

EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN ANDALUCÍA DE LA MADERA Y HOSTELERÍA

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES

*Profesora Titular de Escuela Universitaria
de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*

ANTONIO COSTA REYES

*Profesor Contratado Doctor de
Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación Colectiva, Madera, Hostelería

En el presente artículo se abordan dos sectores que constituyen importantes ejemplos de negociación colectiva articulada, los concretos problemas que se suscitan en la relación entre los distintos niveles de regulación convencional, la calidad de sus contenidos y la orientación de los esfuerzos negociadores.

ABSTRACT Key Words: Collective Bargaining, Wood, Hotel and Restaurant Trade

This article deals with two sectors that are significant examples of articulated collective bargaining, the specific problems that arise in the relationship between the different levels of conventional regulation, the quality of its contents and the direction of bargaining efforts.

ÍNDICE

1. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA MADERA EN ANDALUCÍA
 - 1.1. Las reglas de estructura en el III Convenio Estatal de la Madera
 - 1.2. La articulación y negociación del sector en Andalucía
 - 1.2.1. Las materias reservadas al Convenio Estatal conforme al art. 4.1º a) del III CEM y art. 84.3º ET
 - 1.2.2. Las materias reservadas al nivel estatal con carácter “obligacional” por el art. 4.1º.b) del III CME
2. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA
 - 2.1 Introducción. Modelo negocial y naturaleza del ALEH
 - 2.2. Estructura de la negociación en el sector y reglas de articulación y concurrencia
 - 2.3. Contenido negocial
 - 2.3.1. Clasificación profesional y movilidad funcional
 - 2.3.2. Periodo de prueba
 - 2.3.3. Contratos Formativos
 - 2.3.4 Régimen disciplinario
 - 2.4.5. Seguridad y salud laboral
 - 2.3.6. Otras materias: Subrogación convencional y garantías por cambio de empresario, igualdad y conciliación, formación profesional y premios de jubilación

1. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA MADERA EN ANDALUCÍA

1.1. Las reglas de estructura en el III Convenio Estatal de la Madera

El III Convenio Estatal de la Madera¹ (en adelante III CEM), ha sido suscrito el 11 de octubre de 2007, por la Confederación Española de Empresarios de la Madera, en representación de las empresas del sector, por la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de CCOO y por la Federación Estatal del Metal, Construcción y Afines de UGT. Su aplicación general está prevista desde el día siguiente a la publicación del mismo en el BOE, retrotrayéndose sus efectos al día 1 de enero de 2007, y hasta 31 de diciembre de 2011, con lo que se encuentra plenamente vigente.

Respecto de la estructura de la negociación colectiva del sector, el III Convenio Estatal de la Madera se reconoce negociado al amparo del art. 83.2 ET, siendo consiguientemente un Convenio Marco a tales efectos vinculantes. Como viene siendo tradicional en el sector², el convenio diseña la estructura de

¹ Publicado en el BOE de 7/12/2007.

² El actual convenio ha sido precedido por el II Convenio Estatal de la Madera (BOE 24 enero 2002, núm. 21), y el Convenio Estatal de la Madera (BOE 20/5/1996), que vino a sustituir a la Ordenanza Laboral para la Industria de la Madera de 28 de julio de 1969, salvo en las materias que expresamente remitiese este Convenio a la misma.

la negociación en varios artículos y en tres niveles, a saber: el convenio estatal; los convenios colectivos de ámbito territorial inferiores, que como novedad en este convenio se identifican claramente con los autonómicos o provinciales; y los convenios de empresa (art. 3). En cuanto a lo que podría parecer una alternativa entre el nivel autonómico y el provincial, no puede sino considerarse ambos niveles como sumatorios y no exhaustivos, puesto que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y como insistiremos más adelante no cabe disponer a través del acuerdo o convenio marco de las previsiones del art. 84.2º ET.

La distribución de materias entre los distintos niveles de negociación se hace en el art. 4 del Convenio. Concretamente se reservan para la negociación de ámbito general estatal las materias previstas en el art. 84.3º ET: modalidades de contratación (excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa), períodos de prueba, clasificación profesional y niveles, movilidad geográfica, y régimen disciplinario. No hay nada que objetar al respecto pues resulta evidente que esta reserva material a favor del nivel superior es legítima. No obstante resulta llamativo que no se haya hecho reserva aquí de las normas mínimas sobre seguridad y salud laboral, para recogerse, en cambio tal reserva a favor del nivel estatal en el apartado 1ª.b) de dicho art. 4 del convenio.

Sí es cuestionable, como dejó en evidencia la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004³, la distribución de materias que acto seguido viene a hacer el referido precepto del convenio. Concretamente reservan para el nivel estatal con “carácter obligacional y en exclusividad”: la movilidad funcional; las condiciones generales de ingreso; normas generales de ordenación del trabajo y productividad; jornada anual, licencias, permisos y excedencias; conceptos, estructura de las percepciones económicas y la fijación del incremento salarial correspondiente a cada año de vigencia del convenio, cuya concreción y aplicación sí corresponde a los convenios de ámbito territorial inferior; órganos de representación de los trabajadores en la empresa y derechos sindicales; preavisos y ceses; salud laboral y prevención de riesgos; formación en materias no reservadas a ámbitos inferiores; y cláusula de descuelgue. Consiguientemente sólo quedan para los convenios territorialmente inferiores aparte de las ya referidas (art. 4.2ª): -obviamente- el contenido obligacional de los convenios; el calendario de distribución de la jornada anual de trabajo efectivo; acuerdos puntuales sobre productividad y rendimiento; horas extraordinarias; vacaciones y descansos; prestaciones complementarias a la Seguridad Social; órganos de representación colectiva y derechos sindicales; absorción y compensación de salarios; y cualesquiera otras materias no reguladas en el convenio estatal o remitidas a ellas. No se hace aquí reserva material alguna

³ RJ. 1373, que confirma la S.AN. 20/10/2002, AS. 2003/501.

para los convenios de empresa, tan sólo la competencia genérica en el art. 3 de que desarrollarán las materias específicas de la misma.

Como puede comprobarse la reserva material a favor del ámbito estatal excede con creces de las previsiones del art. 84.3º ET, con lo que tendría que considerarse eficaz tan sólo respecto de los convenios sectoriales inferiores que no alcancen las mayorías exigidas por el art. 84.2º ET y así como de los convenios de empresa. Son muchos los pronunciamientos judiciales que podrían traerse a colación, pero qué mejor para reseñar que la ya referida sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004 que resuelve precisamente y en ese sentido respecto del precedente –y prácticamente idéntico– art. 4.1ª.b) del II CEM. Dicha sentencia declaró que el inciso «movilidad funcional», entonces incluido en la letra a) y la integridad de la letra b), ambos del art. 4.1ª, del II CEM, son nulos y carecen de vigor, virtualidad y eficacia, en relación con aquellos convenios colectivos, o acuerdos colectivos que, refiriéndose, también, al sector de derivados de la madera, sean de ámbito inferior al estatal, pero superior al de empresa, siempre que estos convenios o acuerdos cumplan los requisitos que impone el párrafo segundo del artículo 84 ET y en cuanto no traten de la regulación de las materias que detalla el párrafo tercero del mismo artículo⁴. En esta sentencia, como en tantas otras, el Tribunal Supremo mantiene la indisponibilidad del art. 84.2º y 3º por dichos acuerdos o convenios marco. Ello conlleva la ineficacia de las cláusulas reguladoras de materias no incluidas en el párrafo 3º de dicho precepto, y de sus correspondientes reglas de estructura del convenio de ámbito superior respecto de tales convenios evasivos o, más ampliamente, cualificados del art. 84.2º ET. Pero a la inversa, los convenios marco sí tienen plena fuerza vinculante dentro de su ámbito respecto de los convenios de empresa o de ámbito inferior, como los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del art. 84 ET⁵. Es de destacar que este cuerpo de doctrina se inicia con la

⁴ Previamente, ya se aprecian pronunciamientos judiciales en los que se reconoce la preferencia aplicativa del convenio provincial aprobado por mayoría cualificada (art. 84.2º ET) respecto de materias como el preaviso: S. JS. núm. 6 Alicante 17/9/2001 (AS 2001\3398) [pese a no regular el preaviso no se aplica el convenio nacional pues el art. 9 del convenio provincial dispone que: «En lo no previsto en este Convenio, se estará a lo dispuesto en la legislación general y en la Ordenanza Laboral para las Industrias de la Madera»]. Véase también S. TS. 7/11/2005, RJ. 2006/1302.

⁵ Por todas: SS. TS. 7/11/2005, 2006/1302; 1/6/2005, 7320; 26/1/2004, 1373; 27/3/2003, 5163; 18/12/2002, RJ. 2003/234; 17/10/2001, 2002/3075; 3/11/2000, 9631; que reproducen todas ellas Sala en la sentencia de 22 de septiembre de 1998, 7576. Por la doctrina, por ejemplo: A. Baylos Grau, “Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 84 y 84)”, REDT, nº 100, 2000, pág. 1472; A. Martín Valverde, “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz–, “Comentarios a las leyes laborales”, Tomo XII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, págs. 90 a 95.

sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, que aborda la nulidad de los arts. 5, 8 y 10 del Convenio de la madera del 96. Esta sentencia, como expresamente señala, no se pronuncia sobre el art. 4 de distribución de competencias materiales interniveles, en tanto dicho precepto no fué impugnado como vemos hasta más adelante. Aún así, entonces ya era obvio que eran predicables respecto de aquél idénticas consecuencias de ineficacia para los convenios inferiores cualificados ex art. 84.2º ET. A consecuencia del referido pronunciamiento judicial los artículos afectados fueron rectificadas el 9-12-1998⁶, manteniéndose la nueva redacción hasta la fecha.

Estas correcciones judiciales respecto de los citados preceptos de estructura en sus antecedentes explican que la movilidad funcional haya pasado al art. 4.1ª.b en el III CEM, y que la reserva de las materias que en él se incluyen se haga novedosamente con carácter meramente obligacional. Parece claro que existe una resistencia del convenio estatal a abandonar sus pretensiones de dominio de los convenios supraempresariales en tales campos. Sin embargo la solución que han encontrado los negociadores para eludir en lo posible el cambio puede conllevar al menos a nivel teórico otros problemas aún más graves.

Así es, la introducción de esta importante novedad frente a sus ediciones anteriores, es decir, la de declarar el carácter obligacional del art. 4.1ª.b, seguro persigue salvaguardar su licitud habida cuenta de las intervenciones judiciales respecto de los arts. 4, 5, 8 y 10 de los textos precedentes. El referido art. 4.1ª.b) debe ponerse en conexión con el art. 5, conforme al que las partes firmantes renuncian expresamente al ejercicio de lo previsto en el art. 84.2 ET respecto de las materias incluidas en aquél⁷. Desde luego, con la maniobra no se ha logrado, en mi opinión, garantizar la legalidad del precepto, toda vez que, como también ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, el carácter de norma de derecho necesario del art. 84.2º ET priva de eficacia, virtualidad y fuerza anulatoria a pactos similares al del comentado art. 5⁸. Con

⁶ BOE 23/1/1999.

⁷ El precepto originario en el convenio del 96 tenía el siguiente tenor literal: << En cumplimiento de las exigencias formales previstas por el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, se manifiesta que no podrán ser objeto de negociación en los ámbitos inferiores las materias reservadas a este Convenio Colectivo General y así enumeradas en el artículo 4.1.ª, a) y b) del mismo, así como las que se reserven en el futuro a dicho ámbito. Consiguientemente las partes firmantes del siguiente Convenio renuncian expresamente al ejercicio, en las unidades de negociación de ámbito inferior al de este Convenio, de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con las materias contempladas en el apartado b) del artículo 4>>.

⁸ SS. TS. 27/3/2003, 5163 y 17/10/2001, 2002/3075. Incluso se reconoce que la S. TS. 22/9/1998, ya referida recoge una cláusula de renuncia prácticamente igual –y que incorporaba el último inciso del originario art. 5 y que es hoy, precisamente el texto que se mantiene- a la que se examina en el caso. En este sentido, véase: F. Navarro Nieto, “La estructura de la negociación colectiva en España. Problemática jurídica y experiencias contractuales”, ponencia a las XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Antequera 20 y 21 de noviembre de 2008, policopiado, págs. 50 y 51.

mayor claridad si cabe, la SAN de 5 de diciembre de 2003⁹ declaró que “no puede reconocerse virtualidad ni eficacia, dentro de un Convenio Colectivo estatutario, a aquéllos pactos o contratos que lo contradigan, sea cual sea su eficacia, sin que ello suponga torcer la voluntad de las partes afectadas que, siempre, podrán pactar o no en la forma que estimen conveniente, pero no expresarlo dentro de un Convenio Colectivo que, aún en su contenido obligacional, tiene la fuerza de ley que le otorga el artículo 82.3) ET”. Por consiguiente, ambas disposiciones aún de carácter pretendidamente obligacional y limitado por tanto a las partes firmantes, deben reputarse igualmente ineficaces¹⁰.

Pero los graves problemas que me he referido y que ahora pueden plantearse son otros. La actual redacción del precepto y su atribución de carácter obligacional, en definitiva, de compromiso entre las partes firmantes, puede tener efectos colaterales. Así es dudoso, habida cuenta de la literalidad del precepto, que pueda mantenerse, a diferencia de lo que sucedía bajo las precedentes redacciones, que tal reserva material sea efectiva de manera imperativa respecto de los convenios de empresa y sectoriales que no cumplan los requisitos de legitimidad del art. 84.2º ET. y, aún más, con independencia de quiénes sean sus negociadores. Y, caso de incumplimiento de tales compromisos, ¿cuáles serían sus efectos sobre los convenios inferiores?. Más allá de las responsabilidades civiles o patrimoniales, por su propio carácter parece que estaría descartada la nulidad de las cláusulas contrarias a dicha estructura o la aplicación inmediata de sus reglas no recepcionadas. Para lograr este efecto se requiriere entonces de un esfuerzo interpretativo que pueda soslayar tal inconveniente a la luz de la auténtica voluntad de los negociadores, a lo que podría colaborar sin duda el examen de los actos previos o posteriores a la regla, a su contexto y antecedentes históricos (arts. 3, 1281 y ss. CC). El precepto podría tener en tal caso una doble naturaleza, normativa (como parece ser la calificación habitual de tales cláusulas con independencia de su formulación literal¹¹)

⁹ JUR 2004/205567.

¹⁰ M. Tarabini-Castellani Aznar, “Madera”, en AAVV –F. Pérez de los Cobos–, “Experiencias de negociación colectiva articulada”, MTAS, Madrid, 2003, págs. 177 y 178.

¹¹ Véase: L.M. Camps Ruiz, “Estructura de la negociación colectiva”, en AAVV –dir. I. Albiol Montesinos–, “Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva”, Madrid, MTAS, 2005, págs. 160 a 162. Puede deducirse la naturaleza normativa de la cláusula de estructura, no sólo de pronunciamientos expuestos en tal sentido, sino también de otros en que se tiende a mantener la vigencia de tales cláusulas durante la ultractividad con diversos argumentos: SS. TS. 10/4/2002, 5321 –que cita el referido autor como paradigmática dada la redacción del precepto convencional–; 10/10/2000, 9423; 18/2/1999, 2600 –claramente ésta les atribuye carácter normativo–]. Véanse también: S. AN. 24/4/2001, AS. 4121, así como el voto particular de la sentencia que la revoca: S. TS. 16/11/2002, 2003/2698. Sobre la vigencia de las cláusulas obligacionales véase, por ejemplo: S. TS. 20/12/1995, 9486. La calificación de la cláusula

para los casos referidos y pretendidamente obligacional para los convenios evasivos, con las graves limitaciones que antes hemos visto para su admisión y eficacia.

Continuando con los problemas de la calificación como obligacional de la distribución de materias del art. 4.1^ªb) III CEM, cabría cuestionarse también su decaimiento en la ultraactividad. Nada dice el convenio estatal sobre el mantenimiento de las cláusulas de estructura de la negociación una vez alcanzada la finalización de su vigencia pactada (la denuncia es automática, art. 17). De hecho, en el art. 15 del Convenio Estatal se dispone la pervivencia exclusivamente de las cláusulas normativas, perdiendo su vigencia las obligacionales. No obstante, es muy posible que tal discusión haya perdido interés respecto de tales cláusulas de estructura ya que se han superado en gran medida por nuestros Tribunales las posibles consecuencias de decaimiento, bien como hemos visto por considerarlas como normativas, bien, sin pronunciarse sobre su naturaleza y aún cuando a la vista del referido art. 15 III CEM no sería quizá de aplicación al caso, por deducirse su vigencia del mantenimiento íntegro del convenio hasta su sustitución por otro¹². En definitiva, tienden a mantener su vigencia de forma natural en los períodos de ultraactividad de los acuerdos o convenios marco, con lo que podría así eludirse su decaimiento en la ultraactividad.

Los restantes artículos relativos al régimen de la estructura negocial son los que versan sobre complementariedad, concurrencia y jerarquía (arts. 7, 8 y 10), que en gran medida carecen de interés en tanto a partir de la modificación de su redacción tras la sentencia de 22 de septiembre de 1998 han quedado reducidos a su mínima expresión sin innovación ni adaptación alguna respecto de las reglas generales previstas en el art. 84 ET, y asume por supuesto la superioridad jerárquica del convenio estatal, siempre en el marco de la legalidad.

sula no depende de la voluntad de las partes sino de su auténtica naturaleza: A. Martín Valverde, "Régimen jurídico de las cláusulas de los Convenios Colectivos según su carácter normativo u obligacional", II Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS, Madrid, 1990, pág. 52.

¹² Véase nota anterior. El decaimiento a partir de la denuncia del convenio –y no sólo en la ultraactividad– de las cláusulas obligacionales ligadas a la apertura de un nuevo proceso de negociación viene exigido por la propia lógica de la negociación. No obstante es posible por voluntad de los negociadores mantener vigente el convenio en su integridad tras su denuncia y pérdida de vigencia, incluidas las cláusulas de paz (I. Albiol Montesinos, "La denuncia del convenio colectivo", en aavv –Coord. F. Pérez de los Cobos y J.M^ª Goerlich–, "El régimen jurídico de la negociación colectiva en España", TB, Valencia, 2006, págs. 496-500). No obstante, parece rechazar la posibilidad de extensión –exclusivamente– de las cláusulas de paz las SS. TS. 20/12/1995, 9486 y de 22/9/1982, 5058, [al respecto y en este sentido: E. Terradillos Ormaetxea, "Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas <<ilícitas>>", en aavv –coord. A. Baylos Grau–, "Estudios sobre la huelga", Bomarzo, Alicante, 2005, pág. 65]. Respecto de las restantes cláusulas obligacionales las posturas son aún más flexibles, a la vista de la amplitud del género y de

Sí resulta mucho más interesante el art. 6 que dispone que “Los Convenios de ámbito inferior que estén vigentes en el momento de la entrada en vigor de este Convenio Colectivo general mantendrán su vigencia, en todo su contenido, hasta la finalización de la misma, salvo que por acuerdo de las partes decidieran acogerse a las nuevas condiciones definidas en este Convenio. A estos efectos de adaptación de los citados convenios de ámbito inferior, la entrada en vigor del Convenio estatal será al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”. El precepto no aclara qué deba entenderse por finalización de la vigencia de los convenios inferiores. En mi opinión nada induce a interpretar que se trate de un respeto limitado a la vigencia inicial, pues tal exégesis restrictiva sólo estaría amparada si expresamente así se hubiese indicado. Al referirse sin más a vigencia y puesto en relación con un convenio marco que como tal incluye cláusulas para convenir, parece más acertado inferir que abarca tanto a la vigencia inicial, como a la prorrogada y la ultra-activa¹³. Es sólo a partir del momento de la denuncia del convenio inferior hecha con posterioridad a la entrada en vigor del convenio marco, cuando surge el deber de someterse a los dictados de aquél, en tanto no se ha hecho en el mismo previsión expresa en contrario ex art. 84.1 ET.

1.2. La articulación y negociación del sector en Andalucía

En Andalucía, el nivel territorial inferior de negociación se organiza a través de los convenios provinciales del sector que conviven en algunas provincias con otros subsectoriales. Cuentan con convenio provincial del sector de la madera negociados con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio Estatal: Almería [Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera], Cádiz [Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz], Córdoba [Convenio del sector de la Madera de Córdoba], Huelva [Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva] y Sevilla [Convenio Colectivo del sector de Madera de Sevilla]¹⁴. Tan sólo por unos meses, es anterior a la entrada en vigor del Convenio Estatal, el convenio

la labilidad de la regulación legal (arts. 86.3 y 85.3.d) ET) en manos de la convencional sobre la denuncia y sus efectos (véase por ejemplo: F. Rodríguez-Sañudo Gutierrez, “Vigencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz–, “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, T. XII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, págs. 174 a 177).

¹³ M. Tarabini-Castellani Aznar, “Madera”, cit., pág. 174.

¹⁴ BOs. Almería 19/5/2008; Cádiz 27/6/2008; Córdoba 20/11/2008; Huelva 28/5/2008; Sevilla 6/2/2008.

sectorial de Jaén [Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén]¹⁵. Y mucho más antiguos, sometidos a revisiones periódicas de los salarios y calendario, tenemos los convenios de Granada 01/04/1999-31/03/2000 y Málaga 01/01/2000-31/12/2001¹⁶. Respecto de éstos las referencias en este estudio serán muy puntuales por razones evidentes de asincronía legislativa. En cuanto a los convenios subsectoriales, no son muy abundantes: el Convenio Colectivo para el comercio del mueble de Cádiz, el Convenio del sector de Industrias de Carpintería de Ribera y Naval de Huelva, y el Convenio Colectivo de Comercio del Mueble de Jaén¹⁷. Pese a las dudas que puedan suscitarse, la reseña –y nos limitaremos a ello– de los citados convenios de comercio del mueble se justifica por la inclusión en el ámbito funcional del III CEM de la actividad de intermediación en el comercio de la madera y por la negociación del primero de los citados por la Federación de Empresarios de la Madera de Cádiz, sin que corresponda ahora hacer un análisis específico de las dudas que puedan suscitarse sobre el ámbito funcional del convenio estatal¹⁸. Es de destacar el esfuerzo realizado en Sevilla desde 2005 para la unificación en un solo convenio de sector de los precedentes subsectoriales, respetando las diferencias y singularidades que aquéllos recogían a través de Anexos. Como veremos este convenio también destaca frente a los demás provinciales por su mejor ajuste a las reglas de estructura deducibles del art. 84.3º ET, en definitiva, por la ausencia de reproducción de tales materias reservadas conforme a aquél por el III CEM, centrando sus esfuerzos en las competencias que realmente pueden asumir.

1.2.1. *Las materias reservadas al Convenio Estatal conforme al art. 4.1ºa) del III CEM y art. 84.3º ET*

Es necesario recordar que los convenios inferiores posteriores al III CEM están obligados a respetar sus previsiones respecto de tales materias. Es más, el

¹⁵ BO. Jaén 6/7/2007.

¹⁶ B.Os. Granada 01/7/1999; BO. Málaga de 22/11/2000.

¹⁷ BOs. Cádiz 3/11/2008; Huelva 2/3/2006; Jaén 8/9/2008.

¹⁸ De conformidad con el art. 11 y Anexo I del III CEM –relación no exhaustiva–, su ámbito funcional abarca las actividades de la industria de la madera y el mueble, incluidas las empresas y todos sus centros de trabajo que sin estar incluidas en la anterior relación, tengan como actividad principal dicha industria, de acuerdo con el principio de unidad de empresa. No parece decisiva la modificación del listado en el III Convenio respecto del precedente. No obstante, conviene recordar que también fue impugnado el punto 22 del Anexo I del II Convenio Estatal de la Madera, respecto de las actividades de <<Cestería, muebles de junco, médula y mimbre>>, y que fue desestimada por la S. TS. 7/11/2005, 2006/1302. Véase también, sobre el ámbito funcional del convenio, por ejemplo, la S. TSJ Galicia 15/4/1994, 1765.

Tribunal Supremo ha venido a afirmar la prohibición de tal regulación por los convenios inferiores, correspondiendo en caso contrario la sanción de nulidad de sus cláusulas, sin posibilidad de recuperación de su eficacia y validez una vez denunciado aquél¹⁹. Pero los convenios provinciales del sector en Andalucía, como decimos salvo el caso de Sevilla, vienen sistemáticamente reproduciendo íntegra o parcialmente el III CEM en estas materias sin completar —a veces— cuando son requeridos para ello, sus previsiones. En ocasiones como veremos incluso se separan de aquélla, lo que claramente merecerá la referida sanción de nulidad.

a) Modalidades de contratación. Respecto de esta materia es de rigor tratar de identificar los límites de la preferencia aplicativa y consiguiente posible reserva a favor del convenio estatal. El art. 84.3º ET, y en consonancia el art. 4.1º.a) del III CEM, establecen el límite en los aspectos que sean de adaptación al ámbito de la empresa. La contradictoria remisión de tal adaptación a un convenio supraempresarial no puede interpretarse ampliamente a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2000²⁰, que precisamente se pronuncia en términos muy restrictivos sobre un caso de concurrencia entre convenio provincial del art. 84.2º ET y el convenio estatal de la madera. Conforme a dicha doctrina, el convenio provincial bajo tal autorización no puede pretender una regulación sectorial que modifique al estatal, requiriéndose que ésta esté pensada, justificada, en función de su adaptación a empresas determinadas.

El convenio nacional dedica a ellas los arts. 23, y 25 a 30, y aborda el contrato fijo de plantilla, los contratos formativos, (la jubilación obligatoria), el contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, la jubilación parcial, los contratos eventuales por circunstancias de la producción, el contrato para obra o servicio determinado. Los convenios provinciales de sector, con la salvedad del convenio de Sevilla que se limita a remitirse a la regulación del III CEM (arts. 7 y 27), en términos generales vienen a reproducir la regulación del convenio estatal, en ocasiones incluso la remisión a los convenios inferiores que en el estatal va dirigida precisamente a ellos con lo que persisten a veces los vacíos que deja aquél²¹. También es de destacar que esta

¹⁹ SS. TS. 28/1/2004, 2180 y 19/7/2007, 2008/293.

²⁰ RJ. 9631. En similar situación y sentido, declara aplicable el convenio estatal: S. TSJ. País Vasco 18-1-2000, AS. 3262.

²¹ Por ejemplo, en el contrato de prácticas (art. 25.1 III CEM) lo más destacado es la inversión de la preferencia legal del art. 11.1.a) a favor del sectorial estatal, en tanto el convenio remite al de ámbito inferior para la determinación de los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto del contrato. También el salario, dentro de los porcentajes estatutarios, lo

reproducción parece no tener siempre presente al actual convenio estatal, sino a su precedente de idéntico nivel²². Una regulación complementaria del contrato

remite al convenio de ámbito inferior que le sea de aplicación, lo que probablemente está en consonancia con el art. 84.2 y 3 ET. Pero algunos de estos convenios se limitan a reproducir el precepto convencional estatal, hasta el extremo que también ellos remiten formalmente a los convenios de ámbito inferior las funciones que se suponen deberían desempeñar [art. 15.1 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería y art. 27 del Convenio del sector de la Madera de Córdoba]. Otros al menos identifican claramente el salario de referencia para estos trabajadores [art. 20 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz; art.18 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén]. O asumen además la identificación de los puestos de trabajo susceptibles de ser objeto del contrato, aún en términos excesivamente amplios [art. 13 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva].

Algo similar ocurre en el contrato de formación (art. 25.2 III CEM), en que de nuevo los convenios provinciales abordan la regulación del contrato, limitándose prácticamente a su reproducción literal, si bien normalmente se ocupan de la fijación del salario en idénticos porcentajes a los fijados en el convenio estatal pese a que aquél les autoriza a su modificación.

En cuanto al contrato eventual, el art. 29 III CEM amplía su duración a 12 meses en un período de 18, de conformidad y con las preferencias previstas en el art. 15.1.b y 84.3º ET, sin identificar, no obstante, las actividades susceptibles de darse tal contratación ni los porcentajes en relación con el volumen global de la empresa. Se establece una indemnización por terminación de contrato superior a la del art. 49.1.c) ET, distinguiéndose en dos tramos según sean contratos de duración igual o inferior a 4 meses (15 días de salario) o superior a dicho período (20 días). Los convenios provinciales siguen la misma tónica de reproducción, introduciendo en alguna ocasión alguna originalidad de valor puramente explicativo [Art. 19 del convenio de Almería; Art. 26.B del convenio de Córdoba; Como es el caso de Cádiz, art. 20]. No obstante, véase nota siguiente.

²² Por ejemplo, algún convenio muestra un desfase con respecto a las modificaciones introducidas en el art. 11.2.a) ET por el RD-L.5/2006, de 9 de junio, en consonancia, no obstante, con el texto del art. 25.2 del II Convenio estatal de la madera que reproducen: art. 19 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén y art. 13 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva que, por lo demás, se remite también al salario fijado por el convenio inferior de aplicación.

Respecto del contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación y de la jubilación parcial, tampoco hay problemas de ajuste entre el convenio marco estatal y los sectoriales provinciales. No obstante, la reproducción del contenido es más frecuente en el caso de anticipación de la edad de jubilación –cuyo interés es nulo pues se limita a declarar su admisión– que en el de la jubilación parcial –mucho más interesante en tanto configura importantes derechos y deberes–, pues, no en vano ésta última no estaba presente en el II Convenio estatal [Las reproducen los arts. 17 y 18 del Convenio de Almería; art. 20 –anticipada– del convenio de Cádiz; art. 29 –jubilación parcial, reproducción con remisión al convenio estatal– del convenio de Córdoba; art. 14 –anticipación– y art. 9 –remisión general al convenio estatal– del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva; art. 20 –anticipada– Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén ; Anexo A.5. –anticipada– del convenio de Sevilla].

En cuanto al contrato eventual, también se observan disfunciones por tener presente el texto del II Convenio estatal dado que se recoge el plazo de 16 meses de aquél en lugar de los actuales 18. Es el caso justificado del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén (art. 21), y menos explicable de Huelva (Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva, art. 15) que ya nace bajo los designios del III Convenio.

de obra se encuentra tan sólo en el art. 26 del Convenio del sector de la Madera de Córdoba sin que sea probablemente susceptible de ser considerado adaptación a la empresa. Otras previsiones de los convenios provinciales sobre modalidades de contratación fundadas en el vacío regulador del convenio estatal son, por ejemplo, la relativa al porcentaje –exclusivamente, sin referencia alguna a otras condiciones como puedan ser las de distribución, forma y preaviso– de las horas complementarias del contrato a tiempo parcial indefinido del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz (art. 20).

b) Período de prueba. El art. 24 III CEM permite la fijación de un período de prueba sin que pueda exceder, distinguiendo en función de los grupos profesionales de: seis meses para el Grupo 1 y 2 (trabajadores con titulación universitaria de grado superior o medio o con conocimientos equivalentes); dos meses para los del grupo 3 y 4 (titulados de grado medio, técnicos especialistas, bachillerato y BUP); un mes para los trabajadores del grupo 5 (sin titulación o técnico auxiliar), y de 15 días para los trabajadores de los grupos 6 y 7. Pese a tratarse de una materia reservada a este nivel por el convenio estatal y conforme al art. 84.3 ET, los convenios provinciales, con la salvedad del convenio de Sevilla –que en su art. 7 se remite al estatal– y el Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén que no recoge referencia alguna, incluyen una regulación del período de prueba que no se corresponde exactamente con aquélla. Por ejemplo, Cádiz no establece plazo de prueba para titulados universitarios. El Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería –que en todo lo demás reproduce el precepto del convenio estatal– y el Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva cifran el período máximo para el equivalente a los grupos 6 y 7 en veinte días tal y como hacía el II Convenio Estatal y utilizando como aquél las titulaciones como referente. Córdoba, que sí asume el formato de

El contrato de obra sólo se podrá realizar para las actividades relacionadas en el art. 30 del convenio estatal (art. 15.1.a y 84.3° ET). Respecto de los convenios provinciales, estos reproducen [art.20 del convenio de Almería, art. 16 del convenio de Huelva, art. 22 del convenio de Jaén], otros, como es el caso del art. 20 del convenio de Cádiz, amplían añadiendo una causa genérica de contratación con algún error añadido provocado por la reproducción del II Convenio nacional.

Aún cuando no pueda considerarse modalidad de contratación y por tanto, no debe entenderse inmersa en el art. 84.3° ET, los convenios provinciales de Almería (art. 16), Cádiz (art. 18), vienen a reproducir igualmente la cláusula de jubilación forzosa del convenio estatal (art. 26), que llevará aparejada la adopción de medidas de transformación de los contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, o el sostenimiento del empleo. Quizá en los restantes no esté presente por un cierto desfase con el convenio actual, dado que en el II Convenio no se recogía dicha cláusula.

duración del período de prueba en función del grupo, fija para el grupo 2 un período de prueba de 3 meses y reduce el límite para un segundo pacto de período de prueba de 2 años –en el nacional– a 1.

c) Clasificación profesional y niveles. Los precedentes convenios estatales de la madera remitían a la clasificación profesional de la Ordenanza Laboral para las industrias de la Madera²³ en tanto se comprometían a negociarla para el futuro²⁴. Se dividían entonces en cinco grupos: personal de monte, personal de fábrica o taller, personal subalterno, personal administrativo y personal técnico. Estos a su vez estaban divididos en subgrupos y/o categorías según las funciones que se realizasen dentro del grupo y la concreta actividad enmarcada en el ámbito funcional del convenio. No obstante, la Disposición Transitoria Segunda del II Convenio ya inició el cambio hacia una clasificación profesional en siete grupos con un solo salario para los trabajadores de cada uno de aquéllos para lo que se preveía la constitución de una Comisión Paritaria que le diese cumplimiento. La modificación en la clasificación profesional prevista en el II Convenio se llevó a cabo con el acuerdo y publicación del Capítulo sobre clasificación profesional de 16 de febrero de 2007²⁵. A su vez el III convenio reproduce íntegramente dicho acuerdo²⁶, que en su art. 40 pasa de un sistema de categorías profesionales a otro organizado en función de siete grupos profesionales (a los que se suman el grupo 0, equivalente a director o gerente) y sus divisiones funcionales (técnico, empleado y operario). Asume, así mismo, sus criterios de calificación de los puestos de trabajo, tabla de equivalencias para facilitar el tránsito (vid. Disp. Adic. Primera y Segunda), y el mecanismo o procedimiento de solución de controversias sobre interpretación del art. 40 ante la Subcomisión Paritaria de Clasificación Profesional como requisito previo a la vía administrativa o jurisdiccional competente, y su sometimiento a los procedimientos de mediación y arbitraje del ASEC (art. 41). Los problemas de encuadramiento derivados del proceso de reclasificación se resolverán por la Comisión de Valoración de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional (Disp. Adic. Segunda).

En materia de clasificación los convenios provinciales tienen que ajustarse al III CEM, pero no tienen vedada toda competencia al respecto. Así pueden

²³ Orden de 28 de julio de 1969 (BOE de 2 de septiembre de 1969, núm 210).

²⁴ Art. 37 del primer y del II Convenio estatal de la madera.

²⁵ BOE de 24 de marzo de 2007, núm. 72.

²⁶ Hasta el extremo, por ejemplo, que reproduce fechas anteriores a él para la constitución de la Comisión de Valoración de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional (D.A. Segunda). Tampoco parece decisiva la retroacción de su vigencia a 1 de enero de 2007, habida cuenta de estar a efectos salariales ya cubierto por el referido acuerdo.

precisar lo que en términos más básicos fije aquél en materia de funciones o, respetando la clasificación por grupos y consiguiente regulación de la movilidad funcional, complementar aquella con la identificación de las categorías profesionales que la integran²⁷. En cualquier caso, lo que me parece claro es que una cuestión es la clasificación profesional por grupos que son susceptibles de reserva para el ámbito superior (art. 84.3º ET), y otra el salario que corresponda conforme tal clasificación, que queda en manos de los convenios evasivos del art. 84.2º ET. Sin embargo, el III Convenio como el acuerdo que le precedió por unos meses vinculan, o mejor identifican confusamente tal clasificación con la fijación de un salario mínimo por grupo profesional y año que pretende ser vinculante para los convenios inferiores (art. 40 y disp. transit. 2ª y adic. 3ª).

¿Qué sucede con nuestros convenios de ámbito inferior?. Para los convenios de empresa la nueva clasificación no es de aplicación inmediata. En el art. 40 expresamente se respeta hasta finalizada la vigencia del convenio de empresa, lo que está en coherencia con la regla general prevista en el art. 6. Aún después, “podrán negociar en lo relativo a la clasificación profesional lo que a sus intereses convenga, teniendo como marco de referencia el presente acuerdo, y a los exclusivos efectos de los convenios de empresa” y tendrán que respetar los mínimos salariales fijados por el convenio estatal. En cambio, respecto de los convenios provinciales no se hace esta precisión respecto de sus posibilidades negociadoras en clasificación profesional que según hemos expuesto comparten, y se dispone que su adaptación a los salarios mínimos por grupo tendrá que hacerse en el menor plazo de tiempo posible y, como corresponde, en cualquier caso, en el primer proceso de negociación que se inicie una vez finalice la vigencia de los convenios en curso (disp. adic. 3ª). En cualquier caso no se ha procedido a la adaptación en algunos convenios como el de Almería²⁸, Huelva²⁹ y Sevilla (y por descontado, los de Málaga y Granada así como sus revisiones salariales), que desconocen la nueva clasificación, lo que se refleja, igualmente, en los niveles salariales de las diversas actividades de su ámbito

²⁷ Véanse: S. TS. 5/4/2001, 4886 y 18/12/2002, 2003/2344. Un sector doctrinal, no obstante, señala que el Tribunal Supremo no ha mantenido un idéntico rigor en la aplicación de la prohibición: F. Navarro Nieto, “La estructura de la negociación colectiva en España: problemática jurídica y experiencias contractuales”, cit., pág. 46. Para la diferenciación entre grupo, categoría y nivel, consúltese, por ejemplo: F. Alemán Páez, “El encuadramiento profesional”, MTSS, Madrid, 1995, págs. 144 y ss.

²⁸ Es más, su art. 32 reproduce el precedente art. 37 del II CEM, con lo que sencillamente se remite a la Ordenanza Laboral en tanto no se produzca la incorporación al convenio de la clasificación prevista en el convenio estatal.

²⁹ Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva.

funcional. Otros convenios, como el Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz, aún cuando no se ajustan al nuevo sistema de clasificación, sí recogen declaraciones de voluntad de adaptación y la constitución al efecto de una Comisión que fije los criterios y lleve a cabo tal adecuación en un breve plazo de tiempo y, en defecto de tal acuerdo su remisión a consulta a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo Estatal de la Madera–Subcomisión de Clasificación Profesional. O como el Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén, mantienen silencio respecto del nuevo sistema de clasificación profesional o su adaptación, pero parecen seguir una línea de salario único por grupo fijando, sencillamente, el mismo para las categorías profesionales integrables en el mismo grupo conforme a las tablas de equivalencia³⁰. El de Córdoba va más lejos, dado que ya asume el nuevo modelo de grupos profesionales y declara su voluntad de progresiva adaptación de los niveles salariales únicos por grupo, haciendo suyo así plenamente el modelo estatal (disp. adic. 6^a).

d) Movilidad geográfica. Regulada en los arts. 43 a 45 del III CEM, no incluye grandes novedades respecto del convenio nacional precedente más allá de un aumento de los días de preaviso para los desplazamientos. Lo más destacable es la inclusión de un específico artículo para los traslados totales o parciales de la plantilla o instalaciones sin cambio de residencia, mejorando la redacción del anterior art. 41.3^o que desaparece³¹. Los convenios provinciales en su conjunto vienen a ajustarse plenamente al convenio estatal en esta materia, reproduciendo alguno de ellos sin más la misma³². Aún cuando otros mantienen las redacciones precedentes³³. Pero el la mayoría de los convenios no recoge precepto alguno sobre movilidad geográfica en estricto, es decir, aquella que supone cambio de residencia, limitándose a recoger el precio de las dietas.

³⁰ Véase tabla salarial para 2008 suscrita por la Comisión Paritaria el día 8 de febrero de 2008 (BOE 6-3-2008).

³¹ Sobre las facultades de audiencia y consulta en casos de traslado total o parcial de las instalaciones, véase: S.TS. 29/3/2006, 3306. Por la doctrina, por ejemplo: R. Pérez Yañez, “Competencias consultivas”, en AAVV –coords. R. Escudero y J.R. Mercader- “Manual jurídico de los representantes de los trabajadores”, La Ley, 2004, págs. 146 a 150; C. Sáez Lara, “Representantes del personal y acción colectiva en la empresa”, en AAVV –Coords. A. Martín Valverde y J. García Murcia-, “Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 385 y 386.

³² Arts. 36 y 37 del Convenio de Almería.

³³ Art. 26 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz y arts. 28 y 29 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva.

e) Régimen disciplinario. El convenio estatal recoge el régimen disciplinario en los arts. 81 a 85. También se ocupan algunos de los convenios provinciales de la fijación del régimen disciplinario, si bien de nula transcendencia por limitarse a una reiteración literal del estatal³⁴ con, a lo sumo, algún cambio puntual³⁵. Lo más interesante y en solitario, lo aporta la Disposición Adicional III del convenio de Córdoba, aún mejorable por su escasez y necesidad de verse completado, pero al menos algo más cercano a la línea de intervención prevista en el art. 48 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al introducir una regulación, aún breve, del procedimiento de investigación y sanción en caso de acoso sexual.

1.2.2. *Las materias reservadas al nivel estatal con carácter “obligacional” por el art. 4.1º.b) del III CME*

Como ya se advirtió, estas materias pueden ser reguladas por el convenio marco estatal pero la estructura que fije y la regulación de las mismas no podrán suponer una vulneración del art. 84.2º y 3º ET. Consiguientemente, y con la salvedad hecha de las normas mínimas de seguridad e higiene en el trabajo, no cabe aceptar para tales convenios supraempresariales evasivos su reserva estatal ni la aplicabilidad de tal regulación salvo, claro está, remisión específica o con carácter general al convenio estatal, como sucede en la mayoría de los convenios provinciales analizados³⁶. Muchas más dudas provocan los supuestos de vacío regulador del convenio inferior y posterior sin incorporación de remisión alguna al convenio marco, por cuanto aún cuando en estas situaciones no hay un flagrante conflicto que solventar ex art. 84 ET, podría considerarse, a tenor de las circunstancias de cada caso, una voluntad de exclusión de aplicación de cualquier otro convenio superior con remisión implícita a la legal³⁷. También son innecesariamente problemáticas las frecuentes –en los convenios examinados– asunciones parciales sin cláusula específica de remi-

³⁴ Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

³⁵ Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz y embriaguez ocasional. Elimina algunos supuestos de faltas el Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva.

³⁶ Recogen, aparte remisiones específicas, una de carácter general declarando el carácter supletorio del Convenio Estatal: Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería (art. 84); Convenio del sector de la Madera de Córdoba (art. 5); Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén (art.4); Convenio Colectivo del sector de Madera de Sevilla (art. 27). No es el caso de los subsectoriales, así, el Convenio del sector de Industrias de Carpintería de Ribera y Naval de Huelva se remite como derecho supletorio a lo dispuesto en la Ley (art. 32).

³⁷ Véase: L.M. Camps Ruiz, “Estructura de la negociación colectiva”, cit., pág. 147.

sión al estatal, pues igualmente imponen un esfuerzo de exégesis para determinar, caso por caso, si su contenido está cerrado o debe integrarse con el del convenio marco. Aquí, como en las materias que el convenio marco reserva a los niveles inferiores, es donde las unidades de negociación provinciales podrían haber invertido sus esfuerzos negociadores, completando o innovando sobre el estatal, o separándose totalmente de él. Sin embargo la tónica es la misma, reiteración de contenidos, incluso desatendiendo las llamadas a los convenios inferiores por el acuerdo marco. No se llenan las lagunas del convenio estatal y ni tan siquiera hay un especial interés en el tratamiento del común de las materias. En términos generales, y como veremos seguidamente, cabe afirmar que el esfuerzo por la regulación particular se centra en aspectos contractuales inmediatos –algunos de ellos competencia de los convenios inferiores de conformidad con el art. 4 III CEM– como son calendario, licencias, permisos, vacaciones y en la fijación del salario. El tratamiento de la igualdad es también deficitario³⁸.

a) Movilidad funcional. El art. 42 del convenio estatal se limita, como ya hacían sus precedentes, a remitirse al art. 39 ET. El cambio real se encuentra, por tanto, exclusivamente en la ubicación y naturaleza de la cláusula reguladora de la competencia del convenio nacional respecto de su regulación. Lo mismo hace el Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva y el Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería, aún cuando éste último se ocupa algo más de ella en tanto que si quiera se refieren a los ascensos aún sin incorporar una regulación propia (art. 34). Otros convenios como el Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz o el Convenio del sector de la Madera de Córdoba no abordan en absoluto los temas relacionados con la movilidad funcional, si bien éste último cuenta con una cláusula general de remisión al Convenio Estatal (art. 5).

b) Condiciones generales de ingreso. Se ocupan de ellas los arts. 20 (forma escrita del contrato), 21 (condiciones generales de ingreso) y 22

³⁸ La Disp. Adic. Sexta del Convenio Estatal fija las condiciones y términos en que debe desarrollarse la negociación y elaboración del plan de igualdad por las empresas. Nada vienen a decir los convenios provinciales al respecto, y a lo sumo alguno de ellos se limita a escuetas declaraciones de voluntad y principios respecto de las discriminaciones por razón de sexo y tratamiento del acoso sexual [Vid. Disp. Adic. Primera y Segunda del Convenio de Huelva y disp. adic. II del Convenio de Córdoba. No obstante éste último, en su disp. adic. III también aborda, como ya hemos dicho, sucinta pero con carácter normativo el procedimiento a seguir en caso de acoso sexual (vid. art. 48 LOI)].

(pruebas de actitud) del Convenio Estatal. No obstante, su contenido presenta un escaso interés por no aportar nada o muy poco a la regulación legal, siendo perfectamente prescindibles. Los convenios de Almería (arts. 10 a 12), y del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva (art. 8 a 10) reproducen literal e íntegramente tales preceptos sin introducir innovación alguna. De modificaciones de estilo podrían calificarse las que introduce el art. 20 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz. No aborda en profundidad estas cuestiones, salvo en alguna cuestión puntual el Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén, el Convenio del sector de Córdoba (art. 24), y el de Sevilla (art. 7).

c) Jornada anual. Los convenios provinciales vienen asumiendo la jornada máxima anual del convenio estatal: en 1760 horas para 2007 y 1752 horas para los años 2008 a 2011 –en este caso incluso el nuevo calendario del convenio de Granada³⁹–. En cuanto a la distribución de jornada la mayor parte de los convenios recientes reproducen en todo –o casi todo– el estatal. En los convenios como el de Córdoba, Sevilla y del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén sin regulación específica al respecto deben entenderse remitidos al estatal. No le dedican mucho más esfuerzo a la regulación específica de la jornada los convenios provinciales. Otras cuestiones menos significativas se abordan en algunos –escasos– de ellos, siendo por lo demás competencias propias de ellos conforme al art. 4 III CEM, como son: previsiones sobre fiestas locales o en general de calendario, regulación de horas extras y, con mayor detenimiento, las vacaciones.

d) Licencias, permisos y excedencias. Previstas en los arts. 75 y ss. y Anexo II del Convenio Estatal, tan sólo son de destacar algunas mejoras en la duración de algunos permisos así como la creación de otros no previstos legalmente. La reducción de la jornada o su acumulación en jornadas completas del permiso por lactancia se hace depender del acuerdo con el empresario siempre que las necesidades de la empresa lo permitan. Es de destacar también el tratamiento de las reducciones o adaptaciones de jornada y horario de la trabajadora víctima de la violencia de género, dado que el convenio concreta los términos de ejercicio del derecho en cumplimiento del art. 37.7 ET. Los convenios provinciales han asumido en términos generales y salvo alguna excepción⁴⁰ la

³⁹ Calendario laboral para 2008, BOP Granada 21-10-2008.

⁴⁰ Así, el convenio de Jaén no recoge alguno de esos permisos del Estatal: matrimonio de hijo, padre o madre, renovación del DNI, y recuperación del carné de conducir cuando la pérdida del mismo haya estado motivada por causa estrictamente imputable a la empresa. Aunque introduce el de permiso por el tiempo necesario para asistir a consultas médicas o pruebas analíticas

regulación de los permisos del convenio estatal⁴¹, si bien algunos de ellos no se concretan los 150 km, introducen algunas mejoras en la duración de alguno de aquéllos⁴² y/o prevén de nuevas situaciones o extienden expresamente los derechos a las parejas de hecho⁴³. El tratamiento de la violencia de género normalmente no se recoge⁴⁴ y, desde luego, no se innova respecto del estatal⁴⁵.

e) Salario. Recordemos que el convenio estatal se reserva la competencia sobre fijación de los conceptos, estructura de las percepciones económicas y del incremento salarial correspondiente a cada año de vigencia del convenio (arts. 48 a 66), en tanto la concreción de aquéllos y su aplicación corresponde a los Convenios de ámbito inferior. En la estructura salarial se distinguen entre percepciones salariales y extrasalariales. Los conceptos salariales, a su vez, están constituidos por el salario base, las pagas extraordinarias y diversos complementos. Los convenios provinciales vienen a ajustarse en términos generales y a veces hasta a reproducir el texto del convenio estatal con escasas modificaciones (como pueda ser la concreción de un plus de productividad y actividad fijos en el convenio de Almería, o un premio a la constancia en el convenio de Córdoba) cuando de percepciones salariales se trata⁴⁶. Respetan entonces el esquema del convenio estatal, limitándose en realidad a recoger y a la determinación de las cuantías retributivas de algunos de los conceptos referidos. Mucho más desarrollo puede apreciarse respecto de los complementos extrasalariales e indemnizaciones –también las prestaciones complementarias a la Seguridad Social que son competencia de los convenios inferiores–, apenas abordados en el convenio estatal⁴⁷. Respecto de los complementos salariales es

o para acompañar a padres, hijos o cónyuge en caso de gravedad y sin que exista para éstos posibilidad de valerse por sí mismos. Mucho más alejada de las previsiones del convenio estatal es la regulación de las excedencias en su art. 25.

⁴¹ Véanse, por ejemplo, los convenios de Almería y Huelva, si bien este último reserva el día de permiso para el matrimonio de hijos, olvidando el del padre o la madre que sí recoge el estatal. Aún más claro, el art. 20 del Convenio de Sevilla se remite al Estatal en materia de permisos y licencias.

⁴² Art. 24 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz.

⁴³ Art. 10 y anexo del Convenio de Córdoba.

⁴⁴ Es el caso del Convenio de Cádiz [Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz], Huelva [Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva], Jaén [Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén] y Sevilla. La Disp. Adic. II del Convenio de Córdoba hace una declaración de intenciones para el futuro.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el art. 47 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

⁴⁶ Es el caso evidente del convenio de Almería, Córdoba y Huelva [Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva].

⁴⁷ Véanse, por ejemplo: arts. 62 a 72 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

de destacar el de antigüedad consolidada hasta el 30 de septiembre de 1996, no absorbible ni compensable. Aún cuando el complemento de antigüedad ha sido suprimido también por los convenios provinciales salvo en el de Sevilla y el Convenio del sector de Industrias de Carpintería de Ribera y Naval de Huelva, alguno de ellos recogen una fecha distinta y posterior a la señalada por el convenio estatal⁴⁸ y/o recogen un plus de compensación de la desaparición de dicho complemento⁴⁹. El incremento salarial será el resultante de aplicar el IPC previsto para cada año por el Gobierno en los PPGG EE, más el 1,3% cada año de vigencia del convenio estatal. A su vez se incorpora una cláusula de garantía salarial para el caso de que el IPC real a 31 de diciembre de cada año sea superior al IPC previsto por el Gobierno para dicho período, en cuyo caso el exceso, si lo hubiere, se abonará en una sola paga en el mes de febrero del año siguiente y en todo caso servirá de base para el cálculo del incremento de los años posteriores⁵⁰. Estas revisiones de salario y cláusula de garantía salarial son recogidas por el grueso de convenios colectivos provinciales⁵¹. La retribución de las vacaciones se devenga también por día natural y se encuentra recogida en el art. 61 III CEM. No se plantean problemas de articulación con los convenios provinciales, pues en lo que se refiere a la retribución de éstas vienen a reproducir tales reglas del convenio estatal, añadiendo algunas otras sobre duración, fechas de disfrute de las vacaciones, etc. cuestiones todas ellas que son de su competencia conforme al art. 4 III CEM⁵².

⁴⁸ Que según el art. 10 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz será el 7 de mayo de 1.997. O según el art. 11 del convenio de Córdoba será el 7 de abril de 1998.

⁴⁹ Art. 10 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz.

⁵⁰ Véase, la revisión salarial del III CEM para 2007 y 2008 publicado en BOE 12/3/2008.

⁵¹ Art. 8 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz y disp. Dic. Primera; art. 2 y disp. Transitoria 1º del Convenio de Córdoba. También recoge la cláusula de garantía salarial la disp. Final Primera y en sus tablas salariales el 1,3% sumado al IPC real, el Convenio de Huelva (téngase en cuenta la vigencia anual del convenio). También aplica los mismos criterios incluso el convenio de Jaén: art. 8 y cláusula de garantía salarial del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén y Revisión salarial de 2007 y tabla salarial de 2008 aprobada por la Comisión Paritaria el día 8 de febrero de 2008 (BO. Jaén 6/3/2008). También el convenio de Sevilla, si bien el incremento que se aplique transitoriamente se remite al porcentaje que experimente el Índice de Precios al Consumo de la media nacional, de los doce meses anteriores. (vid art. 8, que en lo no previsto se rige por el Convenio nacional –art. 27–).

No lo reproduce, siendo sus referentes en ocasiones más imprecisos y no ajustados a las previsiones del convenio estatal sin que ello pueda sencillamente justificarse por la duración inferior prevista para el convenio: Disp. Adic. Segunda del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

⁵² Véase, por ejemplo el art. 40 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

f) Órganos de representación de los trabajadores en la empresa y derechos sindicales. Su regulación, conforme al art. 4 III CEM es de competencia compartida entre el nivel estatal y los convenios de ámbito territorial inferior, con lo que éstos podrán extenderse en aquellas cuestiones que el convenio estatal no establezca. Se ocupan monográficamente de ello los arts. 86 a 92 del Convenio Estatal. Son destacables algunas cláusulas de dudosa licitud⁵³. En diversas ocasiones llama el convenio estatal a los niveles inferiores para la regulación o concreción de diversas cuestiones como son la mejora del crédito horario –sin que éste pueda ser inferior a 16 horas que se viene asumiendo pacíficamente por los convenios inferiores–, así como la recomendación de que pacten su acumulación y los términos de la misma (art. 88), lo que en términos generales también se viene abordando por los provinciales con más o menos énfasis⁵⁴. El convenio estatal también se remite a los convenios inferiores para la fijación de los centros de trabajo en los que las secciones sindicales que los sindicatos más representativos tendrán derecho a la utilización de local (art. 90.3), llamamiento que es desatendido en los niveles inferiores. En términos generales cabe afirmar que aún cuando los convenios provinciales no recogen íntegramente el articulado del convenio estatal no entran en clara contradicción con aquél, asumiendo las directrices generales de éste expresamente, incluso alguna de las que hemos cuestionado, normalmente la relativa a los electores⁵⁵

⁵³ Es el caso, por ejemplo, de la exigencia de superación del período de prueba para ser elegible como representante unitario del art. 87 ET. Así mismo es muy cuestionable en mi opinión que pueda reservarse lo que parece una mejora del art. 8.2 LOLS respecto del derecho a local a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos [vid.: SS. TS. 25/4/2005, 6285 y 23/11/1993, RJ. 8933. Véase también, por ejemplo: S. TC. 18/12/1995, 188; S. TSJ Castilla y León/Valladolid 7/3/2005, 544]. También es cuestionable la aparente limitación del derecho a los permisos retribuidos por negociación de convenio a los delegados sindicales (art. 90.3) [vid., por ejemplo: S. TS. 23/12/2005, 2006/1792; SS. TSJ Castilla y León/Valladolid 29/7/1996, 2605 y TSJ. Castilla-La Mancha, 14/2/2001, 1876; TSJ Cataluña 27/2/2007, 2287; TSJ Asturias 27/9/2002, 3163. O que la excedencia forzosa prevista en el art. 92 se limite a los cargos sindicales de los Sindicatos que hayan firmado el convenio [Véase, por ejemplo: SS. TS. 26/1/2005, 3158; 9/12 y 15/11/2005 (RJ. 2006/1280 y 2005/10073)].

⁵⁴ Por ejemplo: art. 25 del Convenio de Sevilla.

⁵⁵ Vid: art. 29 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz. También el convenio de Almería que, finalmente se remite en lo no previsto al Estatal (arts. 80 a 84). El Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva reproduce fielmente el estatal, incluso en las remisiones que aquél hace a los ámbitos inferiores (vid. arts.63 a 69). No obstante, el art. 64 del convenio de Huelva va aún más allá, y al requisito de superación del período de prueba añade que la antigüedad en la empresa sea de cuatro meses. No exige superación del período de prueba el art. 35 del Convenio de Córdoba, que sin embargo en su art. 5 asume con carácter general la supletoriedad del Convenio estatal. Nada dice sobre representación en la empresa el Convenio de Jaén, con lo que habrá que estar a la remisión general al estatal de su art. 4. También el convenio de Sevilla (art. 27) que, no obstante, en el art. 24 introduce una novedad, cual es exigir que para el descuento de la cuota sindical se tenga que solicitar por al menos seis afiliados al mismo sindicato.

o bien por remisión. Algún convenio como el de Córdoba (arts. 35 a 37) se limita a establecer ostensibles mejoras respecto de las que establece el estatal.

g) Salud laboral y prevención de riesgos. El convenio estatal podría haberse reservado la fijación de las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Con independencia de la interpretación amplia o restrictiva que se le de en este aspecto al art. 84.3^o ET, el convenio marco prefiere otorgar a dicha reserva un carácter obligacional. La salud laboral se aborda en el Capítulo I del Título X del III Convenio estatal para la Madera (arts. 93 a 105): Comisión Paritaria de Seguridad y Salud, la planificación de la acción preventiva, [información, medidas de emergencia, el riesgo grave e inminente, la protección de trabajadores sensibles a determinados riesgos, la vigilancia de la salud], y la información consulta y participación [representación y coordinación, el Comité de seguridad y salud, la documentación, y la formación en materia preventiva]. Realmente incorpora el Capítulo sobre salud laboral suscrito el 28 de junio de 2006⁵⁶ que asumió el texto elaborado por la Comisión Técnica de Seguridad Laboral en cumplimiento del encargo de adaptación y desarrollo de la disp. trans. 1^a del II Convenio estatal. Este apartado merecería un comentario más detenido y una valoración positiva de su contenido. No obstante, por razones evidentes de espacio y temática nos limitaremos a valorar su recepción por las unidades inferiores. Siguiendo la tónica general, los convenios provinciales asumen en este caso por remisión el Título X del III Convenio estatal⁵⁷. Aún cuando otros como el de Cádiz no aluden a tratamiento alguno de la Salud Laboral. También se incorporan cláusulas específicas que mejoran o complementan puntualmente los contenidos del Convenio Nacional⁵⁸.

h) Formación en materias no reservadas a ámbitos inferiores. La formación profesional se regula en el Título VI (arts. 67 a 74) del convenio estatal, declarándose la asunción del IV ANF de 2006 y el RD. 395/2007, de 23 de marzo. Los convenios provinciales no prestan apenas atención al tema⁵⁹, dando muestras alguno de ellos de un importante desfase⁶⁰.

⁵⁶ BOE 20 mayo 1996, núm. 122.

⁵⁷ Disp. Transit. Segunda del Convenio de Almería; disp. adic. VII del Convenio de Córdoba; disp. transit. Primera del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva. O genérica sobre legislación aplicable (art. 4 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén) y art. 27 del Convenio de Sevilla.

⁵⁸ Por ejemplo, sobre representación (art. 35) o sobre maternidad (art. 38) en el Convenio de Córdoba.

⁵⁹ Sencillamente remite al Convenio estatal: el art. 74 del Convenio de Almería; art. 51 del Convenio de Huelva.

⁶⁰ Como ocurre con el convenio de Cádiz, que en su Disp. Adic. Tercera declara que <<asumen el contenido integro del Acuerdo Nacional de Formación Continua de 16 de

i) Cláusula de descuelgue. En materia de descuelgue salarial –configurado como descuelgue respecto de los incrementos salariales– los convenios provinciales presentan dos grandes líneas. Una minoritaria, que sigue las directrices de la Disp. Adic. Cuarta del III Convenio estatal, de manera que la Comisión Paritaria sólo intervendrá en defecto de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores⁶¹; y otra en que la Comisión Paritaria es la que interviene directamente y decide, a lo sumo, con informe de los representantes o con audiencia de éstos con voz y sin voto⁶².

2. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA

2.1. Introducción. Modelo negocial y naturaleza del ALEH

Para valorar adecuadamente la negociación colectiva en este sector conviene comenzar recordando, como reitera el propio Preámbulo del actual Texto Refundido del III Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería (TRALEH), que la regulación convencional estatal pretende consolidar un marco de negociación y diálogo estatal y contar con unas bases convencionales comunes en todo el país⁶³. Tal objetivo se planteaba y se plantea además sobre la base de un entramado negocial preexistente sobre todo en el ámbito provincial y en menor medida, también a nivel de empresa, lo que como veremos está dando lugar a un interesante proceso no exento de problemas.

Así y todo, para llevar a cabo su cometido, los negociadores estatales optaron desde el inicio por una fórmula de negociación dinámica o permanente, en el sentido de expresamente que el contenido negocial no se cierra ni se limita a las materias ya reguladas, sino que está abierto a continuas y futuras incorporaciones de aquellas materias que sean objeto de posteriores acuerdos en el sector (Preámbulo, art. 6.2 y disp. adic. 1^a). Se explica así que el contenido negocial sea limitado, referido sólo a algunas materias, y que de manera progre-

Diciembre de 1992, así como lo establecido en el Convenio General del Sector de la Madera y acuerdos que lo desarrollen>>>.

⁶¹ Convenio de Almería (art. 73), Córdoba (Disp. Adic. Primera) y Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva (Disp. Adic. Tercera).

⁶² Es el caso de los convenios de Cádiz (art. 28), Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén (art. 35), Granada (art. 34), y Sevilla (art. 26).

⁶³ Para una radiografía del sector tras la publicación del I ALEH, *vid.* AA.VV. (Rivero, Dir.), La negociación colectiva en el Sector de hostelería; CCNCC-MTAS, 1999.

siva pero lenta vaya actualizándose lo ya acordado o incorporándose nuevos aspectos a esa regulación convencional estatal común⁶⁴.

Para ir conformando ese espacio común, y como reafirman los negociadores, tanto el TRALEH como los acuerdos posteriores que se incorporen al mismo, gozarán de la misma eficacia y naturaleza jurídica, esto es, en nuestra opinión, la que se deriva de un Acuerdo *ex art.* 83 LET, pues pese a que no se alegue expresamente tal base normativa, así se desprende del mismo (Preámbulo y art. 10 TRALEH)⁶⁵. Precisamos no obstante que el TRALEH, como todo AM impropio, es de contenido plural, esto es, cual convenio sectorial híbrido o mixto⁶⁶, en el que confluyen cláusulas susceptibles de entrañar una vinculación jurídica de características idénticas a las de un convenio colectivo propio (regulación concreta de aplicación directa a las partes de la relación laboral), con otras cláusulas con valor de Acuerdo Marco (art. 83.2 LET: reglas de ordenación de la negociación)⁶⁷. Y como tal figura híbrida, contiene una reserva de materias (de manera excluyente a veces –art. 10.2 TRALEH–) a favor del nivel (estatal) donde se acordó dicho AM impropio, y proporciona además una regulación completa de algunas de esas materias⁶⁸. Advuértase igualmente que respecto al ALEH nos encontramos no ya ante un convenio *ordinario* con una o algunas cláusulas relativas a la ordenación de la negocia-

⁶⁴ Esa dinámica negocial queda patente en la evolución de la regulación convencional estatal, iniciada por el I ALEH (BOE 02/08/1996) para la sustitución de la antigua Ordenanza Laboral de 1974, para la Industria de Hostelería, cafés, bares y similares (OM 28/02/1974, BOE 11/03/1974, en adelante, OL). Posteriormente, y tras varios acuerdos parciales sobre diversos temas, se alcanzaría el II ALEH (BOE 01/07/2002), que pronto se vio modificado con nuevas cuestiones (como la regulación en materia de contratos formativos y avanzaba la necesidad de replantearse los *premios de jubilación* reconocidos en el sector). Esas y otras modificaciones dieron lugar al III ALEH (BOE 05/05/2005), pero al igual que el anterior, se vio afectado por los posteriores acuerdos alcanzados sobre periodo de prueba (y algunas previsiones sobre el premio de jubilación), adecuación del sistema de clasificación y actualización del régimen disciplinario (BOE de 27/07/2006 y de 02/06/2007, respectivamente). Ante tal situación, y para aclarar el panorama estatal, los negociadores alcanzaron un único texto donde se recoge lo acordado hasta ese momento: TRALEH (BOE 25/02/2008). Sin embargo, éste se ha visto pronto modificado por el acuerdo alcanzado por la comisión negociadora relativo a igualdad entre hombres y mujeres y a seguridad y salud laboral (BOE 12/09/2008).

⁶⁵ STS de 19/07/2007 (RJ 2008/93). En otras ocasiones, el TS ha reconocido el alcance *ex art.* 83.2 LET a acuerdos colectivos que no afirmaban expresamente tal base normativa; por todas, STS, de 10/10/2000 (RJ 9423).

⁶⁶ En el mismo sentido, AA.VV., *La negociación colectiva en el Sector de hostelería*; CCNCC-MTI, 2008, págs. 9-10.

⁶⁷ *Vid.* Villavicencio Ríos, A., *Los Acuerdos Marco sobre la Estructura de la negociación colectiva: Naturaleza jurídica, eficacia, contenido*; Comares, 1998, págs. 200 y sgs.

⁶⁸ Sobre su admisión, *vid.*, a modo de ejemplo general, el Convenio colectivo de Grandes Almacenes, art. 4 (BOE 27/04/2006), y la STS de 10/04/2002 (RJ 5321).

ción en dicha unidad⁶⁹, sino más bien ante un producto que integra en un mismo cuerpo los dos tipos de acuerdos del art. 83 LET, esto es, un AM que incluye también progresivos acuerdos sobre alguna materia concreta (pero no por tanto, con la extensión del amplio, general y global contenido propio de los convenios ordinarios)⁷⁰.

En todo caso, la consecuencia de dicha naturaleza es importante, por cuanto que implica reconocerle capacidad para imponerse a las unidades inferiores⁷¹.

El problema se plantea, como se puede prever en un sector como este, respecto a la posibilidad de que tal AI/AM puede afectar de inmediato a las situaciones ya existentes, encontrando posturas enfrentadas entre quienes afirman su aplicación inmediata (con base en el art. 84.1 LET en relación al propio art. 83.2 LET), al concluir que de otra forma no habría excepción al *prior in tempore* del art. 84.1 LET o en todo caso, que tal Acuerdo no establece un cambio normativo en sí, sino tan solo una regla de concurrencia que sustituya al principio *prior in tempore*⁷². Y quienes sostienen lo contrario, esto es, que no pueden afectar retroactivamente a los convenios colectivos vigentes en el momento de entrada en vigor, tan sólo pues *ad futurum* (también *ex art. 9.3 CE*)⁷³.

Por nuestra parte, más cercanos a esta última posición, creemos que en este caso la solución podría venir dada en gran medida por el propio AI/AM⁷⁴. Y en

⁶⁹ Cuya amplia aceptación como AM impropio parece cuestionada en la STS de 05/03/2008 (JUR 2008\141639).

⁷⁰ Al respecto, *vid.* SSTS de 16/06/1989 (RJ 4593), y de 09/07/1998 (RJ 6260).

⁷¹ Lo que supondrá de manera general la nulidad de aquellas previsiones convencionales que ignoren o contravengan las reglas de ordenación que establezca; por todas, STS de 23/10/1995 (RJ 7864). En la doctrina, Díaz de Rábago Villar, M., "Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos. Problemas de la negociación colectiva estatutaria: su articulación, configuración de las unidades de negociación, concurrencia de convenios y convenio de aplicación en la sucesión de empresas"; AS, nº 20, 2005 (BIB 205/2720), págs. 73 y 74; y Santiago Redondo, K.M., La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.3 ET); Tiran lo Blanch, 63, 1998.

⁷² Salido Banús, J.L., La negociación colectiva en España; Atelier, 2001, págs. 118 y 119. Así parece entenderlo la SAN de 27/04/2001 (AS 1231), referida a un Convenio de Grupo (no obstante, no debe perderse de vista que a tales convenios de *grupo de empresas* no les reconoce valor de AM *impropio*, por todas, STS de 28/10/1999, RJ 8510). Véase también la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 21/01/2000 (AS 3982); y de SAN 27/04/2001 (AS 1231)

⁷³ *Vid* al respecto, Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco...; cit., págs. 322 y sgs. y 396; y Cabeza Pereiro, J., "Sobre la concurrencia descentralizadora de convenios y sus efectos en el convenio o acuerdo afectados"; AS, 1999-V (BIB 1999/957).

⁷⁴ En extenso sobre la primacía de los AM y sus efectos en los convenios del ámbito, así como los problemas relativos al momento de su imposición en las unidades inferiores, Ruíz Castillo, M.M., "Jerarquía y concurrencia de convenios"; T.L., nº 54, 2000, págs. 179 y sgs.; y Altés Tárrega, J.A., "Las unidades de negociación"; en AA.VV. (Pérez De Los Cobos y Goerlich Peset, Coord.), El régimen jurídico de la negociación colectiva en España; Tiranto Lo Blanch, 2006 (TOL1.021.556).

este sentido, entendemos que la voluntad de los negociadores estatales es exclusivamente condicionar las regulaciones convencionales futuras; o al menos esto concluimos tanto de algunos datos contenidos en los acuerdos alcanzados (*v.gr.*, art. 10.2 y D.A. 2^a TRALEH, Preámbulo y D.F. Única del acuerdo de 09/06/2006 –periodo de prueba–, y Artículo Tercero del posterior acuerdo publicado en el BOE 12/09/2008), como de la propia dinámica negociadora (permanente y abierta) y la naturaleza propia de este tipo de AM impropio, con mandatos que en ocasiones han de concretarse por los negociadores de ámbitos inferiores (*v.gr.*, Acuerdo de 12/04/2007, BOE de 02/06/2007)⁷⁵. No obstante lo señalado, debe tenerse en cuenta que los propios negociadores estatales han aclarado que esa aplicación sólo para futuro no rige cuando las regulaciones convencionales de ámbito menor se remitan a la extinta OL, ya que en este caso, la aplicación del Acuerdo estatal es inmediata.

En resumen, el modelo negocial seguido a nivel estatal, si bien permite renovar permanentemente lo negociado e ir conformando de manera progresiva ese marco convencional común, añade algo más de complejidad, por cuanto que a la hora de concluir sobre el grado de adecuación y articulación negocial, debemos tener en cuenta que este modelo negocial abierto influye notablemente, pues en los ámbitos inferiores no se mantiene la misma opción, y por tanto, incluso en el mejor de los casos, es posible encontrar en éstos remisiones o inclusiones del contenido de algunos de los Acuerdos estatales que en el momento presente o próximo se encuentren sustituidos por acuerdos posteriores de la Comisión Negociadora estatal.

Sin embargo, nos parece que ante la realidad de un sector que, como adelantábamos, los propios negociadores estatales entendían que estaba por consolidar, se muestra una fórmula apropiada (pese a las iniciales críticas de lentitud, escasez de contenidos y falta de resultados)⁷⁶, sobre todo en el mencionado contexto negocial del sector, que difícilmente aceptaría la imposición en bloque de una regulación más completa. Y en este sentido, no debe perderse de vista que este modelo exige una coordinación, articulación y colaboración respetuosa entre los diversos niveles negociales ya existentes (*v.gr.*, D.A. Segunda del acuerdo de 24/07/2008, BOE 12/09/2008), y evitar así mismo los problemas de seguridad jurídica que en otro caso podrían plantearse⁷⁷.

⁷⁵ Sobre este rasgo como propio de los *Acuerdos Marco*, STS, de 16/06/1989 (RJ 4593). En los ámbitos inferiores, STSJ de Extremadura, de 16/01/1992 (AS 341), con mayor claridad, STSJ de Madrid, de 28/05/1992 (AS 2746).

⁷⁶ *Vid.* Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias del Negociación articulada*; MTAS, 2008, págs. 161 y 162.

⁷⁷ Al respecto, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. *La negociación colectiva...*, cit., págs. 18-19.

2.2. Estructura de la negociación en el sector y reglas de articulación y concurrencia

Señala el art. 10.3 TRALEH que la estructura negocial se basa en el ALEH (convenio sectorial estatal) y en los convenios sectoriales inferiores (autonómicos o provinciales), e indirectamente también en los ámbitos inferiores o de empresa, pues encomienda a aquellos niveles intermedios referidos la función de indicar las materias susceptibles de negociación en éstos (*v.gr.*, empresa, centro de trabajo)⁷⁸.

Y en esta línea, el propio TRALEH fija sus propias reglas de articulación con las unidades inferiores, específicamente a través del reparto de materias y las reglas de complementariedad entre todas ellas. Así, recuerda que las materias que se incorporen a al TRALEH quedan reservadas a este ámbito estatal (salvo la relativa a la resolución extrajudicial de conflictos). Y respecto de éstas, el propio TRALEH (art. 10.2) puntualiza ahora que la regulación que contiene o bien no podrá ser objeto de negociación alguna por las unidades inferiores, o bien podrá ser complementada por éstas en los términos que se establezcan en el propio acuerdo estatal.

Con todo, respecto al valor y eficacia de la reserva material efectuada tanto en el ámbito estatal como, en su caso, en los niveles intermedios (en nuestro caso, los convenios provinciales), debe ser analizada a la luz de la jurisprudencia relativa al art. 84.2 y.3 LET, razón por la cual volveremos sobre esta cuestión al tratar cada una de las materias objeto del Acuerdo Estatal⁷⁹.

Creemos que el TRALEH, al indicar la estructura negocial general del sector y el posible reparto de materias (articulación), como ya hiciera su antecesor, no se limita a mantener los ámbitos intermedios (autonómico/provincial), sino que más pareciera que los refuerza frente a los inferiores, al otorgarles un importante protagonismo en el sector, hasta el punto de que se remite a ellos para que fijen algunas reglas de ordenación de la negociación en su ámbito. Advértase, no obstante, que esta previsión abre importantes dudas, especialmente la que nos genera la posibilidad de que el nivel provincial pueda establecer/excluir las materias negociables en los niveles de empresa⁸⁰. Sin

Como se ha señalado, se trata de una opción ajustada a las propuestas que en materia de estructuración de la negociación realiza el AINC 2007 (prorrogado para 2008), AA.VV. La negociación colectiva..., pág. 41.

⁷⁸ Criticando el escaso interés prestado a los convenios de empresa, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 35 y 39.

⁷⁹ A modo de ejemplo, es de interés la STS, de 22/09/1998 (RJ 7576).

⁸⁰ Igualmente, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 21 y sgs. También, SSTS, de 16/11/1989 (RJ 8068), y de 09/07/1998 (RJ 6260). Sin embargo, pareciera que dicha postura que se ve confirmada tras la redacción del art. 84.2 LET, o

embargo, con ello parece pretenderse que esta función de articulación entre los diversos ámbitos negociales no se realice de manera centralizada y homogénea para todo el Estado, sino que, en línea con los recientes AINC (2007-2008), el nivel estatal comparta tales tareas con los ámbitos intermedios, al objeto de que sea cada territorio quien acuerde la distribución de materias y articulación entre las distintas unidades de negociación, para conseguir una mejor aplicación y eficiencia de lo pactado.

Por lo que respecta a su aplicación práctica, al menos en nuestra comunidad, se detecta un aparente escaso seguimiento de tales indicaciones⁸¹, pues además de la inexistencia de convenio autonómico⁸², puede afirmarse que el sector se basa primordialmente (cuando no en exclusiva) en la negociación provincial⁸³, y que ésta no parece haber procedido a articular la negociación en su ámbito. Como excepción a esta afirmación, debemos realizar dos precisiones: Por un lado, el convenio del sector de la hostelería de Málaga, que expresamente remite a los acuerdos de empresa para actualizar y desarrollar su contenido, pero sin contravenirlo, completarlo en lo no previsto o introducir mejoras (salvo en materia de contratación, que es, al menos en principio, de competencia exclusiva y excluyente del sector). Y por otro lado, de manera general, creemos que los convenios provinciales no excluyen la intervención de los de empresa, más bien al contrario, pues consideran como mínimas las condiciones en ellos pactados⁸⁴. Consecuentemente, creemos que para una

mejor dicho, con la jurisprudencia dictada en torno al mismo, en extenso, Díaz de Rábago Villar, M., "Articulación de negociaciones...; cit., especialmente, págs. 12 y sgs., y Rodríguez Fernández, M.L., "Balance y perspectivas...; cit., págs. 1065.

En esta línea, algún convenio provincial (Cádiz, art. 56.1, *in fine*) establece que en caso de concurrencia con los ámbitos inferiores, prevalece tal convenio provincial, lo que creemos es del todo inadmisibile, pues carece de la legitimación para proceder a cambiar las reglas legales (art. 83.2 en relación al art. 84.1 LET). Distinta es la posibilidad de que tales convenios acepten verse afectados por otros, que sí parecer aceptable; Martín Valverde, A., "Concurrencia de convenios colectivos de trabajo"; en (Borrajó Dir.) Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, T. XII, vol. 2º; EDERSA, 1985, págs. 47 y 48; y López Anioarte, M.C., La concurrencia de convenios colectivos; Tirant lo Blanch, 87, 1999, pág. 70.

⁸¹ Conclusiones más matizadas parecen extraerse del conjunto del Estado, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 21 y 22.

⁸² La situación en Andalucía no difiere mucho del resto del Estado, pues salvo los convenios de Cataluña y de las Islas Baleares, el resto de convenios autonómicos existentes lo son de comunidades uniprovinciales (*v.gr.* Asturias, Cantabria, Ceuta, Madrid, Murcia, La Rioja, Navarra). Sobre la continuidad en este aspecto, vid. Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), Experiencias...; cit., págs. 140-142.

⁸³ Sólo existía un convenio empresarial interprovincial (Técnicas de Trabajo Aplicadas y Servicios, S.L., BOJA 18/11/1999), cuya vigencia concluyó el 31/12/1999, y cuya suerte es la que señalamos en el texto para los convenios empresariales en similar situación.

⁸⁴ Así ocurre, entre otros, en los convenios de Córdoba, Granada y Sevilla (BOPS 24/08/2006).

conclusión más ajustada debe atenderse a todo el articulado, pues durante la regulación de alguna materia (*v.gr.*, horarios, contratación, vacaciones, etc.), se suelen realizar remisiones a los ámbitos empresariales para que concreten o introduzcan cambios a la regulación propuesta⁸⁵.

En todo caso, esa aparente situación deficitaria de articulación entre niveles intermedios y de empresa puede tener explicación ante lo que puede entenderse como una progresiva pérdida de protagonismo de la negociación de convenios empresariales, pues salvo algún caso particular que indicaremos, tales unidades negociales o bien no existen (como ocurre en las provincias de Almería y Córdoba), o si existieron, perdieron su vigencia y en la mayoría de los casos, por la lejanía en el tiempo, bien pareciera un abandono de la unidad (así se evidencia en Granada, Jaén y la mayoría de convenios empresariales del resto de provincias). Como decimos, sólo existe algún ejemplo aislado de convenio empresarial renovado y con negociaciones periódicas en las provincias de Cádiz, Huelva y Málaga, aunque también debiera tenerse en cuenta que la mayor parte de tales empresas alcanzaron el convenio estando vigente el provincial. Consecuentemente, sea por una u otra razón, lo cierto es que tales empresas se verán afectadas por los convenios provinciales.

Ciñéndonos pues a esos convenios empresariales vigentes, debemos resaltar de manera global la coordinación o cuando menos la inexistencia de concurrencia conflictiva con los convenios provinciales (salvo la situación en Cádiz)⁸⁶. Sin embargo, conviene precisar que en el general de los casos tal coordinación se resume en que estos últimos se remiten expresamente y/o copian la redacción del articulado provincial, a lo que añade en ciertos casos algún aspecto complementario que aclara o precisa aquél⁸⁷. Ello implicará, de

⁸⁵ *V.gr.*, convenios de Córdoba (BOPCO 21/11/2008, art. 14, 2º y 6º), de Huelva (art. 10), o de Málaga (art. 17).

⁸⁶ En esta provincia, se evidencia de manera general la falta de conexión entre el convenio provincial y los acuerdos empresariales de Aspro Ocio, S.A. (BOPC 10/12/2007), el de Flight Training Services S.L. (BOPC01/08/2008), Bacoval, S.L. (BOPC 21/09/2007). Coordinación que, pese a las deficiencias de también existen, sí encontramos con el convenio de Sierra Morata, S.L. (BOPCA 31/10/2007), que sí contempla remisiones y referencias expresas al convenio provincial; y en menor medida en relación al convenio de Hotel Puerto Bahía (BOPCA 09/06/2008).

⁸⁷ Especialmente, en el caso del convenio de Málaga (BOPM 03/06/2006) y los convenios empresariales de Marbella Club Hotel, S.A. (BOPM 18/12/2007), McDonald's Sistemas de España Inc. (BOPM 03/04/2008), o de The Interbuilding Investment Company B.V., Hotel Torremolinos Beach Club (BOPM 09/11/2006) -este último añade expresamente que las mejoras incluidas en el convenio provincial serán automáticamente asumidas (art. 15)-.

Esta situación, y pese a la inexistencia de reglas expresas de ordenación, parece reproducirse en el caso de Huelva, donde la similitud de regulación (cuando no la mera copia) se evidencia entre el convenio provincial (BOPH, de 23/08/2008) y los convenios de empresa, *v.gr.*,

manera también general, que la articulación entre los tres niveles de negociación (estatal-provincial-empresarial) se encuentre fuertemente condicionada por la actuación del nivel intermedio, ya que como hemos indicado los niveles empresariales suelen seguirle.

En otro orden de cosas, cabe subrayar que el TRALEH no establece regla alguna para resolver los posibles problemas de concurrencia entre las diversas unidades, limitándose como hemos indicado a establecer la aquellas materias que están reservadas al ámbito estatal y remitir a los niveles intermedios para que hagan lo propio respecto a las unidades inferiores o de empresa⁸⁸. Consecuentemente, para resolver los potenciales problemas de concurrencia habrá que acudir a esta fórmula (reparto de materias), lo que implicará la nulidad, en su caso, de aquellos convenios que incumplan las reglas de reparto⁸⁹. Fuera de esa situación (*v.gr.*, porque no se haya llevado a cabo tal reparto o porque no estemos ante materias reservadas en exclusiva), debemos estar a las reglas legales (art. 84 LET)⁹⁰.

Finalmente, creemos de interés subrayar cómo los convenios han ido asumiendo el Acuerdo estatal también como marco supletorio, de manera que salvo excepciones muy contadas⁹¹, se le considera expresamente como tal, incluso, hasta el punto de reconocerlo de aplicación preferente en caso de contener mejoras a lo previsto en él⁹². Sin embargo, para concluir si esa prelación de normas es adecuada no debemos olvidar que la misma debiera de referirse exclusivamente a materias que no estén reservadas al ámbito estatal, pues de lo contrario lo que podría suponer es una contravención de las reglas de ordenación previstas (reparto de materias), con las consecuencias ya anunciadas⁹³.

de Fundovel (Hotel Tierra Mar), y Hotel Flameró (BOPH de 23/11/2007 y de 26/02/2008, respectivamente).

⁸⁸ Adviértase los problemas que la anterior redacción de este precepto originó al respecto, en Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias...*; cit., págs. 133 y sgs.

⁸⁹ Por todas, STS de 23/10/1995 (RJ 7864), y de 24/04/2002 (JUR 2002/157920).

⁹⁰ Considerando la reserva también como regla específica para la concurrencia, en el sentido de suponer la *preferencia* aplicativa del Acuerdo Estatal en las materias por él reguladas, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. *La negociación colectiva...*; cit., pág. 17.

⁹¹ Convenios de Cádiz y Jaén BOPC 03/07/2007 (art. 50) y BOPJ 24/08/2005 (art. 8), respectivamente. Sin embargo, varios convenios de empresas gaditanas sí lo contemplan como supletorio; *v.gr.*, Hotel Puerto Bahía (BOPCA 09/06/2008), Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L. (BOPC 10/06/2008); o Sierra Morata, S.L. (BOPCA 31/10/2007). En otras provincias, convenio de McDonald's (art. 6).

⁹² Convenio de Granada (BOPG 02/06/2006), art.51.

⁹³ Adviértase además lo previsto en la D.T.3^a TRALEH, que considera realizadas al mismo las remisiones que los convenios inferiores realicen a la extinta OL (en nuestra comunidad, no hay remisión a la misma).

2.3. Contenido negocial

Como ya hemos señalado, el contenido de los acuerdos estatales en el sector de la hostelería no se encuentra acotado (ni originariamente ni actualmente), sino que es el fruto de una opción de los negociadores que van incluyendo nuevas materias en función de las necesidades generales en el sector y de la consolidación del ámbito negocial estatal. Esto implica que las materias objeto de regulación en el TRALEH y acuerdos posteriores sean limitadas y referidas a algunos aspectos. Pero precisamente por esta fórmula negociadora cobra especial interés comprobar si sus contenidos concretos son asumidos y en qué medida en los ámbitos inferiores (lo que deberá ponerse en relación con cuál sea la eficacia vinculante de la regulación estatal), y finalmente, precisar el grado de interrelación y coordinación entre todos ellos.

Consecuentemente, y en atención al objeto del trabajo, las materias aquí analizadas son exclusivamente aquellas que se contemplan en el nivel estatal.

3.3.1. *Clasificación profesional y movilidad funcional*

El establecimiento de un sistema de clasificación profesional fue una de las tareas originarias en los Acuerdos estatales, y en este sentido, ya desde el I ALEH los negociadores procedieron a establecer una ordenación profesional que simplificase el anterior sistema, y que formalmente se basa en áreas funcionales que a su vez se integran por diversos grupos profesionales (formados por categorías dispuestas jerárquicamente), cuya ordenación debía responder a las tareas desempeñadas (funciones básicas) y a la ponderación de una serie de factores (autonomía-iniciativa, conocimientos-formación, mando, responsabilidad y complejidad)⁹⁴.

Dado el valor ya señalado de AM (art. 83.2 LET) del TRALEH, que además reserva para el ámbito estatal esta materia, era perfectamente posible su imposición a las unidades inferiores, sin que los ámbitos supraempresariales inferiores pudieran eludir tal regulación con base en el art. 84.2 LET, ya que

⁹⁴ Todo lo cual, por otro lado, parece ajustarse, si bien parcialmente, a las recomendaciones contenidas en el AINC (Cap. V.3), ya que el Acuerdo estatal termina reconduciendo los grupos profesionales dentro de las áreas funcionales, a la inversa que lo recomendado por el AINC y con importantes consecuencias en materia de movilidad funcional, ya que para ejercer la movilidad ordinaria (art. 39.1 LET), el empresario sólo podrá desarrollarla dentro de un mismo grupo que pertenezca a un mismo área funcional; Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 134, 139, 145 y 146.

La OL integraba los grupos profesionales que contemplaba (compuestos por categorías concretas), en función del tipo de establecimiento (alojamientos, restauración, bares, salas de recreo, etc.).

estamos ante una de las materias incluidas en el art. 84.3 LET⁹⁵. Sin embargo, no fue esta la voluntad de los negociadores estatales⁹⁶, quienes inicialmente se limitaron a establecer que el sistema de clasificación propuesto sería de aplicación exclusivamente a aquellos ámbitos que no hubieran procedido ya a una actualización del modelo previsto en la extinta OL, respetando en principio a quienes habían fijado un sistema nuevo⁹⁷. Es en un momento posterior (II ALEH, BOE 01/07/2002), cuando de manera general se reserva el sistema de clasificación profesional al ámbito estatal, aunque incluso así se limitaba a solicitar (*sine die*) a los negociadores de las unidades inferiores que adecuen las categorías profesionales que tuvieran establecidas a las recogidas en el ALEH (al objeto de homogeneizar las diversas denominaciones empleadas en los convenios inferiores –generalmente utilizadas para determinar el nivel retributivo de cada una)⁹⁸.

En este sentido, los convenios de nuestra comunidad parecen respetar el sistema de clasificación previsto en el ámbito estatal, bien porque mantienen silencio sobre el tema o bien porque directamente se remiten al ALEH⁹⁹. Es

⁹⁵ Por todas, SSTS de 27/10/1999 (RJ 8411) y de 28/01/2004 (RJ 2180). En la doctrina judicial, *vid.* STSJ de Castilla-La Mancha, de 15/06/2006 (AS 2121).

⁹⁶ Opinión distinta a la aquí manifestada, en TArabini-CastellanI Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 139 y 142

Debido al ya señalado carácter dinámico de este sector, el Acuerdo de 12 de abril de 2007 (BOE 02/06/2007), incluyó una nueva Área funcional (sexta: servicios complementarios) y, consecuentemente, nuevas categorías profesionales no existentes hasta ese momento.

⁹⁷ Navarro Nieto/Sáez Lara, Estructura y contenidos de la negociación colectiva en Andalucía: CARL-MARGABLUM, 2002, pág. 150. Así acontecía en nuestra comunidad, pues de los textos anteriores, puede verse en el convenio de Cádiz (BOPC 28/02/2002) o Málaga (BOPM 16/08/2002). Así parecía ocurrir con el resto –Córdoba (BOPCO 12/07/2004), Granada (BOPG 12/05/2003), Huelva (BOPH 30/06/2003) o Sevilla (BOPS 08/07/2003)-, pues si bien no tenemos los textos previos a 2002, parece extraerse de los mencionados que no hubo cambios al respecto.

⁹⁸ Para facilitar tal adecuación (exigida también por los progresivos cambios que los sucesivos acuerdos estatales han ido introduciendo en esta materia), el propio TRALEH, como hicieron sus predecesores, recoge una tabla o cuadro de correspondencia de las antiguas categorías previstas en la extinta OL a los nuevos grupos profesionales (art. 12 y ANEXO I), y añade asimismo que en el caso en el que en los convenios de ámbito inferior se recogiesen categorías no previstas en dicha OL (como ocurre en el convenio de Cádiz, art. 43), la equiparación a los nuevos grupos y categorías previstos en el TRALEH la realicen los propios negociadores, tomando como referencia las funciones básicas (art. 18) y los mencionados factores de encuadramiento (art. 13) que contempla el propio TRALEH.

⁹⁹ Por lo que respecta al nivel empresarial, *vid.* convenio de Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L., cit. Como excepción a la general aceptación del sistema estatal, *vid.* Convenio de Almería (art. 17 y Anexo), que establece su propio sistema de clasificación profesional, basado en grupos profesionales que se integran por categorías (en muchas ocasiones no coincidentes con las estatales), y cuya ordenación no responde a áreas funcionales, sino que tales grupos parecen integrar categorías que reflejan similar valor en cuanto al nivel de intensidad de los factores tenidos en cuenta. Sobre los factores coincidentes entre las categorías del mismo nivel, pero de

más, algún convenio ya se encuentra plenamente ajustado al mismo y en la mayoría de los restantes se prevén cláusulas en las que se crea o faculta a una comisión mixta para proceda a trasponer el sistema clasificatorio estatal a su concreto ámbito¹⁰⁰.

Sin embargo, incluso en estos caso, tales niveles intermedios también establecen una ordenación profesional propia y distinta de aquella (muy similar a la del convenio de Almería), si bien afirman hacerlo a los solos efectos de concretar su retribución¹⁰¹. Al respecto debe recordarse que el TRALEH (como sus antecesores) se limitaba a fijar el sistema de clasificación profesional con alcance meramente de ordenación y delimitación del contenido funcional objeto de la prestación del trabajador, y por lo tanto, sin que el mismo tuviera traducción directa en el establecimiento de la retribución de cada grupo o categoría, cuestión que remite a otros ámbitos (art. 16.2 y D.T. 4ª).

En otras palabras, la libertad dada a las unidades inferiores para fijar niveles se limitaría a los meros efectos retributivos (y en todo caso, parece que no se extenderá por mucho tiempo)¹⁰². Sin embargo, lo cierto es que esa ordenación parece tener una traslación también en materia de movilidad funcional (que además se contempla en el TRALEH como de competencia exclusiva para el ámbito estatal); ya que si la ordenación a efectos salariales se realiza sobre la

diversa área funcional, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., pág. 138.

En esta línea, algunos convenios empresariales, lejos de respetar las reglas incluso del convenio provincial que les afecta, establecen un sistema de clasificación propio y distinto (y con indicación de las categorías que lo componen). Así, convenio de Aspro Ocio, S.A. (art. 19), caracterizado por una mayor flexibilidad, al ordenarlo en grupos profesionales diseñados a partir de parámetros generales de responsabilidad, mando, formación, etc.; o el convenio de Hotel Puerto Bahía (Anexo 1), que recoge una listado de categorías salariales agrupadas por áreas funcionales (que tampoco son las del Acuerdo estatal); o el convenio de Sierra Morata (art. 30)

¹⁰⁰ Especialmente convenio de Jaén (art. 15, Anexo III y sgs. y D.A. 2ª). También, convenios de Almería (art. 17 y Anexo), Córdoba (art. 24 y Comisión Especial), o Sevilla (D.F., párr. 2º).

¹⁰¹ Paradigmático en este sentido, el convenio de Sevilla (Disposición preliminar). Se trata de un sistema de clasificación (salarial) por niveles (en el convenio de Córdoba se denominan grupos), que a su vez se integran con categorías correspondientes a áreas funcionales diversas.

Por otro lado, la ordenación prevista podemos considerar que es muy similar en todos los convenios andaluces, sin perjuicio de que a veces algunas categorías no coincidan en el mismo nivel o que en unos convenios existan categorías que no se contemplan en los otros.

¹⁰² Ciertamente, esa inicial libertad de las unidades inferiores para fijar su sistema de clasificación salarial puede desaparecer tras el Acuerdo de 24 de julio de 2008 (BOE 12/09/2008), pues en el mismo parece exigirse que el sistema previsto a nivel estatal sea el que rija a todos los efectos, por cuanto establece (art.2.5 in fine) que las “denominaciones no sexistas de grupos y categorías profesionales que se recogen en el capítulo II del III ALEH que regula el sistema de clasificación profesional, deben ser reproducidas, por los convenios colectivos de ámbito inferior, en el establecimiento de sus niveles retributivos y tablas salariales”.

base de niveles (grupos) que a su vez se integran por categorías que responden a los mismos factores de encuadramiento, la movilidad en ellos prevista se plantea desde esa ordenación y no desde la fijada en el Acuerdo estatal (área/grupos/categorías). Así, excluidos los convenios que nada señalan al respecto (Cádiz y Huelva), podemos constatar que las reglas de movilidad, de manera general, se basan en la relación existente entre las categorías profesionales por ellos fijadas, pero sin tomar en cuenta el área profesional en el que conforme al Acuerdo estatal debería integrarse, de modo que en caso de equivalencia entre las mismas (cualquiera que fuese el área), se fijan normas similares a la movilidad funcional ordinaria u horizontal, y cuando la relación entre ellas sea jerárquica, se asemeja más a la movilidad extraordinaria o vertical.

En todo caso, creemos que los términos empleados en el TRALEH respecto a que la movilidad funcional no podrá ser negociada en ámbitos inferiores, no debería entenderse literalmente, y ello no sólo por la jurisprudencia relativa a la nulidad de la ampliación *ex* convenio superior de las materias contempladas en el art. 84.3 LET¹⁰³, sino porque la regulación estatal al respecto es excesivamente escasa y no concreta importantes aspectos relativos al ejercicio de la movilidad funcional (art. 39 LET: límites temporales, garantías económicas, causas), de ahí que consideremos que la reserva no debe ser entendida como prohibición absoluta la negociación en esos ámbitos provinciales, que bien pueden aportar claridad en esos aspectos no tratados. Y en este sentido, la relación entre los convenios estatal y el general de los inferiores pensamos que no es de concurrencia sino de complementariedad, y ello porque las previsiones de estos últimos únicamente contemplan ciertas garantías del trabajador (retribución, duración, derechos de información, etc.), pero sin referirse a las exigencias y ámbito de la movilidad (para las que como indicamos habrá que estar al Acuerdo estatal)¹⁰⁴.

En definitiva, que pese a la aparente divergencia, en el general de los casos creemos que los niveles intermedios respetan lo previsto en el estatal¹⁰⁵. Y

¹⁰³ Y por consiguiente, es posible la existencia de convenios evasivos *ex* art.84.2º LET; por todas, SSTS de 01/07/2005 (RJ 7320) y de26/01/2004 (RJ 1373). En la doctrina judicial, excluyendo la nulidad, especialmente, STSJ del País Vasco, de 19/12/2008 (AS 1336).

¹⁰⁴ *Vid.* convenio de Córdoba (arts. 21-23), de Granada (arts. 11 y 12), de Jaén (arts. 15 y 16). Recuérdese además que gran parte de los convenios inferiores consideran como supletorio al Acuerdo estatal, por lo que podríamos entender que se aplicarán las que contempla el art. 19 y 14 de dicho Acuerdo. Como única excepción a lo señalado, quizás sea el Sevilla (art. 32); pero no así el convenio de Málaga (art. 24), pues si bien no hace remisión expresa, parece ajustarse a lo contemplado en el Acuerdo estatal, ya que lo toma como supletorio en lo no previsto y además su art. 16, al regular la *polivalencia* funcional, la limita a las categorías del mismo *área funcional*.

¹⁰⁵ A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la limitación añadida a la movilidad ordinaria (dentro del mismo área funcional), es un aspecto que se introduce -o al menos aclaradamente, en el Acuerdo de 26 de marzo de 2007 (BOE 02/06/2007), por lo que la valora-

respecto a los niveles empresariales, las escasas intervenciones existentes parecen en cambio recoger reglas de movilidad más flexibles (en exceso creemos), cuyo problema principal es que dichas reglas las aplica sobre un sistema de clasificación propio y distinto al estatal¹⁰⁶; o bien establecer una regulación del pacto de polivalencia que permitiría superar los obstáculos a la movilidad ya señaladas¹⁰⁷.

2.3.2. *Periodo de prueba*

Fruto del Acuerdo de 9 de junio de 2006 (BOE 27/07/2006), se incorporó a la regulación convencional estatal reglas específicas sobre el periodo de prueba; y de la misma forma que en otras materias, los negociadores acordaron (Preámbulo), pese a considerar que desde su entrada en vigor dicha materia quedaba reservada de manera exclusiva a tal ámbito (sin que pueda ser negociado en los niveles inferiores), aceptar la vigencia transitoria de las regulaciones vigentes en éstos últimos hasta tanto finalice la duración inicial concertada (D.A.2ª TRALEH). En nuestra comunidad, sólo el convenio provincial de Jaén y el de Granada podrían mantener aún una regulación propia, sin embargo, como el primero de ellos no establece nada al respecto, en realidad, es el último de los citados el único que mantiene con plena validez un régimen propio.

Al margen pues de este caso, el resto de convenios deben sujetarse a las reglas estatales, sin que pudieran eludirlo ahora vía art. 84.2 LET y ello porque, nuevamente, los negociadores estatales han hecho uso de las posibilidades que también le facilita el art. 84.3 LET (en relación igualmente al art. 83.2 LET), para garantizar el cumplimiento de tal reserva. Consecuentemente, y excluido transitoriamente el caso del convenio de Granada, debemos considerar nulas las previsiones convencionales inferiores que no cumplan lo previsto en el TRALEH, hecho que acontece en varios de los convenios provinciales y empresariales de nuestra comunidad¹⁰⁸.

ción sobre su traslación a las unidades inferiores debería limitarse a los convenios negociados con posterioridad, y por tanto dar preferencia aplicativa a los convenios anteriores en el tiempo (claramente, Granada, Jaén y Sevilla) o evasivos (al respecto, debe advertirse que, al menos por la parte social, y salvo el convenio de Almería –y en menor medida el de Cádiz–, todos ellos son firmados por las organizaciones sindicales con mayor representatividad en nuestra comunidad).

¹⁰⁶ Sierra Morata (arts. 20 y 30)

¹⁰⁷ *Vid.* Aspro Ocio, S.A. (art. 10). Si bien no se pacta expresamente la polivalencia, debemos señalar que el convenio de Marbella Club Hotel, S.A. (art. 23), prevé un plus específico para aquellos trabajadores que realicen trabajos propios de otra categoría (aunque sí parecen del mismo grupo). Téngase en cuenta lo señalado en la nota 42 sobre el convenio de Málaga (art. 16) –plasmado en el convenio de McDonald's Sistemas de España Inc. (art. 15)–.

¹⁰⁸ No ocurriría así en los casos de los convenios de Huelva y de Sevilla, ya que éstos no contemplan previsión alguna y reconocen además como subsidiario al TRALEH. Respecto a las

2.3.3. *Contratos Formativos*

Sin duda, la contratación se trata de una materia de especial importancia para regulación convencional del sector, donde es tradicional la existencia de diversas cláusulas sobre el tema (tipos, duración, límites cuantitativos, reglas de estabilización, etc.)¹⁰⁹. Contrasta esa importancia con escaso desarrollo en el ámbito estatal, ya que hasta tiempos recientes éste no incorporó regulación alguna, siendo el Acuerdo de 21 de septiembre de 2004 (BOE 01/12/2004), el que inicialmente recogió una limitada y exclusiva referencia a los contratos formativos.

Como en anteriores ocasiones, dicho Acuerdo afirmaba que su aplicación no sería automática ni inmediata, ya que expresamente señalaba (Disposiciones Generales) que la regulación prevista en los convenios de ámbitos inferior vigentes al momento de su publicación “seguirá resultando de aplicación hasta la pérdida de vigencia inicial de los mismos, de tal forma que decaída ésta será de aplicación inmediata lo dispuesto en el ALEH”. Pero del mismo modo que vimos al tratar el periodo de prueba, recuerda que desde la fecha de dicho Acuerdo esta materia queda reservada al ámbito estatal de manera exclusiva e incluso parece que excluyente (*vid.* Preámbulo), pues expresamente niega la posibilidad de que la misma pueda negociarse en ámbitos inferiores.

Por lo que respecta a nuestra comunidad, todos los convenios en vigor fueron negociados y publicados con posterioridad a aquél, razón por la cual deberían adecuar su regulación a la prevista en el ámbito estatal¹¹⁰, especialmente porque no podemos pasar por alto que una vez más nos encontramos ante una de las materias recogidas en el art. 84.3 LET, con la consabida consecuencia de la nulidad de la cláusula convencional inferior que lo incumpla¹¹¹. Todo ello sin perjuicio de que se permita cierto margen de actuación a los convenios supraempresariales evasivos (art. 84.2 LET), pero recordando que su alcance se limita en este caso a los aspectos de adaptación al ámbito de la

regulaciones convencionales no ajustadas, debemos distinguir entre la compleja regulación que distingue diversos periodos en función del nivel/grupo en el que se clasifica el trabajador (convenio de Almería, art. 14); y la más simple de aquellos que se limitan a distinguir entre el personal cualificado (incluidos expresamente los Jefes), y el resto del personal, para el que fijan un periodo menor que para aquéllos; *v.gr.*, convenios de Cádiz (art. 36, que sin embargo no es seguido a nivel empresarial: convenio de Aspro Ocio, S.A., Sierra Morata (art. 17), y de Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L.-); Córdoba (art. 9); y Málaga (art. 38.3, –copiado literalmente en el convenio de McDonald’s Sistemas de España Inc., art. 37-) .

¹⁰⁹ Navarro Nieto/Sáez Lara, Estructura y contenidos...; cit., pág. 155.

¹¹⁰ Paradigmático, el convenio de Jaén que nuevamente se remite a (y copia literalmente, *vid.* Adenda 1) lo previsto en el TRALEH.

¹¹¹ STS, de 22/09/1998 (RJ 7576). Recientemente, STS, de 28/01/2004 (RJ 2180)

empresa (no del sector provincial)¹¹². A mayor abundamiento, debemos advertir además que juega en favor del Acuerdo la preferencia que el legislador suele establecer por el convenio sectorial estatal como instrumento llamado a regular tal materia (art. 11 LET).

No obstante, la regulación convencional estatal no cubre todos los aspectos que el legislador remite a la negociación colectiva, amén de encontrarnos en su clausulado remisiones a la autonomía individual sobre aspectos que el propio legislador entendía que correspondía regular a la autonomía colectiva; todo ello creemos que debería de haberse tenido en cuenta para evitar tal absoluta reserva y sus consecuencias. Es más, las propias características de AM exigen una intervención en esta materia por parte de los negociadores inferiores. Así, en materia de remuneración de tales contratos, el nivel estatal remite expresamente a estos, si bien, y de manera sorprendente encontramos numerosos convenios que nada dicen al respecto, salvo que consideremos que los trabajadores con contrato formativo deben entenderse incluidos bajo la categoría y nivel retributivo de aprendiz¹¹³. E igualmente, de manera general, se contemplan en el nivel estatal previsiones para el fomento de los contratos formativos como vía de inserción laboral y cualificación de los jóvenes, al objeto de favorecer la incorporación definitiva en la empresa de estos trabajadores una vez finalizado el contrato formativo (en línea con las propuestas contempladas en el AINC'07). En este aspecto el TRALEH (art. 28, g y 29,i) se limita a afirmar que las empresas asumen el compromiso de fomentar la contratación indefinida de los trabajadores empleados bajo estas modalidades y hubieran agotado la duración máxima¹¹⁴. Sin embargo, nada sobre este punto hemos encontrado en los convenios de empresa analizados y sólo en el convenio de Granada (art. 9.G) se señala que “al finalizar el contrato formativo, pasarán a ocupar la plaza inmediatamente superior de la categoría para la que se realizó dicho contrato. De no existir vacantes pasará a cobrar el salario correspondiente a la misma, y en

¹¹² STS de 03/11/2000 (RJ 9631). Algunas cuestiones que en materia de contratación no ampara la excepción, en STSJ de Aragón, de 31/03/2003 (AS 773).

¹¹³ Tal ocurre en los convenios de Almería, Córdoba, Huelva, Jaén y Sevilla (en éste y en el de Huelva se diferencia asimismo en función de que el trabajador sea o no mayor de edad). Como excepción, respecto al convenio en prácticas, véanse los convenios de Granada (recogiendo el mínimo legal), de Cádiz (70% y 80% del estipulado para la categoría, para el primer y segundo año, respectivamente) y de Málaga (85%). Y en relación al contrato para la formación, los convenios de Cádiz (cuantía absoluta, diferente según sea el primer o segundo año), Granada y Málaga (ambos indicando que recibirán el 85% de lo estipulado para la categoría, si bien este último distingue además según que el trabajador sea o no mayor de edad).

¹¹⁴ Vid. asimismo art. 30.3, f TRALEH, por cuanto recuerda que en el *Plan de Formación Profesional para el sector* debe prever mecanismos para facilitar el acceso al empleo de los contratados en prácticas y para la formación.

ningún caso suspenderá la vinculación con la empresa computándose los años de aprendizaje y formativos para la antigüedad”.

Por lo que respecta a la actuación de los convenios de nuestra comunidad en relación al contrato en prácticas, subrayamos que la gran mayoría no incurre en la práctica en violación alguna, bien porque no hacen regulación sobre el tema¹¹⁵, bien porque se remiten expresamente al Acuerdo estatal¹¹⁶, o simplemente porque sus previsiones son las contempladas en éste y las que pudieran ser diferentes no se han llevado a cabo (pero de hacerlo, como adelantábamos, debe considerarse nulas *ex art. 84.3 LET –vid. también, art. 11.1 a LET–*)¹¹⁷.

Distinta es la conclusión general respecto al contrato para la formación, ya que importantes aspectos de su regulación estatal son obviados en los convenios andaluces. A modo de ejemplo, en muchos casos no se respeta la vigencia máxima propuesta a nivel estatal¹¹⁸. Tampoco se asumen las categorías profesionales señaladas a nivel estatal susceptibles de admitir esta modalidad u otorgan a la comisión paritaria del convenio la facultad de identificarlas, modificarlas o ampliarlas¹¹⁹. Sin embargo, este problema creemos que es consecuencia directa de lo señalado al referirnos al sistema de clasificación profesional y su relación con el sistema retributivo. Otro aspecto importante es el relativo a la escala contratos para la formación/plantilla de las empresas, ya que debido a la preferencia legal por los convenios sectoriales estatales en esta cuestión (art. 11.2.b LET), debemos concluir considerando inaplicable la intervención de los convenios provinciales¹²⁰.

¹¹⁵ Es el caso de Almería, Córdoba, Huelva y Sevilla.

¹¹⁶ De nuevo, convenio de Jaén.

¹¹⁷ Por ejemplo, en los convenios de Cádiz (art. 39.B, que fija una vigencia materialmente coincidente), y de Granada (art. 9.G), y Málaga (art. 40 y D.Transitoria). Este último, se remite a la Comisión Paritaria para que identifique las categorías que justifican este contrato, y que no se sujetan al Acuerdo estatal.

¹¹⁸ *Vid.* convenio de Cádiz (art. 39.A, 2º a), de Córdoba (art. 10, si bien si distingue para el caso de discapacitados), de Granada (2 años), y de Málaga (art. 39.3).

¹¹⁹ Tal es el caso del Convenio Málaga. El convenio de Cádiz se limita a remitir a lo que acuerde tal órgano paritario. Similar previsión contienen el convenio de Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L. *Vid.* igualmente, el convenio de Córdoba (art. 10: Grupo IV, en la redacción dada por el ALEH II).

Por esta razón precisamente, el convenio de Sevilla debe considerarse ajustado, pues pese a que no contempla las categorías justificadoras conforme al TRALEH, sí hace lo contrario: determinar aquellas para las que no podrá celebrarse tal tipo de contratos (nivel Quinto: mozos, limpiadores, etc.); lo cual responde, creemos a que las mismas carecen de la necesaria formación cualificada; en línea con las que ya fueron excluidas por los tribunales; SSTSJ de Madrid de 19/11/1998 (AS 6450), y de Extremadura, de 13/09/2000 (AS 4237). En general, sobre el tema, SSTS, de 18/12/2000 (AS 820 y 824/2001).

¹²⁰ *Vid.* convenio de Córdoba y de Málaga. Adviértase además que de no hacerse así, amén de obviar la mencionada preferencia y vaciar de sentido lo contemplado en el TRALEH, el

2.3.4. Régimen disciplinario

El TRALEH incluye en su Cap. VI la propuesta que en materia de régimen disciplinario se recogió en el Acuerdo de 12 de abril de 2007 (BOE 02/06/2007), sustituyendo así la anterior regulación que desde el I ALEH se recogía (Cap. V, arts. 27-34)¹²¹.

De nuevo nos encontramos con una materia reservada en exclusiva al nivel estatal, y que forma parte del elenco de materias que, *ex art.* 84.3 LET, nuestros tribunales entienden reservadas al mismo, negando la posibilidad a los ámbitos inferiores de negociar sobre la misma¹²². En definitiva, se repite la situación ya señalada en otros momentos, con el añadido de que respecto al régimen disciplinario, no se prevé admitir transitoriamente las reglas que hubieran previsto los convenios de ámbito inferior que estuvieran vigentes a la entrada del Acuerdo estatal¹²³; lo cual nos remite a la cuestión tratada al inicio de este estudio sobre cuándo se considera que un Acuerdo Marco puede imponerse a las unidades inferiores.

Consecuentemente, parece ser voluntad de los negociadores que el régimen disciplinario sea de aplicación en todo el ámbito estatal desde la entrada en vigor del mencionado Acuerdo de 2007, por lo que la solución debiera ser la nulidad de aquellas previsiones convencionales de ámbito inferior que no se sujeten al mismo. Con todo, cabe señalar que al tratarse de una materia incluida desde los primeros Acuerdos estatales, los convenios provinciales de nuestra comunidad se han ajustado en general de manera adecuada ya que la inmensa mayoría de ellos ha evitado cualquier mención al respecto¹²⁴. Sólo podríamos señalar que salen de esta regla el convenio de Almería y el de Jaén que, como en otras cuestiones, han copiado la regulación convencional estatal, lo que explica que su regulación no se ajuste al TRALEH, pues fueron acordados antes de la entrada en vigor del Acuerdo arriba mencionado y por ello su contenido mantiene el régimen anterior (III ALEH).

empresario contratante que incumple la escala *provincial* se le consideraría que incurre en una falta administrativa. En todo caso, tal incumplimiento empresarial no debe considerarse como fraude en la contratación; por todas STS de Madrid de 19/02/1998 (AS 601).

¹²¹ Con la nueva regulación, afirmaba aquél acuerdo, “se procede a incluir nuevas tipificaciones, como el acoso moral y discriminatorio o el uso abusivo de herramientas informáticas empresariales, se suprimen por obsoletas otras heredadas de la antigua Ordenanza Laboral, se regula con detalle la forma y plazo para la imposición en su caso de las sanciones disciplinarias, y en definitiva se mejora con carácter general la redacción en beneficio de la seguridad jurídica de las dos partes del contrato de trabajo” (Preámbulo II).

¹²² Por todas, STS, de 19/07/2007 (RJ 2008/293).

¹²³ Tal es el caso, como sabemos, de los convenios de Granada, Jaén, Málaga y Sevilla.

¹²⁴ No obstante, algunos convenios de empresa siguen regulando esta materia, así Sierra Morata, S.L. (arts. 42 y sgs.); y Aspro Ocio, S.A. (arts. 45 y sgs.).

Finalmente, puntualizar que hay alguna previsión convencional específica, fuera incluso del capítulo dedicado al régimen disciplinario, que considera como falta muy grave (constitutiva en algún caso de despido) algún supuesto específico por ella previsto¹²⁵. Creemos que al no ser el mismo reconducible a ninguna de las contempladas en el TRALEH, debiera anularse, y por tanto en todo caso, de acontecer el supuesto tipificado, la empresa debería acreditar que la misma supone una manifestación suficientemente grave de la trasgresión de la buena fe contractual (art. 54.2, d LET).

2.3.5. *Seguridad y salud laboral*

Muy recientemente, el Acuerdo de 24 de julio de 2008 (BOE 12/09/2008) ha introducido un nuevo capítulo (X) sobre prevención de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo en el sector que analizamos, del que se señala que una vez que se cierre no podrá ser objeto de negociación en los ámbitos inferiores (art. Tercero)¹²⁶.

Para concretar y llevar a cabo las medidas que se pretenden, se crea la Comisión estatal sectorial de Seguridad y Salud en el trabajo en el sector de Hostelería (Cap. X, art.1), en cumplimiento, aunque matizadamente, de las directrices generales que al respecto viene estableciendo el AINC 2007 (prorrogado para 2008 –Anexo III)¹²⁷.

Entre sus funciones, más allá de las propias de estudio y promoción, destacamos la de establecer los requisitos para la constitución de Comisiones territoriales inferiores y la formulación, puesta en práctica de planes y programas sectoriales de actuación¹²⁸.

¹²⁵ Se trata tanto la falsedad en las causas alegadas para disfrutar de la denominada por algún convenio excedencia especial (que se asemeja en algunos efectos a la forzosa o por motivos familiares: derecho reincorporación al puesto de trabajo, etc.), como el uso indebido de la misma (para fines distintos a los que la justificaron). Del primer caso, Convenio de Grabada (art. 24, últ. párr.); en el segundo, Convenio de Jaén (art. 30, últ. párr.).

¹²⁶ Se intenta dar respuesta así a una de las principales deficiencias en el sector; Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias...*; cit., págs. 159 y 160.

¹²⁷ Para aquellas empresas con una plantilla superior a 50 trabajadores, *vid.* Documento adjunto al Anexo III (apdo. 3) AINC'08. Respecto de las denominadas microempresas, dicho AINC'08 establecía que sería la *Comisión Nacional de Seguridad y salud* la responsable de elaborar un *Plan especial* conforme a los criterios previstos (fijando los contenidos y también la evaluación de los resultados de sus actuaciones).

¹²⁸ En este sentido, se mandata a la Comisión Sectorial estatal para que elabore una propuesta en materia de salud y seguridad laboral (que deberá tener en cuenta las previsiones sectoriales inferiores ya existentes), que se someterá a la aprobación de la comisión negociadora del ALEH, en cuyo caso pasará a ser considerada como materia exclusiva del ámbito estatal (*ex art. 84.3 LET*).

Por tanto, y a falta de mayor concreción por parte de tal Comisión sectorial estatal, actualmente es posible la existencia de actuaciones en esta materia, tales como la existencia de Comisiones Provinciales de Salud que coordinen la aplicación de las normas y principios en materia de PRL¹²⁹. Sin embargo, la mayoría de los convenios provinciales andaluces o no se manifiestan sobre el tema, o se limitan a repetir la norma (convenio de Jaén, arts. 53-55) o en su caso, recoger algún añadido menor (convenio de Sevilla, art. 31).

2.3.6. *Otras materias: Subrogación convencional y garantías por cambio de empresario, igualdad y conciliación, formación profesional y premios de jubilación*

Además de las materias señaladas, a nivel estatal se contemplan otras cuestiones que recogemos de manera conjunta porque su efectividad y traslación en los ámbitos inferiores queda muy condicionada por tratarse de materias no contempladas en el art. 84.3 LET, y por lo tanto admitirse que los niveles intermedios puedan eludir tal regulación (*ex* art. 84.2 LET, convenios evasivos)¹³⁰.

a) Subrogación convencional y garantías por cambio de empresario.

Limitado al servicio de colectividades o restauración social no era aplicable al subsector de alojamiento y hospedaje (ALEH II, D.A. 2^a), hasta que el ALEH III varió los términos, y suspendió tal exclusión al considerar que no se mantiene salvo que se acuerde otra cosa¹³¹. Pese a que el art. 43, 4^o *in fine* TRALEH vuelve a considerarla como competencia exclusiva del nivel estatal (salvo lo referido a derechos de información de los representantes, que en estos casos sería mínimo mejorable en niveles inferiores), lo cierto es que al quedar al margen de las materias del art. 84.3 LET, es posible, como así ocurre, que los niveles provinciales fijen su propia regulación¹³².

¹²⁹ Sobre esta figura, *vid.* convenios de Cádiz (Cap. 5^o), de Sevilla y de Málaga (art. 64). En los niveles empresariales encontramos escaso eco de todo ello, no pasando de referencias genéricas o cumplimiento de las exigencias de participación (*comité de Seguridad y Salud*) y mandatos que se refieren en exclusiva al trabajador y no a la empresa; *v.gr.*, Sierra Morata, S.L. (arts. 51 y sgs.).

¹³⁰ Igualmente, Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias...*; *cit.*, págs. 139 y 140.

¹³¹ También, Jurado Segovia, en AA.VV. *La negociación colectiva...*; *cit.*, pág. págs. 72 y 73.

¹³² Creemos que no sería admisible la subrogación convencional impuesta en el convenio de Bacoval, S.L. (art. 32) cuando por ser absorbida, cambie de titularidad o simplemente su concesión, pase a otra empresa; pues se trata de una previsión que de coincidir en los requisitos con los del art. 44 LET nada añadiría, y si no es así, creemos que tampoco pudieran imponerse a quien no fue parte en dicho convenio (en el caso, el cesionario).

Sin embargo, y de manera general, podemos concluir que lo dispuesto en el nivel estatal tiene acogida en los ámbitos inferiores, y ello no sólo por el silencio que sobre este tema guardan algunos convenios (Almería, Cádiz y Huelva), y que implica la aplicación directa del Acuerdo estatal, sino también porque otra parte importante de convenios copian o se remiten a él¹³³. Del resto, sólo pensamos que el convenio de Granada (art. 6.2) pueda suponer alejarse del régimen estatal, pues pese a que en el convenio de Sevilla (art. 25) se pretende una regulación propia para los casos de sucesión de concesiones administrativas (aunque subsidiaria a lo que pueda preverse en los pliegos de condiciones), la misma contempla un régimen que conlleva su aplicación exclusivamente cuando se produzca la entrega al concesionario del material necesario para la actividad, lo que nos lleva a cuestionarnos el interés por la misma, pues este supuesto puede quedar plenamente integrado en el art. 44 LET¹³⁴.

b) Igualdad y conciliación. Siguiendo las exigencias del art. 85 LET y las directrices sugeridas AINC'08 (Anexo II, que reproduce el Cap. VI AINC'07), el Acuerdo de 24 de julio de 2008 (BOE 12/09/2008) introduce en el ALEH un nuevo Capítulo (IX) relativo a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con él se viene a establecer los términos y las condiciones (adaptables a cada ámbito concreto) y a fijar las reglas de complementariedad para que la negociación del plan de igualdad se desarrolle en la empresa que esté obligada a ello, con orientaciones sobre aquellas materias susceptibles de tratamiento en su elaboración.

Como puede inferirse, es aún pronto para poder conocer el seguimiento de tales mandatos en los convenios inferiores, es más, en aquellos en los que existen algunas previsiones sobre estos aspectos no dejan de ser indicaciones caracterizadas por la falta de sistemática y objetivos comunes, pues tan sólo encontramos regulaciones parciales de algunos de los aspectos que debieran formar parte del mismo, en concreto, en lo relativo a la ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación personal, familiar y laboral (aunque más que dentro de la lógica señalada a nivel estatal, se limitan a ciertos derechos de preferencia o de excedencia por motivos familiares)¹³⁵; en la prevención de los

¹³³ *Vid.* convenios de Málaga y Jaén (este último además añade que la subrogación también tendrá lugar en caso de reversión del servicio por dejar desierta la licitación). En el caso del convenio de Córdoba, además de copiar el texto estatal (D.A. 2^a), añade la constitución de una comisión de trabajo en el seno de la comisión paritaria sobre control de subcontrataciones en el sector hotelero

¹³⁴ Por todas, SSTS de 06/02/1997 (RJ 999), y de 17/06/1997 (RJ 4758).

¹³⁵ Puede subrayarse que algunos convenios de nuestra comunidad vienen reconociendo a la excedencia por motivos familiares el carácter de forzosa a efectos del derecho a reincorporarse (convenios de Jaén, art. 30; Málaga, art. 25; y Córdoba, art. 46.C).

riesgos en la salud de las madres embarazadas¹³⁶; y alguna mención genérica al acoso sexual o por esta razón (lejos pues del pretendido protocolo de actuación en este aspecto y el Código de Conducta, contemplados en el art. 8 y Anexo I al mismo del Acuerdo)¹³⁷.

c) Formación profesional. Según el Estudio sobre recursos humanos en los sectores de alojamientos y restauración (FHER/Secretaría General de Turismo, 2007) la formación de sus trabajadores es el tercer gran problema que preocupa a las empresas del ámbito, y ello no sólo para dar respuestas a las necesidades de mano de obra cualificada, sino muy especialmente porque dicha cualificación se manifiesta en este sector (servicios) como un elemento esencial de competitividad, pues son las personas y su competencia profesional las que en gran medida fidelizan y satisfacen a los clientes¹³⁸. Por tal razón se comprende que ya desde el I ALEH se incorporase esta materia.

La regulación al respecto ha tenido siempre como referente las regulaciones superiores, tanto los iniciales y sucesivos ANFC como ya en las últimas versiones del Acuerdo, fruto del cambio normativo en esta materia, las reglas legales (RD 1046/2003, derogado por el RD 395/2007). En este sentido, y dentro de la denominada formación de oferta (Secc. 3ª del Cap. II RD 395/2007), el TRALEH contempla el establecimiento de un Plan estatal de Referencia para la Formación Profesional en el Empleo para el sector de Hostelería, para lo cual faculta a la comisión paritaria sectorial estatal de formación continua (art. 31 y 32 TRALEH) para que lo realice (arts. 22.1.a, 24 y 35 RD).

A falta de concretar dicho Plan, y en todo caso, al tratarse de una materia al extramuros del art. 84.3 LET, es factible la existencia de regulaciones en

Igualmente, en materia de permiso por lactancia, algún convenio amplía la edad de referencia del menor (Marbella Club Hotel, S.A., art. 46), y en otros casos se mejoran los días en caso de solicitar la lactancia acumulada (McDonald's Sistemas de España Inc., art. 19)

De manera más general, encontramos diversos convenios provinciales que establecen la preferencia de quienes tienen hijos para disfrutar los descansos en fin de semana (Córdoba, art. 15. Jaén, art. 31); o en la elección de las vacaciones de quienes estén, tras la baja por maternidad, en disfrute del permiso por lactancia (Córdoba, art. 17, últ. párr.; y Jaén, art. 59); o incluso en la determinación del turno, ya sea para adaptarlo al horario de guardería (Jaén, art. 31), o por quien tenga a su cargo la guarda legal de un discapaz que no trabaje (Huelva).

¹³⁶ Algunas medidas ya contempladas en caso de riesgo durante el embarazo, se encuentran en los convenios de Cádiz (art. 27), Huelva (art. 30) o Jaén (art. 51), donde se recoge la posibilidad de cambiar de puesto o, si no es posible, suspender el contrato o facilitar comodidad en el existente. En este sentido, el convenio de Málaga (art. 66), precisa que dicho cambio lo será sin cambio retributivo –añadiendo la posibilidad de intercambio de puesto con otro trabajador, Marbella Club Hotel, S.A. (art. 38)-, y el de Granada (art. 23), incluye la prohibición de trabajos nocturnos en estos casos.

¹³⁷ Véanse los convenios de Almería (art. 75) y de Jaén (art. 56: acoso moral).

¹³⁸ La Formación en el Sector Turístico; cit, pág. 8. *Vid.* art. 30 TRALEH.

ámbitos supraempresariales inferiores¹³⁹. Al respecto, no obstante, sólo encontramos tan sólo algunas previsiones parciales y nada coordinadas, destacando en todo caso los ámbitos intermedios, sobre las siguientes cuestiones: Primera, la formación es un aspecto tenido especialmente en cuenta a efectos de preferencia en la contratación, a favor de quienes o bien hayan participado en acciones formativas para el empleo, o bien, de forma más genérica, procedieran de las escuelas de turismo¹⁴⁰. En segundo lugar, se prevé la constitución de estructuras paritarias monográficas sobre la formación profesional¹⁴¹. Y tercera, por lo que respecta a los aspectos individuales en este tema, debemos distinguir cuando la formación es decidida por la empresa, en cuyo caso es obligatoria y por tanto retribuida, su realización¹⁴²; de cuando la misma parte de la iniciativa del trabajador, pues en estos casos hayamos poca originalidad respecto al art. 23 LET¹⁴³. Así, sólo encontramos algún caso asilado que reconoce un permiso parcial y limitado para asistir a los cursos incluidos en planes de formación supraempresariales (Málaga, art.62: una vez al año).

d) Premios de Jubilación. Desde el III ALEH forman parte de la regulación convencional estatal las reglas para exteriorizar los denominados premios de jubilación o expresión análoga, al objeto de impulsar la negociación de ámbito inferior (y los procedimientos para resolver los conflictos que por ello pudieran derivarse) para que los sustituya y lo instrumente a través del correspondiente seguro colectivo, plan de pensiones o ambos (sólo cuando tuvieran

¹³⁹ Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., pág. 32.

¹⁴⁰ Convenios de Almería (art. 13.3º), Córdoba (arts. 8 y 11), Málaga (art. 39.9) y Sevilla (art. 34).

Nos llama la atención la relevancia que algunos convenios hacen respecto de cuál sea el centro donde se imparte la formación (Córdoba, art. 11), lo que parece evidenciar el interés de los negociadores porque la formación responda a las necesidades profesionales; y en este sentido, se llega incluso a proponer la creación de una *Escuela de Formación Profesional Permanente* y del *carnet profesional* (Jaén, art.27).

¹⁴¹ Convenio de Sevilla (art. 34 *Comisión Provincial de FC*). Igualmente, en el de Granada (art.13), se le reconoce la función de elaborar un *plan de formación* y gestionarlo, si bien sujeto a lo previsto en el ALEH. En similares términos, el convenio de Málaga (art. 62), que se remite al II ANFCH. En esta línea, a nivel empresarial, se prevé la constitución de Comisiones de trabajo sobre la materia (Fundovel, D.T. Primera; Marbella Club Hotel, S.A., art. 39)

¹⁴² Convenios de Málaga (art. 62), Sevilla (art. 34) y Jaén (art.27). Este último además reconoce un complemento (art. 36: paga de productividad) que puede condicionarse a haber participado en alguna de las acciones propuestas (siempre que éstas se desarrollen dentro de la jornada laboral).

¹⁴³ A lo sumo se añade la posibilidad de que algunos de los días requeridos para realizar exámenes sean retribuidos; así, convenios de Cádiz (art. 25, e), Huelva (art. 11) y Almería (art. 24). El convenio de Granada (art. 19.4) no establece límite alguno.

carácter de compromisos por pensiones)¹⁴⁴. Los Acuerdos posteriores (de 9 de junio de 2006, BOE 27/07/2006; y de 27 de marzo de 2007, BOE 02/06/2007), en la misma línea, ampliaron los plazos para proceder a tal negociación-sustitución (fruto de las prórrogas legales para externalizarlos)¹⁴⁵. Sin embargo, debemos subrayar el escaso cumplimiento de tales previsiones, pues en la mayor parte de los casos o bien se hace caso omiso a tales exigencias, o se limitan a proclamar que ese premio no requiere ser externalizado, al no constituir, afirman, mejora voluntaria¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Dentro de esta salvedad, podemos reconducir aquellos supuestos en los que no se prevé una cuantía dineraria si no más bien una *licencia retribuida* para los trabajadores de más de 60 años y con una importante antigüedad en la empresa que voluntariamente extingan su contrato (incluida la jubilación); Málaga (art. 23 bis).

¹⁴⁵ Al respecto debemos recordar que en esta cuestión rige la necesidad de externalización (con independencia de la forma de pago: a tanto alzado, renta, etc.), pues tras la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (LOSSP), no es posible la existencia de fondos internos para gestionar las mejoras directas calificables como compromisos por pensiones, sobre los que pesa, como señalamos la obligación de externalizarse (*ex* Directiva Comunitaria 80/987 y D.A. 1ª TRLRPPF 1/2002 -reformada por Ley 35/2006-).

¹⁴⁶ *Vid.* convenios de Córdoba (art. 48), Granada (art. 39), Jaén (art. 49), y Huelva (art. 17, que excluye a los despedidos o por causas objetivas). A nivel empresarial, Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L (art. 29), y Hotel Puerto Bahía (art. 19). En estos casos las empresas se comprometen a otorgar directamente una indemnización a tanto alzado por tal concepto.