

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia 201/2013, de 13 de noviembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 278/2013

SUMARIO:

Estructura de la negociación colectiva. Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes. Se declara la nulidad de la previsión paccionada que limita la unidad de negociación al ámbito estatal, con exclusión de cualquier otra. Según tiene declarado el Tribunal Supremo desde antiguo, el artículo 84.2 ET concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero del citado artículo, por lo tanto dicho mandato no es disponible a través de instrumentos contractuales, siendo ineficaces los pactos en contrario sea cual fuere su ámbito territorial o funcional. Se declara la nulidad de los artículos 4.2, 7, 12.3 a), 49.5 inciso final, 67 y 85 y la anulabilidad del apartado III de la DA del convenio colectivo, en los términos previstos en el Fallo.

PRECEPTOS:

RDLeg 1/1995 (TRET), arts. 83.2 y 84.2.

Resolución de 8 de abril de 2013 (Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes), arts. 4.2, 7, 12.3 a), 49.5 inciso final, 67 y 85 y disp. adic. apdo. III.

PONENTE:

Doña María del Carmen Prieto Fernández.

Ilmo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTIN

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

D^a. MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ

Madrid a trece de noviembre de dos mil trece.

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 0000278/2013 seguido por demanda de FECHT-CC.OO. (letrado D. Ángel Martín Aguado), FECHT-UGT (letrado D. Javier Jiménez de Eugenio) contra ANGED (letrado D. Antonio M^a de los Mozos), FETICO (letrado D. José Manuel González Eiris), FASGA (letrado D. Justo Caballero Ramos), CIG (letrada D^a Rosario Martín Narrillos), LAB (no comparece), MINISTERIO FISCAL sobre impugnación convenio colectivo. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, el día 25 de junio de 2013 se presentó demanda por FECHTCC. OO. y FECHT-UGT sobre impugnación convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes publicado en el BOE, nº 96 de fecha 22 de abril de 2013, contra la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Federación Independiente de Trabajadores del Comercio (FETICO) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA); siendo parte el Ministerio Fiscal y Suplicando de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, se declare la nulidad de los contenidos y preceptos del Convenio impugnado que se relacionan a continuación, correspondientes a los hechos segundo a décimo de la demanda donde se explicitan los preceptos convencionales siguientes:

-Arts. 4; 5.2; 7.1; 8,9.A 3; 10 b; 12.3.2 a); art. 27.3 6 y 8. Art. 28.2; art. 39VI; art. 49, 66 y 67; art. 87.1 5; Disposición transitoria quinta y Disposición adicional del Convenio Colectivo Sectorial de Grandes Almacenes.

Posteriormente se personaron los sindicatos LAB y CIG.

Segundo.

La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 24 de octubre de 2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes 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.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

Primero.

Por Resolución de 8 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, se publica el Convenio colectivo estatal de grandes almacenes suscrito, con fecha 30 de enero de 2013, por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) en representación de las empresas del sector, y por los sindicatos FASGA y FETICO en representación de los trabajadores, y se ordenó la inscripción del citado convenio colectivo en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con notificación a la Comisión Negociadora, precediéndose a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 22 de abril de dos mil trece.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El hecho declarado probado se han inferido por la Sala de conformidad con el art. 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, de los artículos que se han citado del Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes 2013, que consta en la prueba obrante en los presentes autos. El tema objeto de debate es estrictamente jurídico y consiste en determinar si el contenido de los artículos antedichos se ajusta o no a la legalidad vigente y para esta impugnación están legitimados activamente los sindicatos demandantes por los trámites del proceso de conflicto colectivo ya que les corresponde, cuando la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito.

Dada la naturaleza Jurídica de un Convenio colectivo, evidentemente normativa debe acomodarse necesariamente a la legalidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 ET , por lo que los negociadores del convenio están obligados a asegurar que sus contenidos no contravienen el resto de las normas del ordenamiento jurídico atendiendo a su jerarquía normativa.

Segundo.

Sobre las excepciones alegadas por los codemandados, de cosa juzgada y litispendencia.

Por la representación de FASGA, se alega la excepción de cosa juzgada, respecto a los siguientes preceptos:

- Art.27.6 , sobre distribución de la jornada. Entiende que en lo referido a los trabajadores que ocupan la líneas de caja se ha de apreciar la excepción porque este precepto es copia del convenio de 2005 y la sentencia de esta Sala de fecha 11 de abril de dos mil seis, recaída en el recurso 22/2003 ya se han pronunciado al respecto.

Así mismo, la Sala se ha pronunciado en la sentencia de seis de marzo de dos mil trece, sobre el art. 32.11 del Convenio de 2009/2011. También mantienen que el art. 32.12. del Convenio 2006/2008 tiene el mismo contenido y fue suscrito por todos los sindicatos que hoy son actores en el presente procedimiento.

- Art. 5. Relativo a la jornada de trabajo efectivo, mantienen que es copia del art. 7 del convenio de 2009/2012, y anteriores del sector. También, que la Sala ha resuelto en su sentencia de seis de marzo de dos mil trece que el mencionado artículo no impide un eventual acuerdo de las partes y que es una norma dispositiva que no entra en conflicto con la norma de derecho necesario. No obstante se reconoce que este criterio ha sido objeto de recurso de Casación ante el Tribunal Supremo.

-Art. 28.2 . Se mantiene que el exceso de jornada ha sido una constate en lo últimos convenios del sector. Que se trata de una cuestión que no es objeto de discusión y además amparada por la legalidad porque el convenio se cuida de establecer la obligación de la liquidación del exceso de jornada dentro del periodo de cómputo. Alega, en justificación de la redacción del precepto que lo que se está es permitiendo la posibilidad de que las horas producidas de más se puedan acumular en días completos, en un período de tres meses a disfrutar en el año siguiente. Que esta posibilidad es voluntaria y sometida a pacto entre partes. Así lo ha reconocido la Sentencia de 24 de junio de dos mil trece dictada en procedimiento 147/2013.

La excepción de cosa juzgada ha de ser desestimada por las razones que exponemos a continuación:

1.- No entendemos que concurren los requisitos del art. 222.4 de la LEC:

2.- La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de noviembre de dos mil nueve, dice que el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad que, de darse, excluiría un segundo proceso, sino que es suficiente que lo decidido en el primero , entre las mismas partes, actúe en el segundo, como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la sentencia que se dictase en el primero de los procesos no excluya el segundo, pero lo condicione a lo ya fallado.

Por otro lado la Sentencia de 22 de abril de dos mil diez, también del Tribunal Supremo, sitúa el problema en el enfrentamiento entre el principio de cosa juzgada material y el derecho a la igualdad constitucional que propugna el art. 14 de la C.E. y dice que la institución de la cosa juzgada material ha de ceder ante el derecho fundamental por cuanto del contenido esencial del principio de igualdad forma parte la necesidad de dar trato igual a situaciones iguales, sin que pueda aceptarse un trato desigual carente de una justificación objetiva y razonable por la aplicación de una sentencia firme con valor de cosa juzgada, ya que el hecho de existir una sentencia firme no puede aceptarse como justificación objetiva y razonables de un trato desigual.

En conclusión, supuesto el enfrentamiento entre el principio de igualdad y los efectos de la cosa juzgada material no se puede concluir con sujeción a una buena doctrina que prime una solución que respete el principio de la cosa juzgada para sustentar una desigualdad de trato en un mismo colectivo.

Por lo expuesto la excepción de cosa Juzgada no podría admitirse en aquellos artículos que aunque se evidencie tienen el mismo redactado que el correspondiente al Juicio anterior, se vea comprometido el principio de igualdad; tampoco en relación a los mismos en los que se invoque una sentencia anterior de esta Sala que no sea firme, exigencia ésta de la firmeza de la sentencia que se exige de forma ineludible para la aplicación del principio de cosa juzgada.

El examen de la cuestión requiere recordar lo dispuesto en los números 1, 2 y 4 del citado artículo 222, donde se dispone:

1.- La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2.- La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

3.-Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

4.- Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Como puede observarse, el precepto, en primer lugar, establece lo que la doctrina ha llamado efecto negativo de la cosa juzgada, la exclusión de un proceso posterior con idéntico objeto, y, posteriormente, el llamado efecto positivo, la vinculación del tribunal que conozca de un proceso posterior a lo resuelto ya por sentencia firme.

Para el juego del efecto negativo, para la exclusión de un nuevo proceso, es necesario que el objeto de los mismos sea idéntico, que la pretensión sea la misma, lo que no se requiere para la aplicación del llamado efecto positivo, pues la vinculación a lo antes resuelto la impone el precedente que constituye un antecedente lógico del objeto del nuevo proceso, que ya fue examinado y resuelto en otro anterior de forma prejudicial, motivo por el que la seguridad jurídica obliga a respetarlo.

Esta constituye la doctrina general del Tribunal Supremo por todas contenida en la Sentencias de 23 de octubre de 1995 (Rec. 627/95) y de 27 de mayo de 2003 (Rec. 543/02), el efecto positivo de la cosa juzgada requiere, aparte de la identidad de sujetos, una conexión entre los pronunciamientos, sin que sea necesaria una completa identidad de objetos que excluiría el segundo proceso de darse, "sino que para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona vinculándolo a lo ya fallado".

Por ello, como dice la Sentencia del T.S. de 29 de mayo de 1.995 (Rec. 2820/94), "no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componente de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial que ha de dictarse en el nuevo juicio.... Esto no significa que lo resuelto en pleito anterior sea inmodificable indefinidamente pues, si cambian las circunstancias, no opera la presunción legal pero, en caso de no producirse esta alteración, se produce la eficacia material de la cosa juzgada".

Respecto a la excepción de Litispendencia; aún partiendo de que exista una identidad que de forma pormenorizada analizaremos en el estudio de cada artículo impugnado, sin embargo la existencia de litispendencia debe ser igualmente desestimada porque lo que se está impugnado en el presente procedimiento y en la demanda no tiene idéntico objeto puesto que los Convenios colectivos objeto de impugnación en este proceso y en los anteriores que dieron lugar a las sentencias que se alegan por los demandantes no son los mismos.

Tercero.

En el hecho segundo de la demanda se impugna el Artículo 4 del citado Convenio que dice:

"Los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del presente convenio, respetando el contenido del artículo 3.Q del Estatuto de los Trabajadores , se regularán, por lo previsto en el Convenio como elemento homogeneizador de as condiciones de trabajo en el sector en todo el territorio nacional, por tratarse de un Convenio Colectivo negociado al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores .

En consecuencia, y al objeto de establecer para el ámbito de actuación del presente Convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio acuerdan que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente".

Se considera por los demandantes que el citado texto convencional al suprimir toda unidad de negociación, salvo en el ámbito estatal, vulnera el derecho a la negociación sindical en el Sector y piden la nulidad del precepto.

El referido artículo tiene una redacción y contenido diferente del correlativo en el Convenio Colectivo del Sector para el año 2009/2012.

Frente a la pretensión de nulidad las partes demandadas alegan:

1.- Que el presente Convenio ha sido aprobado por la Autoridad Laboral, lo que a su entender implica la sanción de legalidad.

2.- Así mismo, apoyan su tesis en la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del TSJ de las Islas Baleares, de tres de febrero del año dos mil.

3.- Por último, argumentan, que la negociación sectorial, amparada en el art. 83.4 del Estatuto de los Trabajadores, al someterse expresamente a la "legalidad vigente" no está impidiendo la negociación de Convenios de Empresa. Concluyen que el art. 4 del Convenio Colectivo que ahora examinamos lo que hace es someterse a la legislación general y esto, entienden, no vulnera el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Las anteriores argumentaciones en pro de la legalidad de esta cláusula convencional no son compartidas por la Sala en base a los argumentos, que, resumidamente pasamos a exponer, y que ya fueron objeto de un desarrollo pormenorizado en nuestra Sentencia de fecha uno de junio de dos mil trece, recaída en el procedimiento 253/2009.

1. La Sala entiende que el punto 2 del art. 4 del Convenio debe anularse al plasmar un acuerdo contrario al art. 84.2 ET y acordar, que la estructura de la negociación colectiva en el sector de los grandes almacenes quede integrada por "esta unidad de negociación", con "expresa exclusión" de cualquier otra.. El art. 84.2 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que exponen en el párrafo tercero del citado artículo, por lo tanto el mandato contenido en el art. 84.2 no es disponible a través de instrumentos contractuales, siendo ineficaces los pactos en contrario sea cual fuere su ámbito territorial o funcional. Así se ha dicho reiteradamente por la Doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo ya desde antiguo (TS 22/09/1988) -.

2.- A lo anterior no es óbice el que las partes firmantes estén legitimadas para suscribir convenios colectivos estatutarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 87.2 del ET.

3.- Por lo expuesto hemos de declarar nulo el contenido el art. 4.2 del Convenio Colectivo impugnado en cuanto reserva a su propia unidad de negociación la estructura de la negociación colectiva en el sector de los grandes almacenes y con exclusión de cualquier otra.

Cuarto.

El hecho tercero de la demanda se corresponde con la impugnación del artículo 7 del Convenio que dice:

"La contratación de trabajadores se ajustará a las normas legales generales sobre colocación vigentes en cada momento. Serán de aplicación a las diferentes modalidades de contratación los siguientes apartados:

1º Las condiciones pactadas en el presente Convenio colectivo se refieren a la realización de la jornada máxima ordinaria pactada en su artículo 26, por lo que se aplicarán proporcionalmente en función de la jornada efectiva que se realice.

2º Todos los trabajadores disfrutarán de las mismas licencias o permisos, vacaciones retribuidas, regímenes de libranza semanal, pagas extraordinarias, opción a cursos de formación, mismo régimen de comisiones sobre ventas, etc., siempre que sean compatibles con la naturaleza de su contrato en proporción al tiempo efectivamente trabajado y del carácter divisible o indivisible de las prestaciones que pudieran corresponderles".

Se ha mantenido en el discurso seguido por las partes demandantes en este procedimiento que el actual art.7 es reproducción del correlativo correspondiente al Convenio colectivo de los años 2009/2012. Esta afirmación no es compartida por la Sala.

El art. 7.2 del Convenio colectivo 2009/2012 estaba redactado de la forma siguiente: "estos periodos serán de trabajo efectivo, descontándose, por tanto , la situación de incapacidad temporal cualquiera que sea el motivo de la misma".El contenido de este precepto fue considerado, por nuestra Sentencia de fecha 1 de junio de dos mil trece, como una facultad dispositiva de las partes.

Se precisa en la demanda que el párrafo impugnado se corresponde al párrafo, "por lo que se aplicaran proporcionalmente en función de la jornada efectiva que se realice" y que el mismo incurre en flagrante infracción de los artículos 12.4 d) y f) y 37 y 38 del Estatuto de los Trabajadores. Además, sigue diciendo, lesiona derechos de los trabajadores con jornada reducida por guarda legal, o cuidado de familiares , al extender el principio de proporcionalidad aplicable a determinados casos a todas las condiciones de trabajo pactadas en el convenio.

Por el contrario, entendemos que la redacción actual de precepto en cuanto establece un listado limitativo entendemos que vulnera el art. 34 del ET.

Quinto.

El art. 8 del Convenio Impugnado dice en el epígrafe de contratos formativos:

" A) Contrato de trabajo en prácticas: Se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo.

B) Contrato para la formación y el aprendizaje: Se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y normas que lo desarrollen.

Dadas las características del sector y en tanto en cuanto la legislación lo permita la duración mínima de estos contratos podrá ser de seis meses.

Si la legislación general lo permite, los tiempos dedicados a formación teórica podrán concentrarse a lo largo de la duración del contrato, siempre que no se haya agotado el tiempo de duración del mismo.

Para fomentar la incorporación de trabajadores con contratos para la formación y el aprendizaje, la jornada máxima de referencia en esta modalidad será la máxima legal existente con carácter general en cada momento y su retribución, calculada por el tiempo de trabajo efectivo, estará en proporción al salario mínimo interprofesional. Por acuerdo con el Comité de empresa o Comité intercentros, las empresas podrán desarrollar las normas legales y reglamentarias en esta materia, en cuanto las mismas se remitan a la regulación prevista en convenio colectivo".

En el hecho quinto de la demanda, se impugna el contenido de párrafo final de dicho artículo en el sentido de que "por acuerdo del Comité de Empresa o Comité intercentros las empresas podrán desarrollar las normas legales reglamentarias en esta materia, en cuanto las mismas se remitan a la regulación prevista en el convenio colectivo" entendiéndose que dicho contenido incurre en una infracción de la norma de derecho necesario establecida en el art. 11 b) del Estatuto de los Trabajadores.

Frente a ello la parte demandada alegó que dicho pacto atiende al principio de libertad de negociación, que el precepto contiene una remisión a los derechos mínimos y la duración mínima del contrato de seis meses y que se ha pactado así en atención a las especialidades del sector, pudiendo ser adaptado al nivel de empresa y a las necesidades del sector por la vía del acuerdo del comité intercentros.

Se cita por los demandantes en apoyo de su pretensión una Sentencia del Tribunal Supremo la correspondiente al R.2175/2013, pero con esa referencia sólo existe una del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 20 de marzo de dos mil trece que referida al art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores entiende que la prestación de servicios entre contratos por periodos superiores a 20 días, seis meses en el caso examinado, quiebra la unidad esencial del vínculo, supuesto que no se corresponde con el denunciado en el artículo convencional de referencia.

Sexto.

El Artículo 9 del Convenio Colectivo dice:

A. Contrato de trabajo a tiempo parcial: Se estará a lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

A.1 En caso de aumento de plantilla o vacante a cubrir, en similar función, a igualdad de condiciones, los trabajadores contratados a tiempo parcial, tendrán preferencia sobre nuevas contrataciones a tiempo pleno.

A tal efecto las empresas publicarán en el tablón de anuncios de cada centro, con quince días de antelación a su ejecución, su intención de contratación indefinida a tiempo completo del centro en cuestión.

A.2 Se especificará en los contratos de trabajo a tiempo parcial el número de horas al día, a la semana, al mes, o al año contratadas, así como los criterios para su distribución en los términos previstos en el presente Convenio. A título indicativo se podrán establecer en el contrato franjas horarias con carácter general, entendidas como los períodos en los que es exigible la prestación de trabajo ordinario y, en su caso, las horas complementarias. A tal efecto podrán tener la consideración de franja horaria los turnos de referencia horaria que puedan establecerse con carácter general en el ámbito de empresa.

El pacto de horas complementarias, cuando legalmente sea posible, podrá alcanzar al 40% de las horas ordinarias contratadas. No será exigible la realización de horas complementarias cuando no vaya unida al inicio o fin de la jornada ordinaria, y sólo será posible una interrupción (nunca mayor de cuatro horas) si la jornada efectivamente realizada tal día es superior a cuatro horas. Sólo será exigible la realización de horas complementarias en días en los que no esté planificada jornada ordinaria para un mínimo de cuatro horas

continuadas y siempre dentro de la franja contratada. El trabajador podrá dejar sin efecto el pacto de horas complementarias por los supuestos establecidos en la Ley.

"A.3 La jornada inicialmente contratada podrá ampliarse temporalmente cuando se den los supuestos que justifican la contratación temporal. En la ampliación deberán concretarse las causas de la ampliación temporal".

A.4 En cuanto al período de prueba, los contratos a tiempo parcial estarán a lo dispuesto en el artículo 5 del presente Convenio colectivo y se determinará su cómputo en relación con la prestación efectiva de trabajo contratado.

B. Contrato de relevo: Se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, y para facilitar y agilizar este tipo de contrataciones se asumen convencionalmente las mayores facilidades y posibilidades que permita la legislación en cada momento.

En el hecho noveno de la demanda se impugna el apartado A3, del anterior artículo por entender que el acuerdo infringe los artículos 3, 14 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, los arts. 1256 y 1258 del Código Civil y concordantes.

Se justifica en el hecho de que la jornada de trabajo, al entender de los impugnantes, puede ampliarse "temporalmente" cuando concurran los supuestos que justifican la contratación temporal y que esta ampliación supone, por una parte, una desnaturalización de los contratos temporales, por otra, una vulneración del procedimiento de modificación o ampliación de la jornada que se sustraería así al procedimiento del art. 41 ET, y, por último, una vulneración de la doctrina del principio y doctrina del T.C sobre la autonomía de las partes en el contrato de trabajo.

Ninguna de los argumentos impugnatorios pueden ser acogidos por la Sala en base a las razones siguientes:

En realidad este acuerdo convencional supone un ejercicio de la libertad de empresa para poder utilizar la vía de la contratación temporal atendiendo a las necesidades de la misma. La intención de los contratantes, en una interpretación finalista del acuerdo, es que el contrato a tiempo parcial pueda ser ampliado hasta el 100% de la jornada ordinaria, esta ampliación causal, supone la posibilidad de desarrollar el art. 12. b) del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurran algún supuesto que justifique una contratación temporal.

Septimo.

El Artículo 10. Del precitado convenio, bajo el epígrafe: Contratos de duración determinada, dice:

"A. Contrato eventual.

A.1 Se estará a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores .

A.2 La duración máxima de este contrato será de 12 meses, dentro de un período de 18 meses. En caso de que se concierte por un plazo inferior a 12 meses, podrá ser prorrogado mediante acuerdo de las partes, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicho límite máximo o del que en cada momento establezca la legislación general.

B. Contrato por obra o servicio determinado: A los efectos de lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores , además de los contenidos generales, se identifican como trabajos o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de las empresas del Sector, que pueden cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios determinados, las campañas o promociones específicas de productos por cuenta de terceros y las remodelaciones o cambios de implantación sin periodicidad fija.

C. Contrato de interinidad: Para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo se podrán celebrar contratos de interinidad".

En el hecho séptimo de la demanda se impugna el apartado B del citado artículo, cuando permite que con el contrato de obra o servicio determinado puedan cubrirse las campañas o promociones específicas de productos por cuenta de terceros y las remodelaciones o cambios de implantación sin periodicidad fija.

Se argumenta que la regulación convencional de esta modalidad contractual produce una desnaturalización de la misma al romper con las características de autonomía y sustantividad propias y la duración incierta que caracterizan a esta figura jurídica. Entiende finalmente que cuando nos encontramos ante actividades que corresponden a necesidades permanentes, continuadas y cíclicas de la empresa no pueden ser satisfechas a través de la modalidad contractual de obra o servicio determinado. Concluyendo, que la actividad de campañas y

promociones y la de remodelaciones son actividades consustanciales a la actividad del sector de los grandes almacenes.

En este punto hemos de recordar que el Convenio colectivo 2009/2012 en el art. 12.B incluye a las campañas y promociones específicas de productos por cuenta de terceros y las remodelaciones o cambios de implantación sin periodicidad fija en el contrato por obra o servicio determinado.

La Sentencia de esta Sala de fecha 1 de junio de dos mil trece, dictada en la demanda 253/2009 ya entendió y resolvió que el art. 12.B del convenio que examinó, 2009/2012 y que tiene una redacción igual al actual art. 10.B, no era nulo. Reproducimos a continuación los argumentos que determinaron la anterior resolución y que sirven para justificar la inadmisión de censura legal al precepto examinado.

1.- El art. 15.1 a) del ET establece que los Convenios colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos de esta naturaleza.

2.- En el art. 10B identifica las campañas y promociones específicas de productos por cuenta de terceros y tal y como entendió en su día el Tribunal Supremo Sala IV en la sentencia de fecha 11 de abril de 2006, lo que prima es la reiteración de una necesidad en el tiempo, procediendo la contratación temporal cuando la necesidad de trabajo es en principio imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular.

En este punto hemos de apuntar que respecto al concepto de campaña y promoción, se hace la precisión de que han de ser "específicas", lo que a nuestro juicio y el expuesto en la Sentencia, cuya argumentación estamos reproduciendo, supone o conlleva "que deben tener autonomía y sustantividad propias" y por consiguiente se puede actuar dentro del marco legal dando cumplimiento al art. 10B del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, pero, siempre y cuando, tal y como entendió esta Sala en la Sentencia de 20 de Noviembre de dos mil dos, quede a salvo la remisión del control de posibles o eventuales desviaciones o abusos en su aplicación o concreción, a los procedimientos singulares o plurales comunes.

3.- Respecto a las actividades de remodelación o cambios de implantación entendemos que si se conciertan con el trabajador a través de un contrato de obra o servicio determinado no han de tener periodicidad fija porque en caso contrario, si la tuviesen, quedarían fuera de esta modalidad de contratación laboral.

Octavo.

En el hecho octavo de la demanda se impugna aspectos concretos del art. 12 del Convenio impugnado. Concretamente, el apartado 3.2.a) que dice:

"3. Por el ejercicio de la práctica con evaluación: Se regirán por el presente sistema los ascensos del Grupo de personal base al de profesionales.

2. Criterios: Los ascensos profesionales tendrán lugar conforme a los siguientes criterios:

2.a) Ascenso del grupo de personal base al grupo de profesionales: El ascenso a Grupo de profesionales tendrá lugar por una evaluación y el transcurso del tiempo, considerándose a estos efectos plazos de años y meses completos, contados de fecha a fecha desde el inicio de la relación laboral en el Grupo de personal de base. Si no hubiera evaluación, se producirá el ascenso al Grupo de profesionales cuando, transcurridos cinco años desde la fecha de inicio de la relación laboral, en cada uno de los cuales haya realizado un mínimo de 450 horas de promedio anual de trabajo efectivo, el trabajador haya desarrollado las correspondientes habilidades en los distintos puestos de trabajo que le permitan adquirir una polivalencia y multifuncionalidad en todas las posiciones susceptibles de ser cubiertas mediante este Grupo Profesional. La realización de las 450 horas de promedio anual deberá efectuarse sin interrupciones superiores a dos meses. En el caso de que existieran interrupciones superiores a dos meses, no se computará el período anterior a la interrupción a los efectos de alcanzar el promedio de 450 horas. Se entiende que la experiencia debe ser desarrollada necesariamente de manera continuada, entendiéndose por tal, a estos efectos, la que se efectúa sin interrupciones superiores a un año, dado que la interrupción de la prestación laboral, con baja en la empresa por más de un año, aleja al empleado de las constantes innovaciones en las técnicas y sistemas de organización específicos de cada una de las empresas cuyo conocimiento resulta determinante de la pertenencia al Grupo de profesionales, por lo que en estos casos, la nueva relación laboral que se produzca transcurrido un año de desvinculación iniciará de nuevo el cómputo para el ascenso de Grupo profesional".

En el caso de que el trabajador no superase la evaluación tendrá derecho, previa solicitud, a la repetición de la misma cada tres años.

Este precepto ha sido redactado de forma diferente al correlativo en el Convenio de 2009/2012 en el art. 17.b) a).

Se mantiene en la demanda que el actual precepto en su apartado 3.2 a) vulnera el art. 14 y 28 de la Constitución Española. El art. 11 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 130 de la Ley General de la Seguridad Social, suponiendo una discriminación indirecta para el colectivo de mujeres que afirman, es hecho notorio, son las que más ejercen el derecho de conciliación de la vida familiar, lo que también supone un incumplimiento de la normativa comunitaria, concretamente de la Directiva 97/80 que ha sido desarrollada por numerosa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, citando entre otras las Sentencias del TJCE 170/84 y 237/85. Así como las de nuestro Tribunal Constitucional 145/91 y 28/92.

La fundamentación de la denuncia jurídica se apoya en el hecho de que entienden que la exigencia de un mínimo de presencia por horas ininterrumpidas para el ascenso unido al pacto de que cualquier interrupción superior a dos meses conlleva que no se cumpla con el requisito, hasta el punto de que se ha de comenzar un nuevo cómputo, perdiéndose las horas realizadas hasta la fecha en las interrupciones de más de un año, supone una clara discriminación y vulnera los derechos de conciliación, el derecho a la maternidad y se apartan de los criterios jurisprudenciales que han reseñado, en materia de igualdad por razón de género.

Antes de entrar en el examen concreto de las consideraciones que la Sala va a realizar sobre la redacción de este artículo y su trascendencia jurídica, partiremos de una premisa que no está cuestionada por constituir un hecho notorio. Se trata de la afirmación relativa a que los derechos de conciliación de la vida familiar y la protección de la maternidad y el derecho de lactancia están mayoritariamente ejercitados por mujeres.

Por ello partiremos de esta premisa para realizar un control o examen de la interpretación del art. 12.3.2.a) del Convenio Colectivo impugnado y de la obligada identificación del supuesto o supuestos de hecho en los que el derecho fundamental a la igualdad puede resultar directa o indirectamente comprometido, teniendo además muy presentes las normas de transposición de las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, y 97/80 en la normativa del Estatuto de los trabajadores, de la Seguridad Social y en definitiva en la jerarquía normativa aplicable a las relaciones de trabajo, con un abundante acervo jurisprudencial y normativo que constituye el reflejo de una "acción positiva" en defensa de la no discriminación por razón de sexo, con la finalidad exclusiva de la protección y garantía del derecho a la igualdad del art. 14 CE.

Esto nos obliga a efectuar un doble análisis del precepto convencional, en primer lugar, desde la estricta óptica del art. 14 CE; en segundo, desde la correspondiente legalidad ordinaria como aplicación concreta y específica de ese derecho a la no discriminación del art. 14 CE.

La consecuencia inmediata de este doble análisis será la directa interpretación del art.12.3.2.a) en la medida en que dicho precepto integra una norma que concierne o afecta el derecho de igualdad y no discriminación de la mujer.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha mantenido de forma constante que la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Como ha recordado en diversas ocasiones nuestra doctrina jurisprudencial, constitucional y ordinaria, este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). Hemos afirmado así que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales..." (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4).

En este punto hemos de poner en relación la exigencia del desarrollo de 450 horas de promedio anual de trabajo efectivo que establece el art. 12.3.2.a) con el requisito de que deba efectuarse sin interrupciones superiores a dos meses, y la consecuencia, penosa, de que para el caso de que existieran interrupciones superiores a dos meses no se compute el período anterior a la interrupción a los efectos de alcanzar el promedio de las 450 horas. Entendemos que esta exigencia supone una acción directa e indirecta de discriminación para las mujeres embarazadas o con suspensión del contrato por parto, por lactancia e incluso en los supuestos que el

propio convenio establece en el art. 39 cuando prevé que se puedan unir el tiempo de vacaciones con el de maternidad dentro del año natural, (art.39.II) en relación con el art. 39 III. Directa, por la inclusión de una sanción claramente discriminatoria con el colectivo femenino del Sector de los Grandes Almacenes, e indirecta en cuanto trasposición de la misma a otros ámbitos de la normativa convencional a los que hemos hecho mención anteriormente y ello por las razones que pasamos a exponer a continuación:

La finalidad que la Ley de Igualdad de 6 de febrero de dos mil seis, dice querer cumplir es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la eliminación de la discriminación contra la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida, y, en particular, en las esferas política, civil, económica, social y cultural para, en desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

Este principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, y en particular en lo referido a la maternidad, a la asunción de obligaciones familiares y al estado matrimonial o familiar.

1. La discriminación directa por razón de sexo es la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo.

2. La discriminación indirecta por razón de sexo es la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Desde esta perspectiva legal, hemos de concluir que la norma convencional examinada supone una vulneración de los preceptos denunciados por cuanto impide de forma directa o indirectamente a las mujeres un desarrollo profesional en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores de la plantilla al establecer unos criterios de evaluación para los ascensos profesionales que resultan discriminatorios.

Noveno.

En el hecho noveno de la demanda se impugna el contenido del art. 27.3 .6 y 8. Que dicen lo siguiente:" Distribución de la jornada. (...)

3.- Efectuada la planificación de la jornada, las empresas la podrán variar para atender imprevistos como ausencias no previstas de trabajadores para su sustitución. La comunicación del cambio se efectuará en el mismo momento en el que la empresa conozca la existencia del imprevisto, y se dará cuenta a la representación legal de los trabajadores. La suma de estas horas y las contempladas en el punto anterior no podrán exceder anualmente del porcentaje contenido en el artículo 34.2 del ET . (...)

6.- Por acuerdo con la representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa se podrá excepcionar a los trabajadores a tiempo parcial que presten su servicio en las líneas de caja de la adscripción a los cuadros horarios a que se refiere el punto 1 de este artículo, si bien en todo caso deberán conocer los horarios mensuales al menos con diez días naturales de antelación al inicio del mes. (...)

8.-La prestación de trabajo cualquier día de la semana será exigible a todos los trabajadores a fin de repartir equitativamente la carga de trabajo, independientemente de que tuvieran o no compromiso personal de trabajo todos los días. Para la aplicación de esta medida, cuando suponga modificación del régimen actual, las empresas deberán proceder a modificar las condiciones de trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 41.3 o 5 del Estatuto de los Trabajadores y mediante procedimiento previsto en la Transitoria Quinta de este Convenio, siendo causa justificativa de la misma el reparto solidario del trabajo y la consecución del objetivo previsto en la misma".

Se argumenta que el contenido del precepto en los párrafos señalados, infringe el art. 34.2 y 8 del Estatuto de los Trabajadores, el art. 12 y 17 del mismo cuerpo legal y el art. 14 de la C.E, en relación con el art. 119 de la TCEE y la Directiva 76/297/CEE (sic) y por último , y en relación con el último párrafo el art. 3 del ET , los artículos 1.256 y 1258 del Código Civil y la Doctrina del Tribunal Constitucional que cita, haciendo especial hincapié en la vulneración del art. 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al generar una práctica ultravirespor establecer una nueva causa de modificación que, a su juicio quedará , en el último término, en la esfera de la discrecionalidad empresarial.

Comenzaremos por la denuncia respecto al párrafo tercero, (3) del citado artículo 27.

Los demandantes mantienen que el apartado tercero permite la alteración de los calendarios y que ello lesiona los derechos de los trabajadores en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Ya adelantaba esta Sala en su Sentencia de fecha 12 de junio de dos mil trece, recaída en los autos 213/2013, que no se entendía que el pacto impugnado excluyese la posibilidad de que los trabajadores disfrutaran

de sus derechos legales (art. 37 del E.T) o convencionales en la materia, que entendía la Sentencia deberían cumplirse en su plenitud. Pero también recordaba que nos encontramos ante una modificación sustancial concluida con acuerdo de los negociadores que así se plasma y que despliega la presunción de que los trabajadores sometidos a su ámbito de aplicación pueden ejercitar todos los derechos de conciliación de la vida personal , familiar y laboral, sin que esa presunción haya sido destruida por los demandantes. En este punto hemos de recordar la constante doctrina jurisprudencial que viene exigiendo en materia de vulneración de derechos fundamentales, con los que se ha conectado este precepto, que no es suficiente la alegación formal de hechos de lo que se deduzca la violación, sino la acreditación , al menos de indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada pueda ser tachada de ilegal, o discriminatoria, sin que baste, a estos efectos, la mera afirmación de la existencia o apariencia de violación.(S.T.S RJ1998,3012) Nos encontramos pues ante una modificación sustancial acordada convencionalmente y cuya presunción de concurrencia de la causa no ha sido adecuadamente destruida.

A).- Respecto al punto 6 del mismo art. 27.

Comenzaremos señalando que se corresponde con el art. 32.11 del Convenio Colectivo de 2009/2012 y que la Sentencia de esta Sala de seis de marzo de dos mil trece ha resuelto la misma problemática aquí planteada.

Reproducimos aquí, lo anteriormente expuesto sobre la vinculación de la Sala a lo resuelto en otro procedimiento y sobre el efecto positivo de la cosa juzgada el sometimiento a lo dicho en sentencia firme; pues la vinculación a lo antes resuelto la impone el precedente que constituye un antecedente lógico del objeto del nuevo proceso, que ya fue examinado y resuelto en otro anterior de forma prejudicial, motivo por el que la seguridad jurídica obliga a respetarlo. Esto no significa que lo resuelto en pleito anterior sea inmodificable indefinidamente pues, como también expusimos anteriormente, pero ahora, en este momento hemos de reproducir los argumentos que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de dos mil seis y la Sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de dos mil trece, ya expusieron , aceptando la adecuación a la legalidad vigente de la redacción de este punto sexto del art. 27 y a sus argumentos jurídicos nos remitirnos.

B).- Respecto al análisis del punto 8 del art. 27.

En primer lugar, hemos de reseñar que la redacción del mismo es diferente a la establecida en el Convenio anterior.

El art. 31 del Convenio Colectivo 2009/2012 no resulta coincidente con la diferencia sustancial de que en este artículo se respetaban la condiciones mas beneficiosas.

Se mantiene por los demandantes que la actual redacción vulnera el art. 1256 y 1258 del Código Civil , se contradice la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de enero de dos mil cuatro, al establecer que el Convenio no es un cauce idóneo para la modificación de la condiciones mas beneficiosas pactadas y, además, constituye una nueva causa para las modificaciones del art. 41 ET.

Para la adecuada solución del problema planteado hemos de recordar que la adecuación de la extensión de la obligación de trabajo a todos los días de la semana, incluidos sábados y domingos y para todos los trabajadores, se ha declarado razonable por esta Sala en la Sentencia de fecha 19 de septiembre de dos mil trece.

Respecto a la afectación que esta regla general realiza de las condiciones de trabajo mas beneficiosas que se venían disfrutando, también, hemos dicho que tanto los trabajadores a tiempo completo , como los trabajadores a tiempo parcial, pueden ver modificadas sus condiciones .cuando concurra causa legal para ello y se realice a través del procedimiento que señala el art. 41 ET, sin que resulte aplicable la Jurisprudencia establecida por Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de enero de dos mil cuatro, Rec,64/2002, respecto a los derechos adquiridos, "pues en el proceso de autos se acude, como hemos dicho, a la vía del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores " (sic) F.J 8º SAN19/9/2013 .

Décimo.

En una primera aproximación al problema sobre verificación de la jornada que abordaremos a continuación, hemos de decir que el art. 26 del presente Convenio establece la jornada de trabajo efectivo máxima laboral anual, a partir del 1 de enero de dos mil trece, en 1798 horas de trabajo efectivo, que se distribuirá de conformidad con lo que dice el art. 27.

El art. Artículo 28.2 del Convenio Impugnado dice:

. Verificación de la jornada.

2. Dentro del año de cómputo, las empresas procederán a la liquidación de los tiempos de exceso que se hayan podido producir sobre la jornada del artículo 26 mediante su compensación con igual tiempo de descanso, salvo acuerdo para su acumulación y disfrute en días completos, dentro de los tres meses desde la finalización del cómputo anual, procurando ambas partes que no coincidan tales descansos con los períodos punta de producción. Las empresas entregarán al comité de centro la relación nominal de las horas de exceso que fueran extraordinarias.

Cuando, por cualquier causa la jornada máxima en cómputo anual se viera superada por la suma de las horas trabajadas efectivamente y aquéllas en las que, con programación de trabajo, la obligación de trabajar estuvo legalmente suspendida, manteniendo el derecho a retribución de la Empresa, bien a su cargo, o en pago delegado, las horas de exceso que resultaren, transcurrido el período antes referido, se compensarán al trabajador en proporción al tiempo libre equivalente".

Plantean los demandantes que el contenido concreto expuesto en el párrafo "dentro de los tres meses desde la finalización del cómputo anual", incurre en infracción del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores y entra en contradicción con los artículos 26 y 32 de la propia norma convencional al generar un desplazamiento de los descansos compensatorios por exceso de jornada al año o ejercicio siguiente.

Se justifica la denuncia en el hecho de que tal previsión lo que permite es desplazar al año natural siguiente al de la realización de la jornada ordinaria establecida en el convenio, los tiempos de descanso considerados como tiempo de trabajo efectivo y que viene a compensar los excesos de jornada.

Alegan como fundamento de la denuncia la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de fecha 24 de mayo de dos mil trece recaída en los Autos 147/2013.

En primer lugar, ya hemos adelantado que el art. 26 del presente Convenio establece la jornada de trabajo efectivo máxima laboral anual a partir del 1 de enero de dos mil trece es de 1798 horas de trabajo efectivo.

El trabajador, por mandato del art. 5 y 34.1 del Estatuto de los Trabajadores está obligado a realizar de modo efectivo la jornada ordinaria pactada. Por su parte, el empresario está obligado, a proporcionarle ocupación efectiva durante la misma, tal y como prevé el art. 4.2.a ET, de tal forma que prevé el art. 30 ET que, si el trabajador no pudiera prestar sus servicios, una vez vigente el contrato, porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda obligarle a compensar el que perdió con otro trabajo, realizado en otro tiempo.

Como hemos visto el actual convenio colectivo se considera jornada ordinaria a la jornada anual de 1798 horas de trabajo efectivo, tanto para la jornada continuada como para la jornada partida y el salario anual retribuye el cumplimiento de dicha jornada.

Tal y como anticipamos más arriba, las empresas acogidas al ámbito de aplicación del convenio, tienen derecho a implantar la distribución irregular de la jornada, en atención a sus diferentes necesidades, pero distribución irregular no puede alterar el número de horas pactado anualmente, lo que nos permite alcanzar una primera conclusión: si las empresas deciden utilizar la distribución irregular de la jornada, nunca podrán superar las 1798 horas anuales pactadas. -Esta afirmación es acorde con lo previsto en el art. 34.2 ET, donde se establece, por una parte, que solo mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, pudiendo la empresa, en defecto de pacto, distribuir de manera irregular la jornada.

Ahora bien, lo que se discute por los actores es la legalidad de desplazar para el año siguiente la liquidación de los tiempos de exceso sobre la jornada del art. 26 mediante la compensación con igual tiempo de descanso, SALVO ACUERDO; para su acumulación y disfrute en días completos dentro de los tres meses desde la finalización del cómputo anual. Se trata pues de un pacto en contrario, que es perfectamente válido y que nada tiene que ver con lo resuelto por la Sentencia de esta Sala a la que se ha hecho referencia que se refiere, y citamos literalmente a

"liquidación de los saldos positivos o negativos de horas, de manera que, si el saldo de horas es negativo, esto es, el trabajador debe horas a la empresa, ésta podrá ordenar su realización hasta el 1 de marzo del año siguiente, mientras que, si es positivo, esto es, la empresa debe horas al trabajador, éstas se compensarán como días de libre disposición o a valor hora descuento de acuerdo al anexo 14 del presente Convenio colectivo..." y donde frente a este problema concreto la Sala compartió la "queja de los demandantes, por cuanto el régimen de compensación de los saldos positivos y negativos, pactado en el convenio, forma parte de la distribución irregular de la jornada, que solo puede establecerse a lo largo del año, a tenor con lo dispuesto en el art. 34.2 ET, que precisa dicho período en dos ocasiones, por si cabía alguna duda."

Undécimo:

En el hecho décimo primero de la demanda, se impugna el contenido entrecomillado del art. 39.VI referido al apartado de Guarda Legal, que dice:

VI. Guarda legal: De conformidad con lo establecido en el artículo 37.5 y 35.6 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y de la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, y atendiendo a la variación de los ritmos de trabajo existentes en el Sector, dada la concentración de la venta en determinados períodos y momentos del día, o la semana, y para hacer posible la combinación de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar de todos los trabajadores con las necesidades organizativas y de atención a la venta de las empresas, para facilitar la determinación de la concreción horaria prevista en el apartado 6º del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, deberá tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

1. El trabajador/a, salvo casos de fuerza mayor, habrá de solicitar la modificación horaria al menos con quince días de antelación al momento en que debiera iniciarse, indicando también el momento de su finalización si estuviese previsto.

2. En los supuestos en los que el trabajador/a solicite la concreción horaria en el marco de su régimen de trabajo ordinario, sin variación de turno y/o sistema de rotación, la Empresa concederá el horario solicitado, salvo imposibilidad organizativa conforme lo previsto en el apartado 4, que habrá de notificarse al solicitante y al Comité de Empresa.

3. En aquellas otras situaciones en las que un trabajador/a solicite la concreción horaria en un marco distinto a su turno ordinario y jornada ordinaria, la empresa, con el fin de hacer posible la conciliación de la vida familiar y laboral en los términos solicitados, analizará la posibilidad de concederlo tanto en su propio puesto, como habilitando un cambio de área/departamento/división, e incluso, si ello lo hiciese posible, el cambio de centro de trabajo.

4. De no ser posible en este caso la concesión en los términos solicitados, se expresará la causa organizativa o productiva que no lo permite y se ofrecerán las alternativas que resulten viables en la empresa.

En los supuestos de cambio de área/departamento/división, o centro de trabajo, el trabajador/a, mientras dure la situación de guarda legal se adaptará a las condiciones de trabajo del nuevo puesto o función.

1. Dados los diferentes modelos de organización de recursos humanos y de atención al servicio, para la determinación de la posibilidad organizativa del otorgamiento de la concreción horaria en situaciones de guarda legal deberá tenerse en cuenta el índice de cobertura de necesidades en el caso de que se establezca por acuerdo con la representación de los trabajadores a nivel de empresa.

2. Cuando la concreción solicitada se haga sobre un turno que ya tenga ese índice de desviación en la cobertura programada, la empresa habrá de ofrecer un puesto alternativo que habilite el horario, si la solicitud se hace en su régimen de turno y horario ordinario. En otro caso procederá conforme se regula en el punto 3 anterior, con el fin de permitir equilibrar los intereses de conciliación del trabajador con el correcto funcionamiento de la empresa.

Se ha procedido a transcribir y al mismo tiempo señalar en cursiva y negrita los contenidos impugnados del citado artículo.

Se fundamenta en la demanda que los contenidos concretos que hemos señalado, incurren en infracción del art. 37.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y lesionan los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral al establecer limitaciones al derecho de su titular mas allá de las que establecen las previsiones legales.

Por su parte los demandados hacen ver a la Sala que las previsiones del art. 39.6 no conculcan el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que lo que dice la Ley es que el Convenio colectivo puede establecer medidas para la concreción de la guarda legal y esas medidas amparan la redacción del art. 39.6 del convenio que prevé un índice de cobertura que se ha de establecer en el convenio de empresa. Concluyendo que lo que hace el art. 39.6 es facilitar el desarrollo del art. 37.6 del E.T, a través de un pacto de los índices de cobertura por el convenio de empresa.

Las pretensiones de los demandantes en este punto no pueden ser estimadas por las razones que pasamos a exponer:

Se está cuestionando indirectamente el contenido de la Sentencia de esta Sala de fecha 19 de septiembre de dos mil trece, dictada en el procedimiento 223/2013 al regular la distribución de la jornada y que es obligado para la Sala ponerlo en íntima relación con el art. 27.6 del presente convenio, y con lo que ya hemos resuelto respecto a distribución de jornada de los trabajadores que ocupan las líneas de caja.

El art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores regula como un derecho individual de los trabajadores , que quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo un menor de ocho años, una persona con discapacidad, o un familiar directo que por razón de su edad , accidente o enfermedad, no pueda valerse por si mismo, tienen derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario que se explica en el mencionado artículo.

Ya hemos dicho que la Ley del Estatuto de los Trabajadores no obliga de forma expresa a que los trabajadores con guarda legal queden exentos de prestar servicios en domingos y festivos y la doctrina jurisprudencial que expusimos en nuestra Sentencia de 19 de septiembre de dos mil trece, donde sostenemos que no caben interpretaciones extensivas del derecho reconocido en el art. 37.5 y 6 del ET.; es más, el legislador se remite a los pactado en los Convenio Colectivos o en los acuerdos de empresa , que es lo que aquí ha sucedido, de tal forma que el acuerdo que ahora se impugna, pactado entre los representantes de los trabajadores y la empresa , en los términos que hemos transcrito y en ausencia de prohibición legal no puede ser declarado nulo por esta Sala.

Duodécimo.

En el ordinal décimo segundo de la demanda se impugna el art.49 del Convenio que dice:

"Principios generales, Plan de Igualdad y Comisión sector/a/. Las partes firmantes de este Convenio declaran su voluntad de respetar el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo, estado civil, edad, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual, ideas políticas, afiliación o no aun sindicato, etc. Se pondrá especial atención en cuanto al cumplimiento de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en:

El acceso al empleo, promoción profesional, la formación, estabilidad en el empleo, y la igualdad salarial en trabajos de igual valoro de las empresas de más de 250 trabajadores, las medidas de igualdad dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres a través de la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, deberán ser negociadas con los representantes legales de los trabajadores en el ámbito de toda la empresa. A tal efecto las empresas que no lo hubieran realizado deberán poner en marcha el correspondiente diagnóstico dentro del primer año desde la publicación del convenio en el BOE. En el mes siguiente al de la publicación de este Convenio, se creará la «Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación (CIOND), integrada por la representación empresarial y los sindicatos firmantes del Convenio.

Para el adecuado desempeño de sus cometidos, la Comisión se dotará de un Reglamento Interno de funcionamiento. Serán funciones de esta comisión las siguientes:

- 1.Velar para que tanto las mujeres como los hombres gocen de igualdad de oportunidades en cuanto a empleo, formación, promoción y el desarrollo de su trabajo.
2. Velar para que las mujeres trabajadoras tengan la misma equiparación que los hombres en todos los aspectos salariales, de manera que a igual trabajo y condiciones las mujeres siempre tengan igual retribución.
3. Velar para que las mujeres trabajadoras en el sector, en igualdad de condiciones, tengan las mismas oportunidades que los varones en casos de ascensos y funciones de mayor responsabilidad.
- 4.Con el objetivo de lograr una participación más equilibrada de hombres y mujeres en todos los grupos profesionales, la Comisión estudiará y propondrá para su incorporación al convenio, medidas de aplicación en las acciones de movilidad funcional para la cobertura de puestos de carácter indefinido.
5. Realizará un estudio sobre la evolución del empleo con especificación del sexo en contacto con el observatorio de empleo y la igualdad de oportunidades en el sector y en base a ello realizará políticas activas que eliminen las eventuales discriminaciones que pudieran detectarse por razón de sexo, estado civil, edad, procedencia territorial y demás circunstancias que pudieran originar discriminación o quiebra del principio de igualdad de oportunidades.
- 6.Elaborará una guía de buena conducta en el sentido recogido en este apartado".

Se mantiene en la demanda que la limitación convencional que se recoge en el inciso del párrafo quinto " y los sindicatos firmantes del convenio " incurre en infracción de los artículos 28 y 37 de la Constitución, apartándose de una sólida doctrina constitucional y consolidado criterio jurisprudencial, sobre la materia, debiendo, por lo tanto suprimirse por ilegalidad del texto que hemos entrecomillado.

La pretensión ha de tener favorable acogida por las razones que exponemos a continuación.

1.- El art. 49 del actual convenio, está redactado de forma igual, en lo que a la constitución de la comisión sectorial del convenio sobre igualdad, al art. 54 del Convenio de 2009/2012.

2.- La Comisión «Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación (CIOND), así designada por el art. 49 del Convenio no puede estar solamente integrada por la representación empresarial y los sindicatos firmantes del Convenio, porque se trata de una Comisión que no tiene como objetivo la administración del Convenio. Se trata, por el contrario de una comisión negociadora y por lo tanto tienen derecho a estar presentes en la misma los sindicatos mas representativos, es decir, los sindicatos con legitimación para negociar.

Así lo declara el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de julio de 2000, cuando afirma que dejar a un sindicato con representatividad en el Sector fuera de la Comisión negociadora vulnera el derecho a la libertad sindical.

Decimotercero.

El art. 66 del Convenio Colectivo dice lo siguiente:

Los Delegados o miembros de los Comités de empresa gozarán de las garantías que les reconoce el Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, dispondrán del crédito de horas mensuales retribuidas que la Ley determina y de la garantía prevista en el artículo 9.2 de la LOLS . A dichas horas no les será de aplicación lo previsto en el párrafo final del artículo 28 de este Convenio.

Para su utilización, habrán de ponerlo en conocimiento de la empresa al menos 24 horas antes de su disfrute, salvo casos de fuerza mayor. Sin rebasar el máximo legal, podrán ser consumidas las horas retribuidas de que disponen los Miembros de Comités o Delegados de personal, a fin de prever la asistencia de los mismos a cursos de formación organizados por su sindicato, institutos de formación u otras entidades."

En el ordinal decimotercero de la demanda se impugnan el párrafo tercero del anterior artículo convencional, que al regular las garantías de los representantes de los trabajadores entienden que ,en concreto el párrafo "al menos 24 horas antes de su disfrute", salvo en casos de fuerza mayor, incurre en la infracción del art. 68 e) y concordantes del Estatuto de los Trabajadores.

El art. 66 actual, establece una condición para el disfrute del crédito horario que no se encontraba en el Convenio de 2009/2012 en los artículos 77; 78 ni 79 bajo el epígrafe Sección 2º "garantías".

Se alega que la exigencia de "poner en conocimiento de la empresa 24 horas antes" vulnera el derecho al crédito horario de los representantes del personal.

La Sala no puede apreciar la infracción que se denuncia, porque entendemos que no existe una vulneración del derecho a la libertad sindical por las razones siguientes:

1.- No existe una limitación del crédito horario, se trata de imponer su solicitud con 24 horas de antelación con una finalidad evidentemente organizativa, esta causa organizativa ni la solicitud anticipada 24 horas es incompatible con el buen y libre ejercicio del crédito horario. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de noviembre de dos mil diez. Y así se pronuncian los Tribunales Superiores de Justicia, como el de Andalucía (Sede de Sevilla) en la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2011.

2.- Este criterio de imponer a los Delegados de Personal y miembros del comité de empresa la comunicación a la empresa con al menos 24 horas de antelación las fechas en las que van a hacer uso del crédito horario mensual para el ejercicio de sus funciones, no es ajeno a la redacción de otros convenios colectivos sectoriales. Así por ejemplo el art. 53 del Convenio Colectivo de Trabajo de ámbito del sector siderometalúrgico de León, de fecha 1 de enero de dos mil trece.

3.- No obstante lo anterior entendemos que la expresión "fuerza mayor" no resulta la mas adecuada a la finalidad y a una ponderada proporcionalidad de los derechos concurrentes en este precepto y ello porque contrariamente a lo manifestado por los demandados, el preaviso no es consustancial a la utilización del derecho y tampoco se dice en el precepto, tal y como ellos alegaron en el acto del juicio oral, "que si no se puede avisar no pasa nada...y que cuando se dice "salvo caso de fuerza mayor" no se está refiriendo a la fuerza mayor de un "terremoto", sino a la imposibilidad normal de hacerlo..."

Entendemos que dicha expresión, sería conveniente matizarla en el sentido de incluir "cualquier circunstancia que sobrevenga y que no se haya podido prever con antelación". Salvado este matiz, la Sala no comparte la duda de legalidad del preaviso impuesto en el art. 66 y concluimos que él no impide ni limita el ejercicio del derecho al crédito horario de los delegados del personal ni miembros del comité de empresa.

Decimocuarto.

En el ordinal decimocuarto de la demanda se impugna la limitación temporal que establece el art. 67 del Convenio bajo el título de Sistemas de acumulación de crédito horario.

Dice el art. 67 in fine: "Los delegados o miembros de Comité, podrán renunciar a todo o parte del crédito de horas que la Ley en cuestión les reconozca, en favor de otro u otros delegados o miembros del Comité o delegado Sindical. Para que ello surta efecto, la cesión de horas habrá de ser presentada por escrito, en la que figurarán los siguientes extremos: nombre del cedente y del cesionario, número de horas cedidas y período por el que se efectúa la cesión, que habrá de ser por meses completos, hasta un máximo de un año, y siempre por anticipado a la utilización de las horas por el cesionario o cesionarios".

Entienden los demandantes que la limitación temporal "hasta un máximo de un año" incurre en infracción del art. 68 del Estatuto de los Trabajadores y afecta al derecho de representación y de acción sindical en la empresa, por lo que solicitan de la Sala que sea declarado nulo y suprimido de la norma convencional.

Entendemos igualmente que dicha pretensión debe ser aceptada porque efectivamente el art. 68 in fine de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no establece límite temporal alguno.

Tal inclusión supone una extralimitación convencional de los límites marcados en la Ley y debe entenderse suprimida de la redacción del art. 67, que queda redactado con igual tenor que actualmente pero sin la expresión "hasta un máximo de un año".

Decimoquinto.

El art. 87 del Convenio Colectivo dice al regular las funciones de la Comisión Mixta:

"Son funciones específicas de la Comisión Mixta las siguientes:

1° Interpretación y desarrollo del Convenio colectivo.

2° A requerimiento de las partes, deberá mediar o arbitrar, en el tratamiento y solución de cuantas cuestiones y conflictos de carácter colectivo puedan suscitarse en el ámbito de aplicación del presente Convenio colectivo.

3.° Podrá realizar tareas de vigilancia del cumplimiento de lo pactado, y muy especialmente de las estipulaciones obligacionales insertas en el Convenio.

4° Entender, de forma previa y obligatoria a la vía administrativa y jurisdiccional, en relación con los conflictos colectivos que puedan ser interpuestos, por quienes están legitimados para ello con respecto a la aplicación e interpretación de los preceptos derivados del presente Convenio colectivo. El sometimiento y resolución de una materia por la Comisión Mixta eximirá del trámite de conocimiento previo cuando se reitere la misma.

5.° Si en el futuro se crearan puestos o funciones sobre los que existieran discrepancias en orden a su actividad prevalente para el encuadramiento de la misma en uno de los Grupos Profesionales, será igualmente competente la Comisión Mixta para resolverlas.

6.° Entender de la inaplicación prevista en el apartado 3 del artículo 82 del ET, cuando concurren las circunstancias legales allí contenidas en el plazo previsto en el mismo.

7° Activar en caso de que las partes no acudan a la comisión o esta no alcance un acuerdo los procedimientos que se han establecido en el Capítulo siguiente en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 82.3 párrafo siete del Estatuto de los Trabajadores.

8° Resolver por los mecanismos previstos en el Capítulo siguiente las discrepancias que surjan en el ámbito de las empresas con motivo de la aplicación de la Transitoria Quinta de este convenio.

9.° Resolver las discrepancias que surjan en el ámbito de las empresas de lo dispuesto en el punto III del pacto sectorial por el empleo y el mantenimiento de la demanda interna en un entorno de crisis que figura en la disposición Adicional del Convenio por los mecanismos previstos en el Capítulo siguiente".

Denuncian los demandantes que el citado art- 87 al regular las funciones de la Comisión Mixta estableciendo una competencia genérica e incondicionada de desarrollo del convenio y dotarla de funciones conectadas a la generación de nuevos puestos y funciones, se está infringiendo la estructura profesional y los derechos de los trabajadores pudiéndose generar nuevas condiciones de trabajo y supone entregar a un órgano paritario competencias exclusivas de la negociación colectiva, apartándose de los criterios jurisprudenciales que se citan del Tribunal constitucional Sentencia 184/1991 y del Tribunal Supremo Sentencias de 10 de julio de 2009 y 5 de junio de dos mil once.

El artículo 87.5 del Convenio tal y como está redactado permite a la Comisión Mixta, dentro de sus funciones, la creación de nuevos puestos y funciones. Esta es una competencia negociada.

También permite a dicha Comisión solucionar los problemas de Encuadramiento dentro de un grupo profesional. Esta función no es negociada.

Partiendo de las anteriores premisas hemos de concluir que, dentro de las funciones que el mencionado artículo encomienda a la Comisión Mixta solamente son legales aquellas que se limitan a funciones de

encuadramiento dentro de uno de los grupos profesionales, porque las de crear nuevos puestos o funciones solamente las pueden realizar las mismas unidades de negociación que las han creado, es decir, los negociadores del Acuerdo.

Esta interpretación es la que entendemos resulta acorde con lo establecido en el art. 22 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la Comisión Mixta no puede introducir nuevas funciones que están reservadas por la ley al contenido de la negociación.

Decimosexto.

Se impugna en el ordinal decimosexto de la demanda la Disposición Transitoria quinta del convenio que dice lo siguiente:

" Disposición transitoria quinta. Las empresas, al objeto de dar cumplimiento a la nueva jornada máxima y a la aplicación del sistema de reparto solidario de la distribución del trabajo a lo largo de todos los días de la semana, procederán a la apertura de un período de consultas conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del estatuto de los Trabajadores , en la medida en la que, para poder cumplir con lo previsto en el presente convenio, es necesaria una redistribución ordenada de la jornada anual, por lo que para llevarla a cabo sin pérdida de jornada anual y de la debida atención al cliente, las empresas, teniendo en cuenta los períodos del año y/o días de la semana donde se produce una mayor actividad, habrán de acometer los cambios necesarios en los cuadros horarios de los trabajadores afectados, conforme la tramitación prevista en el artículo 41 del ET , en el caso de que la modificación resultara sustancial.

En orden a la tramitación de esta modificación, será competencia del Comité Intercentros el conocimiento, tratamiento, negociación y aprobación en su caso de los criterios generales para el establecimiento de las modificaciones necesarias. La concreción práctica de los criterios generales tras el proceso de consultas con el comité intercentros y el alcance de tales modificaciones a nivel de centro serán objeto de comunicación a la representación legal de los trabajadores en el mismo, previamente a su aplicación, y sin necesidad de reabrir un nuevo proceso de consulta en tal ámbito. Los cambios producidos serán comunicados en los términos y plazos previstos legalmente a los trabajadores afectados.

En todo caso se establece al efecto de facilitar y homogeneizar dicho procedimiento: a) que, por el necesario respeto al reparto equitativo del trabajo establecido en el artículo 27 de este convenio y al sistema de distribución pactado concurre probada razón organizativa para ello; b) que estas modificaciones contribuyen a mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral de la mayoría de los trabajadores del sector y a mejorar la situación de las empresas a través de una más adecuada organización de sus recursos; y c) que las empresas respetarán los siguientes límites para estas modificaciones que se realicen por vía del artículo 41 E.T ., dando con ello cumplimiento a la atenuación de las consecuencias para los trabajadores afectados a que se refiere el párrafo primero del punto 4. del citado artículo 41 del ET :

En la distribución del tiempo de trabajo en el ámbito de las empresas en los centros comerciales abiertos al público, los trabajadores con más de tres días de promedio anual de trabajo a la semana no tendrán obligación de prestar servicios más que hasta el 55% de los domingos y festivos anuales autorizados de apertura, siempre que el número resultante sea superior a 9. A efectos del cálculo del número de domingos o festivos, la fracción resultante se elevará al entero. Dada la fecha de entrada en vigor de la nueva jornada, con efectos de 1 de enero de 2013, a lo largo del calendario correspondiente a 2013 se compensarán las horas que efectivamente deben realizarse en cómputo anual, distribuyéndolas durante el resto del año.

Las discrepancias que puedan surgir con motivo de la tramitación de las modificaciones a que se refiere esta Transitoria se resolverán por la Comisión Mixta del Convenio con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 87 y siguientes del mismo.

La tramitación de las discrepancias no paralizará la decisión empresarial tras el período de consultas, por lo que la resolución de la Comisión o del arbitro, que será ejecutiva, surtirá efectos a los quince días desde su comunicación a las partes".

Mantienen los demandantes que la previsión convencional al establecer una obligación para las empresas del sector de iniciar un procedimiento de modificación de condiciones de trabajo y de configurar como razón o causa organizativa y habilitante de dichas modificaciones "el necesario respeto al reparto equitativo del trabajo establecido en el art. 27 de este convenio" , se está incurriendo en una directa y grave infracción del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores y del principio de libertad de empresa con afectación de los derechos de representación colectiva y de acción sindical.

Por su lado , los demandantes alegan que esta D.T.5º es preciso conectarla con el art. 27 y lo que se está cuestionando es que los redactores del Convenio entran en la condiciones individuales de los contratos de trabajo.

La Disposición Transitoria 5° lo que hace es incidir en las relaciones individuales, porque el Estatuto de los Trabajadores dice que cuando las decisiones empresariales incidan en el contrato de trabajo, se ha de seguir el procedimiento del art. 41, que además es el procedimiento que mejor permite la defensa de los intereses del trabajador si la medida le causa un perjuicio o lesiona su contrato.

Alegan en apoyo de su tesis, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de dos mil cuatro recaída en Rec. 65/2002; en relación con los derechos adquiridos y que en nuestra Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2013 ya hemos dicho que no resulta de aplicación pues en este caso, como en el de los autos allí examinados, se estaba acudiendo a la vía del art. 41 del E.T.

Se mantiene que el fundamento de establecer el procedimiento del art. 41, está en la doctrina de la propia Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que ha dicho que cuando la medida afecta a las relaciones personales de los trabajadores se ha de impugnar por el procedimiento del art. 41 para resolver su relación laboral.

Efectivamente, en nuestra sentencia de doce de junio de dos mil trece, recaída en el procedimiento 213/2013, ya se dijo que los negociadores del convenio ya consideraron en su momento que la adaptación de las empresas debería realizarse a través del procedimiento del art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, admitiéndose de antemano la concurrencia de la causa organizativa, siempre que se respeten las garantías que se fijan en los últimos incisos de la Disposición Transitoria quinta del convenio. Pero también se dice en esa sentencia que dicho precepto, se comparta o no su contenido no ha sido impugnado en esos autos y por lo tanto la Sala de oficio no puede considerar su eventual inaplicación, estando comprometidos todos los empresarios y trabajadores del Sector de los grandes almacenes, a tenor de lo dispuesto en el art. 82.3 ET.

Frente a la alegación vertida en la demanda, de que la D.T. 5° infringe de forma directa y grave el art.41 del ET, pero no aportan razonamiento alguno en el que basar su tesis impugnatoria ni referencias concretas que pudiesen avalar tal conclusión.

Al contrario, del pormenorizado texto de esta Disposición Transitoria se desprende que no se trata de dejar vacío de contenido el trámite del art.41 del ET, sino que lo que aparecen en la D.T. son una serie de cautelas y límites que concretan la tramitación de dicho artículo.

La propia D.T. se remite expresamente a la tramitación prevista en el art. 41 del ET, y salvo que en supuestos concretos aparecieran irregularidades de trámite, que pudieran ser combatidas en su momento por lo que no cabe a priori entender que la redacción de esta Disposición Transitoria sea contraria a las normas sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que solo serían susceptibles de ser apreciadas cuando efectivamente se lleven a cabo.

Por otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de dos mil cuatro, ya dijo que el Convenio no es el cauce idóneo para dejar sin efecto determinados aspectos del contenido individual de uno o varios contratos de trabajo. Para que el Convenio pueda hacerlo tiene que tener prevista una modificación de las condiciones a través de una norma de derecho necesario como es el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Decimoseptimo.

Se impugna la Disposición Adicional del Convenio que establece lo siguiente:

" Pacto sectorial por el empleo y el mantenimiento de la demanda interna en un entorno de crisis. Las partes, conscientes de las circunstancias que atraviesa la economía del país, con el carácter de excepcionalidad y transitoriedad que son inherentes a la misma, consideran necesario realizar todos los esfuerzos precisos para enfrentar la crisis y los efectos negativos en materia de destrucción de empleo en un entorno adverso, estableciendo a tal efecto las siguientes estipulaciones:

I. Crecimiento salarial y consumo: Dado el compromiso por el empleo que se asume por las empresas y sindicatos firmantes en el marco del Convenio, es necesario acometer un tratamiento salarial durante su vigencia que busque tanto favorecer el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en el sector, como facilitar la generación de nuevos puestos siempre que ello sea posible.

Las partes son conscientes de la drástica reducción del consumo que se ha registrado desde 2.008 y del esfuerzo acometido por las empresas en el mantenimiento del nivel retributivo, e incluso su incremento, aun cuando las circunstancias han sido muy distintas a las esperadas al tiempo de la firma del anterior Convenio, lo que se confía compensar con el establecimiento, a partir de primero de enero de 2013, de la nueva jornada máxima prevista en el artículo 26 del Convenio. De aquí que las partes hayan fijado las cuantías salariales básicas que figuran en el artículo 22 como estables para toda la vigencia de este Convenio, lo que permite contemplar percepciones superiores en el caso de evolución positiva del consumo.

De este modo las partes pretenden contribuir, con un esfuerzo mutuo, a mantener el empleo, y acompañarla retribución a la evolución del consumo.

A partir del año 2015 las partes evaluarán por medio de la Comisión Mixta la evolución del consumo para en caso de caídas adoptar las medidas que estimen necesarias.

II. Compromiso de mantenimiento de empleo indefinido: A lo largo de la vigencia del Convenio colectivo, las empresas mantendrán el nivel de empleo fijo a nivel sectorial. El compromiso se entiende a lo largo de la vigencia del Convenio, por lo que, independientemente de los controles y seguimiento anuales, se verificará al final de la vigencia del mismo.

III. Resolución mediante flexibilidad interna de las situaciones de crisis.

Empresas con centros de trabajo en crisis: El anterior compromiso no alcanzará a aquellas empresas que se encuentren inmersas en las causas que justifican la adopción de otras medidas sobre el empleo.

Ello no obstante a fin de evitar medidas de reducción estructural de empleo, o de inaplicación del convenio por la vía del artículo 82.3 del EJ, en aquellos centros en los que arrastren o se den situaciones persistentes de descenso de ventas (descenso anual continuado de ventas a lo largo de los tres años anteriores del 9% de promedio anual en el citado periodo) o similares caídas de resultados en igual período en el citado ámbito, las empresas aplicarán preferentemente medidas de flexibilidad interna consistentes en primer lugar en movilidad funcional o geográfica como el cambio de centro con carácter temporal o definitivo, a fin de atender las necesidades en centros de trabajo en un perímetro no superior a cincuenta kilómetros desde el domicilio del trabajador cuando estén fuera del área metropolitana.

A estos solos efectos se entiende como disminución persistente del nivel de ventas, o de resultados el contemplado a nivel de centro en el párrafo anterior y calculado a superficie comparable.

Solo en segundo lugar podrá aplicarse en tales centros una reducción temporal de los salarios base de convenio de hasta un 5 por ciento, y como máximo durante un año, prorrogable por períodos iguales siguiendo el procedimiento aquí establecido, siempre que la adopción de esta medida sirva para preservar el mayor empleo posible, si bien con carácter previo deberán agotar las vías de flexibilidad interna previstas en este Pacto Sectorial.

La aplicación de esta medida que necesariamente tendrá carácter temporal y tiene su fundamento en lo dispuesto en el inicio del párrafo primero del número 4 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, se efectuará siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 41, 4 y 5 del Estatuto de los trabajadores y justificándose con la acreditación de la concurrencia de la causa contemplada.

Para conservar la necesaria homogeneidad de la medida a nivel de empresa el órgano competente será en todo caso el Comité Intercentros.

También antes de afectar de manera coyuntural o estructural al empleo deberán adoptarse medidas de flexibilidad interna adicionales como la modificación de las condiciones de trabajo superiores a las contempladas como mínimas por el presente convenio Colectivo.

Las discrepancias en la aplicación de estas medidas hasta aquí descritas, dado que derivan de un procedimiento extraordinario de aplicación del Convenio que tiene su origen en el mismo, se resolverán necesariamente mediante los procedimientos previstos en los artículos 86 y concordantes de este Convenio.

En todo caso las empresas podrán acudir a medidas coyunturales sobre el empleo o a las contempladas en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurren las circunstancias en él descritas, siguiendo el procedimiento allí previsto y desarrollado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.2 del mismo, en el Capítulo II del Título IV de este Convenio".

Entienden los demandantes que el mecanismo de inaplicación del convenio o descuelgue salarial que se recoge en los párrafos anteriores incurre en infracción legal de los artículos 82.3 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, al desagregar y fragmentar estos procedimientos por centros de trabajo sin tener en cuenta la situación de la empresa. En este sentido, es el párrafo de la D.A que se reseña en negrita el objeto concreto de pretensión de ilegalidad.

Se fundamenta la impugnación en que los firmantes del Convenio lo que hacen es legislar directamente al reconocer la inaplicación del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 41, que se refiere a las causas de empresas, mientras que lo que hace la Disposición Adicional, a su juicio, es trasladar esas causas de empresas al centro de trabajo. Con esto justifican la posibilidad de que incumpléndose las causas que impone el Estatuto de los Trabajadores, se pueda dar el caso de que una empresa que no pueda justificar a nivel de empresa la concurrencia de causas si lo pueda hacer a nivel de alguno o algunos de sus centros de trabajo. Entienden que esto vulnera la previsión legal.

También se denuncia por los impugnantes del Convenio, la ilegalidad de la previsión contenida en el párrafo último del apartado III de la D.A. porque incurre en infracción del art. 64 del ET, al excluir y marginar a los comités de los centros de trabajo de la participación en los procesos de negociación de las medidas que puedan llevarse a cabo en su centro y ámbito de representación, debiendo declararse ilegal el párrafo que dice: "para

conservar la necesidad de homogeneidad de la medida a nivel de empresa el órgano competente será en todo caso el Comité intercentros"

Por su parte la representación de los demandados justifican el contenido de la disposición adicional en el pacto sectorial y argumentan que lo que se ha pretendido con esta Disposición Adicional, en el párrafo 3º, es establecer un método novedoso de flexibilidad interna. Esa innovación se realiza a través del art. 81.1 del Estatuto de los Trabajadores que permite establecer medidas de regulación laboral para intentar evitar la dispersión normativa a través de la vía de los descuelgues en general y de los convenios de empresa en particular. Lo que se ha pretendido es que antes de acudir a medidas de pérdida de empleo, establecer un mecanismo de flexibilidad interna dentro de la negociación colectiva y partiendo de esta premisa, innovadora, establecer que la última palabra la tenga la comisión mixta del convenio o un arbitraje, frente al criterio de que en la tramitación se siga el art. 41 ET. También esta innovación se aparta de lo que es un procedimiento de descuelgue por la vía del art. 82.3. Todo ello encuentra su justificación, a juicio de los demandados, en la propia idiosincrasia de las empresas implicadas en el Sector.

El art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, establece la estructura de la negociación colectiva y fija las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y las normas de complementariedad de las diversas unidades de contratación. También los requisitos de legitimación que han de reunir los negociadores del convenio y un requisito constitutivo que fija el mencionado precepto para poder suscribir convenios colectivos es que los negociadores ostenten la condición de ser organizaciones sindicales o patronales mas representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma. Los Sindicatos que han firmado el presente convenio tienen una representatividad que no se ha discutido en el ámbito sectorial de los Grandes Almacenes y están legitimados para suscribir convenios colectivos estatutarios, tal y como les habilita el art. 87.2 del ET, pero no para negociar convenios interprofesionales o colectivos del art. 83.2 ET.

Es decir que el procedimiento a seguir para alcanzar el acuerdo será el que establece el art. 82.3 sin que quepa la remisión al procedimiento del art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, y es desde esta perspectiva desde la que se ha de interpretar los acuerdos alcanzados en el párrafo III de la Disposición Adicional, cuando se establecen los criterios de resolución "mediante flexibilidad interna" de las situaciones de crisis y ello por las razones que exponemos a continuación que llevarían a la anulabilidad en su caso de esas medidas de flexibilidad si no se siguen por un acuerdo conforme al procedimiento del art. 82.3.

1.- Así cuando se dice que en segundo lugar, podrá aplicarse en tales centros una reducción temporal de salarios base ...siguiendo el procedimiento aquí establecido.. Este procedimiento no puede ser el del art. 41.1 ET.

2.- Y para conservar la necesaria homogeneidad de la medida a nivel de empresa el órgano competente no será en todo caso el Comité intercentros, porque tienen prioridad las Secciones sindicales mayoritarias, tal y como hemos expuesto.

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

FALLAMOS

En la demanda de impugnación de convenio, promovida por CC.OO. y UGT, a la que se adhirió CIG, rechazamos las excepciones de Litispendencia y cosa juzgada.

Estimamos parcialmente la demanda de impugnación de convenio y declaramos la nulidad de las siguientes disposiciones Convencionales:

-Del art. 4.2 del Convenio Colectivo en cuanto reserva a su propia unidad de negociación la estructura de la negociación colectiva en el sector de los grandes almacenes y con exclusión de cualquier otra.

-Del art.7.

-Del art. 12 apartado 3.2 a) porque impide, de forma directa o indirectamente, a las mujeres un desarrollo profesional en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores de la plantilla al imponer unos criterios de evaluación para los ascensos profesionales discriminatorios.

- Del inciso final del párrafo quinto del art. 49 del Convenio, cuando dice "los sindicatos firmantes del convenio".

- Art. 49 La Comisión «Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación (CIOND), así designada por el art. 49 del Convenio no puede estar solamente integrada por la representación empresarial y los sindicatos firmantes del Convenio.

- Art. 67: limitación temporal "hasta un máximo de un año" de la acumulación de exceso de jornada.

- Art. 87.5 del Convenio en cuanto permite a la Comisión Mixta, dentro de sus funciones, la creación de nuevos puestos y funciones.

También declaramos la anulabilidad del apartado III de la D A. del Convenio en cuanto las medidas de flexibilidad interna si no se siguen por un acuerdo conforme al procedimiento del art. 82.3. Y respecto al que el órgano competente no será en todo caso el Comité intercentros.

Condenamos a ANGED, FETICO y FASGA a estar y pasar por la nulidad de los preceptos citados, absolviéndoles de los demás pedimentos de la demanda.

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, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000278 13.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, 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 concurra 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.