, art. 36 CC Madrid —Restauración—, art. 20 CC Las Palmas y art. 46 CC Tenerife.

⁹⁴ Art. 30 CC Cádiz y art. 29 CC Bizkaia.

⁹⁵ Art. 29 CC Ávila.

pacidad permanente derivadas de accidente, laboral y no laboral ⁹⁶; muerte e incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, provenientes de accidentes ⁹⁷; muerte o incapacidad absoluta por accidente ⁹⁸; muerte e incapacidad permanente total para la profesión habitual derivadas de accidente ⁹⁹; o fallecimiento por muerte natural o por accidente durante las veinticuatro horas del día e incapacidad permanente en cualquiera de sus grados derivada de accidente durante las veinticuatro horas del día ¹⁰⁰.

3º) Un tercer grupo de convenios colectivos cubren las contingencias de fallecimiento e incapacidad permanente por accidente laboral o enfermedad profesional con el siguiente alcance: fallecimiento o incapacidad permanente en caso de accidente laboral o enfermedad profesional ¹⁰¹; muerte e incapacidad permanente —total o absoluta o gran invalidez— derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional ¹⁰²; o muerte e incapacidad permanente total y absoluta derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional ¹⁰³; o muerte e incapacidad permanente absoluta, acaecidas por accidente de trabajo o enfermedad profesional ¹⁰⁴.

4º) Por último, un cuarto grupo de convenios colectivos cubren las contingencias de fallecimiento e incapacidad permanente por accidente laboral con las siguientes variantes: muerte e incapacidad permanente sobrevenidas por accidente de trabajo ¹⁰⁵; fallecimiento del trabajador, salvo por suicidio, y muerte o incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, derivadas de accidente de trabajo, incluido el accidente «*in itinere*» ¹⁰⁶; muerte e incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, sobrevenidas por accidente de trabajo ¹⁰⁷; muerte natural, muerte e incapacidad permanente, total y absoluta, derivadas de

⁹⁶ Art. 34 CC Murcia, art. 22 CC Navarra, art. 28 CC Huelva, art. 27 CC Álava y art. 51 CC Toledo.

⁹⁷ Art. 47 CC Alicante y art. 24 CC Valencia.

⁹⁸ Art. 35 CC Sevilla y art. 36 CC Zaragoza.

⁹⁹ Art. 59 CC Málaga.

¹⁰⁰ Art. 28 CC Asturias.

¹⁰¹ Art. 20 CC Ceuta y art. 22 CC Badajoz.

¹⁰² Art. 21 CC Teruel.

¹⁰³ Art. 29 CC Huesca.

¹⁰⁴ Art. 46 CC Almería y art. 25 CC Castellón.

¹⁰⁵ Art. 25 CC Ciudad Real.

¹⁰⁶ Arts. 26 y 27 CC A Coruña.

¹⁰⁷ Art. 52 CC Jaén y D A 1ª CC Cuenca.

accidente de trabajo¹⁰⁸; muerte e incapacidad permanente —total o absoluta— sobrevenidas por accidente que tenga lugar durante la jornada de trabajo y 2 horas antes y después de dicha jornada¹⁰⁹; muerte e incapacidad absoluta o gran invalidez por accidente de trabajo, incluidos los accidentes «*in itinere*»¹¹⁰; fallecimiento o incapacidad permanente, total y absoluta, ocurridos por accidente de trabajo¹¹¹; o muerte e incapacidad absoluta por accidente de trabajo¹¹².

Algunos convenios colectivos predeterminan el tipo de seguro a concertar por las empresas: seguro de vida¹¹³, seguro de accidentes¹¹⁴, seguro de vida e incapacidad permanente¹¹⁵, seguro de vida y accidentes¹¹⁶, o seguro de accidentes de trabajo¹¹⁷. Otros convenios colectivos, sin embargo, no dicen nada al respecto, dejando a la libre decisión de las empresas la elección del tipo de seguro más adecuado al convenio¹¹⁸.

Los convenios colectivos de referencia determinan el capital asegurado¹¹⁹ o las indemnizaciones garantizadas a los trabajadores¹²⁰. Una mayoría de los mismos establecen a tales efectos cuantías iguales para todos los riesgos cubiertos cualquiera que sea la causa que los origine¹²¹. No obstante, en algunas ocasiones se distingue

¹⁰⁸ Art. 38 CC Salamanca.

¹⁰⁹ Art. 44 CC Córdoba.

¹¹⁰ Art. 34 CC Burgos.

¹¹¹ Art. 46 CC Catalunya, art. 25 CC La Rioja —Hospedaje— y art. 20 CC Valladolid.

¹¹² Art. 12 CC Cáceres, art. 32 CC Palencia y art. 37 CC Zamora.

¹¹³ Por ej. art. 27 CC Granada y art. 22 CC Badajoz.

¹¹⁴ Por ej. art. 46 CC Catalunya, art. 34 CC Murcia, art. 22 CC Navarra, art. 46 CC Almería y art. 12 CC Cáceres.

¹¹⁵ Por ej. art. 20 CC Las Palmas y art. 46 CC Tenerife.

¹¹⁶ Por ej. art. 38 CC Salamanca.

¹¹⁷ Por ej. art. 32 CC Palencia.

¹¹⁸ Por ej. art. 28 CC Asturias, art. 30 CC Cádiz, art. 35 CC Sevilla y art. 30 CC Guipúzcoa.

¹¹⁹ Arts. 34 y 35 CC Illes Balears, art. 34 CC Murcia, art. 22 CC Navarra, art. 30 CC Cádiz, art. 35 CC Sevilla, art. 12 CC Cáceres, art. 20 CC Las Palmas, art. 46 CC Tenerife, art. 37 CC Zamora, art. 47 CC Alicante y art. 24 CC Valencia.

¹²⁰ Art. 46 CC Catalunya, art. 27 del CC Madrid —Hospedaje—, art. 20 CC Ceuta, art. 28 CC Huelva, art. 52 CC Jaén, art. 59 CC Málaga, art. 21 CC Teruel, art. 36 CC Zaragoza, art. 25 CC Ciudad Real, art. 29 CC Bizkaia, art. 27 CC Álava, art. 32 CC Palencia, art. 38 CC Salamanca, art. 20 CC Valladolid, art. 23 CC Lugo y art. 25 CC Castellón.

¹²¹ Art. 34 CC Murcia, art. 22 CC Navarra, art. 35 CC Sevilla, art. 12 CC Cáceres, art. 20 CC Las Palmas, art. 46 CC Tenerife, art. 47 CC Alicante, art. 24 CC Valencia, art. 46 CC Catalunya, art. 27 del CC Madrid —Hospedaje—, art. 20 CC Ceuta, art. 28 CC Huelva, art. 21 CC Teruel, art. 36 CC Zaragoza, art. 25 CC Ciudad Real, art. 20 CC Valladolid y art. 25 CC Castellón.

según la contingencia de que se trate (fallecimiento o incapacidad permanente), el grado de incapacidad permanente y/o el origen de la contingencia ¹²². Por el contrario, no se toman en consideración las circunstancias personales o familiares de los trabajadores asegurados (salario, categoría profesional, estado civil o cargas familiares). Las cuantías son distintas en cada convenio, oscilando desde los 4.500 ¹²³ hasta los 30.050,60 euros ¹²⁴.

Los convenios colectivos, implícita o explícitamente, imponen la obligación de satisfacer la prima del seguro al empresario en exclusiva ¹²⁵. Excepcionalmente, el art. 29 CC Gipuzkoa dispone que la prima será participada por el empresario en un 75% y por los trabajadores en un 25%.

Por último, los convenios colectivos suelen establecer un plazo a partir de su firma a fin de que los empresarios puedan concertar las pertinentes pólizas o renovar las existentes; plazo que puede ser de 30 ¹²⁶, 45 ¹²⁷ ó 90 días ¹²⁸, o de cuatro meses ¹²⁹. En algunos convenios colectivos se impone a las empresas la obligación de poner a disposición de los trabajadores el ejemplar de la póliza concertada ¹³⁰ o de entregarles una copia de la misma o de la certificación expedida en forma legal por la compañía de seguro ¹³¹. Otros convenios colectivos, por su parte, se centran en los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores, reconociéndoles el derecho a conocer el contenido de las pólizas ¹³² o a recibir de la empresa fotocopias de éstas y del recibo de pago ¹³³.

¹²² Arts. 34 y 35 CC Illes Balears, art. 30 CC Cádiz, art. 29 CC Huesca, art. 37 CC Zamora, art. 52 CC Jaén, art. 59 CC Málaga, art. 29 CC Bizkaia, art. 27 CC Álava, art. 32 CC Palencia, art. 38 CC Salamanca y art. 23 CC Lugo.

¹²³ Art. 34 CC Illes Balears.

¹²⁴ Art. 35 CC Sevilla.

¹²⁵ Cfr. art. 30 CC Cádiz y art. 27 CC Granada.

¹²⁶ Art. 25 CC La Rioja —Hospedaje— y art. 25 CC Ciudad Real. Según el art. 29 CC Gipuzkoa, el plazo de un mes se divide de la siguiente forma: 15 días para que el trabajador que no desee el seguro, pueda renunciar a él por escrito; y 15 días para la tramitación del seguro colectivo por parte de la empresa.

¹²⁷ Art. 46 CC Catalunya.

¹²⁸ Art. 46 CC Almería y art. 24 CC Valencia.

¹²⁹ Art. 27 CC A Coruña.

¹³⁰ Art. 36 CC Zaragoza.

¹³¹ Art. 25 CC Ciudad Real y art. 27 CC Álava.

¹³² Arts. 34 y 35 CC Illes Balears.

¹³³ Art. 22 CC Badajoz.

V. JUBILACIÓN

A la altura del año 2005 la negociación colectiva del sector de hostelería solía contener diversas previsiones dirigidas a complementar la protección otorgada por la Seguridad Social en caso de jubilación del trabajador¹³⁴. De los tres tipos de cláusulas convencionales que en relación a las mejoras directas de la jubilación se prevén¹³⁵, en la negociación colectiva sectorial de hostelería sólo se daban dos: las que incentivaban la jubilación anticipada y también, aunque en menor medida, las que otorgaban una ayuda a la jubilación. Por el contrario, no se encontraban cláusulas convencionales que establecieran complementos periódicos de la pensión de jubilación.

No obstante, y como quiera que el legislador y la Dirección General de Seguros fueron estrechando el cerco en esta materia, obligando a las empresas a exteriorizar los compromisos por pensiones que asumieran en orden a la contingencia de jubilación, cualquiera que fuera la forma de cobro de las prestaciones (renta, capital o mixta) o su denominación¹³⁶, no era de extrañar que los premios de jubilación hubieran desaparecido ya de algún convenio colectivo a consecuencia del excesivo coste que suponía su exteriorización¹³⁷.

¹³⁴ Véase Roqueta Buj, R. (2005): «Las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social», en AA.VV., *La negociación colectiva en el sector de hostelería*, Coordinadora Remedios Roqueta Buj, Universidad de las Islas Baleares, Palma, págs. 376 y ss.

¹³⁵ Valdés De La Vega, B. (1999: 65 y ss): *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Valencia.

¹³⁶ Cfr. DA 1ª del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y del RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones. Sobre este tema véase, por todos, Suárez Corujo, B. (2003: 566 y ss): *Los planes de pensiones del sistema de empleo, Principios ordenadores*, Madrid.

¹³⁷ A propósito de los incentivos a la jubilación anticipada cfr. CC Zamora para los años 2001, 2002 y 2003 (BO Zamora 23-5-2001) y para los años 2004, 2005 y 2006; y los arts. 15 del CC Las Palmas para los años 2000-2003 (BOP Las Palmas 27-10-2000) y del CC Las Palmas para los años 2004-2007. Las ayudas a la jubilación también empezaron a desaparecer de algún convenio colectivo. Así, sucedía con la «indemnización por cese» prevista en el art. 33 del CC Albacete para los años 2002 y 2003 (BO Albacete de 16 de septiembre de 2002) a favor del trabajador que, llevando un mínimo de quince años al servicio de la empresa, se jubilase entre los 60 y 65 años, y consistente en el importe íntegro de cuatro mensualidades de salario. Pues bien, en el art. 34 del CC Albacete para los años 2004 y 2005 se substituyó dicha indemnización por un permiso retribuido inmediatamente anterior a la fecha de baja, de cuatro meses de duración, que se hacía efectivo en igual cuantía que el percibido en condiciones normales de trabajo. Otro tanto ocurría con el CC Zamora para los años 2004, 2005 y 2006 en el que no se recoge «el premio de

En este contexto, los miembros de la Comisión Negociadora del II ALEH acordaron suscribir una disposición en materia de premios de jubilación (BOE 1-12-2004), en la que las partes en el ámbito estatal asumían el compromiso de impulsar la negociación de la sustitución de las cláusulas de los llamados «Premios de Jubilación» en aquellos convenios colectivos sectoriales de hostelería, a través de las partes legitimadas en los correspondientes ámbitos territoriales de negociación colectiva y de la adecuación o sustitución de los actuales pactos que se hubieran acordado en los ámbitos inferiores en relación con los premios de jubilación, siempre y cuando la Administración Pública estimase que eran «externalizables». Dicha disposición fue integrada en la Disposición Transitoria 1ª del III ALEH y posteriormente sustituida en su integridad por la Nueva Disposición Transitoria 1ª (D.T. 1ª del Texto Refundido del III ALEH), resultado del acuerdo de modificación parcial del referido Acuerdo Laboral Estatal del Sector de Hostelería (BOE 2-6-2007).

En la Disposición Transitoria 1ª del III ALEH se mantiene «el compromiso adquirido de impulsar la negociación de la sustitución de las cláusulas de los llamados «premios por jubilación» en aquellos convenios colectivos sectoriales de hostelería, a través de las partes legitimadas en los correspondientes ámbitos territoriales de negociación colectiva». Igualmente adquieren el compromiso de impulsar «la negociación en los ámbitos inferiores correspondientes para adecuar o sustituir los actuales pactos que se hubieran acordado en relación con los premios de jubilación, siempre y cuando la Subdirección General de Planes y Fondos de Pensiones u organismo competente hubiera estimado o estimase que los mismos tienen que ser exteriorizados, por considerarlos que tienen la naturaleza de compromiso por pensiones». Para ello, la organizaciones firmantes del III ALEH instan a las partes legitimadas en los ámbitos territoriales citados a negociar al vencimiento del convenio en vigor, o durante la vigencia del mismo si ésta va más allá del 31 de diciembre de 2007, «las alternativas de los llamados premios de jubilación y denominaciones similares», debiéndose alcanzar un acuerdo al respecto en el trimestre siguiente al término de la vigencia del convenio colectivo en cuestión, y en todo caso antes del 30 de septiembre de 2007.

jubilación» previsto en el art. 26 del anterior convenio (BO Zamora 9-5-2001) a favor del personal que se jubila forzosamente a los 65 años o en su caso a los 64 años, teniendo una antigüedad de 15 años de servicios continuados en la empresa, y en su lugar se prevé el derecho al disfrute de 2 meses más de vacaciones (art. 19).

La eventual sustitución de los citados premios de jubilación y denominaciones similares, deberá llevarse a cabo bajo los siguientes principios ¹³⁸: a) Adecuar las vigentes cláusulas establecidas en los convenios colectivos sectoriales o supraempresariales de hostelería, vinculados a la permanencia del trabajador en la empresa hasta la jubilación, consistentes en prestaciones económicas pagaderas en el momento del cese por jubilación; b) garantizar y compensar los derechos y las expectativas de derecho de los trabajadores y trabajadoras afectados en cada ámbito de negociación; c) garantizar las compensaciones económicas o sociales alternativas que consideren oportunas, teniendo en cuenta sus antecedentes, en algunos casos económicos; d) determinar que en aquellos convenios colectivos en los que se haya negociado la sustitución de anteriores premios de jubilación, se han configurado mejoras que no son compromisos por pensiones.

En el supuesto de que las partes negociadoras en los ámbitos inferiores citados no alcanzaran acuerdo antes del 30 de septiembre de 2007, las partes afectadas se someterán a la mediación de la Comisión Negociadora del III ALEH, que tiene designada a tales efectos una Comisión específica, integrada en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) al amparo de lo previsto en el III Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos. En el marco de la mediación, que se someterá a las reglas y procedimientos previstos en el ASEC III, la Comisión «ad hoc» creada propondrá fórmulas de renegociación o sustitución de los denominados premios de jubilación y de las denominaciones similares, así como el arbitraje voluntario. La aplicación de los procedimientos reseñados en los ámbitos sectoriales de hostelería afectados, se producirá a partir del momento en que las representaciones de los trabajadores y trabajadoras o de las empresas, a través de sus organizaciones representativas integradas en alguna de las asociaciones firmantes del Acuerdo, que cuenten con legitimidad suficiente para obligar en el correspondiente ámbito, suscriban el instrumento de ratificación o adhesión, lo que podrán hacer de forma conjunta o por separado, mediante comunicación escrita notificada fehacientemente a la Comisión Negociadora del III ALEH.

¹³⁸ Las partes legitimadas en los referidos ámbitos que acordaran mantener la actual regulación de premios de jubilación o denominaciones similares por considerarlos compromisos por pensiones vinculados a la jubilación, y optaran expresamente por su aseguramiento y consiguiente exteriorización con sujeción a lo previsto en la legislación reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, deberán notificarlo a la Comisión Negociadora del III ALEH antes del 30 de septiembre de 2007, indicando la modalidad o instrumento de compromiso adquirido.

1. La incentivación de la jubilación anticipada

Muchos de los convenios colectivos del sector en vigor en el año 2005 solían ofrecer incentivos económicos para motivar el cese voluntario de los trabajadores¹³⁹. La terminología empleada al efecto era muy variada, a saber: premio de vinculación, promoción económica, indemnización a la constancia, indemnización por vinculación al sector, indemnización a la extinción de la relación laboral, indemnización extraordinaria por extinción del contrato de trabajo o fidelización, indemnización por cese, premio de jubilación, jubilación anticipada, incentivos a la jubilación anticipada, incentivos a la jubilación o bajas anticipadas. La estructura, sin embargo, solía ser la misma, y consistía en reconocer una cantidad de dinero a tanto alzado, diferente en función de la edad en la que el trabajador se jubilase. Dependiendo de cual fuera ésta, la cantidad económica variaba, siendo mayor cuanto más se acercaba a los 60 años, y menor cuando se aproximaba a los 65 años. Generalmente, se incentivaba la jubilación a los 61, 62, 63 y 64 años. Pero también se solía asignar una cierta cantidad a la jubilación a los 65 años, si bien en estos casos no se trataba de incentivar la jubilación anticipada, sino la ordinaria o normal, o bien de compensar una jubilación que se configuraba como forzosa al cumplimiento de esta edad.

Los incentivos económicos se solían ligar a la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador o, con el fin de desvincularlos de los compromisos por pensiones, a la extinción del contrato de trabajo al cumplir alguna de las edades señaladas. En este último supuesto era frecuente excluir las extinciones contractuales producidas por diferentes causas, a saber: el despido procedente por sentencia firme, baja voluntaria, muerte, baja por invalidez permanente total o absoluta y gran invalidez; despido, baja voluntaria, muerte, baja por invalidez permanente total, absoluta, o gran invalidez, amortización de puesto de trabajo, expediente de regulación de empleo, o jubilación del empresario; o despido declarado procedente, por expediente de regulación de empleo o fuerza mayor, por muerte del trabajador, por incapacidad o muerte del empresario, y

¹³⁹ Art. 25 CC Asturias, art. 33 CC Illes Balears, art. 9 CC La Rioja-Hospedaje, art. 24 CC Madrid-Hospedaje, art. 39 CC Madrid-Hostelería, art. 39 CC Murcia, art. 20 CC Navarra, art. 48 CC Córdoba, art. 32 CC Teruel, art. 26 CC Ciudad Real, art. 16 CC Bizkaia, art. 32 CC Tenerife, art. 22 CC Burgos, art. 34 CC Palencia, art. 35 CC Salamanca, art. 28 CC Cuenca, art. 26 CC Valencia, art. 20 CC Cáceres y art. 24 CC Hotel Chamartín (BO Comunidad de Madrid de 6 de octubre de 2004).

por incapacidad permanente del trabajador. E, incluso, se llegaba a afirmar que en estos casos el derecho a la indemnización a tanto alzado lo era con independencia de que el trabajador al cesar en la empresa optase o no por jubilarse. En ocasiones se exigía, además, que la jubilación o el cese se produjeran de común acuerdo entre la empresa y el trabajador. La promoción económica, en algún supuesto, se concedía tanto si el cese era total como parcial, de suerte que, si por mutuo acuerdo entre las partes el cese era parcial y el trabajador se acogía a un contrato de relevo, éste percibía «como promoción el salario real que tuviera antes de la modificación contractual». Por lo demás, y a diferencia de los convenios colectivos de otros sectores de actividad, no se condicionaba la adjudicación de estos incentivos económicos a otros factores, como podían ser el número de trabajadores que al año solicitaran la jubilación o la dimensión de la plantilla de la empresa.

La negociación colectiva, salvo alguna rara excepción, exigía como requisito imprescindible que el trabajador acreditase una antigüedad mínima en la empresa, generalmente de diez o quince años. No obstante, algunos convenios colectivos la rebajaban a cinco u ocho años, la dejaban en doce años, o la elevaban a diecisiete, dieciocho o veinte años.

La cuantía de los incentivos económicos solía determinarse con arreglo a alguna de las siguientes fórmulas: a) Fijando un número de mensualidades, de mensualidades de salario base más antigüedad o de mensualidades de salario de convenio, para cada edad; b) Estableciendo un número de mensualidades de salario base más antigüedad, salario base más antigüedad y prorrata de las gratificaciones extraordinarias, salario fijo o garantizado más antigüedad o salario real, en función de la edad y de la antigüedad en la empresa; y c) Fijando una cantidad cerrada, dependiendo de la edad del trabajador en el momento del cese.

Por último, algunos convenios colectivos subrayaban que estos beneficios económicos tenían carácter indemnizatorio, y no de compromiso de pensiones, por lo que no debían ser objeto de externalización por parte de las empresas, ni éstas estaban obligadas a hacer provisiones específicas, dada la eventualidad de estas indemnizaciones. Es más, en algún convenio colectivo se establecía que en el supuesto de que en algún momento y debido a cambios legales o a interpretaciones judiciales se imputara a lo acordado carácter de compromiso por pensiones, las partes se comprometían a introducir

en esta materia de manera inmediata las adaptaciones o modificaciones necesarias para que el objeto de lo acordado no sufriera modificación.

Pues bien, la mayoría de los convenios colectivos sectoriales de hostelería que contemplaban incentivos económicos a la jubilación anticipada todavía los mantienen ¹⁴⁰. Son pocos los convenios que los han suprimido ¹⁴¹ o cambiado su configuración.

En este último sentido, no obstante, se detectan dos tendencias en la práctica convencional, a saber:

a) Algunos convenios colectivos sustituyen los premios a la jubilación anticipada por el derecho a vacaciones adicionales. En este sentido, el art. 35 CC Palencia establece que el trabajador que voluntariamente decida acogerse a las jubilaciones anticipadas, dispuestas en las disposiciones legales vigentes, y que tengan un míni-

¹⁴⁰ Art. art. 32 CC Illes Balears, art. 24 CC Madrid-Hospedaje, art. 39 CC Murcia, art. 20 CC Navarra, art. 48 CC Córdoba, art. 32 CC Teruel, art. 26 CC Ciudad Real, art. 16 CC Bizkaia, art. 35 CC Tenerife, art. 22 CC Burgos, art. 42 CC Salamanca, art. 28 CC Cuenca, y art. 20 CC Cáceres. Algunos de estos convenios, sin embargo, matizan que la gratificación por permanencia se establece al amparo del art. 26.1 del ET como una gratificación de carácter salarial (art. 28 CC Cuenca) o que se pacta con fundamento en lo establecido en el art. 25 del ET un régimen de promoción económica consistente en una retribución de naturaleza salarial y por una sola vez, que premia la vinculación a la empresas de los trabajadores afectados por el presente convenio y que al cesar reúnan los requisitos y condiciones previstas en el presente artículo (art. 35 CC Tenerife). Por su parte, las partes negociadoras del CC Illes Balears adquieren el compromiso de suscribir un nuevo acuerdo sobre esta materia antes del día 1 de enero de 2006, que de un lado garantice que las cuantías indemnizatorias pactadas ligadas a la extinción de la relación laboral quedan excluidas de la naturaleza de compromisos por pensiones y por lo tanto no se les pueda exigir legalmente su exteriorización, sin que suponga por lo tanto mayor coste que el actualmente fijado; y de otro, que para los trabajadores no suponga merma o pérdida alguna ulterior del derecho a la percepción económica equivalente a las cuantías fijadas en el artículo 33 del Convenio saliente (art. 32). A tales efectos las partes se obligan a iniciar los trabajos correspondientes dentro de la primera quincena de septiembre, al objeto de que el día 31 de diciembre de 2005 quede sin efecto alguno el referido art. 33 y sea sustituido por un artículo «ex novo» el día 1 de enero de 2006, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86.4 del ET. No obstante, si se promulgara alguna normativa legal que excluyera claramente a estas cuantías de la supuesta obligación de exteriorización por no considerarlas compromisos por pensiones, la Comisión Paritaria del Convenio queda facultada para llevar a cabo las adaptaciones que procedieran. En caso de un hipotético desacuerdo las partes convienen en someterse a los procedimientos de mediación o, en su caso, arbitraje, bien del TAMIB, bien de la Comisión creada «ad hoc» en el ALEH III, lo que se decidirá mediante pacto de las partes. Cfr. art. 24 y Disposición Transitoria 4ª CC Hotel Chamartín (BOCM 26-6-2006).

¹⁴¹ Cfr. CC La Rioja-Hospedaje y CC Valencia.

mo de antigüedad de cinco años en la empresa y hayan cotizado a la Seguridad Social los años precisos para poder acceder a la jubilación anticipada, disfrutarán con cargo a la empresa, de los días de vacaciones que se señalan en la siguiente escala: 85 días de vacaciones si la jubilación es a los 60 años; 67 días de vacaciones si la jubilación es a los 61 años; 50 días de vacaciones si la jubilación es a los 62 años; y 40 días de vacaciones si la jubilación es a los 63 años. Por su parte, el art. 17.2 CC Asturias prevé a favor del trabajador que una vez cumplidos 60 años, desee extinguir su relación laboral, el derecho a que se le concedan vacaciones retribuidas, proporcionales a los años que haya permanecido, de forma ininterrumpida en la misma empresa, centro de trabajo o grupo de empresas, con arreglo a la siguiente escala: con 10 años de antigüedad, un mes de vacaciones; con 15 años, dos meses; con 20 años, tres meses; con 25 años, cuatro meses; con 30 años, cinco meses; con 35 años, seis meses; con 40 años, siete meses; con 45 años, ocho meses de vacaciones; y con 50 años, nueve meses¹⁴².

b) La «indemnización por jubilación» prevista en el art. 39 del CC Madrid —Restauración— para los años 1999, 2000 y 2001¹⁴³, a favor del trabajador que, llevando un mínimo de diez años al servicio

¹⁴² El art. 17.2 CC Asturias previene que no tendrá derecho a disfrutar las vacaciones reseñadas, el trabajador cuya baja en la empresa se deba al reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente, despido o fallecimiento, como tampoco lo tendrá quien haya optado por percibir los derechos generados a tenor del texto del art. 25 que estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Convenio 2005-2007 y lo haya cobrado. Por su parte, la Disposición Transitoria del referido convenio establece que los trabajadores que en aplicación del art. 25 del convenio colectivo anterior hayan generado el derecho a percibir una determinada cantidad, por haber superado los diez años de permanencia en una misma empresa, centro de trabajo o grupo de empresas, en definitiva, en relación con la antigüedad que tenga reconocida en las nóminas, antes del 31 de diciembre de 2005, podrán optar entre cobrar las cantidades generadas, en la forma y con las consecuencias que más adelante se establecen o disfrutar vacaciones, según la redacción del art. 17.2 del nuevo convenio con vigencia 2005-2007. Esta opción ha de ejercitarse antes de que transcurran seis meses desde la firma del convenio y, de no ejercitar dicha opción, se aplicará lo dispuesto en el art. 17.2 del convenio 2005-2007. El abono de las cantidades que les correspondan a los trabajadores que opten por percibir los derechos generados a 31 de diciembre de 2005, se dividirá en 12 partes iguales y se incluirá en las nóminas de los 12 meses siguientes al ejercicio de la opción, que siempre deberá llevarse a cabo con anterioridad al 30 de junio de 2006, con el concepto de «liquidación artículo 25» y por consiguiente quedará exento de cotización. Una vez el trabajador haya optado por el abono de los importes devengados a 31 de diciembre de 2005, no generará ningún derecho más a percibir cantidades o disfrutar vacaciones compensatorias, relacionados con el contenido del art. 25 del convenio vigente hasta la firma del actual, ni con el 17.2 que se crea en el presente, mientras se mantenga la pertenencia a la misma

¹⁴³ BO Comunidad de Madrid de 18 de diciembre de 1999.

de la empresa, se jubilase a la edad de 60, 61, 62, 63, 64 ó 65 años, y consistente en un número de siete, seis, cinco, cuatro, tres o dos mensualidades del salario fijo más antigüedad o, en su caso, el complemento personal de antigüedad consolidada, incrementándose el premio en una mensualidad por cada cinco años más de antigüedad al servicio, en la empresa, ya no se recoge en el CC Madrid —Restauración— para los años para los años 2007, 2008, 2009 y 2010, y, en su lugar, se establece un «complemento por permanencia». A este respecto, el art. 34 de este convenio colectivo prescribe que «a partir del 1 de enero de 2004, los trabajadores/as que tuvieran 58 años de edad o más, con una antigüedad en la misma empresa o reconocida por ésta de al menos diez años, percibirán un complemento anual, que se abonará completo, consistente en una mensualidad que se abonará en el mes de marzo de cada año»¹⁴⁴. En este caso, ya no se incentiva ni se premia la jubilación, sino la permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada, lo que resulta más acorde con la finalidad perseguida por las últimas reformas legales en materia de jubilación.

¹⁴⁴ La Disposición Adicional 1ª CC Madrid-Restauración establece las siguientes reglas en orden a las empresas que mantengan las indemnizaciones por jubilación:

A) En el caso de que por convenio colectivo o acuerdo de empresa, a la publicación de este convenio colectivo, se mantengan las percepciones indemnizatorias que se prevían en el art. 39 del convenio colectivo para los años 1999, 2000 y 2001, la empresa sujeta al mismo no vendrá obligada a abonar a los trabajadores/as las percepciones establecidas en el art. 34 del presente convenio colectivo, que regula el complemento de permanencia.

B) Igualmente, en el caso de que la empresa hubiere procedido a contratar un seguro o un plan de pensiones con el fin de asegurar las cantidades establecidas en el art. 39 mencionado del convenio colectivo con anterioridad a la fecha de publicación del convenio colectivo, no vendrá obligada a abonar las percepciones salariales establecidas en el art. 34 de este convenio, que regula el complemento por permanencia, en tanto en cuanto se mantengan contratados dichos seguros o planes de pensiones. En este último caso, las empresas que rescindan o les sean rescindidos los seguros o planes de pensiones a partir de la publicación de este convenio colectivo, deberán, cualquiera que sea la fecha de su rescisión, abonar y, en su consecuencia, liquidar a sus trabajadores/as las percepciones que como complemento de permanencia les hubiera correspondido desde el año 2004 si se hubiere aplicado lo establecido en el art. 34 de este convenio colectivo, teniendo en cuenta, en todo caso, a los efectos de esta liquidación del complemento de permanencia, el detracer de la misma las cantidades que la empresa haya asegurado hasta la rescisión, en la cuantía en que las mismas se hayan incorporado al patrimonio del trabajador, siempre que se acredite dicha incorporación por la empresa. En estos casos, la empresa tendrá que acreditar previamente al trabajador/a que tiene contratado el citado seguro o plan de pensiones que le asegure las cantidades establecidas en el art. 39 del convenio colectivo para los años 1999 a 2002. Dicha acreditación de las cantidades aseguradas se realizará anualmente.

2. Las ayudas a la jubilación

Algunos de los convenios colectivos sectoriales vigentes en el año 2005 establecían una cantidad económica, a tanto alzado, a percibir por el trabajador que se jubilaba y que solía denominarse premio o ayuda por jubilación o premio de permanencia en la empresa ¹⁴⁵. En pocas ocasiones, se tomaba en cuenta la edad de jubilación, aunque cuando se hacía, solía ser la de 65 años o la de 65 años o menos. Pero aún en el caso de premiarse las jubilaciones anticipadas, la edad de jubilación no condicionaba la cuantía económica de la ayuda en ningún sentido.

En otros convenios colectivos estos premios se conectaban más con la noción de gratificación por los servicios prestados o de indemnización por la extinción de los contratos de trabajo ¹⁴⁶. Así, bajo una terminología variopinta (premio de vinculación, premio de fidelidad y constancia, promoción económica, indemnización a la constancia, premio de vinculación en la empresa o premio a la constancia), se establecía una cantidad a tanto alzado a favor de los trabajadores que cesasen en la empresa por cualquier causa —excepción hecha de la del despido declarado procedente por sentencia firme, muerte o baja por incapacidad permanente—, o dejarasen de prestar sus servicios de forma voluntaria una vez cumplida determinada edad. Generalmente, se exigía que el cese se produjera a partir de los 60 años, aunque en alguna ocasión dicha edad se rebajaba a los 55 años. No obstante, algunos convenios colectivos tan sólo exigían que en el momento del cese en la empresa el trabajador cumpliera los requisitos de permanencia. Con esta regulación era evidente que los sujetos negociadores pretendían eludir el contexto de los premios de jubilación. Y así, en algunas ocasiones, se afirmaba que las cantidades pactadas nacían exclusivamente como consecuencia de la extinción de la relación laboral y que no tenían en ningún caso el carácter de complemento de la pensión que en su caso le pudiera corresponder al trabajador, ni

¹⁴⁵ Art. 32 CC Cádiz, art. 38 CC Granada, art. 48 CC Jaén, art. 34 CC Salamanca, art. 22 CC Valladolid, art. 14 CC Orense, art. 39 CC Pontevedra, art. 26 CC Valencia, art. 31 del CC del Hotel Tierra Mar (BO Huelva de 10 de diciembre de 2002), art. 18 CC Hotel Abba Parque (BO Bizkaia de 6 de noviembre de 2002) y art. 20 CC Hotel Meliá Barcelona (DO Generalitat de Catalunya de 23 de noviembre de 2001). Véase Roqueta Buj, R. (2005): «Las mejoras voluntarias...», cit., págs. 382 y ss.

¹⁴⁶ Art. 37 CC Catalunya, art. 17 CC Huelva, art. 57 CC Málaga, art. 30 CC Huesca, art. 35 CC Zaragoza, art. 43 CC Badajoz, art. 39 CC Alicante, art. 20 CC Gipuzkoa, art. 21 CC León, art. 17 CC Castellón, y art. 33 CC Hotel Tryp Presidente de Barcelona (DO Generalitat de Catalunya de 14 de abril de 2003).

suponían compromiso de pensión de clase alguna. No obstante ello, las partes, conscientes de la fragilidad de este tipo de afirmaciones, en algunas ocasiones convenían en que, si en algún momento surgía cualquier eventualidad que pusiera en entredicho esta circunstancia, introducirían en esta materia de manera inmediata las adaptaciones o modificaciones necesarias para que el objeto y la finalidad de lo acordado no sufriera variación alguna, o, incluso, acordaban la cláusula de vinculación a la totalidad, de suerte que en tal caso el convenio en su totalidad se consideraría nulo a todos los efectos y la negociación del mismo se retrotraería al momento anterior al de su firma.

Por lo demás, tanto en uno como en otro supuesto, la percepción de las ayudas se condicionaba a la acreditación de una cierta antigüedad por el trabajador en la empresa. El número de años de servicios en muchos convenios era de diez, pero eran numerosas las excepciones. Por último, en todos los casos la cuantía de las ayudas se determinaba en función de un número de mensualidades (mensualidades incrementadas con todos los emolumentos inherentes a las mismas, mensualidades del salario real, del salario base, del salario fijado en las tablas salariales más el prorrateo de las pagas extraordinarias y la antigüedad consolidada, del salario garantizado más antigüedad, etc), a multiplicar por el número de años de servicios prestados por el trabajador.

A pesar del impulso que las partes negociadoras de los últimos acuerdos laborales, de ámbito estatal, del sector de hostelería pretenden imprimir al proceso de sustitución negociada de los premios de jubilación, lo cierto es la mayoría de los convenios supraempresariales de ámbito inferior siguen manteniéndolos en su articulado. Así se constata en relación tanto con los premios o ayudas por jubilación¹⁴⁷, como con los premios de vinculación o de fidelidad y constancia¹⁴⁸. Los agentes sociales del sector, confiados por las sucesivas ampliaciones del plazo para la exteorización de tales compromisos por pensiones —la última, la del Real Decreto-Ley 16/2005, de 30 de diciembre—, hasta el día 31 de diciembre de 2006, no han querido o no han podido sustituirlos. Excepcionalmente, los mismos han desaparecido de algún convenio colectivo sectorial¹⁴⁹ o han sido trocados por otras ventajas a favor de los trabajadores, en particular por una

¹⁴⁷ Art. 32 CC Cádiz, art. 39 CC Granada, art. 49 CC Jaén, art. 41 CC Salamanca, art. 22 CC Valladolid, art. 14 CC Ourense, y art. 39 CC Pontevedra.

¹⁴⁸ Art. 37 CC Catalunya, art. 17 CC Huelva, art. 35 CC Zaragoza, art. 43 CC Badajoz, art. 20 CC Gipuzkoa, art. 21 CC León, y art. 17 CC Castellón.

¹⁴⁹ Cfr. CC Valencia y CC Huesca.

«licencia por extinción del contrato»¹⁵⁰, una «licencia retribuida por fidelidad y vinculación»¹⁵¹ o vacaciones retribuidas¹⁵². De este modo, cuando el trabajador con 60 o más años desee cesar voluntariamente en la empresa¹⁵³, al término de su relación laboral, tendrá derecho a una licencia o a vacaciones retributivas con arreglo a la correspondiente escala¹⁵⁴. Durante la licencia o las vacaciones el trabajador tendrá derecho a percibir el salario base más plus de convenio que viniera recibiendo así como a devengar la prorrata de las gratificaciones extraordinarias fijadas en el convenio; lo que viniera percibiendo en cada mensualidad, así como a devengar la prorrata de las gratificaciones fijadas en el presente convenio, no devengando ni percibiéndose por tanto complemento o plus salarial variable alguno ni aquellos que tengan carácter extrasalarial, no devengando tampoco en este caso durante dicho periodo descanso alguno por vacaciones ni fiestas; o, en fin, el salario base más antigüedad. Consiguientemente, el trabajador deberá permanecer en alta en la Seguridad Social, no pudiendo compatibilizar dicha situación con el percibo de la pensión de jubilación. Por ello, en alguna ocasión se dispone que el trabajador, avisando con 15 días de antelación a la fecha de su cese, tendrá derecho a percibir, de una sola vez, la cuantía económica resultante del periodo vacacional que pueda corresponderle conforme a su antigüedad y que la percepción económica o disfrute de los periodos vacacionales se originan, solo y exclusivamente por la extinción de la relación laboral, pudiendo por tanto, el trabajador que opte por el hecho extintivo y cause derecho a dichas vacaciones o percepción económica, organizar su vida laboral como considere oportuno, incluso prestar sus servicios para empresas del sector.

¹⁵⁰ Art. 23 bis CC Málaga.

¹⁵¹ Art. 31 CC Alicante.

¹⁵² Art. 25 CC Lugo.

¹⁵³ De conformidad con el art. 23 bis CC Málaga, también «tendrá derecho al disfrute vacacional o percepción económica el trabajador que se desvincule de la empresa, por cualquier circunstancia, a los 65 años, quien igualmente podrá mantener su actividad laboral en la empresa que considere oportuno incluida la de competencia o sector».

¹⁵⁴ El art. 23 bis CC Málaga prevé la siguiente escala: a los 5 años de antigüedad, 2 meses de vacaciones; a los 10 años, 3 meses; a los 15 años, 4 meses; a los 20 años, 5 meses; y a partir de los 25 años, 6 meses. Por su parte, el art. 31 CC Alicante establece la siguiente progresión: con 10 años de servicio en la empresa, 2 meses de licencia; con 15 años, 3 meses; con 20 años, 4 meses de licencia; con 25 años, 5 meses; con 30 años, 6 meses. Véase también el art. 25 CC Lugo.

VI. CONCLUSIONES

En el sector de hostelería suele ser habitual que la negociación colectiva mejore las prestaciones previstas por el sistema de la Seguridad Social para cubrir las contingencias de incapacidad temporal, muerte y supervivencia, incapacidad permanente y jubilación. En cambio, la autonomía colectiva no suele complementar las contingencias de maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

El establecimiento de mejoras para las contingencias de incapacidad temporal, muerte y supervivencia, e incapacidad permanente sigue acusando una gran diversidad de fórmulas, de forma que, aunque pueda encontrarse un sustrato común, la configuración de los requisitos subjetivos y objetivos es muy diferente, tanto en los convenios sectoriales de ámbito de Comunidad Autónoma y provinciales como en los de empresa.

A pesar del impulso que las partes negociadoras de los últimos acuerdos laborales, de ámbito estatal, del sector de hostelería pretenden imprimir al proceso de sustitución negociada de los premios a la jubilación anticipada y/o a la jubilación ordinaria, lo cierto es que todavía son muy numerosos los convenios supraempresariales de ámbito inferior que siguen manteniéndolos en su articulado. Los agentes sociales del sector, confiados por las sucesivas ampliaciones del plazo para la exteorización de los compromisos por pensiones, no han querido o no han sido capaces de sustituirlos. No obstante, los mismos han desaparecido de algunos convenios colectivos sectoriales o han sido trocados por otras ventajas a favor de los trabajadores y con desigual suerte para éstos, en particular por «complementos por permanencia» en la empresa o por «licencias» o «vacaciones» retribuidas.

CAPÍTULO X LAS VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO

*Erik Monreal Bringsvaerd
Magdalena Llompart Bennàssar*

Sumario: I Consideraciones generales. II. Movilidad geográfica. III. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. IV. Suspensión del contrato. V. Excedencia voluntaria. VI. Extinción del contrato de trabajo. VII. Régimen disciplinario. VIII. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Este apartado tiene por objeto examinar el papel que cumple la negociación colectiva estatal, autonómica, provincial y de empresa del sector hostelero en diversos terrenos que son objeto de regulación legal desde distintas perspectivas. En unos casos se trata de poner límites o procedimentalizar el ejercicio del poder de dirección empresarial cuando éste tiende a introducir modificaciones en las condiciones de trabajo de que viene disfrutando el trabajador, aspecto regulado en los arts. 40 y 41 del ET. En otros casos, el régimen legal (se trata de los supuestos contemplados en el art. 45 ET) diseña una serie de causas o motivos que exoneran de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo en beneficio tanto del trabajador como, en su caso, del empresario y que se acompañan de otros efectos a valorar desde la perspectiva del trabajador, como la existencia o no de derecho a la reserva del puesto de trabajo o las diferentes duraciones de los tiempos de inactividad legalmente contemplados. Finalmente, también se pasa revista a las principales líneas de acción convencionales en los respectivos ámbitos de la extinción del contrato (art. 49 ET) y del régimen disciplinario (arts. 58 y 60 ET). En materia de extinción se efectuará una distinción en función de la causa de la misma, mientras que el análisis del régimen disciplinario obliga a remitirse a lo al efecto dispuesto en el vigente III Acuerdo laboral estatal del sector de la hostelería (ALEH).

II. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

El lugar de prestación de los servicios no se determina en convenio colectivo sino en el contrato de trabajo. Dicho lugar puede variar a lo largo de la vigencia del contrato, bien por mutuo acuerdo bien por decisión unilateral del empresario. Este último supuesto aparece regulado en algunos aspectos en el art. 40 del ET, que distingue entre traslados y desplazamientos y hace depender dicha distinción del carácter temporal —en el caso del desplazamiento— o definitivo —en el caso del traslado— de la decisión empresarial relativa a la movilidad geográfica del trabajador. Es importante subrayar que el régimen legal puede ser mejorado y también, con sujeción a los límites legales, desarrollado o, en su caso, completado por la negociación colectiva. Sin embargo, el análisis convencional permite extraer una primera y relevante conclusión, puesto que buena parte de los convenios colectivos que tratan este asunto lo hacen exclusivamente desde el punto de vista

de las compensaciones económicas que se generan a favor del trabajador que es objeto de la medida de movilidad geográfica a instancia del empresario, aspecto ya tratado en otro Capítulo de esta monografía.

El seguimiento de los convenios colectivos del sector hostelero en el panorama nacional también pone de manifiesto que la negociación colectiva a menudo se detiene en la problemática de las preferencias y prioridades de los trabajadores que pueden ser objeto simultáneamente de la movilización empresarial. Además de recordar que estas preferencias corresponden *ex lege* a los delegados de personal y a los miembros del comité de empresa, no es raro que la negociación colectiva intervenga en este extremo ampliando esta garantía a los trabajadores que tengan a su cargo hijos menores o personas mayores que necesiten asistencia¹.

Un extremo que es objeto de regulación ocasional viene dado por el régimen aplicable a la facultad legal del trabajador de extinguir su contrato con percibo de indemnización caso de que no acceda al traslado decidido por su empresario. Y aunque el ejercicio de esta facultad está previsto en la ley con carácter previo a la impugnación judicial por parte del trabajador de la medida empresarial (art. 40.1.3º.4º ET), hoy es pacífico que nada impide, tras la sentencia que declare justificada la decisión empresarial relativa al traslado, que el trabajador decida dar por extinguido su contrato con derecho a la indemnización legal. Como se establece en la STS 21/12/99, en efecto, es ésta una facultad del trabajador que no precluye por su opción inicial por la impugnación. Sobre esta base, existe algún convenio provincial del sector hostelero que mantiene la facultad resolutoria aun después de la impugnación y aunque el órgano judicial declare el carácter justificado de la medida². Por lo demás, no son infrecuentes las regulaciones convencionales en clave de mejora del régimen legal, señaladamente por la vía de aumentar de veinte a veinticinco los días de salario que se toman en cuenta a efectos de la eventual indemnización, o de doce a quince el número de mensualidades que juegan como tope de la misma.

III. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

El carácter de ejecución continuada del contrato de trabajo puede estar en la base de la necesidad de que las condiciones de trabajo que

¹ Vid. cc Toledo (art. 56).

² Vid. cc Cáceres (art. 30).

en un momento determinado resultan aplicables en el marco de una determinada relación laboral experimenten variaciones. Cuando estas variaciones deben tener lugar en interés de la empresa y repercuten de forma importante en la posición jurídico subjetiva del trabajador se cae en el ámbito de la denominada modificación sustancial de las condiciones de trabajo, regulada en el art. 41 del ET. Este precepto diseña un procedimiento que el empresario debe respetar siempre que pretenda efectuar una modificación importante, o sustancial, en cualquiera de las condiciones de trabajo disfrutadas por un trabajador. Es importante asimismo reseñar que este procedimiento legal se articula sobre la base de la concurrencia de una causa justificativa y resulta operativo siempre que el empresario no haya obtenido la previa anuencia del trabajador, en cuyo caso la institución en juego sería la novación contractual del art. 1255 del Ccivil.

Un punto que en la práctica se revela bastante problemático en la dogmática de las relaciones entre la norma del Estado y la negociación colectiva consiste en discernir qué puede hacer y qué tiene vedado la negociación colectiva en el terreno de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En este sentido, lo que no es dudoso es que una interpretación literal y teleológica de la norma contenida en el art. 41 del ET lleva a pensar que a excepción de las posibilidades que abre tanto a la negociación colectiva como al pacto individual en materia de modificación de las funciones, la norma legal tiene naturaleza mínima y, por tanto, la negociación colectiva o, en su caso, el pacto individual sólo pueden introducir regulaciones que mejoren en beneficio del trabajador los límites legales. Lo que no tendría cabida, por tanto, son las previsiones convencionales que rebajan en perjuicio del trabajador los estándares mínimos de protección legal. Pues bien, muy probablemente, la naturaleza imperativa de la norma legal en juego sea una circunstancia que explica el escaso interés convencional por este punto en el sector de la hostelería, no siendo infrecuentes, en este sentido, las cláusulas de los convenios colectivos, por lo general de ámbito provincial, que se limitan a señalar que el empresario podrá introducir este tipo de modificaciones observando el procedimiento del art. 41 del ET³.

Entre los convenios colectivos que dibujan este tipo de regulaciones convencionales de mejora, alguno requiere para la validez de la modificación el acuerdo entre empresario y trabajadores afectados, acuerdo que ha de adoptarse en presencia de los representantes lega-

³Cc Toledo (art. 8).

les de los trabajadores⁴, y ello con independencia de que la modificación a introducir tenga naturaleza individual o colectiva. Dado que con el artículo 41 ET en la mano el empresario siempre puede introducir unilateralmente este tipo de modificaciones —el art. 41 ET proceduraliza de distinta forma la actuación empresarial en función de que la modificación tenga naturaleza individual o colectiva, pero sin llegar a suprimir esta facultad del empresario— es claro que la exigencia de este acuerdo individual supone una mejora de los límites legales. En la misma línea, constituye asimismo una mejora del procedimiento legal el incremento convenido de la indemnización para el caso de que aun tratándose de una modificación sustancial justificada, el trabajador decida extinguir su contrato a causa de la misma. Para tales casos, algún convenio contempla el derecho del trabajador a percibir una indemnización de veinticinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año con un máximo de quince mensualidades⁵.

Mayores problemas plantean las cláusulas convencionales que diseñan procedimientos modificatorios de condiciones de trabajo más laxos que el legal, lo que obviamente beneficia al empresario y no tanto al trabajador. En alguna ocasión este tipo de cláusulas se utiliza para gestionar la distribución del tiempo de trabajo. Así, por ejemplo, existen convenios que previenen que el empresario puede modificar de forma unilateral el horario de sus trabajadores sin respetar otro procedimiento que la comunicación de su decisión con tres días como poco de antelación⁶, en lugar de los treinta que establece la ley. Al respecto, y sin negar que una interpretación literal y finalista de la norma en juego podría conducir a declarar la ilegalidad radical de este tipo de cláusulas por atentar a la norma mínima del artículo 41 ET, la jurisprudencia ordinaria y también nuestra doctrina judicial vienen haciendo una lectura amplificadora de las facultades de la negociación colectiva ante este tipo de supuestos (STS 5/6/02). En cualquier caso, parece prudente considerar que el problema es de límites y que se hace necesario establecer una distinción entre una atribución convencional lícita de facultades modificatorias al empresario y una atribución convencional desmesurada o poco razonable que a la postre no tiene otro sentido que el de dejar indeterminado el tiempo de ejecución del contrato de trabajo, lo que equivaldría a dejar indeterminado el propio objeto de dicho contrato.

⁴ Vid. cc Cáceres (art. 31).

⁵ Vid. cc Cáceres (art. 31).

⁶ Vid. cc Gipuzkoa (art. 24).

IV. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y EXCEDENCIA FORZOSA

Suspensión del contrato de trabajo y excedencia forzosa constituyen situaciones de exoneración recíproca de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo pero con mantenimiento de la vigencia de la relación contractual. El trabajador cuenta con el derecho al reingreso en la empresa, con o sin reserva del puesto de trabajo, según los casos, y se mantienen ciertos derechos y obligaciones para ambas partes, tales como el cómputo del periodo suspensivo a efectos de antigüedad o el deber de buena fe contractual. Los arts. 48 y 48 bis del ET regulan los supuestos de suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo.

Las causas de suspensión aparecen enunciadas en el art. 45.1 del ET: a) mutuo acuerdo de las partes; b) las consignadas válidamente en el contrato; c) la incapacidad temporal del trabajador; d) maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque estos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas; e) ejercicio de cargo público representativo; f) privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria; g) suspensión de sueldo y empleo por razones disciplinarias; h) fuerza mayor temporal; i) causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; j) excedencia forzosa; k) por el ejercicio del derecho de huelga; l) cierre patronal de la empresa; y, m) por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto como consecuencia de ser víctima de violencia de género. Como dato anecdótico, el art. 45 del ET alude también al cumplimiento del servicio militar o prestación social sustitutoria a pesar de que los RRDD 247/2001 y 322/2001 suprimieron estas prestaciones.

Los convenios colectivos que se han examinado no se caracterizan ni por su originalidad ni por su atrevimiento. Con carácter general, el régimen legal de la institución de la suspensión contractual vuelve a estar normado a través de la técnica del Derecho imperativo del Estado, siendo la ejecutividad y directa aplicabilidad de la norma

estatal lo que probablemente explique el escaso interés convencional por este extremo. Lo normal es que los convenios colectivos o bien se limiten a reproducir parcialmente la regulación legal⁷, o bien intervengan concretando algunas de estas situaciones o los efectos de la suspensión contractual. En este último sentido, el aspecto que más interés viene suscitando en la negociación colectiva es el de los efectos de la incapacidad temporal. Así, se regula la situación de coincidencia de la baja con días libres, por ejemplo disponiendo que el trabajador puede optar por recuperar los días de baja con su correspondiente abono, trabajándolos⁸, o reconociendo la facultad empresarial de comprobar la veracidad de la baja mediante un médico designado por la comisión paritaria⁹, o directamente por la empresa¹⁰. El extremo relativo a los regímenes convenidos de mejora de las prestaciones públicas, por lo demás, es un punto que ha sido tratado en los Capítulos VI y IX.

En relación con la excedencia forzosa, el supuesto legalmente previsto es relativo al ejercicio de un cargo público representativo que imposibilita la asistencia al trabajo (art. 46.1 ET). Observando la tónica habitual, la naturaleza imperativa de la correspondiente norma reguladora encauza la intervención convencional en la clásica línea de mejora, lo que explica que la pauta que observa la mayoría de los convenios colectivos sea limitarse a transcribir la regulación legal¹¹. A pesar de ello, también pueden hallarse cláusulas convencionales que proceden a mejorar en algún extremo el correspondiente dictado legal, por ejemplo extendiendo la situación de excedencia forzosa a todo cargo sindical de relevancia provincial a nivel de secretariado del sindicato y nacional en cualquiera de sus modalidades¹², o previendo que los trabajadores encuadrados en determinadas categorías profesionales —conductor o ayudante de conductor— accederán a la situación de excedencia forzosa en determinadas circunstancias —cuando resulten sancionados con la retirada o suspensión del carné de conducir—, excedencia que por lo demás tiene la duración de un año¹³.

⁷ Vid. cc Almería (art. 27) y Palencia (art. 43) en relación con los casos de maternidad, riesgo durante el embarazo y adopción o acogimiento; cc Tenerife (art. 29), en referencia los supuestos de concurrencia de razones económicas; cc Alicante (DA 13^a) respecto de la suspensión temporal del contrato por concurrir situaciones de violencia de género.

⁸ Vid. cc Madrid de hospedaje (art. 34).

⁹ Vid. cc Valladolid (art. 21)..

¹⁰ Vid. Cc. Hotel Tierra Mar (art. 15) y cc Marbella Club Hotel (art. 25).

¹¹ Vid. cc Cádiz (art. 25), cc Segovia (art. 29).

¹² Vid. cc Almería (art. 28).

¹³ Vid. Cc Madrid-Hostelería (art. 43).

V. EXCEDENCIA VOLUNTARIA.

El marco legal estatutario (art. 46 ET) contempla un supuesto de excedencia voluntaria común y dos especiales que refieren al cuidado de hijos o familiares y al ejercicio de funciones sindicales. Por su parte, la negociación colectiva puede concretar estos tres supuestos y añadir otros.

En el caso de la excedencia voluntaria común, el art. 46.2 del ET reconoce este derecho a los trabajadores «... *con al menos una antigüedad en la empresa de un año...*». Aunque la literalidad de la norma puede llevar a interpretar que el periodo exigido es un tiempo mínimo, parece más adecuado interpretar, de acuerdo con la naturaleza —ahora sí— mínima e inderogable que hay que presuponer a esta norma legal, que el mínimo de derecho necesario que constituye el año constituye un máximo, por lo que el sentido de la intervención de la negociación colectiva sólo puede ser reduciendo en beneficio del trabajador el plazo legalmente exigido para causar derecho a esta excedencia. La negociación colectiva no puede, por tanto, aumentar la antigüedad por ejemplo a dos años, como hace algún convenio¹⁴. Por otro lado, el tiempo de excedencia no puede ser inferior a cuatro meses ni superior a cinco años, existiendo algún convenio que aumenta la duración mínima y/o acorta la máxima¹⁵. Con carácter general, una pauta convencional usual es remitirse a la legislación vigente o reproducirla¹⁶. Entre los convenios que delimitan con mayor detalle el régimen jurídico de la excedencia voluntaria, algunos tanto sectoriales como de empresa determinan el plazo para comunicar la decisión de acogerse a la misma¹⁷, otros hacen lo mismo con el plazo con el que hay que solicitar el reingreso¹⁸ y otros

¹⁴ Cc Ourense (art. 13).

¹⁵ Vid. cc. Cataluña (art. 20), cc Asturias (art. 20), cc Almería (art. 28), cc Teruel (art. 18), cc Zaragoza (art. 33), cc Albacete (art. 20), cc Salamanca (art. 43), cc Segovia (art. 29), cc Ourense (art. 13), cc Pontevedra (art. 18), cc Alicante (art. 30), cc Valencia (art. 25), cc Hotel Chamartín (art. 27), cc Hotel NH Atlántico (art. 19), cc Hotel Abba Parque (art. 22), cc Hotel Hesperia Presidente (art. 23), cc Hotel Hesperia Peregrino (art. 17) y cc Hotel Hesperia Finisterre (art. 19).

¹⁶ Vid. cc Cantabria (art. 20), cc Madrid-Hostelería (art. 43 bis), cc Palencia (art. 21).

¹⁷ Vid. Cc. Cataluña (art. 20), cc Tenerife (art. 26), cc Alicante (art. 30), cc Valencia (art. 25), cc Hotel NH Atlántico (art. 19), cc Hotel Hesperia Peregrino (art. 17) y cc Hotel Hesperia Finisterre (art. 19).

¹⁸ Vid. cc Cataluña (art. 20), cc Tenerife (art. 26) y cc Hotel Hesperia Presidente (art. 23), que distinguen en función de la duración de la excedencia. Si la excedencia es superior al año, el plazo de preaviso es de treinta días, y si es inferior, de quince. Por su parte, el cc Valencia (art. 25) instaura plazos distintos en virtud de la clasificación del trabajador. Asimismo, vid. cc Asturias (art. 20), cc Las Palmas (art. 34), cc A Coruña (art. 23), cc Ourense (art. 13), cc Pontevedra (art. 18), cc Alicante (art. 30), cc Hotel Chamartín (art. 27), cc Hotel NH Atlántico (art. 19), cc Hotel Hesperia Peregrino (art. 17) y cc Hotel Hesperia Finisterre (art. 19).

prevén prórrogas que no pueden superar la duración máxima legal ¹⁹. La excedencia no se acompaña de la reserva del puesto de trabajo sino de una preferencia para el reingreso en vacante de igual o similar categoría (art. 46.5 ET). No obstante, hay convenios que garantizan la reserva del puesto durante un cierto tiempo ²⁰ o a condición de que el trabajador no haya prestado servicios durante la excedencia en empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio correspondiente ²¹, existiendo asimismo otros que configuran esta circunstancia como causa de resolución del contrato ²². En ocasiones, en fin, se deniega el derecho si se da el caso de que en la empresa existe un mínimo del 5 por 100 de la plantilla en dicha situación ²³.

La excedencia voluntaria del art. 46.3 del ET está prevista para el cuidado de hijos —naturales o adoptivos—, por causa de acogimiento —permanente o preadoptivo— y para cuidar familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividades retribuidas. Sobre esta base, y no siendo pocos los convenios colectivos que se limitan a transcribir la regulación legal ²⁴, a veces se introducen causas como el cuidado de la pareja de hecho del trabajador ²⁵. Dado que la norma reguladora no exige otros requisitos para causar derecho a esta excedencia, las cláusulas convencionales que imponen requisitos como una antigüedad mínima del trabajador en la empresa deben ser tenidas por no puestas ²⁶. Este tipo de excedencia no tiene una duración mínima, pero sí máxima. En caso de cuidado de hijos o acogimiento, la duración máxima es de tres años a contar desde el nacimiento del hijo

¹⁹ Es el caso, entre otros, del cc Cádiz (art. 26).

²⁰ Es el caso del cc La Rioja (art. 19) y cc Tenerife (art. 26), que garantizan dicho derecho durante los tres primeros años; cc Bizkaia (art. 25) y Hotel Abba Parque (art. 22), a lo largo de los dos años; cc Navarra (art. 34) y cc Segovia (art. 29), durante el primer año. Por su parte, el cc Teruel (art. 18) garantiza la readmisión en un plazo máximo de cinco meses a contar desde la fecha de la solicitud de reincorporación.

²¹ Vid. cc Asturias (art. 20).

²² Vid. cc Las Palmas (art. 34), cc Tenerife (art. 26), cc A Coruña (art. 23), cc Ourense (art. 13), cc Pontevedra (art. 18), cc Alicante (art. 30), cc Hotel NH Atlántico (art. 19), cc Hotel Hesperia Peregrino (art. 17), cc Hotel Hesperia Finisterre (art. 19).

²³ Es el supuesto, por ejemplo, del cc Tenerife (art. 26), cc Hotel Abba Parque (art. 22).

²⁴ Vid. c Cataluña (art. 20), cc Navarra (art. 34), cc Palencia (art. 21), cc Salamanca (art. 43), cc A Coruña (art. 23), cc Hotel Hesperia Presidente (art. 23), cc Hotel Hesperia Peregrino (art. 17).

²⁵ Cc Baleares (art. 21).

²⁶ Vid. cc Baleares (art. 21), cc Hotel Tierra Mar (art. 28)

o resolución judicial o administrativa en supuestos de adopción o acogimiento, mientras que tratándose del cuidado de familiares la duración máxima es de dos años, salvo que la negociación colectiva disponga una duración mayor. La interpretación literal de las correspondientes normas reguladoras —«... duración no superior...»— pone a las claras que la negociación colectiva sólo puede aumentar esta duración cuando la ley se lo permita de forma expresa, aunque lo que en todo caso sí que puede hacer aquella fuente, y es algo que se refleja en algún convenio colectivo, es acortar la duración legal, por ejemplo a un año²⁷.

El art. 46.3 del ET previene que la excedencia voluntaria por cuidado de familiares constituye un derecho individual de los trabajadores, y que si dos o más de la misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento. En desarrollo de esta previsión, una práctica convencional consolidada a escala provincial es prohibir directa e inmatizadamente el ejercicio simultáneo de la misma excedencia por cuidado de hijos²⁸. La particularidad más destacable de este tipo de excedencia es que durante el primer año existe derecho a reserva de puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, el derecho a la reserva alcanza a puestos del mismo grupo o correspondientes a categorías profesionales equivalentes²⁹. Con relación a este último derecho, no parecen admisibles las cláusulas convenidas que lo obvian y en su lugar contemplan una mera preferencia para el reingreso en vacante de igual o similar categoría³⁰. Otros convenios colectivos actúan en sentido opuesto y extienden la reserva del puesto de trabajo a toda la excedencia³¹. De entre este grupo, alguno exige que el puesto de trabajo que se hubiere venido ocupando al pasar a dicha situación se cubra con un contrato de interinidad³². Tampoco es infrecuente, por lo demás, que la negociación colectiva se ocupe de particularidades como el plazo y forma de la solicitud de reingreso³³.

²⁷ Vid. Cc Baleares (art. 21), cc Albacete (art. 20), cc Segovia (art. 29), cc Valladolid (art. 7), cc Alicante (art. 30).

²⁸ Vid. cc Cantabria (art. 21), cc La Rioja (art. 19), cc Cádiz (art. 26).

²⁹ Así se reproduce también en los convenios colectivos. Tal es el supuesto del cc Albacete (art. 20), cc Segovia (art. 29), cc Valladolid (art. 7).

³⁰ Vid. cc Cantabria (art. 21).

³¹ Vid. cc Álava (art. 25), cc Burgos (art. 18).

³² Vid. cc Asturias (art. 20).

³³ Cfr. Madrid-Hospedaje (art. 35), cc Madrid-Hostelería (art. 43 bis), cc Baleares (art. 21), cc Burgos (art. 18).

Otro tipo de excedencia voluntaria es la reconocida para el ejercicio de funciones sindicales (art. 46.4 ET), y al respecto cabe manifestar que existe algún convenio colectivo que incluye en este tipo de excedencia el ejercicio de cargo político³⁴. Por otro lado, la negociación colectiva actúa con frecuencia la posibilidad que le abre el art. 46.6 del ET y extiende la situación de excedencia a otros supuestos, usualmente con derecho a reserva del puesto de trabajo, entre los que destacan los siguientes: a) otras razones de orden familiar³⁵, por ejemplo la enfermedad grave o muerte de familiares de primer grado³⁶, a veces exigiéndose acreditar la necesidad de atender personalmente las consecuencias derivadas de tales situaciones³⁷; b) excedencia al término de la baja por maternidad, para trabajadoras vinculadas a la empresa mediante un contrato indefinido³⁸; c) por traslado del centro de trabajo fuera de la Comunidad autónoma del cónyuge o pareja de hecho conviviente³⁹; d) para cursar estudios⁴⁰; e) excedencia para facilitar la promoción profesional del trabajador fijo o fijo discontinuo⁴¹; f) por razón del matrimonio del trabajador⁴²; g) excedencia para seguir tratamiento bajo vigilancia médica por razones de toxicomanía o alcoholemia⁴³; h) excedencia a favor de trabajadores con entre dos y cinco años de antigüedad⁴⁴; e, i) excedencias por causa grave⁴⁵ o por cualquier causa justificada, a juicio de la empresa⁴⁶.

VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Las causas de extinción del contrato están enumeradas en el art. 49.1 del ET, no siendo posible su alteración por convenio colectivo.

³⁴ Vid. cc Cantabria (art. 22), cc Granada (art. 25), Las Palmas (art. 34), cc Badajoz (art. 18).

³⁵ Vid. cc Jaén (art. 30), cc Málaga (art. 25), cc Bizkaia (art. 25), cc Ciudad Real (art. 21).

³⁶ Vid. cc Las Palmas (art. 34), cc Tenerife (art. 26), cc Hotel Abba Parque (art. 22), cc Hotel Hesperia Presidente (art. 23).

³⁷ Vid. cc. Madrid-Hospedaje (art. 35), cc Alicante (art. 30), cc Hotel Tierra Mar (art. 28)

³⁸ Esta excedencia se reconoce en el cc Salamanca (art. 43) sin perjuicio de la excedencia prevista en el art. 46.3 del ET.

³⁹ Vid. cc Madrid-Hospedaje (art. 35), Madrid-Hostelería (art. 43 bis), Baleares (art. 21).

⁴⁰ Vid. cc Madrid-Hospedaje (art. 35), cc Madrid-Hostelería (art. 43 bis), cc Baleares (art. 21), cc La Rioja (art. 19), cc Navarra (art. 33), cc Jaén (art. 30), cc Málaga (art. 25), cc Alicante (art. 30), cc Hotel Tierra Mar (art. 28).

⁴¹ Vid. cc Baleares (art. 21).

⁴² Vid. cc Almería (art. 29).

⁴³ Vid. cc Alicante (art. 30), cc Ceuta (art. 48).

⁴⁴ Vid. cc Córdoba (art. 46), cc Gipuzkoa (art. 48).

⁴⁵ Vid. cc Jaén (art. 30).

⁴⁶ Vid. cc Granada (art. 24).

Sin embargo, sí es posible que la negociación colectiva complete y/o desarrolle la regulación estatutaria de las diferentes formas de extinción del contrato. Éstas se pueden clasificar según si la extinción se produce por voluntad del empresario o por causas que afectan a su persona, por voluntad del trabajador o causas que afectan a su persona, o por llegada del término final de un contrato temporal.

Por lo que hace a la primera categoría de causas extintivas, destaca la jubilación del empresario. El art. 49.1.g) del ET contempla una indemnización a favor del trabajador que consiste en una cantidad equivalente a un mes de salario. Sin embargo, algún convenio colectivo la cuantifica en un importe de una mensualidad y media del salario base, lo que puede significar una cantidad mayor o menor, según los casos, de la indemnización legalmente prevista⁴⁷. En este último caso, debería retomarse la indemnización legal. Por otra parte, el principio relativo a la estabilidad en el empleo que preside el régimen legal de las causas extintivas determina que la negociación colectiva disfrute de poco espacio regulador, lo que se manifiesta sobre todo en materia de extinción del contrato por voluntad del empresario. Sin embargo, existen convenios colectivos que se aventuran en el terreno de los despidos económicos⁴⁸, por ejemplo habilitando a un representante de los sindicatos firmantes para asistir a las reuniones que se celebren en calidad de asesor, con voz pero sin voto, siempre que ello sea solicitado por mayoría simple de la representación legal de los trabajadores⁴⁹. Otros convenios, en fin, elevan la indemnización legal, la cual pasa a ser de treinta días de salario por año de servicios con un máximo de doce mensualidades⁵⁰ o de veinte días por año con un máximo de cuatrocientos días⁵¹.

Respecto de la extinción por voluntad del trabajador o por causas que afectan a su persona, los supuestos más tratados son el desistimiento y la jubilación. En cuanto al desistimiento (art. 49.1.d) ET), el plazo de preaviso usualmente varía en función de la clasificación profesional⁵². Así, los trabajadores de categoría más elevada deben

⁴⁷ Vid. cc Madrid-Hostelería (art. 39 bis).

⁴⁸ Vid. cc Gipuzkoa (art. 25).

⁴⁹ Vid. cc Málaga (art. 27).

⁵⁰ Vid. cc Álava (art. 35).

⁵¹ Vid. cc Gipuzkoa (art. 25).

⁵² Vid. cc Murcia (art. 21), cc Málaga (art. 49), cc Bizkaia (art. 13), cc Gipuzkoa (art. 52), cc Guadalajara (art. 10), cc Palencia (art. 10), cc Valladolid (art. 30), cc A Coruña (art. 28), cc Ourense (art. 17), cc Hotel Abba Parque (art. 10), cc Hotel Hesperia Presidente (art. 12), cc Hotel Hesperia Peregrino (art. 21).

efectuarlo con unos veinte o treinta días de antelación y el resto con diez o quince. Ocasionalmente se contempla el plazo único de quince días⁵³. El incumplimiento de estos plazos da derecho a la empresa a descontar de la liquidación el importe del salario correspondiente a los días omitidos⁵⁴, a veces incluso pudiendo practicar la liquidación en el plazo de cinco días⁵⁵. En cuanto a la jubilación, uno de los asuntos estrella es la jubilación especial a los sesenta y cuatro años con el 100 por 100 de los derechos pasivos, ex RD 1194/1985⁵⁶. En línea con dicha norma, se añade el compromiso de la empresa de sustituir al trabajador jubilado por otro de entre los que hubiesen sido trabajadores temporales durante el último año o, en su defecto, con un demandante de empleo⁵⁷. También se contempla la jubilación obligatoria a los sesenta y cinco años vinculada al mantenimiento de empleo (DA 10ª ET). En el marco de esta pauta, cabe distinguir los convenios colectivos que sólo requieren que el trabajador tenga cubierto el periodo mínimo de carencia para la modalidad contributiva⁵⁸, o que tenga cotizados treinta años o más a la Seguridad Social⁵⁹, y los que exigen que el trabajador haya alcanzado el 100 por 100 de la prestación pública de jubilación⁶⁰. Ocasionalmente se prevén pactos trabajador/empresa para que la relación laboral prosiga, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda darla por ter-

⁵³ Vid. cc Álava (art. 40), cc Cuenca (art. 34), cc Toledo (art. 19), cc Segovia (art. 43), cc Castellón (art. 30). Por su parte, el cc Burgos (art. 30) rebaja el preaviso a 10 días.

⁵⁴ Vid. cc Murcia (art. 21), cc Málaga (art. 49), cc Álava (art. 40), cc Bizkaia (art. 13), cc Gipuzkoa (art. 52), cc Toledo (art. 15), cc Burgos (art. 30), cc Palencia (art. 10), cc Valladolid (art. 30), cc Ourense (art. 17), cc Hotel Abba Parque (art. 10), cc Hotel Hesperia Presidente (art. 10). Por su parte, el cc Hotel Hesperia Peregrino (art. 21) sanciona el incumplimiento del plazo de preaviso con la pérdida de la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

⁵⁵ Vid. cc Murcia (art. 21).

⁵⁶ Vid. cc Madrid-Hostelería (art. 41), cc La Rioja (art. 21), cc Navarra (art. 25), cc Asturias (art. 25), cc Almería (45), cc Cádiz (art. 32), cc Jaén (art. 23), cc Málaga (art. 51), cc Sevilla (art. 33), cc Teruel (art. 31), cc Zaragoza (art. 39), cc Bizkaia (art. 9), cc Gipuzkoa (art. 30), cc Las Palmas (art. 35), cc Albacete (art. 14), cc Guadalajara (art. 21), cc Burgos (art. 21), cc León (art. 22), cc Palencia (art. 34), cc Salamanca (art. 41), cc Valladolid (art. 23), cc A Coruña (art. 25), cc A Coruña (art. 21), cc Ourense (DA 7ª), cc Valencia (art. 26), cc Ceuta (art. 46).

⁵⁷ Vid. cc Madrid-Hostelería (art. 41).

⁵⁸ Vid. cc Baleares (art. 33), cc Asturias (art. 46), cc Murcia (art. 40), cc Sevilla (art. 33), cc Bizkaia (art. 20), cc Tenerife (art. 48), cc Valladolid (art. 23), cc Badajoz (art. 44), cc A Coruña (art. 25), cc Ourense (DA 8ª), cc Ceuta (art. 47), cc Hotel Tierra Mar (art. 30).

⁵⁹ Vid. cc Málaga (art. 51).

⁶⁰ Vid. cc Madrid-Hostelería (art. 41), cc Hotel Hesperia Finisterre (art. 22).

minada previa comunicación a la otra⁶¹. Y también es posible hallar convenios que contemplan la necesidad de que la empresa cumpla con unos porcentajes mínimos de plantilla fija para poder ejecutar las medidas de jubilación forzosa⁶².

En cuanto a la extinción del contrato por llegada del término final de un contrato temporal, las previsiones convencionales más características atañen al plazo de preaviso y al régimen indemnizatorio. Por lo que concierne al primer punto, usualmente se contemplan plazos de quince días de antelación, con independencia de si la duración del contrato es o no inferior al año⁶³. Por otro lado, tampoco es raro encontrar convenios que modalizan la indemnización prevista en el art. 49.1.c) del ET, calculada a razón de ocho días de salario por año de servicio, y la establecen en un día y medio de salario por mes trabajado⁶⁴. Dado que la naturaleza de la norma legal se corresponde con el esquema del derecho mínimo, las cuantías indemnizatorias que aplicando la fórmula convencional resulten inferiores a ocho días de salario deberán ser sustituidas automáticamente por la cuantía legal.

Con independencia de la causa a la que haya obedecido la extinción contractual, un último extremo que en los convenios colectivos del sector que se analiza viene siendo objeto de atención recurrente es el régimen jurídico del denominado recibo de finiquito. Hay convenios que contienen un modelo formalizado⁶⁵; otros requieren la entrega al trabajador de la copia del finiquito antes de proceder a la extinción contractual, a fin de que el trabajador realice las comprobaciones oportunas⁶⁶; otros se ocupan, en línea con la regulación legal, de las condiciones de validez de su valor extintivo de la relación laboral⁶⁷; y algunos más reconocen dicho valor extintivo si pasados quince días naturales los trabajadores no han mostrado su disconformidad⁶⁸. En esta línea, existen convenios que niegan valor liberatorio al finiquito respecto de los conceptos eventualmente desconocidos por empresa y trabajador al momento de su firma⁶⁹, como

⁶¹ Vid. cc Baleares (art. 33), cc Asturias (art. 46).

⁶² Vid. cc Málaga (art. 51).

⁶³ Vid. cc Valladolid (art. 30), cc Castellón (art. 30).

⁶⁴ Vid. cc Álava (art. 34).

⁶⁵ Vid. cc Granada (art. 14), cc Teruel (art. 35), cc Toledo (art. 18), cc Palencia (art. 42), cc Pontevedra (Anexo III).

⁶⁶ Vid. cc Granada (art. 14), cc Bizkaia (art. 13), cc Gipuzkoa (art. 26), cc Salamanca (art. 44), cc Hotel Abba Parque (art. 10).

⁶⁷ Vid. cc Ciudad Real (art. 13).

⁶⁸ Vid. cc Málaga (art. 50).

⁶⁹ Vid. cc Huesca (art. 28) cc Gipuzkoa (art. 52).

incrementos y revisiones salariales⁷⁰. La actitud de la empresa que no liquida en tiempo, por lo demás, puede generar el derecho del trabajador a ser indemnizado⁷¹. Y una medida excepcional, dirigida a evitar prácticas de competencia desleal entre empresas del sector, es exigir visado de las federaciones firmantes del convenio colectivo en cuestión para todas las propuestas de finiquito⁷².

VII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Los arts. 58 y 60.2 del ET diseñan el régimen disciplinario laboral contando para ello con la intervención absolutamente necesaria de la negociación colectiva. Esta fuente, en efecto, debe encargarse de completar la relación de faltas laborales pergeñada en el art. 54.2 del ET, que relaciona de modo abierto un catálogo de incumplimientos contractuales que en su caso pueden dar lugar al despido disciplinario, y debe asimismo confeccionar una graduación de faltas laborales de cara a establecer la correspondiente lista de sanciones, que también deben aparecer convencionalmente tipificadas. Este régimen legal se construye sobre una serie de previsiones imperativas, de fondo y de forma. Las primeras se corresponden con los plazos de prescripción de las faltas laborales (art. 60.2 ET) y con la prohibición de imponer sanciones consistentes en multas de haber o en reducir la duración de los descansos, especialmente las vacaciones (art. 58.3 ET), mientras que las reglas de forma obligan al empresario a notificar por escrito la sanción en caso de falta grave o muy grave haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan (art. 58.2 ET).

Conocido el papel central que la negociación colectiva tiene reservado por la ley en materia de régimen disciplinario, este aspecto está presidido en el sector de la hostelería por la regulación que incluye el Capítulo VI del texto refundido del III Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería. Precisamente, el ALEH incluye desde su versión como texto refundido de 2007 la propuesta presentada por uno de los grupos de trabajo constituidos en el seno de su comisión negociadora para actualizar la regulación del régimen disciplinario laboral del sector, que incluía por ejemplo faltas laborales traídas desde la correspondiente Ordenanza laboral. El régimen

⁷⁰ Vid. cc Teruel (art. 35).

⁷¹ Vid. cc Gipuzkoa (art. 52), cc Alicante (art. 18), cc Hotel Abba Parque (art. 10), cc Hotel Hesperia Presidente (art. 12).

⁷² Vid. cc Cáceres (art. 27).

disciplinario en este sector queda, así, por decisión de los firmantes del Acuerdo, expresamente reservado a dicho ámbito sectorial estatal (art. 10 ALEH). Esta reserva determina, y es el dato a retener, que a la negociación colectiva de ámbito inferior le quede reservado un papel absolutamente marginal que de ningún modo puede significar una alteración del régimen previsto en el nivel sectorial estatal. Esta circunstancia explica que todos los convenios colectivos de ámbito empresarial examinados así como la mayoría de los convenios provinciales del sector o dejen en blanco la cuestión disciplinaria o se remitan a tal efecto a lo estipulado en el ALEH⁷³.

Algunos convenios provinciales, como se dice, se ocupan del régimen disciplinario. Y a pesar de la reserva que de esta materia formula el ALEH, no puede afirmarse que lo hagan contraviniendo las prescripciones del Acuerdo nacional. Esto es así porque las correspondientes cláusulas convencionales en la práctica no hacen sino repetir, usualmente de forma literal, las reglas del Acuerdo nacional⁷⁴. En este sentido, tanto el ALEH como estos convenios reconocen la potestad empresarial de sancionar los incumplimientos contractuales de los trabajadores y declaran la susceptibilidad de revisión judicial de la sanción, establecen los criterios de graduación de las faltas y el procedimiento sancionador, tipifican y gradúan las faltas y sanciones y fijan, por último, los plazos de prescripción; y todo ello en armonía con el régimen legal. La identidad de contenidos es especialmente advertible en la relación de faltas, por ejemplo en aspectos sustanciales como la determinación del número de inasistencias o impuntualidades del que se hace depender la calificación de la falta; en la alusión innecesaria a causas legales como la disminución continuada y voluntaria del rendimiento o la trasgresión de la buena fe contractual; o en la especificación de la falta consistente en simulación de enfermedad o alegación de accidente para no acudir al trabajo. Por lo demás, el ALEH incluye desde 2007 varias previsiones: a) plazos para la imposición de la sanción empresarial coordinados con los de conciliación extrajudicial, incluyendo las causas de suspensión de dichos plazos; b) regulación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la falta consistente en inasistencias, impuntualidades o abandonos injustificados en cómputo mensual; y, c) nuevas faltas laborales, como el acoso moral y discriminatorio o el uso abusivo de herramientas informáticas empresariales.

⁷³ Vid., incluyendo esta remisión, cc Zaragoza (art. 49), cc Álava (art. 41), cc Bizkaia (art. 32).

⁷⁴ Vid. Por ejemplo, cc Asturias (cap. VII), cc Almería (cap. X), cc Jaén ((cap. VI), cc Cataluña (cap. XV), cc Valladolid (cap. IX).

VIII. CONCLUSIONES

Los convenios colectivos del sector hostelero del territorio nacional se ocupan de las vicisitudes del contrato de trabajo desde una óptica eminentemente estática que responde a una lógica exclusivamente concesivo adquisitiva, ceñida a la mejora de los clásicos límites legales. Ello, por lo pronto, contrasta con las indicaciones contenidas en los sucesivos AINC y que también aparecen implícitamente reflejadas en el actual, el de 2007, y que en definitiva son relativas a la apuesta por el convenio colectivo como instrumento de organización del trabajo, más allá por tanto de su concepción como mero instrumento de regulación de condiciones de trabajo.

La movilidad geográfica es objeto de mejoras convenidas en extremos puntuales como compensaciones económicas y preferencias y prioridades ante desplazamientos y traslados. Se dejan sin especificar, por tanto, aspectos tan importantes como por ejemplo la delimitación de cuándo cabe entender que la medida de movilidad implica para el trabajador la necesidad de cambiar su residencia. Las pautas en materia de modificaciones sustanciales son muy similares. Lo usual es reproducir innecesariamente el texto legal y en ocasiones introducir mejoras como la exigencia de acuerdo en todo caso para actuar la modificación o el aumento de la indemnización en los casos de rescisión indemnizada del contrato. También existen, por lo demás, cláusulas convencionales que interaccionan con la ley y dibujan procedimientos modificatorios de condiciones particulares, como el horario, más laxos que el legal.

Este mimetismo con la regulación legal es especialmente criticable en un terreno crucial para contribuir a que exista una conciliación real entre vida familiar y laboral. En materia de suspensiones y excedencias, en efecto, una pauta bien consolidada entre los interlocutores sociales del sector es conformarse con desarrollos y mejoras puntuales de la regulación legal. Tal ocurre, por ejemplo, con la regulación de los efectos de la suspensión por IT sobre los tiempos de descanso del trabajador o con la extensión de la situación de excedencia forzosa a otros supuestos distintos del legal. Otra pauta convencional es mejorar el régimen de la excedencia voluntaria, por ejemplo extendiendo la garantía de reserva del puesto de trabajo. También es objeto de mejora el régimen de las excedencias voluntarias por cuidado de hijos y otros familiares, existiendo alguna cláusula no obstante que rebaja indebidamente los estándares de protección legal, por ejemplo cuando se transforma el derecho a la reserva del puesto en una mera

expectativa. Cabe reseñar asimismo que la negociación colectiva actúa con frecuencia la posibilidad que le abre el art. 46.6 del ET y delimita nuevos supuestos de excedencia voluntaria, usualmente con derecho a reserva del puesto de trabajo.

En materia de extinción del contrato la negociación colectiva de nuestro sector hostelero observa la misma tónica general, limitándose a las clásicas mejoras en extremos muy concretos como indemnizaciones o plazos de preaviso. Acaso se aprecia una mayor amplitud de miras en aspectos como la jubilación forzosa y anticipada del trabajador —quedando no obstante al margen la jubilación parcial— o el régimen jurídico del finiquito, donde proliferan distintos tipos de cláusulas convencionales que coinciden en dificultar las prácticas empresariales fraudulentas. Y por lo que respecta al régimen sancionador, en fin, hay que valorar muy positivamente que desde el año 2007, y fruto del carácter dinámico que los negociadores del ALEH imprimieron desde su inicio a la administración negociada de dicho texto, hoy se cuente con un régimen bastante acabado en este sector que sin duda contribuye a clarificar muchos aspectos y a proporcionar, por ende, seguridad jurídica.

CAPÍTULO XI. DERECHOS COLECTIVOS

Remedios Roqueta Buj

Sumario: I. Introducción. II. La representación legal de los trabajadores en la empresa. III. Las secciones y delegados sindicales. IV. Derecho de reunión de los trabajadores. V. Recaudación de la cuota sindical y abono del canon por negociación colectiva. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de los derechos colectivos es muy dispar en el conjunto de los convenios colectivos del sector de hostelería. Bajo formulaciones distintas, la mayoría de los convenios supraempresariales atienden preferentemente al tema, incluso dedicando un amplio capítulo o, al menos, varios artículos más o menos extensos. Sin embargo, el interés por la materia es menor en los convenios colectivos de ámbito inferior, reduciéndose considerablemente el porcentaje de convenios que desarrollan cláusulas particulares.

El régimen jurídico aplicable a los representantes unitarios y sindicales en la empresa es negociable. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 85.1 del ET, entre las materias susceptibles de negociación, figuran las «materias de índole {...} sindical y, en general, cuantas otras afecten {...} al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales». Centrando la atención en el espacio en el que puede desenvolverse la negociación colectiva propiamente dicha, y por lo que se refiere al alcance que debe otorgarse a la expresión materias de índole «sindical», debe sostenerse un sentido amplio de actividad sindical, entendida como actuación colectiva de los trabajadores y de sus representantes tanto unitarios como sindicales.

II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

El ET, al regular las representaciones unitarias ha dejado poco espacio real a la intervención de la autonomía colectiva. La minuciosidad de detalles del Título II de esta disposición legal, abarcando tanto los aspectos más generales como descendiendo al funcionamiento puntual de los representantes, da lugar a que difícilmente pueda realizarse una labor innovadora por parte de las mesas de negociación.

Pero, vayamos por partes.

1º) Las circunscripciones electorales, el número de representantes unitarios a designar por los trabajadores en cada unidad electoral y el procedimiento electoral vienen determinados por los arts. 62 y siguientes del ET. Tales preceptos no tienen carácter de mínimos mejorables, sino de condiciones legales de derecho necesario. Por

consiguiente, el número de representantes unitarios no es ampliable a través de la negociación colectiva. Ello se explica por el hecho de que dicho número constituye el punto de referencia que toma la Ley Orgánica de Libertad Sindical, 11/1985, de 2 de agosto (LOLS), para el cómputo de la representatividad sindical; cómputo que quedaría distorsionado, y en última instancia invalidado, si en cada empresa se pudiera incrementar el número de representantes unitarios. En consecuencia, resultan nulas algunas previsiones particulares; así, por ejemplo, aquella que posibilita «hacer Elecciones Sindicales cuando así lo decidan los trabajadores en votación previa» en las empresas o centros de trabajo de 3 a 10 trabajadores¹. Pero, por lo general, la negociación colectiva no suele incidir sobre esta cuestión.

2º) Las facultades de los representantes unitarios se encuentran enumeradas con carácter mínimo en el art. 64 del ET y en otra serie de disposiciones. Por lo que, aunque nada impide a los convenios colectivos modificar o ampliar tales facultades, la negociación colectiva resulta poco innovadora sobre esta cuestión. En efecto, normalmente la misma guarda silencio sobre las facultades de las representaciones unitarias de los trabajadores o se limita a reflejar el contenido de los preceptos legales. No obstante, en alguna ocasión incluye alguna función o competencia novedosa o singular, como por ejemplo: «participar, junto con la empresa, en la administración de los fondos sociales, culturales o recreativos, servicios sociales y economato que existieran en la misma»²; «representar el conjunto de los trabajadores en la tramitación de los expedientes de regulación de empleo»³; recibir «el resumen de la jornada diaria de cada trabajador a efectos de conocer el cómputo de las horas extraordinarias»⁴; participar «en la planificación de la Formación Profesional que se organice por parte de la Dirección»⁵; vigilar «la calidad de la docencia y de la efectividad de las mismas en los centros de formación de las empresas»⁶; tener «intervención directa en las cuestiones que se susciten por deficiente clasificación profesional, o por nueva clasificación de personal, resolviendo en primera instancia con la Dirección que se elevará a la Autoridad Laboral en caso de desacuerdo»⁷; o, en fin, participar e intervenir «en la clasificación de cuadros

¹ Art. 43 CC Gipuzkoa.

² Art. 48 CC Las Palmas.

³ Art. 48 CC Las Palmas.

⁴ Art. 41 CC Tenerife.

⁵ Art. 54 CC Ávila.

⁶ Arts. 38 CC Badajoz y 40 CC Tenerife.

⁷ Art. 54 CC Ávila.

de horarios, turnos de vacaciones, información mensual escrita sobre la realización de horas extraordinarias» y «en la confección de plantillas ideales»⁸. Además, en alguna ocasión se dispone que «cuando en una empresa coexistan Comité de Empresa, Delegados de Personal o Sección Sindical, serán los trabajadores de la misma quienes decidan por mayoría cuál de ellos ostenta su representación en la negociación» y que «en el caso que se opte por las Secciones Sindicales, será necesario que sumen la mayoría de los miembros del Comité o Delegados de Personal»⁹. En cualquier caso, los convenios colectivos habrán de adaptarse en el futuro a los cambios incorporados en el art. 64 del ET por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre (BOE 17-11-2007), tal y como recuerda el apartado 4 del Capítulo V del ANC de 2007.

3º) En punto a los derechos y garantías de los representantes unitarios de los trabajadores, la autonomía colectiva guarda silencio o se limita a remitirse a lo dispuesto en el ET. Excepcionalmente, el art. 43 del CC de Tenerife obliga a las empresas, salvo las de restauración de menos de 30 trabajadores, a entregar a los Comités de Empresa o Delegados de Personal determinadas cantidades mensuales en atención a la plantilla de personal existente a fin de cada mes, correspondiendo a cada Comité de Empresa, por acuerdo mayoritario de sus miembros, diseñar un método de utilización de estos complementos y velar por la correcta administración de los mismos —debiéndose emplear, al menos, un 50 por 100 de las disponibilidades en bienes colectivos para los trabajadores—.

El crédito de horas laborales retribuidas sí es objeto de regulación convencional. En efecto, la negociación colectiva suele fijar el crédito horario, ampliando el legal, aunque a veces también opta por consignar un número fijo de horas disponibles, sin reparar en el volumen de la plantilla. Aunque el crédito de horas debe emplearse en el ejercicio de las funciones propias de representación, algunos convenios colectivos permiten que las horas retribuidas de que disponen los miembros de los comités de empresa o los delegados de personal puedan ser consumidas «a fin de prever la asistencia de los mismos a congresos, asambleas y cursos de formación, organizadas por sus sindicatos» y/ o por sus «institutos de formación y otras entidades»¹⁰. Además, en alguna ocasión se permite que de mutuo acuerdo entre la empresa y el representante legal de los trabajadores

⁸ Art. 54 CC Ávila.

⁹ Art. 35 CC Gipuzkoa.

¹⁰ Arts. 40 CC Illes Balears y 40 CC Madrid —Hostelería—.

se amplíen dichos permisos, teniendo dichas ausencias el carácter de no retribuidas¹¹. En cambio, algunos convenios colectivos precisan que el tiempo invertido en las reuniones celebradas a instancia de la empresa, en la negociación colectiva, en los expedientes de regulación de empleo o en la convocatoria oficial por la autoridad laboral judicial y/o el empleado en informar a los trabajadores durante las horas de trabajo, no consume el crédito de horas concedido para las funciones de representación¹². En cuanto a la utilización del crédito de horas, se exige que se moderen «las ausencias de estos representantes, de forma y manera que por coincidencia de ausentes no se altere el normal funcionamiento del proceso productivo»¹³. Además, se precisa que la ausencia debe comunicarse con la debida antelación no inferior a 48 horas, salvo casos de probada urgencia¹⁴, ó a 72 horas en situaciones ordinarias y a 24 horas en situaciones extraordinarias¹⁵, y que en la comunicación del preaviso debe figurar la motivación que justifique la ausencia¹⁶.

En cuanto a la acumulación del crédito horario entre los representantes unitarios, como quiera que el art. 68.e) del ET la condiciona a que se pacte en convenio colectivo, la autonomía colectiva suele reglamentar esta cuestión. Normalmente, el tiempo disponible podrá ser acumulado mensualmente en uno o en varios de los representantes unitarios¹⁷, aunque también se prevé que se haga bimensual¹⁸, trimestral¹⁹ o semestralmente²⁰. No siempre es automática la acumulación en cuanto comunicada a la empresa de forma fehaciente; así, dependiendo del número de trabajadores de la empresa, «la acumulación de horas deberá negociarse, entre la empresa y la central sindical»²¹; o se afirma que «la comisión paritaria del convenio quedará facultada para adecuar esta acumulación de horas a los programas de formación sindical que presenten las centrales de trabajadores»²². Entre las limitaciones al derecho de acumular las «horas sindicales»,

¹¹ Art. 40 CC Illes Balears.

¹² Cfr. arts. 40 CC Madrid —Hospedaje—, 55 CC Ávila, 48 CC Salamanca y 28 CC Álava.

¹³ Art. 40 CC Illes Balears.

¹⁴ Art. 40 CC Illes Balears.

¹⁵ Art. 42 CC Gipuzkoa.

¹⁶ Art. 40 CC Illes Balears.

¹⁷ Por todos, arts. 40 CC Catalunya, 28 CC La Rioja y 30 CC Teruel.

¹⁸ Art. 29 CC Navarra.

¹⁹ Art. 46 CC Granada.

²⁰ Arts. 41 CC Illes Balears y 48 CC Salamanca.

²¹ Art. 48 CC Catalunya.

²² Art. 25 CC La Rioja —Restaurantes—.

se establecen las siguientes: «el tiempo de ausencia contemplado en el artículo anterior, podrá ser acumulado mensualmente entre uno o varios de los distintos miembros de los Comités de Empresa y en su caso de los Delegados de personal dentro de la misma candidatura salvo aquellos que tuvieran el contrato suspendido o estuviesen ausentes por alguna de las causas legalmente previstas»²³; «no será acumulable el tiempo del comité de los representantes legales que tengan la condición de trabajadores fijos discontinuos, cuando su contrato laboral esté interrumpido»²⁴; «podrá acumularse un máximo del 60 por ciento de las horas de cada representante a excepción del período de vacaciones»²⁵; la «acumulación no puede recaer en más de dos trabajadores/as por centro de trabajo»²⁶; «para asistir a cursos de formación, debidamente justificados, se podrán acumular las horas de los meses anterior y posterior al acto formativo para el que se utilizan»²⁷; se procurará «que durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre, se realice el menor número de actividades sindicales»²⁸; o, en fin, se exige la «decisión voluntaria y personal de cada uno de los miembros del comité de empresa o delegados de personal, que se acreditará documentalmente»²⁹. En los casos en que se pretenda la acumulación, se deberá preavisar por escrito a la empresa, al menos con 10, 15, 20, 25 ó 30 días de antelación al período de acumulación de que se trate, expresando claramente el número de horas acumuladas e indicando sobre qué trabajador o trabajadores se lleva a efecto la misma y a quién corresponden dichas horas³⁰.

Por último, el art. 37 CC Valencia establece que «en el subsector de restauración colectiva, los sindicatos firmantes del presente convenio podrán acumular horas sindicales de sus delegados y miembros del comité de empresa a favor del/de los delegado/s sectorial/es que designen, con cargo al crédito horario de éstos» y que «a tal fin se constituirá una bolsa sectorial que gestionará A.E.R.C.O.V. y los sindicatos firmantes, de forma que no se menoscabe el derecho establecido en el Estatuto de los Trabajadores para los delegados de personal y miembros del comité de empresa para el ejercicio de las funciones que le son propias». Pues bien, estipulaciones de este tipo

²³ Art. 40 CC Cantabria. Véase también el art. 42 CC Gipuzkoa.

²⁴ Art. 41 CC Illes Balears.

²⁵ Art. 45 CC Jaén.

²⁶ Art. 45 CC Jaén.

²⁷ Art. 38 CC Albacete.

²⁸ Art. 25 CC Pontevedra.

²⁹ Art. 47 CC Las Palmas.

³⁰ Cfr. arts. 41 CC Illes Balears, 49 CC Alicante, 53 CC Toledo y 29 CC Navarra.

no son válidas en el ámbito de la negociación colectiva. En efecto, la autonomía colectiva sólo puede pactar sobre aquello que le está permitido legalmente y la única previsión de acumulación es la establecida en el 68.e) del ET para los representantes unitarios entre sí y, por remisión del art. 10.3 de la LOLS, la de los delegados sindicales de la misma opción sindical también entre sí. Por consiguiente, no estando prevista legalmente esta modalidad de acumulación y tratándose de créditos generados por y entre colectividades diferentes, en canales de representación distintos, la negociación colectiva no puede implantarla, pues ello supondría una modificación de la Ley. A mayor abundamiento, ésta atribuye la titularidad del derecho al crédito horario a los representantes unitarios y delegados sindicales y son éstos los que deben disponer de él. Este convenio colectivo, sin embargo, transforma un derecho de titularidad individual en un derecho de las organizaciones sindicales, del que ellas pueden disponer como tengan por conveniente, pues son ellas las que designan a los empleados que deben disfrutarlos.

III. LAS SECCIONES Y DELEGADOS SINDICALES

En materia estrictamente sindical, los convenios colectivos pueden insertar cláusulas que traten de fortalecer la presencia sindical en los centros de trabajo como las referidas a las secciones y delegados sindicales. Y ello no sólo porque, en virtud del art. 85.1 del ET, la materia «sindical» sea susceptible de negociación, sino también porque la propia LOLS en numerosas ocasiones atribuye a sus previsiones el carácter de normas mínimas mejorables por la negociación colectiva: derechos de las secciones sindicales (art. 8.2: «sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo»); número de delegados sindicales (art. 10.2: «Bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva {...}. A falta de acuerdos específicos al respecto {...}»); competencias y derechos de los delegados sindicales (art. 10.3: «{...} a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo»).

Pero, como en el caso anterior, vayamos por partes.

1º) El art. 8.2 de la LOLS reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y a las de aquellos que, sin serlo, cuenten con representación en los órganos de representación unitaria de los trabajadores una serie de derechos (derecho a un tablón, a la negociación colectiva y a un local). Tales derechos se establecen

con carácter de mínimos, al señalarse expresamente que ello se hace «sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo». Expresión que hay que entender, bien como que los convenios colectivos pueden extender algunos de estos derechos en todo o en parte a cualesquiera secciones sindicales, bien que pueden establecer regulaciones específicas para los derechos aquí mencionados mejorando o eliminando algunos de los requisitos legales previstos para su disfrute, o bien que pueden establecer derechos adicionales. En ningún caso, los convenios colectivos pueden restringir los derechos que a estas secciones sindicales privilegiadas se reconocen en la LOLS. Por ello, resultan discutibles aquellas previsiones convencionales que limitan los tablones de anuncios a aquellos centros de trabajo que poseen una plantilla superior a 25, 50 ó 100 trabajadores y/o a favor de las secciones sindicales que cuentan con un mínimo de un 10% de afiliación³¹.

2º) El número de delegados sindicales establecido en la escala del art. 10.2 de la LOLS es un mínimo de derecho necesario relativo mejorable por la negociación colectiva. En el sector de hostelería la autonomía colectiva suele abordar esta cuestión de formas muy distintas. Existe un primer grupo de pactos que guarda silencio sobre este extremo o reproduce la regulación establecida en la LOLS. Un segundo grupo de acuerdos, asumiendo el modelo legal, actúan sobre alguno de sus parámetros, rebajando a 75³², 90³³, 125^{34 35} ó 150 el número de trabajadores necesario para que las secciones sindicales puedan estar representadas por delegados sindicales, si bien exigiendo en este último caso como contrapartida que los sindicatos de procedencia obtengan el 15%³⁶ o el 30% de los votos en la elección del comité de empresa³⁷. Un tercer grupo de convenios colectivos se aparta del esquema legal, determinando la existencia de delegados sindicales en función del número o del porcentaje de afiliación del sindicato de procedencia —porcentaje que generalmente varía en proporción al volumen de la plantilla—³⁸. En algunos convenios colectivos se dispone que la elección de un delegado/a

³¹ Cfr. arts. 22 CC Pontevedra, 26 bis CC León y 40 CC Tenerife.

³² Art. 49 CC Alicante.

³³ Art. 41 CC Cantabria.

³⁴ Art. 48 CC Catalunya.

³⁵ Arts. 40 CC Tenerife y 38 CC Palencia.

³⁶ Art. 38 CC Palencia.

³⁷ Art. 40 CC Tenerife.

³⁸ Cfr. arts. 42 CC Illes Balears, 28 CC Bizkaia, 43 CC Granada, 55 CC Málaga, 38 CC Gipuzkoa, 28 CC Álava, 49 CC Las Palmas, 26 bis León y 31 CC Valencia.

sindical en los centros de trabajo de más de 110 trabajadores/as y en las empresas de más de 150 trabajadores/as se reconocerá a los sindicatos de hostelería de la Comunidad Autónoma que tengan carácter de más representativos, computada su representatividad exclusivamente en la circunscripción de dicha Comunidad³⁹. Finalmente, algún acuerdo reserva el derecho a designar delegados sindicales a favor únicamente de las centrales sindicales que ostenten al menos el 10% de representatividad estatal⁴⁰. Previsiones que en ningún caso pueden cerrar el acceso a la representación sindical en la empresa a las secciones sindicales que cumplan los requisitos legales.

3º) En tema de derechos, garantías y facilidades de los delegados sindicales, el art. 10.3 de la LOLS establece que éstos, «en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo». El cuadro de derechos de la representación sindical establecidos en este precepto es mínimo, pues lo que la remisión al convenio colectivo está permitiendo es la posibilidad de que, por tal vía, se amplíen los derechos legalmente reconocidos y no una restricción de los mismos. Sin embargo, la negociación colectiva resulta poco creativa, obviando entrar en estas cuestiones y cuando lo hace se limita a reflejar sin variación alguna el contenido de los preceptos legales. En lo que respecta al derecho al crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de su representación, algunos convenios colectivos lo amplían en los mismos términos que para los representantes unitarios⁴¹. La autonomía colectiva a veces aprovecha la ocasión para incluir alguna regla novedosa, a saber: «la utilización de dichas horas sindicales no podrá coincidir en el mismo día en que utilizase las suyas un miembro del Comité de Empresa que pertenezca al mismo departamento laboral que el delegado sindical»⁴²; «el delegado de la Sección Sindical deberá ser un representante electo de su sindicato, registrado por el S.M.A.C. y dispondrá de un crédito suplementario de cinco horas con independencia de las que le correspondan como Representante de los Trabajadores»⁴³; o, en fin, «la acumulación podrá realizarse entre la

³⁹ Arts. 52 CC Madrid —Restauración— y 42 CC Madrid —Hospedaje—.

⁴⁰ Art. 27 CC Ceuta.

⁴¹ Por ejemplo, los arts. 41 CC Cantabria, 44 CC Madrid —Hospedaje—, 54 CC Madrid —Restauración— y 46 CC Jaén.

⁴² Art. 41 CC Cantabria.

⁴³ Art. 38 CC Palencia.

representación legal de los trabajadores (delegados de personal, miembros del comité de empresa) y los delegados sindicales en la empresa y pertenecientes a una misma central sindical en la misma»⁴⁴.

IV. DERECHO DE REUNIÓN DE LOS TRABAJADORES

Entre los derechos básicos que se reconocen a los trabajadores se encuentra el derecho de reunión [art. 4.1.f) ET], que más adelante se especifica como «derecho a reunirse en asamblea» todos los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo (art. 77.1 ET). En este tema, la regulación legal es minuciosa, estableciendo diversas reglas relativas a la convocatoria, lugar de celebración, desarrollo, votaciones, etc. (arts. 77 a 80 ET). Por esta razón, los convenios que recogen este derecho reproducen las disposiciones legales o simplemente reconocen tal derecho⁴⁵. Algunos, sin embargo, especifican condiciones relativas a la convocatoria, en concreto a los sujetos promotores⁴⁶, a su periodicidad⁴⁷ y al horario de celebración⁴⁸. En uno de ellos se dispone que «no podrán asistir los representantes legales de las empresas, salvo que por los Comités de empresa o Delegados de personal se acepte su presencia».

V. RECAUDACIÓN DE LA CUOTA SINDICAL Y ABONO DEL CANON POR NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Entre los recursos financieros ordinarios de los sindicatos están las aportaciones regulares de sus afiliados, las llamadas cuotas sindicales. La afiliación del trabajador al sindicato de su elección le obliga al pago de una cuota periódica (según se establezca en los

⁴⁴ Art. 48 CC Catalunya.

⁴⁵ Cfr. art. 28 Bizkaia.

⁴⁶ El art. 56 CC Ávila no reconoce la posibilidad legal de que la convocatoria se promueva por, al menos, el 33% de la plantilla. Otros, en cambio, rebajan aquel umbral: art. 41 CC Jaén al 30% de los trabajadores; art. 43 CC Las Palmas al 20%. Menor justificación tiene la referencia a la mayoría simple de los trabajadores en plantilla (art. 47 CC Córdoba).

⁴⁷ Una vez al mes (art. 29 CC La Coruña) o una vez al trimestre (art. 43 CC Las Palmas).

⁴⁸ Unos señalan que se celebrarán en horas de trabajo (art. 41 CC Badajoz); otros en horas de actividad (art. 34 CC Segovia y art. 38 CC Valencia), lo que parece indicar que serán retribuidas. Algún otro convenio colectivo reconoce ese derecho a reunirse durante el horario de trabajo sin perder el derecho a retribución: con el límite de siete horas anuales, manteniendo retenes suficientes (art. 44 CC Gipuzkoa), por ejemplo.

Estatutos). A nivel legal, y sin perjuicio de la recaudación de cuotas por los propios afiliados [art. 8.1.b) LOLS] o el, ingreso personal de los trabajadores, se reconoce la colaboración del empresario con los sindicatos. Así, según el art. 11.2 de la LOLS, éste «procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre, de éste». Como se puede comprobar, lo trascendente es, junto a la solicitud del sindicato, que el trabajador afiliado preste su conformidad. Precisamente, a este requisito presta atención preferente la negociación colectiva, y señala que el trabajador interesado remitirá al empresario por escrito la autorización de descuento, identificando el sindicato al que pertenece, e indicando la cuantía de la cuota y la cuenta del sindicato para efectuar la transferencia, y que el empresario entregará copia de la transferencia a la representación sindical en la empresa, si la hubiera ⁴⁹. La autorización bien se entiende indefinida hasta recibir orden contraria ⁵⁰ o se considera efectiva por periodos de un año ⁵¹.

A diferencia de la cuota sindical, el canon por negociación del convenio es una contribución de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, estén o no afiliados a las organizaciones sindicales pactantes, para sufragar los gastos que conlleva la participación de los sindicatos en la comisión negociadora. Los propios negociadores pueden incluir este tipo de cláusulas señalando la cuantía del canon o prefijando criterios para su determinación y las modalidades de abono, si bien, «en todo caso, se respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva» (art. 11.1 LOLS).

En realidad, tan sólo dos convenios incorporan cláusulas de descuento del canon de negociación, y uno de ellos sin aportar nada novedoso ya que, respetando la voluntad del trabajador, no se concreta ninguna cantidad: será la cuantía que «se establezca por los sindicatos» ⁵². El otro convenio sí precisa la cuota, que será de 12,00 euros por cada año de vigencia, añadiendo que se procederá al descuento «siempre que los trabajadores no se opongan expresamente a dicha detracción en el plazo de un mes a partir de la publicación del convenio» ⁵³. Esta cláusula, tal como está redactada, es nula porque,

⁴⁹ Por todos, los arts. 44 CC Illes Balears y 42 CC La Rioja.

⁵⁰ Art. 44 CC Illes Balears.

⁵¹ Art. 42 CC La Rioja.

⁵² Art. 58 CC Almería.

⁵³ Art. 45 CC Granada.

como ha señalado el Tribunal Constitucional, no puede exigirse una manifestación, negativa de voluntad «que supondría, sin duda, una presión para el trabajador»⁵⁴.

En otras ocasiones, aunque el descuento por la empresa de la cuota sindical se hace a requerimiento de los trabajadores, son las centrales sindicales o sindicatos quienes remiten a la dirección de la empresa un escrito en el que se expresa la orden de descuento por nómina de los trabajadores afiliados y la cuantía de la cuota⁵⁵. Según algunas normas convencionales, los descuentos en la nómina de la cuota sindical sólo procederán en aquellas empresas cuya plantilla sea igual o superior al 6⁵⁶ ó 7 trabajadores⁵⁷, o cuando lo soliciten el 15% de los trabajadores de la empresa⁵⁸. También se prevén reglas particulares en orden a las pertinentes transferencias a las centrales sindicales, disponiendo que las mismas se realizarán mensualmente en las empresas que cuenten con más de 50 trabajadores y, trimestralmente, en el resto⁵⁹.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha visto, son pocas las novedades que la negociación colectiva del sector de hostelería incorpora en materia de derechos colectivos. La autonomía colectiva suele limitarse a detallar las competencias de los representantes legales de los trabajadores en las empresas, haciendo hincapié en la labor de control sobre determinadas actuaciones del empresario directamente relacionada con el mantenimiento y creación de empleo, tal como proponen los sucesivos ANC, a mejorar (con mayor o menor intensidad, según los casos) el crédito de horas a favor de los delegados de personal y miembros de los comités de empresa y a regular la posibilidad anexa de acumular en uno o varios representantes el crédito horario individualmente atribuido.

En cuanto a los derechos de las secciones y delegados sindicales, la negociación colectiva tampoco resulta muy creativa, obviando entrar en estas cuestiones y cuando lo hace se limita a reflejar sin

⁵⁴ STC 98/1985, de 29 de julio.

⁵⁵ Art. 44 CC Granada.

⁵⁶ Art. 47 CC Jaén.

⁵⁷ Art. 37 CC Albacete.

⁵⁸ Art. 50 CC Salamanca.

⁵⁹ Arts. 56 CC Málaga y 49 CC Alicante.

variación alguna el contenido de los preceptos legales. Excepcionalmente, algunos convenios actúan sobre los parámetros legales que establece el art. 10.2 de la LOLS en orden al derecho de las secciones sindicales a ostentar representación y/o amplían el derecho al crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de las funciones de representación de los delegados sindicales en los mismos términos que para los representantes unitarios.

Los convenios que contemplan el derecho de reunión, por lo general, también se limitan a reproducir las disposiciones legales o simplemente a reconocerlo. Algunos, sin embargo, especifican condiciones relativas a la convocatoria de las reuniones, en concreto a los sujetos promotores, a su periodicidad y al horario de celebración de las mismas.

Por último, las cláusulas de los convenios colectivos del sector reconocen reglas para que el empresario colabore en la recaudación de las cuotas sindicales que deben abonar los trabajadores al sindicato de su elección.

CAPÍTULO XII. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Remedios Roqueta Buj

Sumario: I. Introducción. II. Las comisiones paritarias. 1. Composición. 2. Funciones. 3. Procedimiento de actuación. III. Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de la negociación colectiva hay que distinguir dos fases: una primera, de elaboración de la norma; y una segunda, de administración y aplicación del resultado normativo de la fase precedente. Los convenios colectivos son verdaderas normas jurídicas de aplicación inmediata y ésta aplicación —coincidiendo con la de toda norma jurídica— exige esclarecer su significado, determinar previamente cual sea su sentido, alcance y contenido; interpretarla en suma. Lo normal sería que la interpretación y aplicación de los convenios colectivos se realizase pacíficamente por sus propios destinatarios. Pero es posible que en ocasiones surja el conflicto como consecuencia bien de la vulneración del acuerdo colectivo, bien por el discrepante parecer de las partes en orden al sentido de la norma. El difícil equilibrio alcanzado mediante el acuerdo puede determinar que alguna de sus cláusulas, en cuanto fruto de un concierto entre posiciones antagonistas, no alcance la claridad suficiente; de ahí que tal clase de conflictividad sea frecuente en la práctica. En otras ocasiones pueden surgir también diferencias interpretativas sin dar lugar, al menos inicialmente, al planteamiento de conflictos colectivos o individuales.

Pues bien, los sujetos colectivos que intervienen en las variadas vicisitudes por las que atraviesan los convenios colectivos hasta que se incorporan a la vida social son las propias partes contratantes y los agentes sociales en la cumbre.

II. LAS COMISIONES PARITARIAS

Cuando el legislador se ocupa de concretar el contenido del convenio colectivo atribuye a las partes negociadoras amplia libertad —siempre respetando los imperativos legales— para regular cuantas materias afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales. No obstante, sin perjuicio de tan amplia libertad de concertación, los convenios colectivos deben incluir un conjunto de cláusulas configuradoras del llamado «contenido mínimo», entre las que figura la obligatoria «designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión» [art. 85.3.e) ET].

1. Composición

En cuanto a los integrantes de la comisión paritaria dos son las cuestiones que se abordan en la negociación: el total de miembros y su procedencia. El número de componentes por cada parte se suele fijar expresamente en el convenio, siendo el abanico de posibilidades muy amplio (2¹, 3², 4³, 5⁴, 6⁵ u 8⁶ representantes por bando). Mayoritariamente, los convenios sectoriales establecen la paridad en cuatro miembros; contrariamente, los convenios de empresa suelen rebajar esa cifra, decantándose por una composición de dos o tres representantes.

De otra parte, lo habitual es que los miembros de la comisión paritaria se designen entre quienes han formado parte de la mesa negociadora del convenio colectivo en cada uno de los bandos, incluso en algunos convenios se especifica que serán los mismos miembros que formaron la comisión negociadora⁷. Sin embargo, es posible que los integrantes de la comisión paritaria sean elegidos libremente⁸, con independencia de su participación o no en el proceso negociador, ya que el mandato legal es que representen a las partes negociadoras. Por lo demás, algún convenio colectivo prevé que «durante el tiempo que la Comisión esté reunida, por su propia funcionalidad, los vocales representantes de los trabajadores tendrán derecho a la percepción del salario íntegro conforme a lo estipulado en las tablas salariales de este convenio»⁹.

Los convenios colectivos suelen disponer el necesario nombramiento de un presidente y un secretario¹⁰, o de dos secretarios¹¹. De entre las personas designadas para formar la comisión paritaria, se elegirá un presidente y un secretario pertenecientes a cada una de las partes, alternándose en cada reunión¹², trimestral¹³ o anualmente¹⁴. En otras

¹ Arts. 39 CC Palencia y 6 CC Salamanca.

² Art. 35 CC León.

³ D.A. 5ª CC Illes Balears.

⁴ Art. 9 CC Tenerife.

⁵ Arts. 9 ALEH III y 47 CC Asturias.

⁶ Art. 9 CC Zaragoza.

⁷ Por todos, los arts. 42 CC Cantabria y 47 CC Cádiz.

⁸ Por todos, los arts. 9 ALEH III, 11 CC Catalunya y D.F. CC Jaén.

⁹ Art. 45 CC Ciudad Real.

¹⁰ Por todos, el art. 11 CC Catalunya.

¹¹ Art. 5 CC Cuenca.

¹² Arts. 47 CC Asturias y 45 CC Ciudad Real.

¹³ Art. 6 CC Córdoba.

¹⁴ Art. 11 CC Catalunya.

oportunidades se emplean fórmulas particulares, a saber: el presidente de la comisión paritaria es el presidente de la comisión negociadora del correspondiente convenio colectivo o el que se decida en el seno de la comisión paritaria¹⁵; el presidente es elegido de común acuerdo por las organizaciones sindicales y empresariales, y el secretario es designado por los reunidos para cada sesión¹⁶; o, en fin, el presidente es designado de común acuerdo por los miembros de la comisión y, en defecto de acuerdo, por la autoridad laboral, careciendo de derecho al voto¹⁷. Por lo general, la función del presidente tiene carácter moderador y ordenador de las sesiones, mientras que las funciones del secretario son básicamente las de convocatoria de la Comisión y levantamiento de las actas de las reuniones celebradas¹⁸.

Junto a los miembros de derecho, es decir, los que asisten con voz y voto, generalmente se permite la presencia de asesores, con voz pero sin voto, designados libremente por cada una de las representaciones que desempeñan sus funciones en momentos puntuales o de manera permanente¹⁹.

2. Funciones

En orden a la delimitación de las funciones de las comisiones paritarias, con relativa frecuencia la negociación colectiva suele reproducir el laconismo de los arts. 85.3.e) y 91 del ET, limitándose a señalar que las mismas son el órgano competente para la interpretación y vigilancia del cumplimiento del correspondiente convenio²⁰. En otras ocasiones, por el contrario, se detallan las funciones de las comisiones paritarias, destacando entre las mismas la de interpretar con carácter general las cláusulas de los convenios colectivos. Presupuesto de la interpretación general es la existencia de una res dubia, siendo su objetivo, eliminar el carácter ambiguo de las expresiones, con miras a servir de guía y orientación en la resolución posterior de cuantos casos se presenten relacionados con los extremos confusos. Sus notas delimitadoras serán la generalidad, en tanto que la interpretación va dirigida de manera indeterminada a cuantas personas se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación de los convenios

¹⁵ Art. 12 Málaga.

¹⁶ Arts. 48 CC Madrid —Hospedaje— y 58 CC Madrid —Restauración—.

¹⁷ Art. 23 CC Castellón.

¹⁸ Cfr. art. 11 CC Catalunya.

¹⁹ Por todos, la D.A.2ª CC Huelva y 29 CC Teruel.

²⁰ Por ejemplo, el art. 6 CC La Rioja.

colectivos, con independencia y al margen de todo estado litigioso, y la aclaración, ya que no se pretende modificar la voluntad declarada, sino corregir la voluntad expresada.

Con relativa frecuencia la negociación colectiva, tras afirmar la competencia hermenéutica de la comisión paritaria, le encomiendan también el conocimiento y la resolución de los conflictos colectivos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos²¹. El recurso ante la comisión paritaria en estos casos suele configurarse con carácter voluntario para las partes²². No obstante, en casos puntuales, pero cada vez más frecuentes, dicho recurso figura como preceptivo u obligatorio, a modo de trámite preprocesal, antes de acudir a la vía jurisdiccional²³. A tales efectos, se articulan procedimientos de conciliación²⁴, de mediación y/o arbitraje²⁵, o de conciliación, mediación y arbitraje²⁶. Tras la emisión de la correspondiente resolución queda expedita la vía administrativa y/o judicial, salvo que las partes en conflicto, expresamente, hayan dispuesto el carácter vinculante de aquélla²⁷.

En caso de que la comisión paritaria lleve a cabo su labor de dirimir conflictos colectivos jurídicos en el sector de la hostelería, hay distinguir según si está previsto un procedimiento de conciliación—mediación o de arbitraje. En esta última hipótesis, el laudo deviene una resolución necesaria, firme y vinculante para las partes, impidiendo el posterior conocimiento sobre el fondo del asunto por parte de los órganos de solución extrajudicial y judicial correspondientes. Si de lo que se trata es de constituir un intento de acercar posturas contrapuestas, ya sea la conciliación o la mediación, la intervención de la comisión paritaria puede finalizar de dos formas:

1ª) Sin acuerdo, lo que significa que en el seno de este organismo ha sido imposible encontrar una solución al conflicto que se le planteaba, de suerte que se abre la vía para recurrir a los organismos de solución no judicial y judicial de conflictos

²¹ Cfr. arts. 9 ALEH III, 11 CC Catalunya, 37 CC Navarra, 6 CC Córdoba, 9 CC Tenerife y 35 CC León.

²² Por ejemplo, art. 47 CC Asturias.

²³ Por ejemplo, los arts. 9 ALEH III, 13 CC Málaga, 9 CC Tenerife, 5 CC Cuenca, 35 CC León y 6 CC Badajoz.

²⁴ Arts. 47 CC Asturias, 49 CC Madrid —Hospedaje—, 59 Madrid —Restauración— y 47 CC Cádiz.

²⁵ Arts. 9 ALEH III, 37 CC Navarra, 45 CC Ciudad Real y 29 CC Teruel.

²⁶ Art. 9 CC Tenerife.

²⁷ Cfr. D.A. 5ª CC Illes Balears, D.A. 2ª CC Huelva y 11 CC Málaga.

2ª) Con acuerdo, que supone la finalización del conflicto. En tales casos, siempre que la correspondiente comisión paritaria tenga la misma composición que la negociadora y tome sus acuerdos respetando el sistema de mayorías previsto para la negociación colectiva estatutaria (arts. 87, 88 y 89 ET), el fruto de la misma va a tener naturaleza de convenio colectivo estatutario. En caso contrario, cuando no se cumpla esta legitimación, la eficacia de los acuerdos será la propia de los convenios colectivos extraestatutarios. Ahora bien, en todo caso, hay que tener presente que los acuerdos obtenidos no están amparados por las garantías previstas en los arts. 67, 68 y 154 del Real Decreto-Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

Las comisiones paritarias no superan el ámbito de los conflictos colectivos, de suerte que en el sector de hostelería no se impulsa la actuación conciliadora o mediadora de las mismas en la esfera de los conflictos individuales. Con todo, existen excepciones en las que las comisiones paritarias son competentes para emitir «informe o dictamen no vinculante» para la parte que lo solicite de cuantas cuestiones y conflictos individuales les sean sometidos a las mismas, siempre y cuando afecten a la interpretación del articulado del convenio colectivo²⁸, o mediar en los conflictos individuales previa aceptación de las partes²⁹. Excepcionalmente, también se contempla la posibilidad de que voluntariamente los trabajadores y empresarios puedan utilizar el sistema de arbitraje de la comisión paritaria, siendo sus resoluciones de obligado cumplimiento, pero dejando a salvo la capacidad de recurso de las partes³⁰.

Las comisiones paritarias, al ser órganos a los que se encomienda el impulso y dirección de la fase de administración de los convenios colectivos, tienen sus propias limitaciones derivadas de la misma naturaleza de su finalidad institucional. Surgen para actuar en conflictos de aplicación del pacto que las instituye y en ello encuentran sus principales fronteras. Así, la intervención de las comisiones paritarias está limitada por lo que es el contenido del propio convenio colectivo, en términos tales que a las mismas les queda vedado cualquier tipo de actuación que traiga consigo la modificación del articulado de aquél. Sin embargo, las funciones antes señaladas no agotan el marco de actuación de las comisiones paritarias de los convenios

²⁸ Art. 57 CC Toledo.

²⁹ Art. 39 CC Palencia.

³⁰ Art. 6 CC Córdoba.

colectivos. La multiplicidad y diversidad de las funciones asignadas a estos órganos, impide todo intento de relación exhaustiva.

Con todo, observando la tendencia de la práctica contractual, se podrían citar, entre otras, las siguientes funciones: resolución de los conflictos colectivos de intereses derivados de la aplicación e interpretación del convenio colectivo³¹; adaptación al Convenio Colectivo de la legislación sobrevenida que afecte al mismo³²; resolución de las discrepancias que puedan surgir por adaptación del Acuerdo Marco Nacional del Sector al Convenio Colectivo Provincial³³; resolución de las solicitudes sobre no aplicación del régimen salarial del convenio colectivo³⁴; resolución de las controversias en materia de vestuario, plus de transporte, manutención y complementos de incapacidad temporal³⁵; determinación de los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales que pueden ser cubiertos por trabajadores con contratos en prácticas³⁶; estudio de las distintas clasificaciones profesionales y de la problemática que pueda surgir por aplicación y adaptación de la antigua a la nueva clasificación profesional³⁷; regulación y adecuación del nuevo sistema de servicios extraordinarios³⁸; regulación de las Empresas de Trabajo Temporal³⁹; impulso y desarrollo de los planes de formación sectorial⁴⁰; impulso y desarrollo de los planes establecidos en la Ley de Igualdad⁴¹; vigilancia del cumplimiento de lo pactado⁴²; información y seguimiento en la contratación del Seguro Colectivo y las condiciones en que se pacte, así como las modificaciones que se produzcan, pudiendo tener constancia documental sobre esta cuestión⁴³; seguimiento y control de la formación profesional impartida en la provincia⁴⁴; seguimiento sobre las cuestiones relativas a la salud laboral de los trabajadores⁴⁵; control

³¹ Art. 11 CC Catalunya.

³² D.A. 5ª CC Illes Balears.

³³ Art. 47 CC Asturias.

³⁴ Art. 37 CC Navarra.

³⁵ Art. 11 CC Málaga.

³⁶ Art. 11 CC Malaga.

³⁷ Art. 42 CC Cantabria.

³⁸ Art. 49 CC Madrid —Hospedaje—.

³⁹ Art. 37 CC Navarra.

⁴⁰ Art. 49 CC Madrid —Hospedaje—.

⁴¹ Art. 59 CC Madrid —Restauración—.

⁴² Art. 47 CC Asturias.

⁴³ Art. 47 CC Cádiz.

⁴⁴ Art. 47 CC Cádiz.

⁴⁵ Art. 57 CC Toledo.

sobre los contratos eventuales formativos⁴⁶; seguimiento de las contrataciones de servicios efectuadas por los establecimientos de hospedaje y de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las mismas en el sector de la hostelería⁴⁷; conocer las discrepancias surgidas en los cierres por reforma⁴⁸; recibir información previa sobre los cambios, tanto en la organización del trabajo como en implantación de nuevos sistemas⁴⁹; desbloquear los desacuerdos entre la representación de los trabajadores y las empresas en determinados temas (clasificación profesional, señalamiento de vacaciones, sanciones inferiores al despido, permisos retribuidos, reconocimiento de antigüedad, reclamaciones de cantidades no superiores a determinadas cuantías, derechos sindicales, modificación de las condiciones de trabajo —horario de trabajo, descanso semanal, etc.—, reclamaciones en materia de discriminación, y contratación temporal y política de empleo)⁵⁰; o, en fin, emitir informe con respecto a los despidos colectivos⁵¹.

3. Procedimiento de actuación

Por lo general, la comisión paritaria se reúne a instancia de parte⁵², cuando lo solicite cualquiera de sus miembros, o en su defecto, se determina una periodicidad mínima para su convocatoria. Así se fija una regularidad mensual⁵³, bimensual⁵⁴ o trimestral⁵⁵. Esta última alternativa parece del todo razonable cuando entre las funciones de la comisión paritaria figure la de seguir el cumplimiento y vigilar la aplicación del contenido del convenio, ya que esta actividad requiere una constante dedicación y no puede descuidarse o actuar sólo a impulso de denuncias o fragantes incumplimientos. Para que la constitución de la comisión paritaria sea válida, algunos convenios exigen que estén presentes, al menos, cierto número de miembros de derecho, fijándose este umbral en la mayoría de cada representación⁵⁶ o en un número determinado⁵⁷. Los acuerdos se toman, según

⁴⁶ Art. 6 CC Córdoba.

⁴⁷ Art. 6 CC Córdoba.

⁴⁸ Art. 6 CC Córdoba.

⁴⁹ Art. 6 CC Córdoba.

⁵⁰ Art. 39 CC Palencia.

⁵¹ Art. 45 CC Valencia.

⁵² Art. 47 CC Asturias.

⁵³ Art. 47 CC Granada.

⁵⁴ Anexo CC Murcia.

⁵⁵ Arts. 47 CC Asturias y 8 CC Burgos.

⁵⁶ Arts. 9 ALEH III y 44 CC Valencia.

⁵⁷ Cfr. D.A. 2^ª CC Huelva y 12.5 CC Málaga.

los casos, por mayoría simple⁵⁸, por mayoría reforzada⁵⁹ o por unanimidad⁶⁰. Además, se suele llevar un libro de actas que recojan los asuntos tratados y los acuerdos alcanzados⁶¹.

Se configura, como se ha destacado, el mandato legal de insertar en el convenio los procedimientos para resolver situaciones de bloqueo en las actuaciones de las comisiones paritarias, en concreto cuando no se logre tomar resoluciones sobre las cuestiones conflictivas planteadas, y son muchos los convenios que exigen mayorías cualificadas, e incluso la unanimidad en la toma de acuerdos, de manera que cuando no se superen esos límites para decidir, el trámite de la comisión paritaria se volverá inoperante. Por ello, el legislador ha querido salvar este escollo, conminando a las partes negociadoras a prever un sistema propio de resolución de discrepancias. Con todo, no ha tenido reflejo mayoritario dicha obligación *ex lege*, siendo muy pocos los textos negociados que hacen referencia a aquellos. Cuando se regulan los procedimientos de solución de las diferencias, se articulan fórmulas diversas, si bien todas sobre la base de la decisión por un órgano o persona externa, ya sea remitiendo a los sistemas de solución de conflictos extrajudiciales regulados por los acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico⁶², ya delegando esa función en un árbitro⁶³.

III. LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS PREVISTOS EN LOS ACUERDOS INTERPROFESIONALES

El art. 91 del ET prevé la posibilidad de que sean los convenios marco o los acuerdos interprofesionales sobre materias concretas a los que se refiere el art. 83.2 y 3 del ET, los que establezcan procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos colectivos jurídicos de aplicación e interpretación de los convenios colectivos, tales como mediaciones o arbitrajes, proporcionando la infraestructura jurídica necesaria acerca de su naturaleza y régimen jurídico.

⁵⁸ Arts. 47 CC Cádiz y 44 CC Valencia.

⁵⁹ Es el caso del art. 6 CC Alicante (8 votos sobre 10) o del art. 45 CC Ciudad Real (5 votos sobre 8).

⁶⁰ Arts. 51 CC Madrid —Hospedaje—, 61 CC Madrid —Restauración—, 14 CC Málaga y 47 CC Granada.

⁶¹ Cfr. Anexo CC Murcia y art. 8 CC Burgos.

⁶² Arts. 11 CC Catalunya, 51 CC Madrid —Hospedaje— y 62 CC Madrid —Restauración—.

⁶³ Art. 5 CC Cuenca.

Actualmente, existe un acuerdo interprofesional estatal de solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC III) de 31 de enero de 2001 y existen acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico en todas las Comunidades Autónomas con la excepción del Principado de Asturias.

Pues bien, cada vez es más frecuente que los convenios colectivos sectoriales que nos ocupan incluyan pactos de adhesión a los diferentes procedimientos de solución de conflictos colectivos regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal y autonómico. Así, por ejemplo, los convenios sectoriales de hostelería se remiten a los órganos de mediación, y en su caso arbitraje, establecidos por el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA)⁶⁴, al II Acuerdo Interprofesional sobre la renovación y potenciación del Tribunal de Arbitraje y Mediación de les Illes Balears⁶⁵, al Acuerdo Interprofesional de Cataluña de 7 de noviembre de 1990⁶⁶, al Acuerdo Interprofesional de La Rioja⁶⁷, al Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid⁶⁸, al Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales en la Región de Murcia⁶⁹, al Tribunal Laboral de Navarra⁷⁰, al Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía⁷¹, al Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje⁷², al Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de Castilla-La Mancha⁷³, al Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana⁷⁴, al Servicio Regional de Mediación y Arbitraje de Extremadura⁷⁵, al Acuerdo Interprofesional Galego sobre procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo⁷⁶, o al Acuerdo Interconfederal sobre Procedimientos voluntarios de resolución de conflictos del País Vasco⁷⁷.

⁶⁴ Art. 42 ALEH III.

⁶⁵ D. T. 7ª CC Illes Balears.

⁶⁶ Art. 11 CC Catalunya.

⁶⁷ Art. 29 CC La Rioja —Hoteles—.

⁶⁸ Art. 62 CC Madrid —Hospedaje— y art. 52 CC Madrid —Restauración—.

⁶⁹ D.A. 7ª CC Murcia.

⁷⁰ Art. 38 CC Navarra.

⁷¹ C.A. CC Huelva y art. 14 bis CC Málaga.

⁷² Art. 40 CC Huesca, D.A. 2ª CC Teruel y art. 8 CC Zaragoza.

⁷³ D.A. 2ª CC Albacete, art. 49 CC Ciudad Real, art. 40 CC Cuenca y art. 58 CC

Toledo.

⁷⁴ D.A. 4ª CC Alicante.

⁷⁵ Art. 46 CC Badajoz y art. 44 CC Cáceres.

⁷⁶ Art. 33 CC A Coruña y art. 38 CC Lugo.

⁷⁷ Art. 54 CC Gipuzkoa.

En cualquier caso, todavía son muchos los convenios colectivos que silencian cualquier referencia a este tema, lo que significa que no se adhieren expresamente a ninguno de los instrumentos estatal y/o autonómicos de solución de conflictos.

Con todo, la adhesión o no adhesión de los convenios colectivos del sector de la hostelería a los diversos acuerdos interconfederales de composición no jurisdiccional de conflictos tiene eficacia diversa, en función de la aplicabilidad de estos últimos. En este sentido, si estos acuerdos cuentan con aplicabilidad directa —como es el caso de los acuerdos de Galicia, Canarias, Castilla y León, Cantabria, Baleares, Navarra o Andalucía— no son necesarias las cláusulas de adhesión a los mecanismos de solución extrajudicial creados por los mismos. Y, si existen, es a efectos meramente recordatorios. Caso de que los acuerdos interconfederales condicionen su aplicabilidad a la adhesión o ratificación posterior en los sectores o empresas incluidos en su ámbito territorial, es frecuente que los mismos prevean la posibilidad de que los sujetos enfrentados puedan solicitar voluntariamente su aplicación.

IV. CONCLUSIONES

Los convenios colectivos del sector de hostelería incluyen, bajo denominaciones diversas, la comisión paritaria, asignándole un conjunto de funciones más o menos extenso. Generalmente, a los miembros de las comisiones paritarias se les atribuye la función de interpretar con carácter general las cláusulas de los convenios colectivos y, con relativa frecuencia, el conocimiento y la resolución de los conflictos colectivos derivados de la aplicación e interpretación de los mismos. En este último supuesto, el recurso ante la comisión paritaria suele configurarse con carácter voluntario para las partes. A tales efectos, se articulan procedimientos de conciliación, de mediación y/o arbitraje, o de conciliación, mediación y arbitraje. En cambio, los agentes sociales del sector de hostelería no suelen impulsar la actuación conciliadora o mediadora de las comisiones paritarias en la esfera de los conflictos individuales. Junto a estas funciones generales, las comisiones paritarias asumen otras más específicas, según los casos. Por último, hay que señalar que son muy pocos los textos negociados que prevén un sistema propio de resolución de las discrepancias en el seno de las comisiones paritarias. Cuando se regulan los procedimientos de solución de tales diferencias, se articulan fórmulas diversas, si bien todas sobre la base de la decisión

por un órgano o persona externa, ya sea remitiendo a los sistemas de solución de conflictos extrajudiciales regulados por los acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico, ya delegando esa función en un árbitro.

Por último, hay que señalar que todavía son muchos los convenios colectivos que no se adhieren a los diferentes procedimientos de solución de conflictos colectivos regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal y autonómico.

ANEXO. RELACIÓN DE CONVENIOS

ÁMBITO ESTATAL

1. III Acuerdo laboral, de ámbito estatal, del sector de hostelería, RCL 2005/909
 - Acuerdo referente al periodo de prueba y a premios de jubilación o similares que se incorporen al III Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de la hostelería, RCL 2006/1490
 - Modificación parcial del III Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de hostelería, RCL 2007/1070
 - Texto refundido del III Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de hostelería, RCL\2008\493

ÁMBITO AUTONÓMICO

2. Convenio Colectivo del sector de hostelería de Cantabria, LCTB 2007/273
3. Convenio Colectivo de trabajo de la industria de hostelería y turismo de Cataluña para el período del 1-5-2004 al 30-4-2007, LCAT 2004/590
4. Convenio Colectivo del sector de Hospedaje de Madrid, LCM 2006/304
 - Revisión salarial del convenio Colectivo del sector de Hospedaje de la comunidad de Madrid, LCM 2007/195
 - Acta de constitución de la comisión paritaria del Convenio Colectivo del sector de hospedaje de la comunidad de Madrid, LCM 2007/59
5. Convenio colectivo del sector de Hostelería y Actividades Turísticas de la comunidad de Madrid, LCM 2007/348
6. Convenio Colectivo del Sector de la «Hostelería» de las Illes Balears, LIB 2005/256
 - XII Convenio colectivo del sector de hostelería de Baleares, después de haberse corregido los errores materiales detectados en el texto publicado en el BOIB nº. 120, de 13 de agosto de 2005, LIB 2005/341
 - Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Paritaria del

Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería de las Illes Balears, LIB 2005/371

- Acta 9 del Convenio Colectivo de Hostelería de las Islas Baleares, LIB 2006/263
 - Acta 12, de 28-12-05, de la comisión paritaria del XII Convenio Colectivo de hostelería de Baleares, LIB 2007/23
 - Acta número 14 de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería de la CAIB, LIB 2007/181
7. Convenio Colectivo para la actividad de hoteles, hostales, pensiones, fondas y casas de huéspedes de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2007, 2008, 2009 y 2010, LLR 2007/186
 8. Convenio Colectivo para restaurantes, cafeterías, café-bares, salas de fiesta, casinos, pubs y discotecas de La Rioja, de 2004
 9. Convenio Colectivo de trabajo del sector «Industria de Hostelería», de Navarra 2007-10-10, LNA 2007/299
 10. Convenio Colectivo de Hostelería y Similares del principado de Asturias, LPAS 2006/38
 - Revisión de las tablas salariales para el año 2007 del Convenio del sector de Hostelería y Similares del principado de Asturias, LPAS 2007/101
 11. Convenio Colectivo de Trabajo de Hostelería de la región de Murcia, LRM 2005/328

AMBITO PROVINCIAL

12. Convenio Colectivo del Sector Hostelería y Turismo de Almería, LEG 2005/1861
13. Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Cádiz, LEG 2004/2573
 - Acta de la Comisión Deliberadora del Convenio Colectivo provincial del sector de Hostelería de Cádiz, LEG 2005/1283
 - Acta del Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Cádiz, LEG 2006/1007

- 14.** Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Córdoba, LEG 2004/5369
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Córdoba, LEG 2007/3729
- 15.** Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Granada, LEG 2006/4565
- 16.** Convenio Colectivo del sector de Industrias de Hostelería de Huelva, LEG 2007/2236
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Hostelería de Huelva, LEG 2007/3492
- 17.** Convenio Colectivo de Trabajo del sector para la actividad de Hostelería de Jaén, LEG 2005/3795
 - Acuerdo del Convenio Colectivo de Trabajo del sector para la actividad de Hostelería de Jaén, LEG 2006/3775
- 18.** Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Málaga, LEG 2006/6108
 - Tabla salarial del Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Málaga, LEG 2007/3484
- 19.** Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Sevilla, LEG 2006/5434
 - Acuerdo adoptado ante el SERCLA del Sector Hostelería de Sevilla, LEG 2007/1246
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Sevilla, acordando las tablas salariales definitivas de 2006 y provisionales para 2007, LEG 2007/1384
- 20.** Convenio Colectivo provincial para las Industrias de Hostelería y Turismo de Huesca, LEG 2006/5563
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo provincial para las Industrias de Hostelería y Turismo de Huesca, LEG 2006/1866
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial para las Industrias de Hostelería y Turismo de Huesca, LEG 2006/6175

- Tablas salariales del Convenio Colectivo provincial para las Industrias de Hostelería y Turismo de Huesca, LEG 2007/2334
- 21.** Convenio Colectivo Laboral y tablas salariales para 2006 del sector de Hostelería de Teruel, LEG 2006/2204
 - Revisión salarial y fijación de tablas salariales definitivas del año 2006 y tablas provisionales para el año 2007 Convenio Colectivo Laboral del sector de Hostelería de Teruel, LEG 2007/1440
- 22.** Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Zaragoza, LEG 2003/4428
 - Acta de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Zaragoza, LEG 2007/1181
- 23.** Convenio Colectivo para el Sector de Hostelería de Álava, LEG 2007/5569
- 24.** Convenio Colectivo del sector de Bizkaia, LEG 2006/4992
 - Revisión salarial para 2007 del Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Bizkaia, LEG 2007/1874
 - Rectificación del art. 29 del Convenio Colectivo del sector de Bizkaia, LEG 2006/7478
- 25.** Convenio Colectivo del sector de Gipuzkoa, LEG 2006/7093
 - Revisión salarial para 2007 del Convenio Colectivo del sector de Gipuzkoa, LEG 2007/1824
- 26.** Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Las Palmas, LEG 2004/5803
 - Resolución complementaria del Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Las Palmas, LEG 2005/7675
 - Resolución complementaria del Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Las Palmas, LEG 2006/2573
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo del sector Hostelería de la Provincia de Las Palmas, LEG 2007/1309
- 27.** Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2005/1593

- Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2005/3800
 - Actas de la Comisión Paritaria de Seguridad Salud Laboral y de la Comisión de Técnicos en Prevención de Riesgos Laborales del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2006/1046
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2006/1154
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2006/5618
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2006/2578
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2006/2167
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2006/2484
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2006/9031
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2007/1259
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Tenerife, LEG 2007/4029
- 28.** Convenio Colectivo provincial para la actividad de «Hostelería» de Albacete, LEG 2006/6162
- Tablas salariales definitivas año 2006 y provisionales año 2007 del Convenio Colectivo provincial para la actividad de «Hostelería» de Albacete, LEG 2007/2346
- 29.** Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Ciudad Real para los años 2006-2008, LEG 2006/6152
- Acta y tablas salariales sobre la revisión del Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Ciudad Real, LEG 2007/3425
- 30.** Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Cuenca para los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, LEG 2005/5673

- Acuerdo de la Comisión Paritaria de interpretación del Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Cuenca, LEG 2007/6333
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Cuenca, LEG 2007/3442
 - Acta de la Comisión Paritaria de interpretación del Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Cuenca para los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, LEG 2006/7885
- 31.** Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Guadalajara, LEG 2006/6134
- Registro de de la aprobación de las tablas salariales definitivas para 2006 y actualización de tablas salariales para 2007, del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Guadalajara, LEG 2007/3744
- 32.** Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Toledo, LEG 2007/3991
- Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Toledo, LEG 2007/4257
- 33.** Convenio Colectivo para la Actividad de Hostelería de Ávila, LEG 2004/5356
- 34.** Convenio Colectivo para la Industria de Hostelería de Burgos, LEG 2007/4261
- 35.** Convenio Provincial de Hostelería y Turismo de León, LEG 2005/3602
- Acta de Comisión Mixta interpretativa del Convenio Provincial de Hostelería y Turismo de León, LEG 2006/2249
 - Acta de Comisión Paritaria del Convenio Provincial de Hostelería y Turismo de León, LEG 2007/1461
- 36.** Convenio Colectivo de trabajo para el sector de Hostelería de Palencia, LEG 2007/6335
- 37.** Convenio Colectivo de Hostelería de Salamanca, LEG 2005/3690
- Revisión salarial del Convenio Colectivo para la Actividad de Hostelería de Salamanca, LEG 2007/1254

- Acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de Hostelería de Salamanca, LEG 2006/2566
- 38.** Convenio Colectivo para las Industrias de Hostelería de Segovia, LEG 2006/5376
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo para las Industrias de Hostelería de Segovia, LEG 2007/4093
- 39.** Convenio Colectivo de trabajo para las industrias de hostelería de la provincia de Soria (BO Soria de 25 de abril de 2003)
- 40.** Convenio Colectivo del sector de la «Hostelería de Valladolid», LEG 2005/7647
 - Tablas salariales y resto de aspectos económicos para el año 2007 acordada por la comisión paritaria del Convenio Colectivo Provincial para el sector de «Hostelería de Valladolid», LEG 2007/3829
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo Provincial para el sector de «Hostelería de Valladolid» LEG 2006/2418
- 41.** Convenio Colectivo del sector de Hostelería, Cafes, Bares y Similares de Zamora, LEG 2004/5036
 - Acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del sector de Hostelería, Cafes, Bares y Similares de Zamora, LEG 2005/1235
 - Acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo para el sector de Hostelería, Cafés, Bares y Similares de Zamora, LEG 2006/1112
 - Acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo para el sector de Hostelería, Cafés, Bares y Similares de Zamora, LEG 2007/4279
- 42.** Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de Hostelería de la provincia de Badajoz, LEG 2006/3229
 - Acta de fecha 18 de enero de 2007 de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de trabajo «Hostelería de la provincia de Badajoz», LEG 2007/284
- 43.** Convenio Colectivo provincial de hostelería para la provincia de Cáceres, LEG 2006/913

- Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de «Hostelería para la provincia de Cáceres», sobre aprobación de tablas salariales para el año 2007, LEG 2007/299
- 44.** Convenio Colectivo del sector de hostelería de A Coruña, LEG 2007/6198
- 45.** Convenio Colectivo provincial para el sector de la hostelería de Lugo, LEG 2006/6332
- 46.** Convenio Colectivo provincial de hostelería de Ourense para los años 2007-2008, LEG 2007/4558
- 47.** Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Pontevedra, LEG 2006/28
- 48.** Convenio Colectivo de ámbito provincial de Empresas de Hostelería de Alicante, LEG 2005/5632
 - Revisión Salarial Anual del Convenio Colectivo de ámbito provincial de Empresas de Hostelería de Alicante, LEG 2007/2266
- 49.** Convenio Colectivo de la Industria de Hostelería de Castellón, LEG 2004/2582
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo de la Industria de Hostelería de Castellón, LEG 2007/3407
- 50.** Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Valencia, LEG 2005/1195
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de trabajo Intersectorial de Hostelería de Valencia, LEG 2005/7740
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo intersectorial de Hostelería de Valencia LEG 2006/2111
 - Acta de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo intersectorial de Hostelería de Valencia, LEG 2007/1349
- 51.** Convenio Colectivo del sector de la Hostelería de ciudad de Ceuta, LEG 2006/4172
 - Revisión salarial del Convenio Colectivo del sector de la Hostelería de Ceuta, LEG 2007/2827
- 52.** Convenio Colectivo del sector de la hostelería de la ciudad de Melilla (BO Ciudad de Melilla de 11 de mayo de 2001)

ÁMBITO EMPRESARIAL

- 53.** Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Fundovel, SA, BO de Huelva núm. 183, de 20/9/04
- 54.** Convenio Colectivo de la empresa «Hostelería Unida, SA», hotel «Chamartín», LEG 2006/4889
- 55.** Convenio Colectivo de la empresa Hotel Hesperia Finisterre, LEG 2006/5162
- 56.** Convenio Colectivo de la empresa Hotel NH Atlántico, LEG 2006/5040
- 57.** Convenio Colectivo de la empresa Hotel Princesa Sofía (DO Generalitat de Catalunya de 29 de marzo de 2001)
- 58.** Convenio Colectivo de la empresa Hotel Tryp El Hidalgo (BO de Ciudad real de 16 de enero de 2004)
- 59.** Convenio Colectivo de la empresa hotelera del Noroeste, SA (Hotel Hesperia-Peregrino), DO de Galicia núm. 89, de 10/5/05
- 60.** Convenio Colectivo de trabajo de la empresa inmobiliaria Sarasate, SA (Hotel Ritz) (DO Generalitat de Catalunya de 30 de mayo de 200)
- 61.** Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Industrial Hotelera Hergas, SL (Hotel Avenida Palace), para el período 1.5.2004-30.4.2007, LEG 2005/4381
- 62.** Convenio Colectivo de la empresa Marbella Club Hotel, SA, LEG 2004/7048
- 63.** Convenio Colectivo para la empresa Parque Bilbao, LEG 2006/227
- 64.** Acuerdo de adhesión de la empresa Sol Melià, SA (Hotel Melià Barcelona), al Convenio Colectivo de trabajo de hostelería y turismo de Cataluña para el período 1.5.2004-30.4.2007, LEG 2005/2864
- 65.** Convenio Colectivo del grupo de empresas Suite hotel, SL, hotel Ad hoc parque, SL, y Jorismos SL (DO Generalitat valenciana de 21 de agosto de 2001)
- 66.** Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Desjust, SL, Hotel Hesperia Presidente para los años 2006-2008 (Sustituye el Con-

venio colectivo de la empresa Sol Meliá, SA –Hotel Tryp Presidente de Barcelona–), LEG 2006\6782

- 67.** Convenio Colectivo del hotel Tryp Los Llanos (BO Albacete de 5 de febrero de 2003)

El presente Informe de actualización del estudio sobre la negociación colectiva en el Sector de Hostelería, cuya elaboración se acordó por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ha sido realizado, a lo largo del año 2007, por un equipo de profesores de diferentes Universidades bajo la dirección de Remedios Roqueta Buj, Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia. Su objetivo es el análisis, desde la perspectiva de la negociación colectiva, de un sector clave de la economía española como el de la Hostelería. En esta institución laboral por excelencia confluyen los intereses económicos y sociales de empleadores y trabajadores y permite una visión de conjunto de las relaciones laborales en el sector y el tiempo, un análisis profundo de las mismas.

De toda la panorámica laboral se ha optado por atender pormenorizadamente a los temas que tienen una relevancia especial en el sector de actividad de que se trata, a saber: la estructura y articulación negocial, la política de empleo, el ingreso en la empresa, la clasificación profesional y la movilidad funcional, el tiempo de trabajo, el salario, los derechos fundamentales del trabajador, la prevención de riesgos laborales, la protección social complementaria, las vicisitudes del contrato de trabajo, las relaciones colectivas y la interpretación y aplicación de los convenios colectivos del sector de la hostelería.

ISBN 84-8417-345-8



9 788484 173458