



**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL  
MADRID**

SENTENCIA: 00148/2016

**A U D I E N C I A N A C I O N A L**

*Sala de lo Social*  
**Secretaría de D<sup>a</sup>. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO**

**SENTENCIA N<sup>o</sup>: 148/2016**

**Fecha de Juicio:** 21/09/2016  
**Fecha Sentencia:** 28/09/2016  
**Fecha Auto Aclaración:**  
**Núm. Procedimiento:** 211/2016  
**Tipo de Procedimiento:** DEMANDA  
**Procedim. Acumulados:**  
**Materia:** IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO  
**Ponente Ilmo. Sr.:** D. RICARDO BODAS MARTÍN

**Índice de Sentencias:**  
**Contenido Sentencia:**

**Demandante:** -CONFEDERACION EUSKAL LANGILEEN  
ALKARTASUNA, SOLIDARIDAD DE  
TRABAJADORES VASCOS

**Codemandante:**

**Demandado:** -FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES  
DEDICADAS A LA RESTAURACIÓN SOCIAL  
(FEADRS)  
-FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE  
COMISIONES OBRERAS (SERVICIOS-COO)  
-FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA  
MOVILIDAD Y CONSUMO (SMC-UGT)

**Codemandado:**

**Ministerio Fiscal**  
**Resolución de la**  
**Sentencia:**

**DESESTIMATORIA**



**Breve Resumen de la Sentencia : Impugnado el convenio colectivo estatal del sector de colectividades por un sindicato autonómico más representativo, se estima falta de acción sobre las pretensiones, contenidas en el suplico de la demanda, en las que pide que la Sala promueva cuestión de prejudicialidad o cuestión de constitucionalidad, porque la promoción de ambas cuestiones es potestad del órgano judicial, sin que quepa introducirlas en el suplico de la demanda. - Se concluye que los preceptos impugnados traen causa en la regulación estatutaria de la negociación de la estructura de la negociación colectiva y de las reglas de concurrencia de convenios, así como en el V ALEH, negociado conforme al art. 83.2 ET, que no fue impugnado y vincula a los negociadores del convenio impugnado. - Se descarta que los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET vulneren la Constitución, ni los tratados suscritos por España, ni tampoco el ordenamiento jurídico comunitario. - Se desestima la ilegalidad de los preceptos impugnados, porque encuentran acomodo en el ordenamiento jurídico vigente.**



# A U D I E N C I A   N A C I O N A L

*Sala de lo Social*

**Núm. de Procedimiento:** 211/2016  
**Tipo de Procedimiento:** IMPUGNACIÓN DE CONVENIO  
**Índice de Sentencia:**  
**Contenido Sentencia:**  
**Demandante:** -CONFEDERACION EUSKAL LANGILEEN AL  
KARTASUNA, SOLIDARIDAD DE  
TRABAJADORES VASCOS  
**Codemandante:**  
**Demandado:** -FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES  
DEDICADAS A LA RESTAURACIÓN SOCIAL  
(FEADRS)  
-FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE  
COMISIONES OBRERAS (SERVICIOS-COO)  
-FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA  
MOVILIDAD Y CONSUMO (SMC-UGT)  
-MINISTERIO FISCAL.  
**Ponente Ilmo. Sr.:**  
**D. RICARDO BODAS MARTÍN**

**S E N T E N C I A   N º :   148/2016**

**Ilmo. Sr. Presidente:**  
D. Ricardo Bodas Martín  
**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D<sup>a</sup>. Emilia Ruíz-Jarabo Quemada  
D. Ramón Gallo Llanos

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

## EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el procedimiento nº 211/2016 seguido por demanda de CONFEDERACION EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA, SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS (letrado D. Luis Enrique de la Villa Gil) contra FEADRS (letrado D. Salvador Navarro Martín), SERVICIOS-CCOO, (letrado D. Armando García López), SMC-UGT (letrado D. Bernardo García) y MINISTERIO FISCAL sobre impugnación de convenio, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Según consta en autos, el día 18-07-2016 se presentó demanda por CONFEDERACION EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA, SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS contra FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEDICADAS A LA RESTAURACIÓN SOCIAL (FEADRS), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (SERVICIOS-COO), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y CONSUMO (SMC-UGT) y MINISTERIO FISCAL de impugnación de convenio colectivo.

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 21-09-2016 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otro sí de prueba

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**Cuarto. –** Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CONFEDERACIÓN EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA-SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS (ELA desde aquí) ratificó su demanda de impugnación de convenio colectivo, cuyos hechos y fundamentos de derecho se tienen por reproducidos, mediante la cual pretende dictemos sentencia, en la cual:

1º) Dictar sentencia declarando la nulidad de los artículos 9, punto 1º; 9, punto 2º, párrafos segundo y cuarto; Disposición Adicional segunda; artículos 38, párrafo final y 61; en lo referente al País Vasco y Navarra, de los artículos 22, 25, 28, 30, Disposición Adicional primera y Disposición Transitoria cuarta; y por la pendencia indeterminada que imponen, la nulidad de los artículos 16, 32 y 35 1 Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva. Basado este pedimento de ilegalidad en los argumentos contenidos en el Fundamento de Derecho **IX.A)** de esta demanda, con los efectos dispuestos en el artículo 166.2 y 3 LJS.

2º) 0 dictar sentencia declarando la nulidad de los artículos 9, punto 1º; 9, punto 2º, párrafos segundo y cuarto; disposición adicional segunda; artículo 38, párrafo final;

artículo 61; en lo referente al País Vasco y Navarra, de los artículos 22, 25, 28, 30, disposición adicional primera y disposición transitoria cuarta; y por su pendencia indeterminada que imponen, la nulidad de los artículos 16, 32 y 35 del I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva. Basado este pedimento de ilegalidad en los argumentos desarrollados en el Fundamento de Derecho **IX.B)** de esta demanda, con los efectos dispuestos en los artículo 162.2 y 3 LJS.

3º) O dictar sentencia declarando la nulidad de los artículos 9, punto 1º; 9, punto 2º, párrafos segundo y cuarto; Disposición Adicional segunda; artículos 38, párrafo final y 61; en lo referente al País Vasco y Navarra, de los artículos 22, 25, 28, 30, Disposición Adicional primera y Disposición Transitoria cuarta; y por la pendencia indeterminada que imponen, la nulidad de los artículos 16, 32 y 35 del I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva. Basada la ilegalidad de este pedimento en los argumentos desarrollados en el Fundamento de Derecho IX.C) de esta demanda, con los efectos dispuestos en los artículos 162.1 y 3 LJS.

4º) O plantear cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que resuelva sobre la compatibilidad o incompatibilidad de los artículos 84.3 y 4 y 85.3, e) ET con el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, complementariamente, con el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Con base en la argumentación del Fundamento de Derecho **IX.D)** de esta demanda, y tras el trámite de contestación a la misma por los codemandados, ordenando la suspensión del proceso a efectos de resolverlo en su caso bajo el criterio vinculante del citado Tribunal comunitario.

5º) O, finalmente, plantear cuestión de inconstitucionalidad frente a los artículos 84.3 y 4 y 85.3, e) ET, con base en los argumentos desarrollados en el Fundamento de Derecho **IX.E)** de esta demanda, una vez concluido el proceso iniciado por la misma y dentro del plazo para dictar sentencia.

Afirmó, en primer lugar, que el derecho de negociación colectiva es un derecho de configuración legal, desarrollado en el Título III ET, cuya legalidad no cuestionó. – Señaló, no obstante, que no se trata de una regulación autosuficiente, sino limitada a lo dispuesto en la CE y en los Tratados Internacionales suscritos por España.

Basó sus pretensiones en que el I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva (desde ahora ICC-RC) impide absolutamente que ELA despliegue su derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva de modo útil.

Denunció, a estos efectos que, pese a ser el sindicato mayoritario en el País Vasco (47, 56% de representatividad) y suficientemente representativo en Navarra (17, 89% de representatividad), se le impide la negociación colectiva autonómica y también la negociación colectiva provincial, tanto en el presente como en el futuro. – Es así, porque necesita, para habilitar nuevas unidades de negociación, la autorización de la Comisión Paritaria del ICC-RC, que se convierte, de este modo, en una comisión negociadora, lo cual constituye una potestad exorbitante, que desborda sustancialmente sus funciones legales. – Es más, aunque se autorizara la apertura de nuevas unidades de negociación, quedaría un espacio residual, puesto que el ICC-CR ha copado los aspectos nucleares de la negociación colectiva.

Denunció, del mismo modo, que el ICC-CR ha hechos suyos los contenidos de la mayoría de convenios provinciales, lo cual acredita su falta de razón y provoca, por otra parte, la inmodificabilidad de esos derechos, que quedarán petrificados durante la vigencia del convenio impugnado, puesto que esos convenios no están actualmente vigentes y se ha impedido su renovación.

Reprochó, por otra parte, que el convenio asuma determinados artículos de algunos convenios provinciales, aunque anuncia su futura renovación, lo cual provoca una pendencia, que genera, a su vez, una manifiesta inseguridad jurídica. – Reprochó, por otra parte, que esos contenidos del ICC-CR se aplican únicamente a los trabajadores, que regularon sus relaciones laborales por dichos convenios, pero no a los trabajadores de nueva contratación. - Subrayó, por otro lado, que el convenio niega la concurrencia de convenios, puesto que FEADRS impugnó el convenio de Hostelería de Vizcaya, porque invadió espacios reservados al ICC-CR.

Subrayó, a continuación, que si los preceptos impugnados del ICC-CR vulneraban el ordenamiento jurídico español, debían anularse directamente por la Sala. – Caso contrario, si se acomodaban a los arts. 84, 3 y 4 y 85.2.e ET, procedería promover cuestión prejudicial por vulneración del derecho comunitario, o cuestión de constitucionalidad por vulnerar la CE y los Tratados Internacionales suscritos por el España.

Mantuvo, a estos efectos, que los artículos impugnados vulneraban directamente los arts. 7, 28, 37.2 y 137 CE, en relación con los arts. 2, 6 y 7 LOLS y los Tratados Internacionales suscritos por España, lo cual permitía al tribunal, mediante una interpretación sistemática, declarar su nulidad.

Defendió, del mismo modo, que los preceptos reiterados vulneraban normas comunitarias, especialmente el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que aseguraba al sindicato el derecho a la negociación colectiva en espacio adecuados, por cuanto el ICC-CR impedía que negociara en su espacio natural, que era el País Vasco y Navarra, tanto a nivel autonómico como provincial.

La FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEDICADAS A LA RESTAURACIÓN SOCIAL (FEADRS desde ahora) se opuso a la demanda, señalando, en primer término, que ELA fue convocada a la constitución de la comisión negociadora del convenio, así como a otras reuniones, entre las cuales se le invitó a la firma del convenio, sin que accediera a participar en su negociación. – Pese a ello, se reservaron tres plazas de la comisión negociadora a los tres sindicatos más representativos a nivel autonómico.

Admitió el hecho segundo de la demanda y también el tercero, siempre que reflejara la totalidad de la Disposición Final; admitió el hecho cuarto y también el quinto, sin incluir juicios de valor, destacando, en cualquier caso, que los convenios citados habían perdido su vigencia; admitió los hechos sexto y séptimo; también el contenido del hecho octavo, pero no la interpretación contenida en el mismo, puesto que se incorporaron al convenio textos de otros convenios para asegurar el mantenimiento de derechos reconocidos en los mismos y negó que se aplicaran únicamente a los trabajadores contratados con anterioridad a la entrada en vigor del convenio; negó el hecho noveno y subrayó que no se ha promovido negociación autonómica en el sector de restauración, señalando, a continuación, que el convenio excluye de su ámbito al Convenio de Empresas de Colectividades de Gestión Directa, lo que acredita que no está bloqueada la negociación colectiva en otros ámbitos, como no lo está la negociación de convenios de empresa o convenios extraestatutarios. – Precisó también, que a la firma del convenio no estaba

vigente ningún convenio provincial de hostelería, cuyas negociaciones estaban totalmente bloqueadas; negó el hecho décimo y subrayó que no corresponde a la Comisión Paritaria autorizar nuevas unidades, puesto que los negociadores del convenio alcanzaron únicamente compromisos obligacionales, que no vinculan a los demás sujetos colectivos. – Explicó, además, que AERCE, que era la patronal representativa de colectividades se disolvió el 24-02-2016 y admitió que la Federación de Euskadi de restauración y hostelería solicitó a la comisión paritaria negociar un convenio autonómico, sin que se contestara oficialmente, puesto que ese espacio está prohibido por el V ALEH. – Previamente solicitaron lo mismo ELA y LAB y se negó por las mismas razones.

Excepcionó falta de acción respecto a las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, puesto que la promoción de cuestión prejudicial o cuestión de constitucionalidad es una facultad del tribunal, que no puede ser objeto de la pretensión.

Señaló, por otra parte, que la unidad de negociación estatal era absolutamente razonable y necesaria, porque la negociación provincial estaba en vía muerta, al haber vendido la mayoría de convenios, con la consiguiente inseguridad jurídica, que era especialmente grave en el sector de colectividades, puesto que no era posible participar en concursos públicos sin saber a ciencia cierta las condiciones convencionales que debían satisfacerse.

Defendió, por tanto, el procedimiento de negociación utilizado, al que conceptuó como “negociación dinámica”, exigido por la complejidad de homogeneizar múltiples convenios provinciales en la nueva unidad negociadora estatal, justificado plenamente por la pérdida de vigencia de la mayoría de convenios provinciales y la inexistencia de promociones de negociación autonómica.

Mantuvo, que la unidad negociadora estatal era obligatoria, porque así se había pactado en el ALEH, que no se impugnó por la demandante. – Destacó, a estos efectos, que ELA pudo negociar el ICC-CR y se negó a hacerlo, por lo que no cabe denunciar ahora que se le impide negociar en una unidad negociadora adecuada, puesto que la unidad estatal no solo está amparada por la Ley, sino que viene impuesta por el ALEH, sin que quepa desprestigiar dicha unidad, porque se tenga mayoría en el ámbito autonómico.

Defendió la legalidad del art. 9.1 y 9.2. párrafos segundo y cuarto, por cuanto los primeros están amparados en el art. 84 ET y en el art. 10 del ALEH, destacando que el compromiso de no abrir nuevas unidades de negociación vincula únicamente a los firmantes del ICC-CR, al tratarse de una cláusula obligacional.

Defendió, del mismo modo, la legalidad de la DA 2ª, puesto que determina la entrada en vigor y la reglas de concurrencia.

También el inciso final del art. 38, puesto que nada impide a los negociadores del convenio pactar comisiones de prevención de riesgos laborales a nivel provincial.

Mantuvo la legalidad del art. 61 del convenio, puesto que se pactó un sistema para promocionar la administración del convenio, que solo podía aplicarse a sus firmantes y se habría extendido a ELA, si hubiera firmado el convenio.

Mantuvo, así mismo, la legalidad de los arts. 22, 25, 28, 30, DA 1ª y DT 4ª, referidas a Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra, puesto que sus convenios, a la firma del ICC-CR había perdido su vigencia, siendo perfectamente plausible la regulación de los contenidos en la nueva unidad negociadora.

Negó, por último, la ilegalidad de los arts. 16, 32 y 35, por cuanto no concurre ningún tipo de pendencia, puesto que se mantienen vigentes en los términos pactados, aunque

se prevé una nueva regulación en el futuro, lo que se justifica precisamente por la complejidad de la negociación a nivel estatal.

Negó, en cualquier caso, que hubiera vulneración de ninguna norma constitucional, ni tampoco de Tratados Internacionales.

La FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde aquí) se opuso a la demanda e hizo suyos los fundamentos fácticos y jurídicos de FADRS, al igual que la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT (UGT desde ahora).

ELA se opuso a la excepción propuesta, aunque admitió que la promoción de cuestión de constitucionalidad o de cuestión prejudicial competía al tribunal.

El MINISTERIO FISCAL se opuso a la demanda, porque la unidad estatal no es un ámbito ajeno y ELA tuvo oportunidad de negociar en dicho ámbito de manera que, si se autoexcluyó, no cabe alegar ahora que se le impide negociar en un ámbito adecuado.

**Quinto.** - Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, se significa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos:

- El 24.2.16 AERCE patronal del País Vasco de Colectividades se disolvió y era miembro de la patronal demandada.
- En la actualidad el sector se está reorganizando. Las empresas realizan la cocina en lugares distintos en donde se presta el servicio.

Hechos conformes:

- Al constituirse la comisión negociadora en el SIMA el 18.12.13 fue citada ELA que compareció pero no participó, se la citó en tres ocasiones más incluida la reunión de fecha 17.11.15 en que se firma el acuerdo y no acudió. Se reservaron tres puestos a los sindicatos autonómicos más representativos. Respecto de ELA es pacífico.
- Actualmente no hay negociación autonómica en el País Vasco referida al ámbito del convenio hoy afectado.
- El convenio excluyó al convenio de gestión directa del País Vasco que afecta al personal de comedor y cocina de centros públicos en régimen de concesión administrativa.
- Se reserva el ámbito estatal a la estructura y reglas de concurrencia derivada del art. 10 del 5ª ALEH.
- El convenio colectivo de Vizcaya de Hostelería se firmó el 11.1.16 y se publicó el 28.1.16.
- El Convenio de Vizcaya fue impugnado porque a pesar de que el convenio se refería al aquí impugnado, no excluyó al personal de colectividades al que la patronal entendía que pese a ser anterior ocupaba el mismo espacio.
- El convenio de Guipúzcoa de Hoteles está vigente, el resto venció el 31.12.10.
- El convenio de Álava finalizó el 31.12.14 y también el de Navarra.
- El 17.3.16 la Federación Euskadi de restauración y de hostelería que incorporaba sólo a asociaciones pidió la apertura de la negociación del acuerdo marco. No se le respondió.
- Previamente ELA y LAB pidieron abrir negociación pero AERCE se lo negó en virtud del ALEH.
- En el sector de colectividades la mayoría de los convenios han decaído. No hay negociación.
- La falta de negociación colectiva provincial genera inseguridad para participar en concursos en los contratos de colectividades.
- En este marco la patronal demandada promueve la negociación del convenio que ha durado tres años.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.** – ELA es un sindicato más representativo de ámbito autonómico en el País Vasco, donde acredita un 47, 56% de la representatividad y suficientemente representativo en Navarra, donde acredita un 18, 81% de representatividad.

**SEGUNDO.** – CCOO y UGT ostentan la condición de sindicatos más representativos de ámbito estatal y acreditan la mayoría de los representantes unitarios en el sector de colectividades en España. - Ambos sindicatos suscribieron el V ACUERDO LABORAL PARA EL SECTOR DE HOSTELERÍA (ALEH) con CEAT y FEHR. - El Acuerdo referido se publicó en el BOE de 21-05-2015, aunque sus efectos se retrotrajeron al 1-01-2015 y sucedió al IV ALEH, publicado en el BOE de 21-07-2015, que fue suscrito por las mismas partes.

**TERCERO.** – El 5-02-2009 se publicó en el BOG el convenio colectivo de hostelería de Guipúzcoa, que integraba al sector de colectividades, cuya vigencia concluyó el 31-12-2010.

El 10-05-2012 se publicó en el BOB el convenio colectivo de Hostelería de Vizcaya, que incluía la actividad de colectividades, cuya vigencia corrió desde el 1-01-2012 al 31-12-2012.

El 5-07-2013 se publicó en el BOA el convenio de Hostelería de Álava, que integraba al sector de colectividades, cuya vigencia concluyó el 31-12-2014.

El 8-04-2014 se publicó en el BON el convenio de Hostelería de Navarra, que incluía el sector de colectividades, cuya vigencia concluyó el 31-12-2014.

**CUARTO.** – El 26-11-2013 FEADRS se dirigió a CCOO, UGT, ELA, LAB y CIG para promover la negociación del convenio del sector de colectividades a nivel estatal.

El 18-12-2013 se constituyó la comisión negociadora del convenio citado por FEADRS, CCOO y UGT. – ELA, LAB y CIG acudieron a la reunión, pero decidieron no participar en la comisión negociadora del convenio, ni acudieron a convocatorias posteriores. - No obstante se reservaron tres plazas para los sindicatos más representativos a nivel autonómico

**QUINTO.** – El 2-06-2014 LAB, ELA y CCOO se dirigieron a la empresa EUREST para promover la negociación de un convenio autonómico en el sector de colectividades. – El 15-07-2015 respondió AERCE, que lo impedía el V ALEH.

En fecha no especificada ELA, CCOO y UGT se dirigieron a AERCE, que era la patronal representativa de colectividades en el País Vasco para negociar un convenio sectorial autonómico en el sector de restauración y colectividades. – El 9-01-2015 AERCE respondió que lo impedía el V ALEH.

**SEXTO.** – El 8-05-2015 se publicó en el BOPV el Acuerdo de modificación parcial del vigente Convenio Colectivo de empresas de colectividades en comedores escolares de gestión directa dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (hoy denominado Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura) para los años 2008 a 2014.

**SÉPTIMO.** – El 17-11-2015 se suscribió el acta final con acuerdo del ICC-CR, que obra en autos y se tiene por reproducida. – ELA fue invitada a dicha reunión, aunque no

acudió a la misma. – El convenio se envió al REGCON para su debido registro el 23-11-2015.

**OCTAVO.** – El 11-01-2016 se alcanzó acuerdo por parte de la Asociación de Hostelería de Vizcaya, por una parte y ELA, CCOO y UGT por otra para la suscripción del convenio de hostelería de Vizcaya, que incluye al sector de colectividades. – En el acta que obra en autos y se tiene por reproducida, hay una remisión a un preacuerdo de 30-12-2015.

El 28-01-2016 se publicó en el BOB. – El 5-07-2016 FEADRS impugnó el convenio ante los Juzgados de lo Social de Bilbao.

**NOVENO.** – El 24-02-2016 se disolvió la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE RESTAURACIÓN DE COLECTIVIDADES (AERCE), que estaba compuesta en ese momento por EUREST EUSKADI; TAMAR LAS ARENAS; AIBAK; AUSOLAGUN; COCINA CENTRAL GOÑI; COCINA CENTRAL MAGUI; GASTRONOMÍA BASKA y GASTRONOMÍA CANTABRICA.

**DÉCIMO.** - El 22-03-2016 se publicó en el BOE el ICC-CR, cuyo ámbito temporal corre desde el 1-01-2015 hasta el 31-12-2018, aunque se prevé una posible ampliación hasta el 31-12-2019 para asegurar la inclusión de todas las provincias del Estado.

**UNDÉCIMO.** – El 17-03-2016 la FEDERACIÓN DE HOSTELERÍA DEL PAÍS VASCO, que no había negociado convenios directamente, modificó sus estatutos con la finalidad de incluir la negociación colectiva. – El 13-06-2016 se dirigió a FEADRS para interesar la apertura de negociaciones para negociar un Acuerdo Marco Autonómico en el sector de colectividades. – Dicha solicitud no fue contestada por FEADRS.

**DÉCIMO SEGUNDO.** – La negociación provincial en el sector de colectividades ha colapsado en la actualidad, al haber vencido la mayoría de los convenios provinciales, sin que se haya promovido su renovación. – Dicha situación genera una grave inseguridad jurídica a las empresas en general y especialmente cuando licitan contratos públicos, puesto que desconocen cuál va a ser el coste futuro de las retribuciones.

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, h de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

**SEGUNDO.** - En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

- a. – El primero no fue controvertido. – La representatividad de ELA se desprende de los documentos 5 y 6 (descripciones 6 y 7 de autos), que fueron reconocidos de contrario.

- b. – El segundo no fue controvertido, puesto que ELA nunca puso en duda la legitimación de los negociadores del ICC-CR, así como de los BOE citados.
- c. – El tercero también es pacífico, deduciéndose, en cualquier caso, de los boletines oficiales mencionados, que obran como documentos 14 a 17 (descripciones 57 a 60 de autos).
- d. – El cuarto tampoco se combatió. – Se deduce, en todo caso, de los documentos 4 y 5 de FEADRS (descripciones 43 y 44 de autos), que fueron reconocidos de contrario.
- e. – El quinto de las solicitudes y contestaciones referidas, que obran como documentos 11 y 12 de FEADRS (descripciones 50 y 51 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- f. – El sexto del BOPV citado que obra como documento 13 de FEADRS (descripción 56 de autos).
- g. – El séptimo del documento 6 de FEADRS (descripción 45 de autos), que fue reconocida de contrario.
- h. – El octavo de las actas citadas, del BOB y de la impugnación referida, que obran como documento 8 y 9 de FEADRS (descripciones 47 y 48 de autos), que fueron reconocidos de contrario.
- i. – El noveno del acta de disolución, que obra como documento 10 de FEADRS (descripción 49 de autos), que se tiene por reproducida.
- j. - El décimo del BOE citado que obra como documento 2 de ELA (descripción 3 de autos).
- k. – El undécimo de la modificación estatutaria y solicitud mencionadas, que obran como documentos 2 y 3 de FEADRS (descripciones 41 y 42 de autos), que fueron reconocidos de contrario.
- l. - El décimo segundo no fue controvertido.

**TERCERO.** - FEADRS excepcionó falta de acción de ELA para reclamar las pretensiones cuarta y quinta de su demanda, puesto que tanto la cuestión de prejudicialidad como la cuestión de constitucionalidad son potestades exclusivas y excluyentes del órgano judicial, sin que quepa incluirlas en el suplico de la demanda. - Denunció, a estos efectos, que dichas pretensiones constituyen un auténtico fraude procesal, puesto que obligan al tribunal a pronunciarse necesariamente, para evitar la incongruencia, sobre las mismas, cuando ambas opciones corresponden exclusivamente al órgano judicial, a tenor con lo dispuesto en los arts. 4.2 y 5.2 LOPJ.

ELA se opuso a dicha excepción, aunque admitió de plano, para lo cual se remitió a la fundamentación jurídica de su demanda, que la promoción de la cuestión de prejudicialidad y/o constitucionalidad competía exclusivamente al órgano judicial. - Defendió, por otra parte, su derecho a sugerir al órgano judicial que, si los arts. 84.3 y 4 y 85.2.e ET se oponen a la normativa europea o son contrarias a la Constitución, así como a los Tratados Internacionales suscritos por España, sin que sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional, promueva la correspondiente cuestión de prejudicialidad, o en su caso, cuestión de constitucionalidad.

La jurisprudencia, por todas STS 6-04-2016, rec. 57/14, ha descartado que el órgano judicial esté obligado a plantear cuestión de constitucionalidad cuando no concurren las circunstancias del art. 5.2 LOPJ, en relación con el art. 35.1 LOTC, en los términos siguientes:

*Con respecto a la denunciada infracción del art. 5.2 y 3 LOPJ sobre el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, debe señalarse que, además de lo anteriormente expuesto, como informa también el Ministerio Fiscal, es doctrina de esta Sala de casación, -- la que está contenida, entre otras muchas, en SSTS/IV 16-enero-2012 (rco 13/2011 ), 19-junio-2012 (rco 129/2011 ), 12-febrero-2013 (rco 242/11 ), 18-diciembre-2012 (rco 195/11 ), 2-junio-2013 (rco 165/11 ), 16-septiembre-2014 (rco 189/2013 ), 17-noviembre-2014 (rco 287/2013 ), 21-octubre-2014 (rco 237/2013 ), 11-diciembre-2014 (rco 22/2014 ) o 27-marzo-2015 (rco 78/2014 ) --, que el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa, exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como cauce procesal para resolver las dudas que el mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar y por el mero hecho de no suscitarse y aplicar la ley que pese a la opinión contraria del justiciable, no consideran inconstitucional, no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo que, en definitiva, compartiendo el criterio de la sentencia impugnada, en el presente caso no es necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad ya que por vía interpretativa es posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional, lo que se alcanza por medio de argumentaciones jurídicas razonables atendiendo al silencio de la norma sobre la parte de la extra ya devengada al momento de su entrada en vigor y la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales en relación con el art. 30 del Convenio Colectivo aplicable*

Consiguientemente, si corresponde únicamente al órgano judicial la potestad de decidir si promueve o no cuestión de prejudicialidad y/o cuestión de constitucionalidad, lo cual le obligará a comprobar si concurren o no los requisitos referidos en los arts. 4.bis.2 y 5.2 y 3 LOPJ, se hace evidente que no se puede reclamar en el suplico de la demanda que el órgano judicial promueva cualquiera de esas cuestiones, porque lo que se suplica en la demanda, caso de estimarse, comporta la correspondiente condena del demandado. - Probado, que en los apartados cuarto y quinto del suplico de la demanda, que es donde se concretan las pretensiones de la misma, se reclama de modo perentorio y no se sugiere, como afirmó ELA al contestar la excepción, que planteemos ambas cuestiones, debemos estimar la excepción de falta de acción de ELA sobre ambas pretensiones, lo cual no impedirá que la Sala se plantee promover cualesquiera de las cuestiones reiteradas, si consideráramos que concurren los supuestos contemplados en las normas reiteradas

**CUARTO.** - a). - ELA solicita la nulidad de los artículos 9, punto 1º; 9, punto 2º, párrafos segundo y cuarto; Disposición Adicional segunda; artículos 38, párrafo final y 61; en lo referente al País Vasco y Navarra, de los artículos 22, 25, 28, 30, Disposición Adicional primera y Disposición Transitoria cuarta; y por la pendencia indeterminada que imponen, la nulidad de los artículos 16, 32 y 35 del I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva.

Apoya esa pretensión en lo dispuesto en los arts. 7, 28, 37 y 137 CE, en relación con los arts. 2.2, 6, 1 y 3 y 7.1 LOLS, puesto que los artículos impugnados liquidan su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, al impedir la negociación en la unidad negociadora autonómica o provincial, a las que califica como "propias", mediante la utilización abusiva y desproporcionada de la unidad negociadora

estatal, a la que considera propiamente como una unidad de negociación "extraña". - Subraya, a estos efectos que, si bien el derecho de negociación colectiva es un derecho de configuración legal, la capacidad convencional de todo sindicato, cualesquiera sean sus ámbitos de constitución y actuación, es un derecho constitucional (artículo 37 CE), dotado no sólo de un *contenido esencial blindado* frente a las regulaciones vaciadoras de su sentido práctico (artículo 53, en relación con los arts. 10.2 y 93 y 96 CE), sino de una protección preferente cuando afecte a su faceta de acción asociativa útil (artículo 28 CE) y promotora de los intereses que le son propios (artículo 7 CE). – Precisó, además, que los arts. 7, 28 y 37 CE atribuyen un poder constitucional de negociación colectiva originario a todo sindicato, que puede ser modulado e incluso limitado por la ley ordinaria, pero en ningún caso banalizado o vaciado de todo sentido útil por ella.

Defendió, por tanto, que ni el legislador, ni los órganos colectivos de ese ámbito, cuentan con un poder de disposición omnímodo, pues su ejercicio exige siempre atender a reglas implícitas derivadas de la vinculación al conjunto del ordenamiento, según el artículo 9.1 CE. El propio artículo 2.2 d) LOLS refuerza el derecho a la negociación colectiva cuando remite no a las leyes estatales sino, de forma más abierta e incondicionada, a las "*normas correspondientes*", entre las que se incluyen, de modo inevitable, los valores constitucionales (artículo 1 CE), las normas internacionales ratificadas por España (artículos 10.2, 93 y 96 CE) y los principios rectores de la convivencia social (artículos 9.3 y concordantes CE y artículo 7 Código Civil).

Denunció finalmente que contrasta abiertamente con el triple orden legal, la configuración de unidades de negociación radicalizadas por los extremos - estatal/empresarial-, vaciando de espacios de negociación razonablemente útiles a las unidades negociadoras de carácter intermedio - autonómicas/provinciales-, seguida de crecientes prácticas colectivas que actualizan tal política, con diversificados grados de intensidad pero, en todo caso, claramente restrictivos del papel -y de la confianza que a tal fin merecen de sus asociados- de esas unidades intermedias de negociación. De manera que las cláusulas convencionales del ICC-RC, relativas a la reserva en exclusiva y con vocación excluyente, tanto de presente -incorporación mediante remisión material- como de futuro -con prohibición de las unidades inferiores y exigencia de autorización estatal para otras-, no superan los mínimos controles de juridicidad supra-legal.

b). - ELA solicita, en segundo lugar, que la Sala acomode los arts. 84, 3 y 4 y 85.3.e ET a los derechos constitucionales de libertad sindical y negociación colectiva reconocidos en los arts. 2, 7, 28, 37 y 137 CE en concordancia con lo dispuesto en los arts. 82.1, 83, 85.1, en su párrafo primero, 87.2.b) y 88.2 ET. - Defendió, a estos efectos, que el art. 83.2 ET reconoce las mismas competencias negociadoras de los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico, por lo que no cabe, de ninguna manera, que el convenio de ámbito estatal se reserve absolutamente todas las competencias negociadoras, porque dicha exorbitante reserva deja sin contenido al sindicato autonómico más representativo, que tiene la misma protección, que los sindicatos más representativos de ámbito estatal.

c). - ELA denuncia, en tercer lugar, que los artículos impugnados vulneran el artículo 3.1 y 2 del Convenio de la OIT n° 87 de 1948 (BOE. 11 mayo 1978); el artículo 1.1 y 1.2, a) del Convenio de la OIT n° 98 de 1949 (BOE. 11 mayo 1978); el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (BOE. 30 abril 1977); el artículo 8.1, c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (BOE. 30 abril 1977); el artículo 11.1 y 2, párrafo primero, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, (BOE. 10 octubre 1979 y 6 mayo 1999); y los artículos 5 y 6 —Parte Segunda- de la Carta Social Europea de 1961 (BOE. 26 junio y 11 agosto 1980).

Ante la complejidad y vastedad de la demanda, la Sala va a resolver, en primer término, si los preceptos impugnados se ajustan a la regulación del derecho a la negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, que es el derecho reconocido a los sindicatos más representativos por el art. 6.3.b LOLS y en particular lo dispuesto en los arts. 84, 3 y 4 ET y 85.3.e ET. – Si fuera así, resolveríamos, a continuación, si los arts. 84, 3 y 4 ET y 85.3.e ET se acomodan o no al ordenamiento constitucional, que incluye los Tratados Internacionales suscritos por España, así como al ordenamiento jurídico comunitario. - Si nuestra respuesta fuera negativa, resolveríamos si procede o no la promoción de cuestión de prejudicialidad y/o cuestión de constitucionalidad. - Si fuera positiva, examinaremos precepto a precepto su acomodación al ordenamiento jurídico.

**QUINTO.** -La estructura de la negociación colectiva es ciertamente compleja y deviene de la suma de una pluralidad de componentes heterogéneos – el contexto productivo y tecnológico; el marco jurídico; el entorno político; la composición y dimensión del mercado de trabajo y la forma de organización de las partes sociales, en particular sus ámbitos de actuación y su representatividad en los mismos. - Se caracteriza por varias notas esenciales: un excesivo número de convenios y de ámbitos de negociación y una paulatina tendencia a la homogeneización de las condiciones de trabajo, causada por la progresiva centralización de la misma en torno a los convenios sectoriales estatales y provinciales, si bien estos últimos están cediendo progresivamente ante el empuje de los primeros en la mayoría de sectores.

La estructuración de la negociación colectiva es, por tanto, una herramienta clave para su modernización y eficacia, puesto que su debida articulación permitirá abordar eficientemente en los ámbitos de negociación adecuados aquellas materias que contribuyan a la mejora de la competitividad y productividad de las empresas y aseguren las mejores condiciones de trabajo para los trabajadores. - La estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de los convenios se regulan en los arts. 83 y 84 ET y conviene recordar que el derecho a la negociación colectiva, reconocida a los sindicatos más representativos de ámbito estatal o autonómico, es la negociación colectiva en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

El art. 83 ET, que regula las unidades de negociación, dice lo siguiente:

*1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.*

*2. Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos*

*interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.*

*Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en esta ley.*

*3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2, tendrán el tratamiento de esta ley para los convenios colectivos.*

El art. 84 ET, que regula la concurrencia entre convenios, dice lo siguiente:

*1. Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.*

*2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:*

*a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.*

*b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.*

*c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.*

*d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.*

*e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.*

*f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.*

*g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.*

*Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.*

*Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.*

*3. Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o*

*convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.*

*4. En el supuesto previsto en el apartado anterior, y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el artículo 83.2, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.*

Así pues, las cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, así como la determinación de las reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, podrán establecerse mediante acuerdos interprofesionales o mediante acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal y autonómico, siempre que se acrediten las legitimaciones precisas, por todas STS 22-10-2013, rec. 110/12. - Las organizaciones de empresarios y trabajadores ya citadas podrán, elaborar acuerdos sobre materias concretas, sin que concurra ningún tipo de limitación para que esos acuerdos, ya sean interprofesionales estatales o autonómicos o sectoriales estatales o autonómicos, regulen, por una parte, la estructura de la negociación colectiva y las reglas para resolver los conflictos de concurrencia y sobre materias concretas por otra. - Así, se ha entendido por la jurisprudencia, admitiendo, por tanto, los denominados “acuerdos mixtos”, por todas STS 3-05-2000, rec.2024/09; STS 19-07-2007, rec. 31/2006 y STS 12-05-2015, rec. 153/14.

Es cierto, que el art. 83.2 no prioriza ni distingue entre los ámbitos estatal y autonómico, por lo que se diferencian únicamente por sus respectivos ámbitos, de manera que el acuerdo estatal podrá regular la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia, así como materias concretas a nivel estatal, mientras que el autonómico podrá hacerlo también a nivel autonómico.

El problema es que ambos modelos de ordenación de la negociación colectiva - estatal y autonómico - no pueden desplegarse simultáneamente, salvo que se coordinen entre sí, lo cual solo podría realizarse en el ámbito estatal, puesto que los convenios autonómicos no pueden desbordar su propio ámbito, salvo que se autorice por el estatal (art. 84.3 ET). - En efecto, si se negociaran uno o varios acuerdos autonómicos sectoriales, no sería posible el acuerdo estatal, puesto que su ámbito ya no podría ser el Estado, ni es posible un acuerdo o convenio que afecte al resto del Estado, puesto que art. 83.2 ET solo contempla acuerdos estatales o autonómicos. - Por el contrario, si el acuerdo estatal negocia en ese ámbito la estructura de la negociación colectiva, las reglas de concurrencia, así como materias concretas que se reserve para sí, no será posible negociar durante su vigencia la estructura de la negociación colectiva, las reglas para solucionar conflictos de concurrencia y sobre las materias reservadas en el ámbito estatal en el ámbito autonómico, salvo que el acuerdo estatal haya autorizado dicha negociación.

Por esa razón, el legislador ha establecido unas reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre acuerdos y convenios estatales y autonómicos, según las cuales los acuerdos estatales y autonómicos, negociados conforme al art. 83.2 ET, podrán afectar durante su vigencia a convenios de ámbito más reducido. - Así, el acuerdo

estatal, negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2 ET, podrá afectar, durante su vigencia a los convenios de ámbito inferior, incluyendo a los convenios autonómicos o provinciales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.1 ET, salvo la prioridad aplicativa de las materias listadas en el art. 84.2 ET de los convenios de empresa, grupos de empresa o empresas en red. - Por el contrario, los acuerdos autonómicos solo podrían afectar a los convenios provinciales y a los convenios de empresa en las materias no reguladas en el art. 84.2 ET, puesto que la prioridad aplicativa de esas materias en los convenios colectivos de empresa, grupos de empresa y empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1 ET, no pueden verse limitadas por los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET (art. 44.2, in fine ET), por todas STS 26-03-2014, rec. 129/13 y STSJ Madrid 10-04-2015, rec. 752/14.

En efecto, los acuerdos autonómicos, pactados conforme al 83.2 ET, no pueden afectar durante su vigencia a los acuerdos estatales, porque el art. 84.3 ET solo les permite negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación, previo pacto en contrario negociado en el acuerdo de ámbito estatal. - Del mismo modo, cuando se haya obtenido autorización para que el convenio de ámbito autonómico afecte a materias del estatal, deberá contar, a su vez, con autorización para negociar sobre el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica, por cuanto el art. 84.4 ET veta la negociación de esas materias para los acuerdos de ámbito autonómico, salvo que obtengan autorización en el acuerdo de ámbito estatal, por todas STSJ Valladolid 19-10-2011, rec. 1657/11.

Así pues, el art. 84.3 ET cierra las posibilidades de inaplicación de la regla “prior in tempore” del art. 84.1 ET al ámbito autonómico, lo cual comporta, por una parte, una reducción de las oportunidades de descentralización de la negociación colectiva y, por otra, una incentivación de las fórmulas centralizadoras en la negociación colectiva. - Es así, porque en la regulación vigente la salida de los acuerdos o convenios colectivos de los acuerdos o convenios estatales, ya sean interprofesionales o sectoriales, queda sujeta al pacto en contrario, negociado conforme al art. 83.2 ET, lo cual significa, como ha defendido la mejor doctrina, que los acuerdos o convenios sectoriales, al definir las reglas de la estructura de la negociación colectiva, pueden excluir el descuelgue autonómico. - Se ha defendido también que la limitación a la descentralización a las CCAA solo podría considerarse contraria al principio de igualdad si carece de justificación objetiva y razonable, o se trata de una medida arbitraria y caprichosa.

Parece claro, por tanto, que el único modo de asegurar el despliegue simultáneo de los modelos estatal y autonómico para la articulación de la negociación colectiva y las reglas para resolver los conflictos de concurrencia, cuando el objetivo sea negociar una estructura racional y armónica de la negociación colectiva, que garantice todos los intereses legítimos, obligará a buscar fórmulas de coordinación entre ambos. - Esa coordinación solo podrá alcanzarse operativamente, por las razones ya expuestas, en el ámbito estatal, puesto que es allí donde deberá pactarse en contrario la intervención del acuerdo o convenio autonómico en el ámbito estatal, así como las materias a

negociar en el ámbito autonómico. - Si no se hiciera así, si no se alcanzaran acuerdos integradores y coordinados, el ámbito autonómico quedaría muy disminuido, puesto que quedaría condicionado a decisiones del ámbito estatal, especialmente si los sindicatos autonómicos abandonan la negociación en el ámbito estatal.

Antes de resolver el primer interrogante, conviene recordar algunos extremos relevantes, que han quedado acreditados:

- a. - El 26-11-2013, fecha en la que FEADRS se dirigió a los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico del sector de colectividades para negociar el ICC-CR, la negociación colectiva provincial había decaído de manera generalizada en el sector de colectividades en todo el territorio español, sin que hubiera procesos de negociación abiertos. - Dicho estado de cosas dificulta el funcionamiento de las empresas, quienes desconocen, al licitar los servicios, qué costes salariales tendrán durante la vigencia de las contratos de colectividades.
- b. - FEADRS invitó a negociar a ELA, LAB y CIG, quienes se negaron a participar en la negociación del ICC-CR, aunque se les reservaron tres plazas en la comisión negociadora.
- c. - En esa fecha, los convenios Guipúzcoa y Vizcaya del sector de colectividades habían perdido su vigencia. - El 17-11-2015, fecha de la firma del ICC-CR, no estaba vigente ningún convenio del sector en País Vasco y Navarra, aunque el 11-01-2016 se alcanzó acuerdo en el convenio de Vizcaya, aunque no se ha acreditado en qué momento se inició su negociación.
- d. - Ni los sindicatos, ni la patronal de colectividades habían promocionado nunca un acuerdo de ámbito autonómico para el sector de colectividades hasta el 2-06-2014, en plena negociación del ICC-CR, cuando LAB, ELA y CCOO se dirigieron a la empresa EUREST, afiliada a AERCE, para promover un acuerdo sectorial del sector, que no fue respondido por dicha empresa, sino por AERCE el 15-07-2015, comunicándoles que lo impedía el V ALEH, cuya vigencia empezó el 1-01-2015. - En fecha no acreditada ELA, CCOO y UGT se dirigieron a AERTE para solicitar lo mismo, que se denegó también por dicha patronal el 9-01-2015, porque lo impedía el V ALEH, que no estaba publicado entonces, pero no podía desconocerse su negociación, al menos por CCOO y UGT, quienes lo firmaron en su momento.
- e. - El V ALEH se publicó en el BOE el 21-05-2015 con efectos de 1-01-2015. - En dicho acuerdo, sobre el que razonaremos más adelante, se reserva para el ámbito estatal los aspectos nucleares de la negociación colectiva. - Dicho Acuerdo no ha sido impugnado por ELA. - El IV ALEH se publicó en el BOE de 30-09-2010, cuya vigencia concluyó el 31-12-2015, sin que fuera impugnado tampoco por ELA.
- f. - El 17-11-2015 se alcanzó acuerdo final en la negociación del ICC-CR, que se publicó en el BOE de 22-03-2016.
- g. - Previamente, el 24-02-2016 se disolvió la patronal AERCE.
- h. - El 17-03-2016 la FEDERACIÓN DE HOSTELERÍA DEL PAÍS VASCO, que no había negociado convenios directamente, modificó sus estatutos con la

finalidad de incluir la negociación colectiva. – El 13-06-2016 se dirigió a FEADRS para interesar la apertura de negociaciones para negociar un Acuerdo Marco Autonómico en el sector de colectividades. – Dicha solicitud no fue contestada por FEADRS.

Conviene reproducir también el art. 10 del V ALEH, que regula la estructura de la negociación colectiva en el sector de hostelería, que incluye al subsector de colectividades y dice así:

*1. El presente Acuerdo, además de su condición de convenio colectivo sobre materias concretas, tiene naturaleza de acuerdo marco y de estructura, de los regulados en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.*

*2. Este Acuerdo ostenta una posición de renovada preeminencia en el sistema de negociación colectiva en el sector de hostelería, siendo el mismo el único con competencia en todo el sector en la determinación de la estructura de la negociación colectiva, las reglas para resolver los conflictos de concurrencia de convenios de distinto ámbito, y las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores.*

*3. Las materias contenidas y reguladas en el presente Acuerdo quedan reservadas al ámbito estatal sectorial, salvo que expresamente la Comisión negociadora del Acuerdo establezca lo contrario, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores.*

*Los textos articulados de los convenios colectivos de ámbito inferior o específico no podrán en ningún caso reproducir literalmente los contenidos del presente Acuerdo cuando se trate de artículos o materias regulados en el mismo, debiendo limitarse los otorgantes de tales acuerdos a hacer, en su caso, una remisión al mismo.*

*4. Cuando se revisen o negocien nuevas materias y se incorporen al contenido del presente Acuerdo, las partes determinarán en cada caso si las mismas quedan reservadas al ámbito del mismo, no pudiendo negociarse en consecuencia en otros ámbitos inferiores ni distintos, o si su regulación puede resultar complementada por otras disposiciones convencionales en otras unidades de negociación colectiva, en los términos que se establezca por la Comisión negociadora de este Acuerdo.*

*5. Las partes establecen la estructura de la negociación colectiva en todo el sector de hostelería en base al presente Acuerdo, los convenios colectivos subsectoriales estatales específicos que, en su caso, se acuerden, y los convenios colectivos sectoriales de ámbito de comunidad autónoma o provincial, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 8 del presente artículo.*

*A tal efecto, se definen los ámbitos y niveles convencionales siguientes:*

*a) Ámbito sectorial estatal. Comprende todo el ámbito territorial español y es de aplicación a todas las empresas y personas trabajadoras comprendidas dentro de sus ámbitos funcionales y personales.*

*b) Ámbito sectorial autonómico y provincial. Comprende únicamente estos ámbitos de negociación los convenios colectivos sectoriales y subsectoriales actualmente vigentes en estos niveles convencionales, por lo que no se podrán crear nuevos ámbitos, salvo acuerdo en el seno de la Comisión paritaria del presente Acuerdo.*

c) *Ámbito de empresa. Comprende los convenios colectivos estatutarios, que afecten al ámbito de empresa, empresas, grupos de empresas o pluralidad de empresas vinculadas a los que se refiere el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores, cuyas actividades estén incluidas en el ámbito funcional de este Acuerdo.*

*En los ámbitos de negociación descritos en las letras b) y c), podrán establecerse las materias objeto de negociación que no concurren con las del presente Acuerdo, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo in fine del apartado 2 del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.*

*6. Cuando se revisen o negocien nuevas materias y se incorporen al presente Acuerdo, las regulaciones sobre las mismas contenidas en convenios colectivos de ámbitos inferiores o distintos se mantendrán en vigor hasta la finalización inicial de su ámbito temporal, salvo que por pacto de las partes legitimadas en dichos ámbitos decidieran acogerse a las nuevas regulaciones pactadas en este Acuerdo.*

*7. En la actualidad son materias reservadas al ámbito sectorial estatal, que no pueden ser negociadas en ámbito distintos y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del presente artículo: estructura de la negociación colectiva; clasificación profesional; movilidad y polivalencia funcional; promoción profesional; periodo de prueba; contratos formativos; formación profesional en el ámbito estatal; régimen disciplinario laboral; normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito estatal; solución autónoma de conflictos laborales en el ámbito estatal; y subrogación empresarial en el subsector de colectividades.*

*8. Así mismo, en este marco de negociación estatal, se podrán regular criterios generales de otras materias distintas de las enunciadas anteriormente, los que habrán de ser complementados y desarrollados en los niveles inferiores de negociación.*

*Son materias de este Acuerdo, aunque no reservadas en exclusiva al mismo, los criterios generales que se establezcan o estén establecidos sobre las materias que se relacionan a continuación:*

- a) Solución autónoma de conflictos laborales de ámbito inferior al estatal.*
- b) Igualdad efectiva de oportunidades y no discriminación de mujeres y hombres.*
- c) Movilidad geográfica.*
- d) Medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.*
- e) Derechos sindicales y régimen de información y consulta en las relaciones laborales.*

*9. Con el objeto de realizar y mantener un mapa de la negociación colectiva en el sector de hostelería, que refleje de forma sistemática y detallada la totalidad de los convenios existentes en el sector, obteniendo información útil y actualizada sobre su vigencia, efectos, contenidos y evolución, cuando se trate de establecer un nuevo ámbito de negociación o renovarlo, dentro de los enumerados en el presente artículo, en forma de convenio colectivo estatutario, se deberá comunicar, con carácter previo, a la Comisión paritaria del presente Acuerdo.*

Llegados aquí, debemos concluir que los preceptos impugnados se acomodan plenamente a lo dispuesto en los arts. 83, 84.1, 3 y 4 ET, puesto que el ICC-CR ha seguido milimétricamente el mandato del art. 10 del V ALEH, que le obligaba a negociar en el ámbito estatal todas las materias, que el V ALEH había reservado para dicha unidad negociadora, que podía disponer, al igual que el propio ICC-CR, sobre la estructura de la negociación colectiva en el sector de colectividades, así como de las reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios y de las materias concretas correspondientes, porque se lo permitían los arts. 83.2 y 84.1, 3 y 4 y art. 85.3.e ET.

Por lo que respecta a la oportunidad de la medida se ha acreditado, a nuestro juicio, que la promoción de la negociación se apoyó en razones objetivas y proporcionadas, puesto que se ha probado cumplidamente, al tratarse de un hecho pacífico, que la negociación colectiva provincial estaba decaída en el sector de colectividades, al perder vigencia la mayoría de esos convenios, sin que se hubieran abierto mesas de negociación, con el consiguiente perjuicio e inseguridad jurídica para que las empresas concursaran o contrataran en plazos largos y la petrificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de colectividades, habiéndose acreditado, por otra parte, que en el sector en general y en el País Vasco y Navarra en particular no había tradición de convenios autonómicos. – Se ha probado, además, que la decisión de promover un acuerdo estatal, acomodado a las reglas del art. 82.3 ET por FEADRS se dirigió a todos los sujetos legitimados, entre los que se incluyó a ELA, LAB y CIG, quienes declinaron la negociación, lo cual supuso objetivamente renunciar a la oportunidad de negociar una articulación armónica que abriera espacios a la negociación del ámbito autonómico y en su caso al ámbito provincial, aunque eran perfectamente conscientes que se iba a negociar en el ámbito estatal sobre la estructura de la negociación colectiva, las reglas de solución de conflictos de concurrencia y sobre contenidos o materias concretas. - Parece claro, por tanto, que la promoción de la unidad de negociación estatal se apoyó en razones objetivas y se ejecutó conforme a lo mandado del V ALEH, que se negoció con arreglo a lo dispuesto en el Título III ET, por lo que tiene efectos jurídicos normativos y eficacia general, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 ET, que nadie había impugnado.

Concluimos, por las razones expuestas, que los preceptos impugnados, que afectan a la estructura de la negociación colectiva, a las reglas de solución de conflictos de concurrencia y a materias concretas, reservadas por el art. 10 del V ALEH, al ámbito estatal, se acomodan claramente a lo dispuesto en los arts. 83, 84, 1, 3 y 4 y 85.3.e ET, puesto que dichos preceptos permiten al acuerdo de ámbito estatal la regulación de la estructura de la negociación colectiva en dicho ámbito, así como las reglas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y las materias concretas, que los negociadores del convenio, quienes gozan de una gran representatividad, consideraron oportuno en un contexto en el que la negociación colectiva tradicional había desaparecido en el ámbito provincial y no había un solo convenio sectorial autonómico vigente en el sector de colectividades.

**SEXO.** - Comprobado que los preceptos impugnados se acomodan a los arts. 83.2 y 84.1, 3 y 4 y art. 85.3.e ET, debemos resolver, a continuación, si estos últimos vulneran lo dispuesto en los arts. 7, 28, 37 y 137 CE, en relación con los arts. 2.2.d, 6 y 7 LOLS y los arts. 3.1 y 2 del Convenio de la OIT n° 87 de 1948

(BOE. 11 mayo 1978); el artículo 1.1 y 1.2, a) del Convenio de la OIT n° 98 de 1949 (BOE. 11 mayo 1978); el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (BOE. 30 abril 1977); el artículo 8.1, c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (BOE. 30 abril 1977); el artículo 11.1 y 2, párrafo primero, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, (BOE. 10 octubre 1979 y 6 mayo 1999); y los artículos 5 y 6 —Parte Segunda- de la Carta Social Europea de 1961 (BOE. 26 junio y 11 agosto 1980), cuyos textos se contienen pormenorizadamente en la demanda de ELA, que tenemos por reproducidos.

ELA reprocha, como anticipamos más arriba, que la liquidación de los ámbitos autonómicos y provinciales, a los que considera sus unidades negociadoras *propias o naturales*, constituye una gravísima agresión contra su derecho a la libertad sindical, en su vertiente funcional a la negociación colectiva, que queda manifiestamente en quiebra, puesto que bloquea la negociación colectiva más allá del ámbito estatal, sin que queden materias para la negociación en otros ámbitos, lo cual significa que el sindicato pierde su utilidad, así como su razón de ser para con sus afiliados. – ELA mantuvo además que, si bien el derecho de negociación colectiva es un derecho de configuración legal, la capacidad convencional de todo sindicato, cualesquiera sean sus ámbitos de constitución y actuación, es un derecho constitucional (artículo 37 CE), dotado no sólo de un contenido esencial blindado frente a las regulaciones vaciadoras de su sentido práctico (artículo 53, en relación con los arts. 10.2 y 93 y 96 CE), sino de una protección preferente cuando afecte a su faceta de acción asociativa útil (artículo 28 CE) y promotora de los intereses que le son propios (artículo 7 CE). – Precisó, además, que los arts. 7, 28 y 37 CE atribuyen un poder constitucional de negociación colectiva originario a todo sindicato, que puede ser modulado e incluso limitado por la ley ordinaria, pero en ningún caso banalizado o vaciado de todo sentido útil por ella.

La Sala comparte, como no podría ser de otro modo, que el derecho de negociación colectiva, reconocido en el art. 37 CE, es un derecho de configuración legal. – Así, lo ha puesto de manifiesto la STC 119/2014, donde se dijo que, *“siendo el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) un derecho de configuración legal, corresponde al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios; puede pues, en función de la opción que en cada momento considere más oportuna, ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas. Así, en regulaciones precedentes, el legislador optó legítimamente por dejar un mayor margen a la negociación colectiva para establecer la estructura de la negociación, sin que por ello renunciara a establecer reglas concretas, incluida alguna dirigida, como la ahora impugnada, a dotar de preferencia aplicativa a los convenios de un determinado ámbito. En efecto, en el año 1994 el legislador apostó por descentralizar la estructura de la negociación colectiva a favor de niveles intermedios (autonómicos y provinciales); para ello se dio prevalencia a los convenios colectivos de ámbito inferior sobre los de ámbito superior, al admitirse que los convenios supraempresariales podían afectar a lo*

*dispuesto en los de ámbito superior salvo en determinadas materias. Se instauró así en el art. 84.2 LET un sistema que restringía las facultades que el art. 83.2 LET había venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se podían suscribir convenios colectivos que afectaran a lo dispuesto en los de ámbito superior. Esta norma fue calificada por la jurisprudencia como de derecho necesario no pudiendo, por tanto, ser modificada por los convenios colectivos de ámbito superior (entre otras, STS de 26 de enero de 2004)". – El mismo criterio se ha defendido en STC 8/2015, lo cual nos permite concluir, desde ahora, que corresponde al legislador ordenar el modo de articular los convenios, así como definir las reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre las diferentes unidades de negociación, lo que se ha efectuado precisamente mediante los arts. 83 y 84 ET, sobre los que nos ocupamos más arriba.*

Compartimos también con ELA, que esa facultad ordenadora de la estructura de la negociación colectiva no es una potestad absoluta para el legislador, de manera que, si la regulación legal, desarrollada en los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET, vaciara de contenido el derecho a la negociación colectiva útil de ese sindicato, vulneraría lo dispuesto en los arts. 7, 28, 37 y 137 CE, en relación con los arts. 2.2.d, 6 y 7 LOLS y los arts. 3.1 y 2 del Convenio de la OIT n° 87 de 1948 (BOE. 11 mayo 1978); el artículo 1.1 y 1.2, a) del Convenio de la OIT n° 98 de 1949 (BOE. 11 mayo 1978); el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (BOE. 30 abril 1977); el artículo 8.1, c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (BOE. 30 abril 1977); el artículo 11.1 y 2, párrafo primero, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, (BOE. 10 octubre 1979 y 6 mayo 1999); y los artículos 5 y 6 —Parte Segunda— de la Carta Social Europea de 1961 (BOE. 26 junio y 11 agosto 1980), aunque ninguno de estos preceptos, como admitió el letrado de ELA, contemplan una u otra fórmula de ordenación de la negociación colectiva, puesto que todos ellos aseguran el derecho de los sindicatos a cumplir de forma eficiente y útil sus objetivos, entre los que se encuentra, como no podría ser de otro modo, la negociación de la estructura de la negociación colectiva, las reglas de solución de conflictos de competencia y las materias que se reserven para cada unidad de negociación.

Debemos precisar, a continuación, si las normas reguladoras de la estructura de la negociación colectiva, con la consiguiente reserva de materias para unos u otros ámbitos, así como las reglas de solución de conflictos de concurrencia entre convenios, reguladas en los arts. 83, 84.1.3 y 4 ET, impiden la negociación colectiva útil de ELA, a lo que vamos a adelantar una respuesta negativa.

No compartimos los reproches de la demandante, porque el derecho de negociación colectiva, garantizado por el art. 37.1 CE, es un derecho esencialmente de configuración legal" (STC 85/2001, de 26 de marzo, FJ 5), siendo la ley la que ha de concretar y desarrollar, tanto su contenido como los presupuestos para su ejercicio (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3). – Por esa razón, la doctrina constitucional en STC 8/15 recuerda, en "la configuración legal

*del ejercicio del derecho a negociar” (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4), el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa. No hay que descuidar, de un lado, que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de su ejercicio, y, de otro, que el principio de autonomía colectiva puede presentar excepciones siempre y cuando la limitación que suponga esté justificada (STC 11/1981, de 8 de abril FJ 24). Por esta razón, la Ley “puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva” (STC 59/1985, de 30 de abril, FJ 3).*

*La propia STC 8/15 concluye que “...la Constitución de 1978 no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni más concretamente, de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento (STC11/1981, de 8 de abril, FJ 7), eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que estime más adecuada, no solo para alcanzar los objetivos que aquélla le impone, sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realización. De todo ello se deduce la habilitación al legislador estatal para realizar su conceptualización jurídica en cada momento, entre diferentes alternativas, en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura. El constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales aplicable, ni tampoco restringir la acción del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto, dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado modelo y para articular cada institución que lo integre, no sólo como un instrumento de su desarrollo, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone [en el mismo sentido, aunque con relación a la definición del modelo de sistema tributario aplicable, STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 c)]”.*

En uso de dichas potestades, el legislador optó por la descentralización de la estructura de la negociación colectiva en la regulación de 1994, por lo que legisló a favor de los niveles intermedios (autonómicos y provinciales), mediante el reconocimiento de prevalencia a los convenios colectivos de ámbito inferior sobre los de ámbito superior, al admitirse que los convenios supraempresariales podían afectar a lo dispuesto en los de ámbito superior salvo en determinadas materias, en concreto el *período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica*, para lo cual introdujo en el párrafo segundo del art. 84.2 ET un sistema que restringía las facultades que el art. 83.2 LET había venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se podían suscribir convenios colectivos que afectaran a lo dispuesto en los de ámbito superior.

Ese marco legal provocó, por una parte, como recuerda la exposición de motivos del RDL 7/2011, *“una «atomización» de nuestra negociación colectiva, que supone que existen un muy elevado número de convenios colectivos, con ámbitos de aplicación reducidos y fragmentados, sin apenas relación entre ellos, que en ocasiones se superponen entre sí y en otros casos producen la paradoja de que el grado de cobertura de la negociación colectiva no alcanza a la totalidad de los trabajadores. Junto a ello, la desvertebración de la negociación colectiva, su falta de orden, la ausencia de reglas claras sobre la concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito y las materias en ellos reguladas”* y por otra, un empobrecimiento de los contenidos de la negociación colectiva, que impedían la adaptación de las empresas a las innovaciones tecnológicas y a los requerimientos de la demanda, provocando, en muchas ocasiones la utilización de medidas de flexibilidad externa, cuando en un contexto negociador más ágil y adaptado a la realidad los problemas podrían resolverse mediante medidas de flexibilidad interna.

Por esas razones, el legislador decidió, en la nueva regulación de la negociación colectiva, iniciada por el RDL 7/2011 y continuada por el RDL 3/12, actualmente Ley 3/12, restringir de nuevo el margen de intervención de la autonomía colectiva para establecer la estructura de la negociación y en lugar de permitir la prevalencia de convenios sectoriales de ámbito territorial limitado, como hizo en el año 1994, ha reducido las posibilidades de inaplicación de la regla “prior in tempore” del art. 84.1 ET al ámbito autonómico, lo cual comporta, por una parte, una reducción de las oportunidades de descentralización de la negociación colectiva y una incentivación de las fórmulas centralizadoras en la negociación colectiva, como ya razonamos más arriba y ha impuesto la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales en relación con determinadas materias.

En efecto, en la nueva regulación se mantiene la atribución de la determinación de la estructura de la negociación colectiva a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de carácter estatal o autonómica, mediante acuerdos interprofesionales o, en su caso convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico, acomodando el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores a nuestra realidad convencional, con la finalidad de seguir vertebrando y ordenando los distintos niveles de negociación desde el nivel que se considera más apropiado para ello, en el que pueden identificarse mejor las peculiaridades de cada sector, así como la necesidad o conveniencia, en su caso, de abrir la negociación colectiva a ámbitos inferiores. - En cuanto a los conflictos de concurrencia entre convenios, se mantiene, por un lado, la tradicional regla general sobre prohibición de afectación del convenio durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, con la salvedad regulada en el art. 84.1 ET, que permite la afectación de un convenio durante su vigencia por convenios de ámbito distinto, cuando se haya pactado así en acuerdo o convenio negociado con arreglo al art. 82.3 ET. – Se salva, así mismo, de la regla general a la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, grupo de empresas o empresas en red de las materias listadas en el art. 84.2 ET, propiciándose, mediante los apartados 3 y 4 del renovado artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores la simplificación de las unidades de negociación al favorecer una negociación más articulada, situada en los ámbitos territoriales superiores, aunque estableciendo la posibilidad de

afectación del convenio estatal solo por los convenios autonómicos cuando concurra pacto en contrario negociado conforme al art. 84.3 ET, así como para que sea factible la negociación de determinadas materias en dicho ámbito autonómico.

ELA denuncia que el modelo vigente de estructuración de la negociación colectiva, solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, que permite a los acuerdos o convenios de ámbito estatal, decidir sobre la estructura de la negociación colectiva y las reglas de solución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, así como reservar para dicho ámbito las materias concretas que considere oportunas, vacía de contenido su derecho a la negociación colectiva útil, puesto que se le impide la negociación en una unidad negociadora, que considera "*propia*" (autonómica y/o provincial), lo que le viene impuesto por una unidad "*impropia o extraña*", que es la estatal, cuyos contenidos petrifican la negociación colectiva y desincentivan la afiliación a ELA.

La Sala no comparte dichos reproches, puesto que el art. 6.3.b LOLS, al que remite el art. 7.1 LOLS, deja perfectamente claro que los sindicatos más representativos a nivel autonómico gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para la negociación colectiva en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores. - Dicha norma nos permite descartar, de antemano, que la unidad estatal sea ajena o extraña a los sindicatos autonómicos más representativos, quienes tienen derecho a participar en la negociación de los acuerdos marcos y/o acuerdos o convenios sectoriales en pie de igualdad con los sindicatos más representativos o representativos a nivel estatal, como se deduce inequívocamente de lo dispuesto en el art. 87.2.b ET.

Así pues, si el sindicato más representativo a nivel autonómico está legitimado para negociar acuerdos marco a nivel estatal y autonómico y/o acuerdos o convenios estatales o autonómicos en los términos requeridos por el art. 83.2, 84.1, 3 y 4 ET, al que remite el art. 6.3.b LOLS, siendo pacífico que los de ámbito estatal pueden establecer la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, así como reservar para dicho ámbito las materias concretas que estimen oportunas, se hace evidente que la regulación legal no impide el efecto útil de la negociación colectiva al sindicato demandante, puesto que puede participar en todas esas unidades de negociación y su participación en las mismas incentivará, como es natural, que la articulación de la negociación colectiva estatal tenga presente los intereses sindicales autonómicos y, en su caso, provinciales.

Es cierto y no escapa a la Sala, que los acuerdos marco y los acuerdos o convenios autonómicos pueden también negociar la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, así como reservar para dicho ámbito las materias concretas que estimen oportunas, pero también es verdad, que no pueden afectar a los acuerdos o convenios de ámbito estatal sin que lo autoricen los acuerdos o convenios estatales, ni pueden tampoco negociar el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica. - Dicha diferenciación no es discriminatoria, a nuestro juicio, porque ya hemos visto que el

despliegue simultáneo de los modelos estatal y autonómico no es posible, salvo que se coordinen entre sí y hemos visto también que la unidad natural, para pactar dicha coordinación, es precisamente la unidad estatal, puesto que es allí, donde debe pactarse en contrario la afectación de los convenios autonómicos a los estatales, así como la posibilidad de negociar en los primeros las materias listadas en el art. 84.4 ET. - Si no fuera así, si el convenio autonómico de estructuración de la negociación colectiva estuviera blindado absolutamente frente al modelo estatal, al ser intocable esa unidad negociadora "*propia*" por la unidad de ámbito superior, a la que se considera injustificadamente como "*extraña*", la unidad estatal quedaría absolutamente preterida sin justificación alguna. - Por el contrario, nada impide que la unidad estatal articule la negociación colectiva con el protagonismo que corresponda a la unidad autonómica, lo cual incentiva, a nuestro juicio, la participación en la misma de los sindicatos autonómicos, puesto que podrán defender allí, junto con las asociaciones empresariales autonómicas, las razones diferenciales para reservar los espacios que procedan para los ámbitos autonómicos o provinciales.

Consiguientemente, si los sindicatos autonómicos, entre los que está ELA, pueden negociar en los acuerdos marco, así como en los acuerdos o convenios sectoriales estatales, porque así lo disponen los arts. 6.2.b y 7.1 LOLS, en relación con lo dispuesto en el art. 87.2.b ET, se hace evidente que el modelo de negociación colectiva, regulado en los arts. 83, 84,1, 3 y 4 ET, no vulnera en absoluto la libertad sindical de ELA en su vertiente funcional a la negociación colectiva, puesto que será allí donde deberá promover la articulación de la negociación colectiva, viabilizando la unidad autonómica y, en su caso, la provincial, cuando los legítimos negociadores del acuerdo o convenio estatal decidan negociar la estructura de la negociación colectiva, las reglas de resolución de conflictos de concurrencia y la reserva de materias concretas en dicho ámbito. - Cuando no sea así, nada impide que dichas funciones se realicen por el convenio autonómico en el ámbito correspondiente, sin más limitaciones que las previstas en los apartados 3 y 4 del art. 84 ET.

Cuestión distinta sería, si se prohibiera la participación de los sindicatos autonómicos más representativos en los acuerdos marco interprofesionales o en los acuerdos o convenios sectoriales estatales, puesto que en ese supuesto se les vedaría injustificadamente el derecho a la negociación colectiva útil. - No siendo así, puesto que nadie discute el derecho de los sindicatos autonómicos más representativos a negociar acuerdos marco interprofesionales, así como acuerdos o convenios sectoriales estatales en pie de igualdad con los sindicatos más representativos o representativos de ámbito estatal, debemos descartar que los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET vulneren las normas constitucionales y tratados internacionales suscritos por España, lo cual nos exime de promover cuestión de constitucionalidad.

Otra cuestión sería también, si las propuestas de articulación de la negociación colectiva, así como sobre reglas de solución de conflictos de concurrencia y sobre reservas de materias concretas, realizadas por los sindicatos autonómicos en la unidad de negociación estatal, fueran desoídas de modo caprichoso o arbitrario por los demás interlocutores, en cuyo caso sí podría considerarse la concurrencia de indicios de vulneración del principio de igualdad, lo que obligaría a los demás

negociadores a demostrar la existencia de causas objetivas y razonables, suficientemente probadas, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, a tenor con lo dispuesto en el art. 181.2 LRJS, pero en esos supuestos no estaría en cuestión la constitucionalidad de los artículos reiterados, sino una mala práctica de esos interlocutores en la negociación del ámbito estatal.

**SÉPTIMO.** - ELA denuncia, por otro lado, que los preceptos impugnados vulneran lo dispuesto en el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El art. 11 CEDH dice lo siguiente: El artículo 11.1 y 2, párrafo primero CEDH, dispone que ... *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos, y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos ..."*

El art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice lo que sigue: *"...los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga"*.

La Sala no comparte que los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET vulneren, de ningún modo, las normas trascritas, puesto que ya hemos descartado que las mismas impidan la negociación colectiva útil a ELA, ya que dicho sindicato, al igual que los sindicatos más representativos a nivel estatal, puede negociar los acuerdos marco a nivel estatal, así como los acuerdos y convenios sectoriales a nivel estatal, que es la unidad negociadora en la que pueden armonizarse y coordinarse los modelos estatal y autonómico, porque, si no se hiciera así, si los acuerdos o convenios autonómicos estuvieran blindados frente a los de ámbito estatal, la unidad estatal quedaría totalmente liquidada. - Por el contrario, la unidad estatal es el espacio lógico para articular la negociación colectiva, de manera tal, que pueda desplegarse de manera armónica y racional la debida coordinación con las unidades de negociación inferiores. - Si no se hiciera así, la unidad estatal no pudiera negociar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de solución de conflictos de concurrencia, ni reservarse materias para la negociación, se vaciaría totalmente de contenido su función ordenadora de la negociación colectiva.

Por consiguiente, probado que los sindicatos autonómicos pueden negociar en las unidades de negociación estatal la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, pudiendo negociar también las reservas de negociación por materias, parece claro que los artículos controvertidos no vulneran en absoluto las normas reproducidas más arriba, puesto que la estructura de la negociación colectiva es un bien jurídico legítimo y corresponde al legislador, como

razonamos más arriba, elegir el modelo de articulación, que considere más adecuado, debiendo destacar, a estos efectos, que el período previo, en el que primó un modelo más descentralizado, ni promovió, ni consolidó la unidad de negociación autonómica, tampoco en el País Vasco y Navarra y generalizó una negociación colectiva provincial, cuyo alcance y eficiencia ha sido extremadamente limitado.

Siendo claro, a nuestro juicio, que los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET no colisionan con el art. 28 CDFUE y el art. 11 CEDH, no concurre necesidad alguna de promover cuestión prejudicial.

**OCTAVO.** - Aclarada la acomodación de los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET, en los que se basan los artículos impugnados, a la Constitución y a los Tratados Internacionales citados más arriba y descartada la vulneración del art. 28 CDFUE y el art. 11 CEDH, examinaremos, a continuación, si los artículos impugnados vulneran el ordenamiento jurídico.

ELA impugna el art. 9.1, los párrafos segundo y cuarto del art. 9.2 y la DA 2ª del convenio, lo que obliga a reproducirlos a continuación:

El art. 9 del ICC-CR, que regula la prelación de normas dice lo siguiente:

*1.º Por lo dispuesto por el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería vigente, esto es, en la actualidad el V ALEH y en un futuro el que pueda, en su caso, sustituirlo.*

*En desarrollo de los artículos 83 y 84 ET, las partes firmantes del presente convenio coinciden en la necesidad de potenciar y dar valor al Convenio Colectivo Sectorial como fórmula de estabilidad, homogeneidad y herramienta competitiva que permita el establecimiento de unas condiciones laborales homogéneas acordes con las necesidades económicas y sociales en cada momento. El I Convenio Colectivo del Sector de Colectividades cuenta con una naturaleza de acuerdo marco que establece la estructura de la negociación colectiva del sector y las reglas de concurrencia de los convenios colectivos en el mismo; e incorpora la regulación de condiciones de trabajo, considerando las regulaciones vigentes contenidas en los convenios colectivos de ámbito territorial menor al estatal. En virtud del artículo 84.4 ET, las materias recogidas y desarrolladas en el presente Convenio Colectivo, son materias reservadas exclusivamente a este ámbito.*

*Las organizaciones firmantes determinan que no se podrán crear nuevos ámbitos autonómicos, salvo acuerdo en el seno de la Comisión paritaria de este Convenio.*

La DA 2º del ICC-CR, que regula las reglas de concurrencia, dice lo siguiente:

*El presente acuerdo se suscribe al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.2 ET respecto del ámbito sectorial de colectividades descrito en el artículo 1 del presente Convenio. Por lo que, además de tener, rango de convenio colectivo, regula la estructura y las reglas de concurrencia entre diferentes ámbitos.*

*El presente convenio, y salvo acuerdo expreso, se aplicará en cada territorio (y dentro de él en cada ámbito funcional) a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenio de aplicación anteriores. Teniendo en cuenta, a tal efecto, la fecha de constitución de la mesa de negociación del presente Convenio.*

*A partir de cada concreta entrada en vigor del presente convenio, los convenios que estuvieran aplicándose, dejaran de regular el ámbito de colectividades aunque no modifiquen la descripción de su ámbito funcional sectorial con denominaciones genéricas de hostelería o cualquier otra denominación similar comprensiva del presente ámbito funcional de los puestos de trabajo del sector de colectividades. En consecuencia, será prioritario y excluyente este convenio desde su entrada en vigor respecto de cualquier otro posible a excepción de lo recogido en el artículo 84.2 del ET; aplicándose el presente criterio junto con el de la pérdida de vigencia natural y la fecha de constitución de la mesa negociadora del presente convenio para la resolución de cualquier conflicto de concurrencia entre convenios de distintos ámbitos.*

La Sala no comparte los reproches de la parte actora, porque el ICC-CR está sometido, como no podría ser de otro modo, a lo pactado en el V ALEH, que fue negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2 ET por los sujetos legitimados para negociar dicho Acuerdo marco, que pactó la estructura de la negociación colectiva en el sector de hostelería, que incluye al sector de colectividades, así como las reglas de concurrencia y reservó para el ámbito estatal las materias negociadas en el ICC-CR. - Dicho acuerdo tiene eficacia jurídica normativa erga omnes y no fue impugnado por ELA.

Consiguientemente, vigente el V ALEH, que no ha sido impugnado por ELA, se hace evidente que la remisión, contenida en el art. 9.1 del ICC-CR, es conforme a derecho, a tenor con lo dispuesto en los arts. 82.3 y 83.2 y 3 ET. – Consideramos ajustado a derecho el párrafo segundo del art. 9 del ICC-CR, puesto que ese precepto desarrolla lo pactado en el art. 10 del V ALEH y se acomoda plenamente a lo previsto en los arts. 83 y 84 ET, que permiten al acuerdo o convenio estatal sectorial negociar la estructura de la negociación colectiva y reservar para el ámbito estatal las materias que consideren sus negociadores. – Llegamos a la misma conclusión con la DA 2ª, que regula las reglas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, porque le habilita expresamente el art. 82.3 ET, en relación con el art. 84.4 ET, así como el art. 10 del ALEH.

La demandante denuncia el párrafo cuarto del art. 9.2 del ICC-CR, porque reconoce a la comisión paritaria del convenio unas facultades exorbitantes, que desborda con mucho las funciones de las comisiones paritarias, recogidas en el art. 85.3.e ET, puesto que obliga a pedir autorización a la citada comisión para la apertura de nuevas unidades de negociación.

La Sala no comparte el reproche, puesto que la simple lectura del precepto impugnado permite concluir que se refiere a los firmantes del convenio, quienes se comprometen a no abrir nuevos ámbitos autonómicos, salvo acuerdo en la propia Comisión paritaria. – Consiguientemente cualquier sujeto legitimado podrá promover la negociación, que estime oportuna, para lo cual se dirigirá a los demás sujetos legitimados para la negociación que corresponda, quienes solo podrán negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 83 y 84 ET, debiendo responder, en todo caso, por escrito. – De esta manera, los firmantes del ICC-CR se comprometen a no abrir espacios autonómicos durante su vigencia, lo cual no significa que no los puedan

abrir finalmente, puesto que lo condicionan al acuerdo en la propia comisión paritaria, lo que no parece un objetivo imposible, si se tiene presente que CCOO y UGT han promovido la negociación colectiva autonómica junto con ELA y LAB en plena negociación del ICC-CR (hecho probado quinto), siendo razonable, por tanto, que los firmantes se comprometan a resolverlo previamente en la comisión paritaria, lo que no lesiona en absoluto el derecho a la negociación colectiva de ELA, puesto que dicho compromiso está limitado a la vigencia del convenio, en cuya negociación no quisieron participar ELA, LAB y CIG, que obliga a todos los empresarios y trabajadores durante su vigencia, a tenor con lo dispuesto en el art. 82.3 ET

**NOVENO.** – ELA impugna, por otro lado, el inciso final del art. 38 del ICC-CR, que regula la Comisión Estatal Sectorial de Seguridad y Salud en el Trabajo en el Sector de Restauración Colectiva, que dice lo siguiente:

*La Comisión Estatal Sectorial podrá determinar los requisitos para la creación, allá donde no existieran, de Comisiones territoriales u órganos similares de ámbito inferior y regular la concurrencia entre ámbitos territoriales.*

La demandante, que no cuestiona la composición de la comisión, ni sus funciones y atribuciones, impugna la potestad de la Comisión Estatal Sectorial de determinar los requisitos para la creación, allá donde no existieran, de Comisiones territoriales u órganos similares de ámbito inferior y regular la concurrencia entre ámbitos inferiores, porque se le concede la potestad de resolver sobre los conflictos de competencia inter-convenios, sin que podamos compartir, de ningún modo, ese reproche, porque la simple lectura del precepto impugnado permite concluir que la Comisión, cuya composición, funciones y atribuciones no se discute, pueda descentralizar sus funciones y regular qué aspectos quedarían sujetos a la competencia de la Comisión como tal y cuáles a los órganos territoriales. – Todo ello, sin perjuicio de que, si en la descentralización mencionada se establecieran funciones o atribuciones, que fueran más allá de las propias de la Comisión, que no se discuten, en cuyo caso deberían negociarse en la comisión negociadora del convenio, en la que ELA tiene legitimación para participar.

**DÉCIMO.** – ELA impugna también el art. 61 del ICC-CR, que regula la gestión sindicalizada del convenio y dice así:

1. *Para la correcta administración y gobierno del convenio colectivo a través de las Comisiones paritarias sectoriales establecidas, y el desarrollo del trabajo de las mismas, las organizaciones sindicales de este Convenio que a su vez gozan de la condición de más representativos a nivel estatal y siempre que cuenten con más de un 20 % de la representación legal de los trabajadores/as en la empresa y con la finalidad de articular las labores de seguimiento, difusión y cooperación en la consecución y cumplimiento de los fines de este Convenio, tendrán derecho a disponer de un volumen de horas (bolsa en cada empresa) correspondiente a cinco horas mensuales, por once meses y por cada delegado de personal o miembro de comité de empresa elegido en sus listas. El montante total de horas de esta bolsa en cada empresa, lo podrán utilizar las organizaciones sindicales para acumularlo en eventuales liberaciones de Delegados/as Sindicales Sectoriales, que serán los componentes de las*

*distintas comisiones paritarias sectoriales establecidas en el presente Convenio colectivo. Las empresas garantizarán, si fuera preciso, con crédito horario adicional, que las personas designadas por las organizaciones sindicales para las comisiones paritarias sectoriales del convenio, tengan crédito horario suficiente si no fuera bastante con la bolsa de horas correspondiente en cada empresa. Los Delegados/as Sindicales Sectoriales tendrán derecho a percibir de la empresa sus gastos de desplazamiento, alojamiento y manutención, debidamente justificados; para asistir a las reuniones de gestión del convenio en las distintas comisiones paritarias. Así mismo, tendrán asimiladas sus retribuciones anuales a una contratación de jornada completa en su puesto de trabajo. Dadas las especiales características que revisten las relaciones laborales en el ámbito de este Convenio, cuando se produzca una subrogación del servicio, los Delegados/as Sindicales Sectoriales designados por los sindicatos, podrán optar por ser subrogados o permanecer en la empresa y solicitar de ésta la prestación de sus servicios en cualquier otro centro dentro de la misma provincia, y sin que el contrato pierda su condición por esta excepcionalidad. La empresa vendrá obligada a concederlo dentro de las que tengan mayores posibilidades de puestos de trabajo.*

- 2. La bolsa de horas regulada en el apartado anterior se podrá añadir a la acumulación de horas regulada en el artículo 58 («Acumulación y gestión de las horas sindicales»), para complementar el crédito horario necesario para designar por las organizaciones sindicales que gocen de la condición de más representativos a nivel estatal y siempre que cuenten con más de un 20 % de la representación legal de los trabajadores/as en la empresa, a Delegados/as Sindicales de Empresa que puedan quedar relevados del trabajo sin perjuicio de su remuneración.*
- 3. Mediante acuerdo entre las Organizaciones Sindicales y las Empresas se determinará el ejercicio de los derechos reconocidos en éste a artículo, sin perjuicio de aquellas particularidades ya pactadas con anterioridad en el seno de las mismas.*
- 4. Atendiendo tanto a la pactada gestión sindicalizada de la relaciones laborales del Convenio expuesta en el presente capítulo como a la heterogénea realidad del sector, se acuerda una medida de fomento de la representación sindical en las empresas que cuenten con más de 500 trabajadores/as en el conjunto del Estado o de 250 en el ámbito autonómico, y en las que no se alcance el crédito horario suficiente para proceder a la designación y liberación de un Delegado/a Sindical de Empresa por cada uno de los Sindicatos que gocen de la condición de más representativos a nivel estatal y siempre que cuenten con más de un 20% de la representación legal de los trabajadores/as en la empresa, y para articular las labores de seguimiento, difusión y cooperación en la consecución y cumplimiento de los fines de este Convenio en su gestión, podrán designar a un Delegado/a Sindical de Empresa con independencia de que la suma del crédito horario alcance o no a la liberación total del mismo, debiendo la empresa asumir el complemento*

de horas necesarias para que quede relevado de su trabajo. Expresamente se excluyen de la regulación recogida en este apartado aquellas empresas en las que sí es posible la designación de Delegados/as por acumulación de crédito horario sindical preexistente.

5. De acuerdo con lo previsto en el artículo 84 ET en relación con lo dispuesto en el artículo 83.2, del mismo cuerpo legal, expresamente se acuerda que la regulación de los derechos sindicales entrará en vigor inmediatamente publicado el presente convenio colectivo, siendo de aplicación inmediata en todo el ámbito sectorial estatal sustituyendo por tanto a las actuales regulaciones, en la medida en que se vaya organizando de una manera progresiva y ordenada a nivel de empresa.

La cuestión controvertida ha sido resuelta por la jurisprudencia, por todas STS 23-04-2013, rec. 19/2012, que confirmó SAN 23-11-2011, proced. 206711, donde se vino a sostener lo siguiente:

En relación a la posibilidad de que el convenio establezca una mejora de la acción sindical plasmada en la financiación de las actividades de los sindicatos, [esta Sala IV tuvo ocasión de pronunciarse en la STS de 10 de junio de 2003 - rec. 67/2002 -](#), citada por la parte recurrente. En ella, nos hacíamos eco de la doctrina sentada en las [STC 20/1985](#) y [26/1985](#), que, analizando las disposiciones de los Presupuestos Generales del Estado para 1983 en que se establecían subvenciones a los Sindicatos para promoción de actividades socio-culturales y de formación, declararon que " la libertad de sindicación y de afiliación, que reconoce el [artículo 28.1 de la Constitución](#), ha de protegerse tanto frente a los actos que directamente atenten contra ella, por medio de coacción, mandato imperativo o imposición de obligación, como en lo que se refiere a las más larvadas violaciones indirectas que puedan existir en aquellos casos en que se produce una presión para que los trabajadores adopten una actitud que, al nacer de una presión, deja de ser libre".

En esa [sentencia de 10 de junio de 2003](#) ratificábamos la declaración de nulidad de una cláusula convencional que establecía un fondo para la mejora de la acción sindical de los sindicatos con mayor implantación, a distribuir por una comisión paritaria integrada por los firmantes del convenio y, a su vez, otorgaba a los sindicatos firmantes del convenio que no tuvieran la consideración de sindicato con mayor nivel de implantación el derecho a un mayor número de trabajadores liberados. Se trataba allí de una ventaja otorgada solo a determinados sindicatos bien por su implantación en la empresa, bien por su condición de firmantes del convenio.

Reiterábamos asimismo en las [STS de 15 de julio \(rec. 178/2003\)](#), [15 de noviembre \(rec. 90/2004\)](#) y [9 de diciembre de 2005 \(rec. 183/2003\)](#) que, en supuestos análogos al ya visto en la sentencia antes mencionada, era apreciable una injerencia en el sentido contemplado por el [art. 13.2 LOLS](#), en relación con el art. 2 del Convenio 98 de la OIT, " porque, aunque no exista de forma explícita una finalidad de control directo, sí que concurren dos elementos de riesgo importantes que no son ajenos a la finalidad de interdicción de los actos de injerencia. Estos riesgos son, por una parte, la creación de incentivos económicos o de otra índole para la aceptación del convenio que operan sobre el interés particular de la

organización sindical y al margen del interés general de los trabajadores representados por ésta, que en el convenio estatutario no son únicamente sus afiliados, y, por otra, la imposición de una desventaja para otros sindicatos que no suscriben el convenio".

Estas diferencias de trato entre sindicatos implantados en la empresa por razón de su papel en la firma del convenio, fueron también analizadas en [nuestra sentencia de 18 de septiembre de 2007 \(rec. 82/2005\)](#). En aquella ocasión declaramos la nulidad del precepto del convenio que distribuía el número de trabajadores liberados sindicales entre los sindicatos firmantes del convenio sin atender a la representatividad.

Ese mismo criterio es el que se plasma en la [STS 21 de abril de 2010 \(rec. 167/2009\)](#), en la cual se analiza un caso de condicionamiento de distribución de subvenciones a los sindicatos a la firma del acuerdo en que aquéllas se instauraban.

En resumen, lo que hemos venidos sosteniendo es que la distribución de ayudas a la actividad sindical concretada exclusivamente en los sindicatos firmantes del convenio, con exclusión de otras fuerzas sindicales que, no obstante, ostentaban representatividad suficiente para haber intervenido en la propia negociación del mismo, exige de una justificación objetiva y razonable que elimine cualquier atisbo de ataque a la libertad sindical.

No toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato puede calificarse de vulneración de la libertad sindical, sino que es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley ([STC 164/1993](#), entre otras). Además, el derecho de libertad sindical incluye la prohibición de trato diferenciado entre los sindicatos que no responda a criterios objetivos y por ello el principio de igualdad está subsumido en tal derecho, de tal forma que la vulneración del primero conlleva la del segundo, cuando esa diferencia de trato no tiene una justificación razonable y objetiva.

Pues bien, la mera circunstancia de la firma del convenio no podría servir de razón para excluir a un sindicato que, a priori, ostenta implantación y representatividad, si la exclusión lo es a una ventaja o beneficio que no halla razonable conexión con otra circunstancia distinta de la de su postura en la negociación. Tal exclusión injustificada podría constituir una injerencia prohibida, tal y como se define en el [párrafo segundo del art. 13 LOLS](#), en tanto pudiera cercenar la acción sindical del sindicato por el mero hecho de no haber firmado el convenio y, de este modo, estar interviniendo en la propia postura sindical. Sin embargo, en el presente caso la ventaja o beneficio que se atribuye a los sindicatos firmantes está justificada en atención a la superior actividad que éstos han de desarrollar en el seno de las comisiones en las que se integran, de suerte que la financiación que la empresa lleva a cabo se vincula directamente con los gastos que necesariamente comporta la participación en aquellas comisiones. En definitiva, no es simplemente la firma del convenio la que actúa de condicionante de la distribución de la ayuda económica, sino la integración en unas comisiones de las que el propio sindicato accionante se excluyó al no suscribir el convenio.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto debatido, debemos concluir necesariamente que las mejoras, reconocidas a los sindicatos firmantes, tienen por

finalidad coadyuvar a la mejor administración del convenio colectivo, en el que se han pactado múltiples comisiones de administración y/o aplicación, como no podría ser de otro modo, al sustituirse las múltiples unidades provinciales existentes por la unidad estatal, teniéndose presente, por otra parte, que el proceso de homogeneización del convenio se dilatará en el tiempo, puesto que se ha convenido su aplicación progresiva, según vaya concluyendo la vigencia de los convenios provinciales. – Descartamos, por tanto, que concorra ningún tipo de preterición para ELA, puesto que no puede pretender que se le equiparen las ventajas y beneficios, que se reconocen a CCOO y UGT para la administración y aplicación de un convenio, que se negó a negociar, aunque tuvo ocasión para hacerlo.

**UNDÉCIMO.** – ELA impugna en esta ocasión, en lo que afecta al País Vasco y Navarra, los preceptos siguientes, que vamos a reproducir en lo que afecten al País Vasco y Navarra, teniéndoles por reproducidos en todo lo demás:

### **Artículo 22. Jornada laboral.**

*La jornada máxima anual de trabajo efectivo durante la vigencia del convenio será de 1800 horas de trabajo efectivo al año y la jornada máxima semanal será de promedio 40 horas de trabajo efectivo para un trabajador a tiempo completo, en promedio anual.*

*Sin embargo la jornada máxima será la del cuadro siguiente en los territorios siguientes:*

#### **Convenio de Hosteleria Horas**

<i>Guipúzcoa/Gipuzkoa.</i>	<i>1.723</i>
<i>Vizcaya/Bizkaia.</i>	<i>1.750</i>
<i>Álava/Araba.</i>	<i>1.746</i>
<i>Navarra/Nafarroa.</i>	<i>1.724</i>

#### *22.1 Reglas generales.*

*Sin perjuicio de lo que a continuación se dirá la distribución de la jornada anual respetará las siguientes reglas:*

*a) La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.*

*b) El número de horas ordinarias de trabajo efectivo será de ocho diarias, salvo que por acuerdo con la representación legal de los trabajadores, allí donde exista, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.*

*Para determinar la dedicación de los trabajadores/as a tiempo parcial, se establecerá computando semanalmente su jornada diaria en proporción a la jornada teórica semanal a tiempo completo que deriva de la jornada anual para ese periodo.*

*Tanto al principio como al final de la jornada el trabajador estará en su puesto de trabajo y en condiciones de su prestación.*

Como principio y salvo de regulación específica contemplada en este artículo, la jornada será flexible y podrá distribuirse regular o irregularmente y a lo largo del año y de todos los días de la semana. Además de respetar lo que actualmente esté aplicándose, las empresas y las representaciones legales de los trabajadores/as estudiarán la posibilidad de establecer la jornada continuada y/o irregular en aquellos establecimientos o departamentos en que las necesidades del servicio lo permitan.

La distribución deberá respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal, con las excepciones de turnos, situaciones imprevisibles, etc. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán como mínimo 12 horas. No obstante, en los términos del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales en el sector de la hostelería, las empresas negociarán con los representantes legales de los trabajadores el descanso mínimo entre jornadas.

Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria reducida o inferior respecto de los demás trabajadores, ésta será preferentemente continuada, salvo que por necesidades organizativas o productivas no pueda serlo, en cuyo caso sólo será posible hacer un fraccionamiento. La jornada diaria igual o inferior a cuatro horas no podrá ser objeto de fraccionamiento.

## 22.2 Verificación y ejecución de la jornada anual máxima.

La distribución y ejecución de la jornada anual tendrá lugar entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de distribución irregular de jornada.

La verificación y control de la ejecución de la jornada se efectuará, con carácter individual, en el mes siguiente a la finalización del período de distribución de la jornada anual.

Los excesos en el tiempo de prestación efectiva de trabajo se compensarán mediante descanso en el importe de una hora de descanso por cada hora que exceda de la jornada anual efectiva, a fijar de mutuo acuerdo entre el trabajador afectado y la dirección de la empresa, dentro de los tres meses siguientes a la finalización del cómputo. Las empresas entregarán a la representación legal de los trabajadores la relación nominal de las horas de exceso.

Como excepción a lo dicho en el párrafo anterior, los excesos de jornada que se produzcan en las operaciones de cierre se compensarán como máximo trimestralmente, teniendo en caso contrario la compensación correspondiente como horas extraordinarias.

<b>Convenio de Hostelería</b>	<b>Jornada especialidades</b>
Álava/Araba.	Los días que se establecen en el calendario laboral oficial, como abonables y no recuperables, en el caso de que sean trabajados, se podrán acumular entre sí, y su disfrute se efectuará en fecha que al trabajador le interese, respetándose siempre las necesidades del servicio.
Guipúzcoa/Gipuzkoa.	En los casos que por iniciativa de la empresa le sea modificado el descanso semanal al trabajador y siempre y cuando lo acepte, tendrá opción a que le sea abonado a valor del día festivo o compensar en tiempo con el 150 % debiendo disfrutar el descanso durante la siguiente semana.
Vizcaya/Bizkaia.	En casos imprevistos, podrá modificarse el horario establecido, a cuyo efecto la Dirección deberá comunicarlo a los trabajadores

con una antelación mínima de doce horas. Acudiendo al trámite del artículo 41 del ET si así fuera preciso.

### 22.3 Horas extraordinarias.

Durante la vigencia del presente Convenio se tenderá a la reducción de horas extraordinarias con el fin de aliviar la situación de paro existente en la actualidad.

Las horas extraordinarias serán de prestación voluntaria. No obstante, y con carácter excepcional, resultarán exigibles en los supuestos de fuerza mayor cuando sean necesarias para reparar siniestros y otros daños extraordinarios.

Tendrán la consideración de horas extraordinarias cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo.

A los efectos del precio de las horas extraordinaria será la del cuadro siguiente en los territorios siguientes:

<b>Convenio de Hostelería</b>	<b>Especialidades</b>
Vizcaya/Bizkaia.	Máximo de horas anuales 60, el cálculo es 100 % para horas normales y 150 por 100 para horas festivas es decir para aquellas trabajadas durante el descanso semanal del trabajador.
Navarra/Nafarroa	Su cuantía será la que se pacte entre el empresario y la RLT, a falta de pacto su cuantía será del 75% de incremento en la hora ordinaria
Álava/Araba.	Se abonarán según regulación convenio provincial de hostelería.

### **Artículo 25. Calendario laboral: Horario de trabajo/cuadros horarios. Descanso entre jornadas.**

Se respetarán y se seguirán aplicando (como condición más beneficiosa en su caso), los acuerdos o los sistemas que se estén aplicando en cada empresa. Entre ellos: los sistemas de calendarios, fijación de horarios; así como los tiempos de descansos entre jornadas, con su consideración o no de trabajo efectivo.

#### 25.1 Calendario y cuadros horarios.

Con carácter general, anualmente, antes del 1 de enero de cada año o a los treinta días de una nueva apertura, se realizará el calendario laboral que determinará los días laborales y festivos de cada centro de trabajo, el calendario incluirá días de libranza, jornada, puesto de trabajo asignado y grupo de cotización.

La fijación de los horarios de trabajo es facultad de la dirección de la Empresa, que los establecerá previa intervención del Comité de Empresa o Delegados/as de Personal, quienes dispondrán antes de su señalamiento de un plazo de 10 días para consultar al personal, sin más limitaciones que las fijadas por Ley.

Las empresas establecerán un sistema de control de asistencia, sin que el tiempo reflejado en el registro de asistencia signifique, por sí sólo, horas efectivas de trabajo. Dando información previa de ello a la representación legal de los trabajadores/as allá

donde la haya. De igual forma, mientras esté vigente la normativa actual para los contratos a tiempo parcial, se remitirá junto o en los recibos de salarios los resúmenes de jornada mensual, siendo de aplicación los sistemas de justificación de entrega del recibo de salarios a los resúmenes de jornada mensual. Como quiera que la prestación de un colectivo importante de trabajadoras/es se realiza en centros de trabajo de terceros (empresas principales o usuarias) se podrán establecer en cada empresa o centros de trabajo, sistemas de registro diario de las horas de los trabajadoras/es a tiempo parcial, de acuerdo con las características y condiciones posibles, que garanticen la realidad de prestación de trabajo efectivo realizado por cada trabajador/a a tiempo parcial y la jornada que deberá de abonarse.

De igual forma se aplicaran las siguientes especialidades:

### **Convenio de Hostelería**

### **Calendario: especialidades**

Navarra/Nafarroa.

En las empresas con menos de seis trabajadores, la consulta previa sino existiese RLT, se realizará individualmente a cada trabajador. En todo caso los calendarios laborales deberán contener, los días laborales de trabajo al año de cada trabajador, las fechas de descanso semanal o los criterios para su determinación, los períodos generales o fechas hábiles para el disfrute de vacaciones y días festivos abonables y no recuperables, bien para el conjunto de la empresa o por departamentos o secciones.

#### **25.2 Tiempos de descanso en la jornada diaria de trabajo.**

El tiempo mínimo de reposo en las jornadas partidas será de dos horas, salvo pacto en contrario. La jornada solo podrá fraccionarse en dos tramos, entre tramo y tramo el tiempo mínimo, con carácter general, será de dos horas y el máximo de cuatro horas.

Cuando la jornada diaria sea igual o superior a seis horas, los trabajadores tendrán derecho dentro de la jornada a un descanso de quince minutos que se considerará tiempo efectivo de trabajo.

Será de aplicación lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores para los tiempos de descanso en la jornada diaria salvo en los territorios que a continuación se describen que tendrán estas mejores condiciones:

### **Artículo 26. Festivos.**

Se reconocen que, en algunas de las actividades del sector, las empresas podrán exigir a sus trabajadores/as que los días festivos legalmente establecidos no se disfruten en las fechas señaladas para ello.

En estos casos serán compensados, mediante una de las siguientes formas:

1) Abonándose los días festivos en una cuantía superior según el detalle que se incluye en este artículo.

2) Disfrutándose los días festivos en fecha distinta, que será acordada de mutuo acuerdo entre la empresa y el trabajador individualmente.

3) Adicionándose al periodo vacacional, en las fechas que, de mutuo acuerdo, sean fijadas entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores al

*elaborar el calendario de vacaciones, aunque habrán de constar obligatoriamente en el mismo con la denominación de «festivos». En estos casos, se establece que el número de días festivos a compensar, incluso aunque alguno de los días de fiesta del año hubiese coincidido con los días de descanso o vacaciones del trabajador/a, será de 14 más los 5 días que en ese periodo corresponden a descansos semanales, es decir 19, o la parte proporcional que le corresponda en caso de relación laboral inferior al año natural. Si durante el tiempo que el trabajador estuviera disfrutando de los días compensatorios causara baja por incapacidad temporal (IT), dicho disfrute quedará interrumpido, continuándose el mismo con posterioridad a la baja.*

*En caso de desacuerdo el trabajador/a tendrá derecho a elegir que se pague el 50 % de los días que le corresponden y en cuanto al resto corresponderá a la empresa decidir si se le compensa económicamente, o bien determinará en su momento la fecha del disfrute de los mismos.*

*Los días de fiesta que coincidan con un periodo de baja por incapacidad temporal (IT) del trabajador/a no se considerarán trabajados y por tanto se descontarán del total de festivos a compensar en el año.*

*En caso de que el disfrute de los descansos semanales o las vacaciones del trabajador/a coincidiera con un día festivo abonable y no recuperable, este se considerará como no disfrutado y por tanto habrá de ser compensado en una de las formas anteriormente establecidas.*

*Seguirán siendo de aplicación aquellos pactos expresos de empresa que pudieran existir sobre la materia regulada en este artículo celebrados con anterioridad a la vigencia del presente Convenio.*

#### **Artículo 28. Vacaciones.**

*1. Las vacaciones anuales tendrán una duración mínima de treinta días naturales. Los trabajadores/as que en la fecha determinada para el disfrute de las mismas no llevasen trabajando un año en la empresa disfrutarán de un número de días proporcional al tiempo trabajado.*

*Las empresas podrán sustituir mediante contrato temporal a los trabajadores que se encuentren disfrutando su periodo de vacaciones.*

*En los contratos temporales y en los fijos discontinuos las vacaciones podrán disfrutarse durante la vigencia de la relación laboral o en la temporada.*

*El cómputo de vacaciones siempre comenzará en día efectivo de trabajo y posterior al disfrute del descanso semanal*

*2. Se mantendrá vigente el sistema y las reglas que en la actualidad se aplique para la determinación de la distribución de las vacaciones. Sin embargo, las parejas de hecho y matrimonios tendrán derecho de optar como una sola unidad, conservando esta condición para futuras rotaciones, si existiese ese sistema.*

*La empresa podrá excluir como periodo vacacional aquel que coincida con la mayor actividad productiva estacional del centro de trabajo, previa comunicación a los representantes legales de los trabajadores/as. Cuando se preste servicios en el ámbito de un tercero, se entenderá que el periodo de disfrute de las vacaciones debe de coincidir con el periodo de inactividad o menor actividad del cliente.*

*3. El trabajador/a conocerá la fecha del disfrute de sus vacaciones con dos meses de antelación al comienzo de su disfrute.*

4. Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 38.3 ET, en materia de coincidencia del periodo de vacaciones con situaciones de incapacidad temporal. Debido a la dificultad de su disfrute y para los trabajadores/as a tiempo parcial, temporales y fijos discontinuos si se dan supuestos de coincidencia de incapacidad temporal (IT) y vacaciones, las vacaciones pendientes de disfrutar, podrán liquidarse al finalizar la campaña, obra o servicio, etc.

### **Convenio de Hostelería**

### **Especialidades**

*Las vacaciones serán de 32 días naturales para todos los trabajadores La empresa podrá fraccionar las vacaciones en dos periodos, o en tres periodos en el supuesto de acumularse a los días de vacaciones el descanso sustitutorio por trabajar los días festivos abonables y no recuperables. El período o periodos de disfrute de las vacaciones se fijará de común acuerdo entre la empresa y el trabajador de conformidad con las siguientes reglas:*

*a) El empresario podrá excluir del período vacacional las que coincidan con la mayor actividad productiva de la empresa, con un máximo de 45 días al año, cuyas fechas deberán ser comunicadas a la representación legal de los trabajadores en la empresa con anterioridad al quince de febrero de cada año. En el caso de no existir esta comunicación se entenderán como periodos de máxima productividad los de celebración de fiestas patronales o de otra índole en la localidad, Semana Santa, y el mes de agosto, excepto en Pamplona que será el mes de julio.*

*b) En los establecimientos de temporada o con alta estacionalidad, por tener una demanda primordialmente vacacional, las vacaciones, salvo pacto en contrario entre empresa y trabajador, se disfrutarán a la finalización de la temporada. Se entenderá por establecimiento de temporada el que esté abierto al público un máximo de 8 meses al año.*

*c) Cuando el centro de trabajo cierre bien en su totalidad o alguno de sus departamentos o servicios, el período de vacaciones coincidirá con el del cierre. Los trabajadores podrán elegir el disfrute de dos días de vacaciones al año, siempre que estos no coincida con la mayor actividad productiva de la empresa, se preavise con 15 días de antelación, y no se coincida en el ejercicio de este derecho con dos trabajadores por sección y/o centro de trabajo.*

Navarra/ Nafarroa.

*– Los trabajadores vendrán obligados a prestar sus servicios los días festivos abonables y no recuperables, si así lo determina la empresa, la cual deberá compensar al trabajador las horas realizadas en el día festivo, y en el supuesto de que esta compensación consista en el traslado del descanso a otro día hábil, este deberá disfrutarse en días laborales, no pudiendo por lo tanto coincidir con las fechas del descanso semanal o días festivos abonables y no recuperables. Cuando los días festivos abonables y no recuperables se compensen mediante el traslado del descanso a otro día hábil, sin acumulación del crédito de días sino con su disfrute individualizado, la elección de la fecha del descanso corresponderá al trabajador, con las siguientes limitaciones:*

*– La empresa podrá excluir de las fechas de elección los periodos de alta productividad, con un límite de 45 días al año. Dichas fechas deberán ser comunicadas por el empresario al trabajador*

con anterioridad al día 15 de febrero de cada año, en el caso de no existir esta comunicación se entenderán como períodos de alta productividad los de celebración de fiestas patronales o de otra índole en la localidad, Semana Santa y el mes de agosto, excepto en Pamplona que será julio.

– En todo caso el trabajador deberá preavisar al empresario con 10 días de antelación de la fecha en que desea disfrutar del descanso compensatorio, debiendo existir cuando menos un intervalo de 10 días entre los referidos días de descanso.  
– No obstante lo anterior, la empresa tendrá la facultad de denegar al trabajador las fechas elegidas por éste como descanso compensatorio, en cuyo caso le deberá compensar con el abono de 29,19 euros y el disfrute de un día de descanso en otras fechas.

En el caso de acumularse el crédito de días festivos abonables y no recuperables en uno o dos períodos, para su disfrute continuado, las fechas de su disfrute se determinarán siguiendo los mismos criterios que para la fijación de las vacaciones.

El período o períodos de su disfrute y su carácter interrumpido o no, se fijará de común acuerdo, siguiendo las siguientes reglas.

– Se establece un período de 20 días ininterrumpidos entre los días 15 de junio a 15 de septiembre, atendiendo siempre dentro de estos meses las necesidades de organización de la Empresa.  
– El resto de los 10 días restantes, se disfrutará también de forma ininterrumpida en el resto del año y atendiendo siempre las necesidades de organización de la Empresa y del trabajo.  
– En todo caso, si la Empresa o sección de actividad procediera al cierre del establecimiento o sección por vacaciones y por un mínimo de 15 días, el empleado se verá obligado a disfrutar las vacaciones en tal período de cierre, siempre y cuando haya sido anunciado el cierre debidamente con un mínimo de antelación de dos meses.

Álava/Araba

El período de vacaciones anuales retribuidas será de 30 días naturales mínimos, de los cuales 26 serán laborables. El período de su disfrute, y su carácter interrumpido o no, se fijará de común acuerdo, siguiendo las siguientes reglas:

a) Podrá convenirse la división en dos períodos del período total en cuyo caso se estará al cómputo de los 26 días laborables.  
b) Previa audiencia de los Delegados Sindicales, Comités de Empresa, Delegados de Personal, se hará un estudio sobre la posibilidad de que el mayor número de trabajadores disfrute de las vacaciones en la temporada de verano.

Guipúzcoa/Gipuzkoa.

c) Teniendo en cuenta las particularidades de hostelería, las empresas podrán establecer un período de tres meses al año, marcados con exactitud, durante el cual no podrán disfrutarse las vacaciones, este período podrá ser divisible en tres períodos de un mes, dos períodos, uno de un mes y otros de dos meses o un solo período de tres meses. Las empresas vendrán obligadas a dar a conocer estos períodos antes del 28 de febrero de cada año, con la precisión de que si no lo hicieran, el trabajador podrá elegir las fechas de la mitad de la duración de las vacaciones, incluso en el período o períodos antes referidos.

d) Asimismo en aquellas empresas en que se tenga establecido

*un período de cierre por vacaciones, los trabajadores se obligarán a hacer las mismas en tal período.*

*e) Si la empresa modifica el mes de cierre habitual, deberá contar con la aprobación de los representantes de los trabajadores o en su defecto con los trabajadores de la empresa.*

*f) Los trabajadores que entren a formar parte de la plantilla de la empresa, no precisarán de un año de antigüedad para comenzar el disfrute de las vacaciones, sino que, tomando como referencia la fecha que la empresa tenga marcada para el comienzo del disfrute de vacaciones, tendrá derecho a la parte proporcional de las mismas.*

*g) En los casos de que, disfrutando del período de vacaciones, el trabajador inicie un proceso de Incapacidad Temporal, aquel quedará interrumpido por el tiempo que mantenga dicha situación y mientras dure la baja; los días correspondientes a la interrupción se disfrutarán en fecha establecida de común acuerdo.*

*h) De acuerdo con lo establecido en el Convenio n.º 132 de la O.I.T., las ausencias al trabajo por motivos independientes al trabajador, como accidente, enfermedad o maternidad serán consideradas como tiempo de trabajo efectivo, a los efectos de devengar el derecho a las vacaciones.*

*i) El disfrute de vacaciones quedará interrumpido por IT, debiéndose las mismas disfrutar en todo caso siempre dentro del año natural salvo cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 38.3 del vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que establece que se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le corresponderá, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.*

*Las vacaciones se disfrutan preferentemente en los meses estivales. Y se tendrá en cuenta un sistema de rotación teniendo como base el calendario de vacaciones del año anterior. Las vacaciones se disfrutan preferentemente en los meses estivales. Y se tendrá en cuenta un sistema de rotación teniendo como base el calendario de vacaciones del año anterior. (Las vacaciones se disfrutan preferentemente en los meses estivales. Y se tendrá en cuenta un sistema de rotación teniendo como base el calendario de vacaciones del año anterior.)*

Vizcaya/Bizkaia.

*Si la empresa cierra un mes de vacaciones, el empleado se verá obligado a disfrutar sus vacaciones en tal período de cierre, si están debidamente anunciadas con dos meses de antelación. La liquidación de los salarios correspondientes a las vacaciones, se efectuará para todo el personal antes del comienzo de las mismas y serán retribuidas conforme al salario real, debiendo tomarse como tal a estos efectos el salario promedio de los percibidos en los tres últimos meses naturales anteriores a su disfrute.*

*El personal que cause baja voluntaria antes de los treinta días de haber sido alta en la empresa, no tendrá derecho a compensación económica por vacaciones.*

*El personal con derecho a vacaciones que cese en el trabajo en el transcurso del año, tendrá derecho a la parte proporcional de las vacaciones, según el número de meses trabajados, computándose como mes completo la fracción del mismo superior a quince días. En caso de fallecimiento del trabajador, este importe se satisfará a sus derechohabientes.*

*Las fiestas retribuidas no recuperables trabajadas podrán acumularse al período de vacaciones anuales del trabajador, o ser disfrutadas en otros períodos, bien todas correlativas o en dos fracciones, pero de manera continuada y en días naturales. El personal que hubiera trabajado realmente ocho o nueve de estas fiestas tendrá derecho a la compensación de dos días más; si hubiera trabajado diez o más, la compensación será de cuatro días más. Estos dos o cuatro días de compensación serán disfrutados en fechas no coincidentes con períodos de especial relevancia para la empresa y dentro del año natural, pudiendo el trabajador proponer a la empresa las fechas de su disfrute; en caso de que esta rechazarse dicha propuesta, las partes habrán de llegar a un acuerdo antes de que finalice el mes siguiente al de las fechas propuestas, debiendo solicitar en caso contrario el trabajador la intervención de la Comisión Paritaria del Convenio, cuya decisión será vinculante para ambas partes.*

*El Comité de Empresa o Delegados de Personal vigilarán la estricta observancia de lo pactado en el presente artículo.*

*El 1 de mayo, como día Internacional del Trabajador, será disfrutado por la mayoría de los trabajadoras que lo soliciten, en lugar de su fiesta semanal. La empresa y los representantes de las trabajadoras establecerán los correspondientes retenes según las necesidades del servicio.*

*En lo contemplado en este artículo, se estará a lo dispuesto en la legislación vigente.*

### **Artículo 30. Salario.**

*Las retribuciones salariales totales de los trabajadores/as serán las de las tablas anexas incorporadas en la disposición adicional primera del presente convenio, a medida que vaya entrando en vigor el presente convenio en cada territorio, de forma ordenada y, en su caso, progresiva, de acuerdo con las reglas de concurrencia temporal del artículo 84.1 ET. No obstante ello, como quiera que existen con anterioridad otros convenios que no coinciden en los territorios descritos con el ámbito de hostelería o colectividades, en los que se venían aplicando (monitores ocio educativo, enseñanza no reglada, etc., en sus diversas variantes, etc.) para los puestos propios de esas actividades en las nuevas contrataciones, se aplicarán las tablas del presente convenio para esos puestos desde la entrada en vigor del convenio, y que son comunes para todos los territorios y que figuran en la disposición adicional primera.*

*Se mantendrá la forma de pago que se viniera realizando en cada convenio de hostelería de origen, concretamente y en relación a las pagas extraordinarias, se mantendrán tanto el número como la cuantía y conceptos que la integran.*

*Aquellas empresas que tengan establecidas mejoras a sus trabajadores/as que examinadas en su conjunto y cómputo anual superen a las que resulten por aplicación del presente Convenio, vendrán obligadas a respetarlas en dicho conjunto y cómputo anual, de forma que el mismo no se vea perjudicado por el cambio al presente convenio. En consecuencia, aún con cambio del sistema retributivo, se garantiza que cada trabajador contratado a la entrada en vigor del convenio, percibirá en cómputo anual como mínimo las cantidades que venía cobrando.*

*Dichas tablas se actualizarán para el año 2016 y, en su caso los siguientes, según las propias previsiones de los convenios territoriales en los que exista concurrencia temporal. El resto de tablas y/o periodos se actualizarán según el presente Convenio colectivo. Queda facultada la comisión paritaria del convenio para la elaboración de las tablas salariales (totales o parciales) de cada una de estas situaciones descritas que necesiten aplicación de fórmulas o sistemas de actualización, así como para su remisión en orden a la publicación de las mismas en el «Boletín Oficial del Estado».*

#### **Disposición adicional primera.**

*En materia de salarios, para cada uno de los correspondientes ámbitos territoriales, será de aplicación las normas generales que son completadas territorialmente con los presentes anexos por Comunidades Autónomas y provincias.*

*Dichas disposiciones quedan pendientes de ser actualizadas según la concreta entrada en vigor que se produzca según el territorio, por lo que queda facultada la comisión paritaria del presente convenio para su actualización según los incrementos pactados en los convenios de hostelería en los distintos territorios.*

*La empresas en su ámbito y junto con la representación legal o sindical, podrán empezar a realizar los trabajos de homogenización salarial y llegar a los acuerdos correspondientes para hacerla efectiva, respetando en todo caso las condiciones de los trabajadores contratados a la firma del convenio y la naturaleza de los conceptos económicos existentes.*

#### **Disposición transitoria cuarta. Relación territorial de pluses a incorporar a plus personal si se venían percibiendo.**

*Los pluses tendrán el tratamiento que traen de los diferentes convenios colectivos. La cantidad resultante del plus transporte y manutención, tendrán el incremento que se pacte en este convenio colectivo.*

*Álava.*

*Complemento en especie: Facilitado por el empresario o 47,91 €/mes.*

*Plus de distancia: 0,25 €/km.*

*Guipúzcoa/Gipuzkoa.*

*Plus de transporte: Cuantía a percibir: la necesaria para acudir al puesto de trabajo en transportes públicos, abonándose 2 viajes al día.*

*Plus de manutención: Facilitada por la empresa o 66,58 €/mes.*

*Vizcaya/Bizkaia.*

*Complemento de manutención: Facilitada por el empresario o 46,77 €/mes.*

*Plus de Transporte:*

*Servs. extraord., imprevistos, etc., se abonará el medio de transporte hasta el domicilio.*

*(+) 2 Km. parada transporte público, empresa abona o proporciona medio de transporte hasta parada.*

### **Disposición final. Entrada en vigor.**

*Como explicación detallada de la progresiva entrada en vigor, y por tanto, de la aplicación y efectos del presente convenio colectivo, se establece lo siguiente:*

*Respecto a los convenios que no son de hostelería, entrarán en vigor a su vencimiento inicial.*

*Y respecto a los de hostelería o de colectividades, entrará en vigor cuando pierdan cada uno de ellos su vigencia inicial ordinaria, que a título enunciativo se detalla a continuación:*

*a) Territorios en los que entrará inmediatamente en vigor y con efectos de 1.º de enero de 2015: Cuenca, Granada, Guipúzcoa, Jaén, León, Lugo, Melilla, Murcia, Ourense, Almería, Álava/Araba, Asturias, Badajoz, Ceuta, Navarra/Nafarroa, Segovia, Soria, Teruel, Valencia y Castellón (siendo desde el 1 de julio de 2015 para las plantillas de comedores escolares en Valencia y Castellón).*

*b) Territorios en los que entrará en vigor y con efectos de 1/1/2016: A Coruña, Ávila, Burgos, Cáceres, Huesca, Madrid, Pontevedra, Salamanca, Valladolid, Zaragoza y Vizcaya.*

*c) Territorios en los que entrará en vigor y con efectos de 1/1/2017: Alicante/Alacant, Albacete, Sevilla, Cádiz, Cantabria, Toledo, Guadalajara, La Rioja, Las Palmas, Palencia y Zamora.*

*d) Territorios donde entrará en vigor el día 1/1/2018: Cataluña/Catalunya, Ciudad Real, Córdoba, Huelva, Málaga.*

*e) Territorios donde entrará en vigor el año 2019: Desde el 1 de abril de 2019 en las Islas Baleares; y desde el 1 de julio de 2019 en Santa Cruz de Tenerife.*

La demandante reprocha a los preceptos reproducidos, que se “apropian” de lo negociado en ámbitos inferiores, lo cual acredita, sin mayores comentarios, que el objetivo de homogeneización de condiciones no responde a la verdad. - Denuncian, del mismo modo, que la citada apropiación petrifica los contenidos de los convenios colectivos provinciales en los términos pactados en el ICC-CR, lo cual provoca un quebranto manifiesto a ELA, a quien se le impide negociar sobre esos aspectos en otros ámbitos distintos.

El procedimiento de impugnación de convenio por ilegalidad tiene por objeto exclusivo y excluyente la expulsión del ordenamiento jurídico de los preceptos convencionales, que vulneren el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 164, 165 y 166 LRJS. - No cabe, por tanto, fundamentar la impugnación de los preceptos transcritos, porque no consiguen supuestamente la homogeneización de las condiciones de trabajo en el sector de colectividades, puesto que las razones de oportunidad de los contenidos del convenio competen a sus negociadores, a tenor con lo dispuesto en el art. 82 y 85 ET. - Hay que subrayar, en todo caso, que el ICC-CR es una unidad negociadora nueva, que surgen, como reiteramos más arriba, del decaimiento de las unidades negociadoras provinciales y de la inexistente negociación autonómica en el sector de colectividades y sus negociadores optaron por consolidar derechos reconocidos en los convenios provinciales, de los que buena parte habían perdido vigencia, que se convierten en propios del ICC-CR, fuere cual fuere su origen, sin que esa apropiación vulnere la legalidad vigente.

Por lo demás, ya hemos razonado que el acuerdo o convenio sectorial estatal puede, además de negociar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de solución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, negociar las materias concretas que los negociadores estimen oportunas, porque así lo autoriza el art. 83.2 ET, sin que dicha reserva vacíe de contenido el derecho a la negociación colectiva útil de ELA, puesto que tuvo ocasión de participar en la negociación del ICC-CR y decidió no hacerlo con pleno conocimiento de que se iba a negociar en el mismo estructura, reglas de solución de conflictos y reserva de materias, como no podría ser de otro modo, puesto que sus negociadores venían obligados por el V ALEH a realizarlo en dicho ámbito y se negó a hacerlo, perdiendo la oportunidad de negociar una articulación diferente de la negociación colectiva.

**DÉCIMO SEGUNDO.** – ELA impugna finalmente, por la pendencia indeterminada que provocan, los artículos siguientes:

*Artículo 16. Lugar de prestación de servicios.*

*Las partes se comprometen en el plazo de 6 meses en el seno de la Comisión de Empleo al desarrollo del presente artículo, manteniéndose vigente durante ese tiempo las cláusulas que regulan esta materia en cada convenio colectivo anterior que se venía aplicando*

*Artículo 32. Seguro de vida y accidentes.*

*Se mantendrán para todos los trabajadores/as los seguros de vida regulados en los convenios de procedencia y en los términos y condiciones que allí se estipulen, hasta el momento de su homogenización. Se incluyen reconocidas en este artículo*

*aquellas ayudas, auxilios,... por viudedad, orfandad que aparecen en los distintos convenios colectivos de procedencia.*

*Artículo 35. Jubilación parcial.*

*Se estará a lo recogido en la ley y se respetarán las regulaciones existentes derivadas o incluidas en los convenios colectivos de aplicación en cada territorio.*

ELA denuncia que los artículos reproducidos hacen suyos preceptos de convenios precedentes y generan una pendencia indeterminada, puesto que se impide al sindicato autonómico negociar sobre el lugar de prestación de servicios, los seguros de vida y accidentes y la jubilación parcial. - Vamos a discrepar nuevamente del sindicato demandante, puesto que el ICC-CR está perfectamente legitimado para mantener las regulaciones anteriores en las materias citadas hasta la entrada en vigor del propio ICC-CR, que se convierten, de este modo, en parte de los contenidos del ICC-CR.

Los negociadores se comprometen a negociar en los términos previstos en los artículos mencionados, lo cual les obliga a negociar sobre dichos extremos en los términos pactados, sin que dicho compromiso vulnere el derecho de libertad sindical de ELA en su vertiente funcional a la negociación colectiva, asegurados por los arts. 28.1 y 37.1 CE, por cuanto los firmantes no se reservan esa tarea para sí, ni excluyen a los demás sujetos legitimados para negociar sobre las materias citadas, entre las cuales está ELA, de conformidad con lo dispuesto en el art. 87.2.b LOLS.

Así pues, descartamos la ilegalidad de los preceptos impugnados, por cuanto los mismos no lesionan derecho alguno. - Cuestión distinta sería que se negociara sobre dichos extremos y se excluyera al sindicato demandante, en cuyo caso si se vulneraría su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, pero dicha vulneración no estaría causada por los preceptos impugnados, sino por la indebida exclusión del sindicato de la comisión negociadora del convenio.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

En la demanda de impugnación de convenio, promovida por ELA, estimamos la excepción de falta de acción, propuesta por FEADRS, en lo que se refiere a las peticiones cuarta y quinta del suplico de la demanda.

Desestimamos la demanda de impugnación parcial del I CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DEL SECTOR LABORAL DE RESTAURACIÓN COLECTIVA, publicado en el BOE de 11-10-2011, por lo que absolvemos a FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEDICADAS A LA RESTAURACIÓN SOCIAL (FEADRS), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (SERVICIOS-COO), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y CONSUMO (SMC-UGT).



Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0211 16; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0211 16, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concorra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.