

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

- 42** *Resolución de 18 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al Convenio colectivo estatal de grandes almacenes.*

Visto el fallo de la Sentencia de fecha 12 de mayo de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –recurso de casación n.º 153/2014–, y en el que se estiman en parte los recursos de casación formulados por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo del sindicato Comisiones Obreras (FECOHT-CC.OO.), la Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y la Federación Estatal de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego del sindicato Unión General de Trabajadores (CHTJ-U.G.T.), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 13 de noviembre de 2013, recaída en el procedimiento n.º 278/2013, publicada en el BOE de 19-12-2013 y relativa al Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (código de convenio n.º 99002405011982),

Y teniendo en consideración los siguientes

Antecedentes de Hecho

Primero. En el «Boletín Oficial del Estado» de 22 de abril de 2013 se publicó la resolución de la Dirección General de Empleo, de 8 de abril de 2013, en la que se ordenaba inscribir en el Registro Oficial de Convenios Colectivos y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (Código de convenio n.º 99002405011982).

Fundamentos de Derecho

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 166.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE del 11), cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del Convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el «Boletín Oficial» en que aquél se hubiere insertado.

En consecuencia, esta Dirección General de Empleo resuelve:

Primero.

Ordenar la inscripción en el correspondiente Registro de convenios de este órgano directivo de la citada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2015, dictada en el recurso de casación n.º 153/2014 y relativa al Convenio colectivo estatal de grandes almacenes.

Segundo.

Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 18 de diciembre de 2015.–El Director General de Empleo, Xavier Jean Braulio Thibault Aranda.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Social**

Sentencia núm.:

Recurso núm.: Casación/153/2014.

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Ángel Luelmo Millán.

Votación: 05/05/2015.

Excmos. Sres.:

D. José Luis Gilolmo López.

D. José Manuel López García de la Serrana.

D.^a Rosa María Virolés Piñol.

D. Miguel Ángel Luelmo Millán.

D. Jesús Souto Prieto.

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de dos mil quince. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recursos de casación, formulados por el Letrado Don Ángel Martín Aguado, en nombre y representación de la Federación de Comercio Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CCOO), por el Letrado D. Justo Caballero Ramos, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Sindicales FASGA, por el Letrado D. Antonio María de los Mozos Villar en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), y por el Letrado D. Javier Jiménez de Eugenio, en nombre y representación de la Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores (CHTJ-UGT), contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 13 de noviembre de 2013, aclarada por auto de fecha 2 de diciembre de 2013, en actuaciones seguidas por FECHT-CC.OO. y FECHT-UGT, contra ANGED, FETICO, FASGA, CIG, LAB y Ministerio Fiscal, sobre Conflicto Colectivo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), representada y defendida por el Letrado D. José Manuel González de Eiris Delgado y Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán.

Antecedentes de Hecho

Primero.

La Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT) y la Federación de Comercio Hostelería, Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores, formularon demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre impugnación de convenio colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de los contenidos y preceptos del convenio impugnado, que se relacionan y concretan en los hechos segundo a décimo séptimo de la presente demanda y referidos a los siguientes preceptos convencionales: arts. 4, 5.2, 7.1, 8, 9, A3, 10B, 12.3.2 a), 27.3, 6 y 8, 28.2, 39 VI, 49, 66, 67, 87.1, 5º, Disposición Transitoria Quinta y Disposición Adicional.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se celebró el 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.

Tercero.

Con fecha 13 de noviembre de 2013, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: «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».

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó Auto en fecha 2 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Parte dispositiva: la Sala acuerda estimar parcialmente el recurso de aclaración, formalizado por CCOO contra nuestra sentencia de 13-11-2013, por lo que precisamos que se anula únicamente el apartado segundo del art. 7, confirmando la sentencia en todo lo demás».

Cuarto.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «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».

Quinto.

Preparado recurso de casación por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras, fue formalizado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, consignándose los siguientes motivos: Primero a cuarto.–Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 9.3, 37, 38

y 129.2 de la Constitución, arts. 3, 12, 17, 34,2 y 8, 37.6, 41, 64 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 1256, 1258 del Código Civil, Directivas Europeas 76/207/CEE, 92/85/CEE y 97/80/CEE, art. 8 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 y Convenio 183 de la OIT sobre protección de la maternidad.

En el recurso de casación formalizado por la Federación de Asociaciones Sindicales FASGA, se consignan los siguientes motivos: Primero a séptimo.—Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 4.1.b), 12.4 apartados d) y f), 37, 38, último párrafo del art. 68, 85, 91.1 del Estatuto de los Trabajadores, art. 2.d) de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical, art. 1255 del Código Civil.

En el recurso de casación formalizado por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), se consignan los siguientes motivos: Primero a séptimo.—Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del arts. 12.2.a), 4, y 87.5 del convenio colectivo de Grandes Almacenes, art. 41, 68.e) 82.1 y 3, 83.2, 84.3, 85.1 y 85.3.e), del Estatuto de los Trabajadores, art. 3, 1281 y concordantes del mismo, 1283, 1285 del Código Civil.

En el recurso de casación formalizado por la Federación de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de UGT, se consignan los siguientes motivos: infracción de derecho sustantivo y de la jurisprudencia de conformidad con lo previsto por el art. 205 y siguientes de la Ley de Procedimiento. Primero.—En referencia a la cosa juzgada y art. 27.6 del convenio de aplicación. Segundo.—Infracción del art. 3 del Estatuto de los trabajadores y arts. 1256, 1258 y concordantes del Código Civil. Tercero.—Se adhiere al recurso interpuesto por Comisiones Obreras.

Sexto.

Transcurrido el plazo concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que interesa la declaración de improcedencia de los recursos interpuestos, con excepción del primer motivo del recurso formalizado por CC.OO., y de los motivos cuarto y sexto de los recursos interpuestos por FASG y ANGED cuya estimación se propone.

Séptimo.

En Providencia de fecha 8 de abril de 2015, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 5 de mayo de 2015, fecha en que tuvo lugar.

Fundamentos de Derecho

Primero.

La demanda interpuesta en estos autos por La Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo del sindicato Comisiones Obreras (FECOHT, en adelante CCOO) y la Federación de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego del sindicato Unión General de Trabajadores (en adelante, UGT) tenía por objeto, según su suplico, que se declarase la nulidad de los arts 4, 5.2, 7.1, 8, 9.A3, 10B, 12.3.2.a), 27.3, 6 y 8, 28.2, 39VI, 49, 66, 67 y 87.1.5º y Disposición Transitoria Quinta y Disposición Adicional del convenio colectivo de grandes almacenes publicado en el BOE de 22 de abril de 2013.

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 13 de noviembre de 2013, tras rechazar las excepciones de litispendencia y cosa juzgada planteadas por la parte demandada, concluye estimando parcialmente dicha demanda, declarando la nulidad de los arts 4.2, 7, 12.3.2 a), 49, 67, 87.5 y apartado III de la Disposición Adicional del referido convenio en los términos que concreta, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y absolviéndoles de los demás pedimentos de demanda, lo que posteriormente se aclaró por auto de 2 de diciembre de 2013 en relación con el art. 7 en el sentido de que «se anula únicamente el apartado segundo del art. 7, confirmando la sentencia en todo lo demás».

Recurren en casación, y separadamente, CCOO y UGT de un lado, y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA) y Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) de otro, habiendo impugnado la Federación Estatal de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO) los recursos sindicales y ANGED el de UGT, así como UGT el de ANGED.

El Ministerio Fiscal ha emitido informe que concluye interesando «la declaración de improcedencia de los recursos interpuestos, con excepción del primer motivo del recurso formalizado por CCOO y de los motivos cuarto y sexto de los recursos interpuestos por FASGA y ANGED cuya estimación se propone».

Segundo.

El primero en la relación es el de CCOO, que consta de cuatro motivos, y que siguiendo ese orden, ha de ser también el primero en su examen (por lo que el siguiente, en lógica expositiva y perspectiva, aun cuando no ocupe igual lugar, ha de ser el del otro sindicato recurrente), señala en el motivo inicial, referente al art. 9.A) 3 del convenio litigioso, que se conculcan los arts 9.3 de la Constitución Española (CE), 3, 12 y 41 del ET y 1256 y 1258 del CC, así como la jurisprudencia representada por la STS de 27 de enero de 2004. Argumenta al respecto dicha parte, en sustancia y resumen, que el precepto convencional antedicho constituye una «invasión de la esfera de la autonomía de la voluntad (que) no supone en ningún caso un desarrollo del art. 12 b) del ET...sino por el contrario, una clara y directa infracción del meritado precepto legal», así como del art. 3.1 del Estatuto y de la jurisprudencia referida.

Lo que el art. 9 dispone en su apartado A es: «Contrato de trabajo a tiempo parcial: Se estará a lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores», precisando en su apartado A3 que «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». Se parte, pues, de una sumisión expresa y una remisión de igual clase al art. 12 del ET, al que se reconoce, por ello, como norma de referencia por su carácter de derecho necesario, cuyo apartado 4 regula el contrato a tiempo parcial, que no contempla, en ninguno de sus subapartados, la ampliación temporal de jornada en los términos a que se refiere el precepto convencional sino que en su apartado e) en la redacción vigente en el momento de interposición de la demanda y de dictarse sentencia (la actual entró posteriormente en vigor el 22 de diciembre de 2013 y fue introducida por el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre) disponía que «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral...». En consecuencia, no cabe entender que la genérica previsión convencional de que la jornada «podrá ampliarse temporalmente cuando se den los supuestos de la contratación temporal» sea conforme al precepto estatutario de ese momento, ya que no es posible, según el mismo, dicha ampliación por la mera decisión empresarial, ni siquiera, en su caso, una modificación colectiva al respecto acordada con los representantes de los trabajadores, sino que tal precepto exige el acuerdo entre las dos partes del contrato, por y con respeto a la autonomía de la voluntad individual del trabajador, por lo que el motivo ha de acogerse.

Tercero.

El segundo entiende vulnerados por la sentencia recurrida los arts 3, 12, 17, 34.2, 8 y 41 del ET y 1256 y 1258 del CC en relación con el art. 14 de la CE y con el criterio jurisprudencial recogido en las sentencias de esta Sala que cita y de la STC 58/85, de 30 de abril, impugnando el art. 27.3 y 8 del convenio colectivo con el razonamiento de que «la instancia, al analizar el precepto convencional mencionado, desconoce que el mismo recoge un régimen de distribución irregular de la jornada y además incluye el porcentaje legal de horas previsto exclusivamente para los supuestos en que no se haya producido pacto o acuerdo convencional, contraviendo así el contenido del precepto legal; de otra

parte, la posibilidad de variar las planificaciones de la jornada por las empresas del sector y por tiempo indeterminados, por causas tan vagas, genéricas e inconcretas como la atención de imprevistos, incurre en directa infracción de los arts 34.8 y 41 del ET, así como de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y lesiona el principio de seguridad jurídica del trabajador», añadiendo que el contenido convencional denunciado hace decaer una condición más beneficiosa inveterada y pacífica e invade la esfera de la autonomía individual y que la circunstancia adicional recogida en el convenio de que sólo cuando suponga una modificación del régimen actual las empresas hayan de acudir al art. 41 del ET mediante un procedimiento previsto en aquél, «se aparta y contraviene el régimen previsto en dicho precepto legal».

Lo que el convenio colectivo de aplicación establece en sus precitados precepto y apartados es:

«Artículo 27. 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.

... 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 artículo 41.3 o 5 del E.T., y mediante el 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.»

El art. 34.2 del ET dispone que «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. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla».

Se fía, pues, legalmente, a esta vía de negociación o pacto entre la empresa y la representación de los trabajadores la mencionada distribución irregular de la jornada, sin que en nada perturbe este principio en la materia como causa justificativa de esa clase de distribución el hecho de precisarse en el n.º3 del precepto convencional el sobrevenimiento de un determinado imprevisto pues, a pesar de la indeterminación que tal concepto supone, ya se adelanta un primer supuesto siquiera sea a título de ejemplo (ausencias no previstas de trabajadores) estableciéndose, aun cuando a posteriori y como no podría ser de otro modo dada su naturaleza, un mecanismo de control cual es el de la exigencia de dar cuenta (inmediata, en función igualmente de su aparición inesperada) a la representación legal de los trabajadores, que precisamente por tratarse de un acontecimiento de tal índole y con esa repercusión, no tienen reducido su cometido al respecto a limitarse a darse por enterados de ello sino que, sin detener la decisión empresarial inherente a su poder de dirección, podrán, no obstante, exigir su acreditación y términos de concurrencia para, en su caso, oponerse al mantenimiento de la medida, ejercitando, si procediere, las acciones oportunas en orden a su inaplicación, modificación u otros posibles efectos.

Otro tanto acontece en cuanto al punto 8 del precepto convencional, no pudiendo sostenerse al respecto una genérica tesis de defensa de una asimismo genérica condición

más beneficiosa que, si derivase de cada cláusula contractual individual referente a la jornada de trabajo, cabría señalar en términos igualmente generales, a falta de una precisión probatoria específica, que lo que se suele introducir en el contrato es una cláusula referente a la jornada ordinaria, que no excluye, en consecuencia, una posible jornada irregular legalmente admitida, de manera que en ese punto no se contradice el propio contrato sino que se puede entender que éste no contiene una concreta previsión al respecto, por lo que no existe condición más beneficiosa en ese particular. Por otra parte, ésta no se predica, en principio, con carácter general sino individual, como condición «ad personam», a menos que resulte de un tipo de convenio cuyas normas paccionadas son superadas, en beneficio de los trabajadores, por la práctica empresarial, lo que, en ese caso, tendría que alegarse y acreditarse, sin que nada semejante se haya efectuado. Y si al mencionarse tal condición se está haciendo referencia no a cada contrato de trabajo y su específico clausulado o a un determinado convenio sino a un hipotético origen normativo en este punto (legislación anterior), debe entenderse que la nueva disposición ha de aplicarse también a los trabajadores cuyo contrato se hallaban en curso en el momento de su entrada en vigor, salvo previsión en contrario en la propia norma mediante disposición de derecho transitorio que prolongue los efectos de la anterior, lo que no sucede en este caso.

El art. 41.1.a) del ET, en fin, considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo las relativas a la jornada laboral, precisando su n.º 2 que tales modificaciones «podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, añadiendo en su n.º 4 que “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva...”, de modo que se reconoce expresamente tal posibilidad, exigiéndose únicamente la existencia de un período de consultas previo con los representantes legales de los trabajadores que la Disposición transitoria quinta del convenio también reconoce expresamente cuando dice que «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...», sin que, en fin, y por principio, pueda aceptarse que lo establecido en el convenio «se aparta y contraviene en el régimen previsto en dicho precepto legal» señalando únicamente al respecto que las razones esgrimidas en dicho convenio sobre el particular son «tan genéricas e indeterminadas como el reparto solidario del trabajo y la consecución del objetivo previsto en la misma, es decir, causas no objetivas que, por tanto desnaturalizan el precepto legal...», porque ello puede considerarse una causa organizativa tal y como la última de las disposiciones convencionales referidas señala, aun cuando pueda cuestionarse que desde un principio se considere dicha causa «probada», como dice, si bien este concreto extremo no es objeto de debate en el motivo, sin perjuicio de lo que al respecto pueda volverse a razonar ulteriormente.

De todo ello se infiere que tampoco el referido n.º 8 del art. 27 convencional, en los términos en que está concebido, es contrario a la legislación aplicable.

Consecuentemente con cuanto se viene de expresar, este motivo no puede prosperar.

Cuarto.

El tercero percibe como infringidos los arts 17 y 37.6 del ET en relación con el 14 de la CE, las Directivas 76/207/CEE, 92/85/CEE y 97/80/CEE, art. 8 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 y Convenio 183 de la OIT, todos los cuales considera en contradicción con el art. 39 VI del convenio colectivo combatido y con las limitaciones que dice que dicho precepto convencional establece, sosteniendo, en definitivas, que se trata de condiciones y limitaciones al derecho de concreción horaria que, en los términos en que se hacen, «afectan de forma directa y grave al ejercicio del derecho a la reducción de jornada por guarda legal».

El referido art. 39 VI del convenio colectivo dispone:

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. 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.

4. 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.

5. 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».

Como pone de manifiesto el M.º Fiscal en su preceptivo informe y coincide FETICO en su escrito de impugnación, se trata de un motivo que adolece a priori de un defectuoso planteamiento en tanto en cuanto «el recurrente se limita a consideraciones genéricas con cita de numerosos preceptos infringidos por la sentencia sin concreción alguna, en un ámbito de generalidad pero sin precisar la infracción específica de la sentencia», lo que contraviene lo establecido en el art. 210.2 de la LRJS.

Asimismo, esta Sala tiene reiteradamente señalado (por todas, nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2010 y las que en ella se citan), «el recurso de casación es un recurso extraordinario que, como tal, cuando denuncia una infracción jurídica amparada en el apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral del mismo texto legal (vigente art. 207 e) de la LRJS) tiene necesariamente que invocar como causa de impugnación la infracción de una norma del ordenamiento jurídico -sea ésta un precepto constitucional, una disposición legal o reglamentaria, un convenio colectivo estatutario- o una doctrina jurisprudencial (sentencias de 19 de febrero de 2001, 31 de mayo de 2004 y

las que en ella se citan). Por otra parte la Sala ha precisado también que la exigencia de fundar la infracción legal que se alega «no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (sentencias de 25 de abril de 2002, 13 de julio de 2007 y 22 de octubre de 2008, entre otras). Así se deduce no sólo del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino también de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 477.1 prescribe que «el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso», mientras que el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone que en el escrito de interposición deberán exponerse, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso».

Incumplida, pues, tal exigencia, basta para desestimar el motivo, pues de otro modo se podría generar la indefensión que alega la mencionada entidad impugnante.

Por otra parte y en cualquier caso, es igualmente cierto que se obvia la literalidad de la legislación vigente, representada al respecto por el art. 34.8 del ET, que deja a la negociación colectiva, en general, la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho del trabajador/a a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, o, alternativamente, al acuerdo a que llegue con el empresario «respetando, en su caso, lo previsto en aquélla», y el 37.6, referente a la concreción horaria de la reducción de jornada, que aun reconociendo ese derecho en primer lugar al trabajador, permite que los convenios colectivos establezcan criterios al respecto, sin perjuicio de que las discrepancias (concretas) surgidas entre empresario y trabajador puedan dirimirse ante esta jurisdicción, lo que no alcanza para una exposición global como la efectuada en función de genéricas infracciones como las denunciadas, donde sin descender a la previsión concreta de la normativa que ciñe su oposición a los n.º 2, 4 y 5 de ese apartado y precepto convencional en tanto en cuanto se refieren a la excepción en el primero de la «imposibilidad organizativa» que menciona (2), al «índice de cobertura de necesidades» a que alude el segundo (4) y al «índice de desviación» que señala el tercero y último (5), todo lo cual considera que supone limitaciones y condicionantes al ejercicio de derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar, sin que la sentencia de instancia haya analizado «la repercusión e impacto que la regulación convencional limitativa de los derechos de reducción de jornada y concreción horaria por guarda legal tiene sobre las mujeres trabajadoras y el trato desigual e injustificado que sobre dicho colectivo se produce a través de dicha regulación», constituyendo, en fin, y según entiende, manifestaciones de discriminación indirecta, en tanto en cuanto el criterio convencional plasmado, aparentemente neutro, «afecta a un porcentaje considerablemente mayor de personas de un solo sexo», por tratarse, el de las mujeres, un colectivo mayoritario y especialmente afectado en la materia.

El reproche que efectúa a la sentencia recurrida no puede acogerse desde el momento en que se refiere a un planteamiento que a quien incumbe efectuar y concretar es a la propia parte que denuncia su ausencia, y desde ésta, la Sala no puede llegar apriorísticamente a la misma conclusión sin matices, aunque pueda admitirse que el colectivo afectado es fundamentalmente femenino. A ello se añade que el texto convencional establece en cada apartado precisiones y matices y avanza soluciones a las diferentes posibilidades que puedan darse, como cuando la imposibilidad organizativa a que hace mención en su apartado 2 (como excepción a la regla general de la concesión del horario solicitado, no se olvide) la remite a la regulación del apartado 4 donde se establece que para la determinación de la posibilidad «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», de manera que aun percibiendo la sutil distinción entre la formulación positiva del concepto (apartado 2) y la negativa (4), que no podría llevar a soluciones favorables a la decisión de la empresa sin justificación suficiente, la hermenéutica integrada de ambos apartados parece conducir a entender que

siendo, como se ha dicho, la regla o principio general la del reconocimiento referido, será necesario tener en cuenta el referido índice de cobertura en el caso de que se establezca por acuerdo con la mencionada representación de los trabajadores a nivel de empresa, de modo que si no se ha producido tal acuerdo y, como consecuencia, no se ha elaborado dicho índice de cobertura, no habrá medio de medir la imposibilidad de la concesión interesada, constituyendo aquél, por otra parte, un sistema o medio de control a utilizar por ambas partes.

De otro lado, en fin, el apartado 5 prevé dos situaciones y dos soluciones alternativas a la imposibilidad del reconocimiento correspondiente cuando dice, en primer lugar, que «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»., es decir, que, de todos modos, se habilitará el horario pretendido, siquiera sea en un puesto alternativo, con lo que, en todo caso, la conciliación de la vida familiar y laboral que se dice conculcada queda salvada. En segundo lugar, prevé que «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», indicando ese apartado 3, como ya se ha recogido, que «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. 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»., de modo que no se cierra de antemano la posibilidad del reconocimiento del derecho ejercitado tanto en el propio puesto como, en su defecto, habilitando un cambio ubicativo, requiriendo el precepto una justificación de la negativa a la solicitud del trabajador/a en tal sentido que se establece como último recurso del precepto, con oferta, además, de otras alternativas empresariales que, como en los supuestos anteriores, siempre podrá debatirse en cada caso concreto ante esta jurisdicción, por lo que la previsión convencional, en la triple formulación de los apartados referidos, no puede desautorizarse por principio, lo que lleva a la desestimación del motivo.

Quinto.

El cuarto y último, en fin, alega el quebranto de los arts 41, 64 y 82.3 del ET y 37, 38, 129.2 de la C.E. por la sentencia de instancia en su análisis de la Disposición transitoria quinta del tan repetido convenio colectivo por recoger ésta «un mecanismo o procedimiento sui generis y obligatorio para todas las empresas del sector en orden a la aplicación del art. 41 del ET por razones ajenas a las previstas por el legislador» y conectadas a la aplicación de la nueva jornada máxima establecida en dicho convenio y del denominado «sistema de reparto solidario de la distribución del trabajo a lo largo s los días de la semana», porque considera que con ello lo que se consigue es «dejar a unos trabajadores como estaban con la obligación de trabajar en esos días y suprimir o despojar a otros la condición más beneficiosa que de forma inveterada y pacífica venían disfrutando», y manifestando que lo que se produce es «una clara muestra de autoritarismo convencional», concluye que en los términos establecidos, el período de consultas ex art. 41 del ET nace ya viciado y vacío de contenido «al haber preconstituido el convenio sectorial una causa organizativa probada para todas las empresas, que obviamente impide o hace innecesaria la negociación en donde debe producirse, es decir, en las empresas».

De antemano cabe reproducir lo expresado con carácter previo en el fundamento precedente, en tanto en cuanto el motivo adolece del mismo defecto procesal que el anterior, igualmente reseñado por FETICO en su escrito de impugnación.

Ello sentado, puede añadirse que en nuestro precedente tercer fundamento de derecho se transcribe ya parcialmente la referida Disposición transitoria quinta y se razona

lo correspondiente en relación con lo planteado al respecto en el segundo motivo del recurso, cabiendo ahora, no obstante, su completa reproducción, dada su considerable extensión, superadora ampliamente de lo ya recogido, para un mejor entendimiento de lo concerniente a la misma, que es el objeto nuclear del motivo. Dicha disposición dice textualmente así: «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 a 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 árbitro, que será ejecutiva, surtirá efectos a los quince días desde su comunicación a las partes».

De todo ello resulta que la concreción práctica de los criterios generales en la materia se efectuará tras el proceso de consultas con el comité intercentros a quien previamente incumbe «el conocimiento tratamiento, negociación y aprobación en su caso de los criterios generales para el establecimiento de las modificaciones necesarias» y que «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», así como que «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» las empresas respetarán los límites para estas modificaciones que se realicen por vía del artículo 41 E.T (las sustanciales). A partir de ahí, todo eso y el resto de la disposición interpretado conforme a las reglas de la buena fe, cuya observancia se impone como principio (vid., p.e., art. 20.2, in fine, del ET y, en el concreto ámbito de la negociación colectiva y su desarrollo, por el art. 89.1 del mismo texto legal) y en virtud de la cual dicha hermenéutica reclama que los criterios relacionados en el precepto sean objeto de una restrictiva valoración en lo que de favorable únicamente al poder de dirección de la empresa pudiese deducirse y derivarse en sentido, por otra parte, limitativo de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, lleva a entender que la concurrencia de la «probada» razón organizativa (a) no puede implicar una presunción indiscutible al respecto sino que tan solo se estima de antemano acreditado que la razón existente para la medida es de esa índole (organizativa) y que, en principio, concurre, y que las modificaciones, en tanto en cuanto se admitan o no se evidencie otra cosa, contribuyen a mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral de la mayoría de los trabajadores del sector y la situación de las empresas a través de una más adecuada organización de sus recursos (b) y todo ello, en fin, sin perjuicio de las específicas acciones que, dado el caso, pudiesen ejercitarse en supuesto de disconformidad y claro perjuicio de parte como último mecanismo de control al respecto, donde en un procedimiento con las debidas garantías para ambas partes, se determinaría si resulta realmente existente la causa alegada y si con la medida adoptada se contribuye, o no, realmente a mejorar la mencionada conciliación, siendo posible admitir, en fin, con la sentencia recurrida que «no se trata de dejar vacío de contenido el trámite del art. 41 del ET sino que lo que aparece en la D.T. son una serie de cautelas y límites que concretan la tramitación de dicho artículo» y que «no cabe priori entender que la redacción de esa Disposición Transitoria sea contraria a las normas sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que sólo serían susceptibles de ser apreciadas cuando efectivamente se lleven a cabo». O como señala el Mº Fiscal en su informe: «el convenio recoge una previsión lícita, que la distribución del trabajo se lleve a cabo a través de la norma de derecho necesario que contempla esa posibilidad: el art. 41 del ET; la norma se cuida de establecer que el trámite indicado se seguirá en el caso de que la modificación fuera sustancial, causa legal que la habilita para la viabilidad jurídica de la medida, cuyo control de existencia, razonabilidad y proporcionalidad corresponde al órgano judicial».

Por todo cuanto se ha expresado, no procede acoger el motivo, resultando finalmente estimado en parte el recurso.

Sexto.

El de UGT consta de tres motivos, relativo el primero al art. 27.6 del convenio colectivo en litigio, el segundo al n.º 8 de dicho precepto convencional y el tercero carece de contenido como tal, al no constituir propiamente un recurso sino una adhesión a otro, el que se viene de examinar, al que hace una remisión genérica y en bloque. Y puesto que el mencionado apartado 8 del art. 27 ha sido igualmente objeto de examen en el segundo fundamento de esta sentencia, ha de hacerse remisión y darse por reproducido lo en él razonado, así como lo que acerca de la disposición transitoria quinta del convenio señalada en aquél se argumenta en el fundamento precedente en cuanto tiene relación con dicho apartado precisamente por citar esa disposición, de tal manera que cabe considerar desestimado el primero de tales motivos de este recurso y que el tercero sigue la suerte del recurso de CCOO, ya establecida.

Consecuentemente, no resta sino abordar lo referente al primer motivo de este segundo recurso que alega «la infracción de derecho sustantivo y de la jurisprudencia aplicables a la solución del supuesto debatido, de conformidad con lo previsto y permitido por el art. 205 y siguientes de la Ley de Procedimiento».

Partiendo de que la norma procesal aplicable no es la indicada sino el art. 207 e) de la vigente LRJS, debe dejarse constancia de que lo que establece ese número o apartado 6 es que «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», disponiendo previamente el referido punto o apartado 1 que «La distribución de la jornada se efectuará a nivel de empresa con carácter general.

Durante el primer trimestre del año natural, o en el momento que este establecido a nivel de empresa, las empresas facilitarán a los representantes legales de los trabajadores los modelos de cuadros horarios laborales generales anuales.

Como mínimo trimestralmente, o con la antelación y periodicidad que esté establecida por acuerdo a nivel de empresa, los trabajadores conocerán el momento en que deben prestar el trabajo, en dicha distribución se podrá tener en cuenta la mayor intensidad en la actividad comercial en determinados días de la semana y momentos del año, pudiendo ampliarse el número de horas ordinarias diarias, respetando en todo caso el descanso entre jornadas».

Lo que al respecto se argumenta en el recurso es que, según la parte que lo formula, la sentencia de instancia desestima la excepción de cosa juzgada en su primer fundamento de derecho y que, sin embargo, la acepta en el noveno y que desde la STS de 11 de abril de 2006 que desestimó la impugnación del texto convencional, «ha transcurrido un tiempo considerable para lo referente al derecho laboral y con la aparición en ese tiempo de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (por lo que) entendemos que la cuestión ha cambiado» y que «estando así las cosas, no podemos dejar de analizar la sentencia del TC 3/2007, de 15 de enero de 2007», la cual transcribe parcialmente recogiendo en ella la cita de otras del mismo Tribunal y del TJCE, finalizando con que «hay nuevos elementos de valoración que deben necesariamente ser tenidos en cuenta y, por tanto, enjuiciarse de nuevo, a la luz de las pruebas aportadas y a la luz de la Ley y la sentencia 3/2007; se discrimina sin causa objetiva a los tiempos parciales de línea de cajas que, además, según la prueba aportada, son en un 90% mujeres».

Concebido en estos términos el motivo, lo primero que debe señalarse independientemente ya de la cuestión de la cosa juzgada, que se revela instrumental en orden a la verdadera denuncia del mismo consistente en la discriminación que aprecia en el precepto y apartado del reiterado convenio, es que los «nuevos elementos de valoración» a que alude respecto de dicha discriminación y que dice que «deben ser tenidos en cuenta y, por tanto, enjuiciarse de nuevo», lo son, en primer lugar, «a la luz de las pruebas aportadas» y ni concreta cuáles sean esos «nuevos elementos» ni especifica cuáles las tales pruebas, en relación con las cuales, además, tendría, en su caso, que haber propuesto la revisión fáctica correspondiente, si es que nada se dice en el relato de la sentencia recurrida respecto de las mismas o lo que se consigna resulta, según dicha parte, erróneo. Con ello basta para desestimar el motivo.

Por otra parte, ni en el primer fundamento de derecho de la sentencia de instancia se dice nada acerca de la cosa juzgada (es el segundo, que no se menciona) ni en el noveno se alude expresamente al acogimiento de tal excepción que, por el contrario, es desestimada de ese modo en el segundo, donde se dice al respecto que no concurren en el caso los requisitos del art. 222.4 de la LEC, señalando en ese sentido en dicho fundamento que «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» dejando establecido en concordancia con lo ya reproducido, que «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», con lo que se refuerza dialécticamente y se cierra, en definitiva, la tesis adoptada de no acoger la excepción

mencionada, con independencia de lo que seguidamente añade para concluir y tras reproducir el texto de los n.º 1, 2 y 4 del mencionado art. 222 de la LEC, con cita, comentario e incluso transcripción parcial de alguna de nuestras sentencias en la materia. Por su parte, en el fundamento noveno y como ya se ha dicho, no se sostiene que se ha producido cosa juzgada sino que refiriéndose y transcribiendo los n.º 3, 6 y 8 del art. 29 del convenio y abordando cada uno de ellos separadamente, dice respecto del apartado 6 que se acogen, en definitiva, los argumentos de las sentencias que menciona «aceptando la adecuación a la legalidad vigente de la redacción de este punto sexto del art. 27» de manera que aun reconociendo una cierta paradoja en la dialéctica empleada en uno y otro fundamento y siquiera sea de un modo un tanto dificultoso tratando de armonizar lo recogido en cada uno de ellos, la conclusión que finalmente se impone es que se considera que no hay cosa juzgada pero que los argumentos dados en las sentencias que se mencionan son extrapolables al caso presente y en virtud de los mismos se entiende que el referido apartado 6 del art. 27 del convenio es conforme a derecho, conclusión que es posible mantener en tanto en cuanto no se ha explicado suficientemente ni se han dado argumentos bastantes ni justificado en ningún momento la discriminación teórica sostenida por la parte recurrente, que, por otro lado, podría ser objeto, en su caso, de la específica acción al respecto en el momento en que aplicada la previsión convencional, así se pudiese concluir en una igualmente específica situación, que, se reitera, no se aprecia a priori en el texto referido en relación con el aludido apartado 1, que parte ya de la garantía del acuerdo con la representación de los trabajadores se podrá excepcionar a los trabajadores a tiempo parcial, lo cual, en principio, no constituye discriminación, dada la propia diferencia contractual que comporta en los trabajadores a tiempo parcial una menor jornada, siendo precisamente ésta (la jornada) el elemento nuclear de la fluctuación contemplada en el precepto, constituyendo, en fin, una mera posibilidad («se podrá tener en cuenta») la ampliación del número de horas ordinarias diarias, que prevé el n.º 1 del precepto convencional (al que no se hace referencia en el recurso), condicionada, de antemano, a la mayor intensidad en la actividad comercial en determinados días de la semana y momentos del año, con los límites que el mismo precepto impone («respetando en todo caso el descanso entre jornadas») y con los controles que del mismo cabría deducir.

El motivo, en consecuencia, no es atendible.

Séptimo.

El recurso de FASGA, primero de las dos asociaciones demandadas recurrentes, contiene siete motivos, el primero de los cuales denuncia la vulneración del art. 85 del ET por declarar la sentencia recurrida la nulidad del párrafo segundo del art. 4 del convenio colectivo que dice: «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».

Por su parte, el recurso de ANGED contiene un primer motivo de igual objeto pero denunciando la infracción de los arts 84.3 y 83.2 del ET, por lo que son susceptibles de tratamiento conjunto, cabiendo responder a ambos con cuanto sigue.

En el tercer fundamento de derecho de la referida sentencia se declara, en efecto, nulo dicho art. 4.2 «en cuanto reserva a su propia unidad renegociación la estructura de la negociación colectiva en el sector de los grandes almacenes y con exclusión de cualquier otra» y congruentemente con ello, en su fallo declara la nulidad de tal precepto en los términos mencionados.

El art. 85 del ET no se refiere a la cuestión litigiosa, al centrarse en el contenido del convenio, pero si la primera de las entidades recurrentes parte de la idea de que el art. 4.2 del convenio se supedita «en todo caso al respeto a la legislación vigente» de manera que

«la exclusiva unidad de negociación pactada requiere que ésta no colisione con otras unidades de negociación indisponibles para las partes como puedan ser los convenios de empresa», aunque, continúa, «de igual manera nada impide que si tal colisión no existe con otras unidades de negociación posibles los firmantes del convenio colectivo de grandes (almacenes) estén en su legítima facultad de establecer la unidad de negociación que estimen conveniente», la conclusión que se impone es que, evidentemente, ello es posible, de acuerdo también con lo que argumenta el recurso de ANGED, que asimismo reitera que en el art. 4.2 convencional se hace una referencia in fine, con sumisión expresa, al respeto a la legislación vigente, «ya que, obviamente, a nivel de sector, no se puede, por ley, interferir la negociación de convenios colectivos de ámbito de empresa en las materias contenidas en el art. 84.2 del ET».

Pero lo que de todos modos es oportuno señalar es que ese art. (84.2 del ET) no es el que prioritariamente ha de tenerse en cuenta en la materia sino el art. 83 del mismo texto legal, en cuanto regula específicamente la unidades de negociación, disponiendo al respecto dicho precepto que: «1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

2. Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, *cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva*, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

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

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

De conformidad con lo precedentemente subrayado, esa norma es de carácter especial e incluso antecede ordinalmente a la que cita la sentencia (art. 84.2), relativa a la concurrencia, a la que también y precisamente alude el n.º 2 del propio art. 83, refiriéndose el 84 específicamente en el apartado mencionado (2), a la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, en una, no por genérica, menos clara alusión al contenido de las materias objeto de negociación en un convenio de esa clase, como por otra parte queda manifiesto con la relación que efectúa de tales materias, lo que es distinto de las mencionadas unidades de negociación. Por otro lado, se justifica la solución acordada para el diseño de la estructura de la negociación colectiva en el sector en la idea de establecer para el ámbito de actuación del convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, no cabiendo olvidar que según el n.º 1 de ese art. 84, un convenio colectivo no podrá ser afectado durante su vigencia por otros convenios de ámbito distinto, «salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 83», de modo que todo nos reconduce a este último precepto, conforme al cual se redacta el art. 4.2 del convenio, reiterándose dicho pacto en el art. 84.3 para oponerse a acuerdos o convenios en el ámbito autonómico que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal, por todo lo cual, la anulación del referido precepto convencional por la sentencia de instancia ha de considerarse improcedente, lo que comporta la estimación de los motivos mencionados.

Octavo.

Igualmente, los respectivos motivos segundo de los recursos de FASGA y de ANGED son susceptibles de tratamiento conjunto, al versar ambos sobre la nulidad declarada por la sentencia de instancia del apartado segundo del art. 7 del convenio sectorial de aplicación, señalando la primera entidad recurrente que con ello se atenta contra los

arts 12.4, apartados d) y f), 37, 38 y 85 del ET y la segunda la conculcación de los arts 3, 1281 y concordantes del CC. El art. 7 en cuestión es del siguiente tenor:

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:

1.º 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.

2.º 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.

La sentencia de instancia únicamente expresa sobre el particular el escueto argumento de que «la redacción actual del precepto, en cuanto establece un listado limitativo, entendemos que vulnera el art. 34 del ET».

Reproduciendo FASGA este último párrafo en su recurso, arguye que lo que hace dicho texto es incorporar al convenio el principio de igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y tiempo completo así como el principio de proporcionalidad en función del tiempo trabajado cuando así corresponda a su naturaleza porque, de otro modo, resultaría incomprensible por lo ilógico que sería a contrario sensu «que no todos los trabajadores pudieran disfrutar de las mismas licencias o vacaciones...o, en el otro extremo, cobrasen igual salario con distinta jornada contratada», a lo que por su parte ANGED añade que la eliminación del art. 7.2.º, sobre afectar negativamente al antedicho principio de proporcionalidad, lo sujeta al carácter divisible o indivisible de las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador con jornada reducida o parcial, todo lo cual supone, a su entender, una eliminación preceptual «excesivamente rigorista» ya que lo que procedería, en su caso, es efectuar una interpretación del mismo que mantenga el texto del convenio fruto de la voluntad de las partes.

Conforme a lo prevenido en el art. 12.4.d) del ET «los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado «, y según el apartado f) del mismo precepto y norma, «los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales», refiriéndose los arts 37 y 38 al descanso semanal, fiestas y permisos (37) y a las vacaciones anuales (38) respectivamente, en términos generales uno y otro que no excluyen la proporcionalidad antedicha, de manera que si el enunciado primero del apartado y artículo convencional en discusión sienta de antemano un principio de igualdad y generalidad («todos los trabajadores disfrutarán de las mismas....») en proporción al tiempo trabajado y teniendo en cuenta el carácter divisible o indivisible de las prestaciones que corresponda percibir, no se sienta, en principio y a salvo lo que la aplicación del principio objeto de declaración pueda revelar en el caso concreto, ninguna clase de discriminación en el texto convencional sino que tan solo se tiene presente la naturaleza y alcance de los distintos contratos en razón de su jornada por lo que de la duración de la misma pudiera seguirse, lo que es factible en función de la declaración contenida al respecto en el art. 85.1 del ET, pero siempre sobre la base de un punto de partida común cual es el de que «todos» los trabajadores han de tener acceso a las «mismas» prestaciones, únicamente moduladas en aplicación del principio de proporcionalidad en relación con la dimensión del deber laboral que, como contrapartida,

las origina, en lo que no se puede ver, a priori, y como ya se adelantaba, ni injustificada desigualdad ni discriminación alguna.

El motivo, por tanto, ha de atenderse.

Noveno.

El tercero de FASGA se opone a la anulación que hace la sentencia de instancia del art. 12.3.2.a) del convenio porque considera que con ello se atenta contra el art. 4.1.b) del ET, sosteniendo lo mismo ANGED en su tercer motivo de recurso, si bien situando tal vulneración de los arts 3 y 1281 y 1285 del CC, por lo que igualmente merecen una misma respuesta, que parte de la transcripción del referido precepto convencional y continúa por lo razonado al respecto en la sentencia de instancia, señalándose en aquél que «El ascenso al 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».

La sentencia, por su parte, en su octavo fundamento de derecho, arguye sobre el particular que «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».

Procede ratificar dicho razonamiento en tanto que no se contemplan como excepción al cómputo horario que en principio el precepto menciona como uno de los dos requisitos (someterse a una evaluación y el transcurso del tiempo) para posibilitar el ascenso al Grupo de profesionales los períodos relacionados con la maternidad lato sensu considerada (embarazo, parto y lactancia), lo que sitúa a la mujer en clara desventaja para alcanzar el mínimo cronológico necesario.

No cabe duda de que el factor referido (promedio anual de ejercicio de la actividad) es de indudable carácter objetivo, pero su concurso con el primero (la evaluación) parece ya condicionar la toma en consideración del resultado de éste y se llega incluso en la formulación del precepto a tener a aquél como único («si no hubiera evaluación», lo que, al parecer, se deja a discreción de la empresa) cuando todo indica que lo que debe perseguirse para el ascenso es la mayor «polivalencia y multifuncionalidad», que si fruto, en efecto, en la generalidad de los casos, de la práctica laboral continuada, no resulta, de todos modos, absolutamente irremplazable (al menos parcialmente) en algunos, en que por la especial dotación o habilidad del trabajador/a, la propia evaluación (debidamente efectuada con plenas garantías) podría evidenciar que no requiere el tiempo mínimo exigido como requisito, y si de antemano se prevé que aquélla puede no tener lugar, el factor tiempo se erige en el árbitro exclusivo de la promoción profesional, con los resultados perjudiciales de género anteriormente mencionados, sobre todo por el hecho de que se exija la realización de las 450 horas de promedio anual sin interrupciones superiores a dos meses, con la igualmente negativa precisión, a estos efectos, de que en el caso de que existieran tales interrupciones superiores, no se computará el período anterior a la misma a los efectos de alcanzar el citado promedio.

Consecuentemente, y sobre todo cuando, después, el art. 49 del convenio, al que se hace referencia en el próximo fundamento de derecho, dispone, con carácter general pero expresamente, que « 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 valor», se podría haber habilitado un sistema más sensible al hecho diferencial humano que tuviera en consideración la desigualdad natural de las personas por razón de su sexo de algún modo que respetase de mejor forma no ya sólo el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 de la CE sino también la finalidad de normas como la Ley de Igualdad que cita la sentencia recurrida (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y el espíritu de preceptos de derecho necesario y relacionados con la materia como el art. 37 del ET,

Y al no haberlo entendido así la parte recurrente, por más que sus argumentos no se hallen exentos de razonabilidad, no puede acogerse el motivo.

Décimo.

El cuarto motivo de cada uno de los recursos referidos está dedicado al art. 49 del convenio colectivo de aplicación, cuya anulación, según FASGA, supone la conculcación del art. 85 del ET y según ANGED la de los arts 3, 1281 y 1283 del CC en relación con los arts 82.1 y 85.3.e) del ET, así como de la jurisprudencia ordinaria y constitucional que cita.

El referido art. 49 establece: «Principios generales, Plan de Igualdad y Comisión sectorial.

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 valor.

En el caso 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.»

La sentencia recurrida sostiene, en relación con el mismo, que «la pretensión (de demanda) 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 más representativos, es decir, los sindicatos con legitimación para negociar.

Así lo declara el Tribunal Supremo 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».

Este razonamiento no resulta aceptable porque de la relación precitada de funciones no se deduce el carácter negociador de la referida Comisión, que, por el contrario y según lo que resulta de aquélla, ostenta unos cometidos de seguimiento u observación del propio convenio y de estudio y orientación que se ubican en un plano diferente, sin que se imponga el resultado de todo ello desde el texto convencional en el marco estricto del binomio derechos-deberes de las partes de la relación laboral, de manera que se trata de una comisión que nace de la negociación y que aplica su mandato, pero que no tiene la calidad mencionada sino meramente informadora e investigadora, por lo que su composición puede circunscribirse a la representación empresarial y a la de los sindicatos firmantes del convenio sin por ello producirse menoscabo del principio de libertad sindical del art. 28 de la CE ni de la LOLS.

Como ya tiene declarado esta Sala en su sentencia de 13 de abril de 2010 (rc 60/2009), «El tema que se debate ya ha sido resuelto por consolidada doctrina de esta Sala, que parte de las afirmaciones llevadas a cabo -entre otras- por las SSTC 73/1984 [27/Junio] y 184/1991 [30/Septiembre], en las que se distingue entre Comisiones “negociadoras” y meramente “aplicadoras”. Las primeras son las constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas -normas- para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio; en este caso se trata de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se les dé; por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación y en consecuencia considera el Tribunal Constitucional que todos los Sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a formar parte de la Comisión “negociadora” y que su exclusión atenta al principio de libertad sindical. Las Comisiones «aplicadoras» son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados (en tan sentido, las SSTS 21/12/94 - rco 2734/93 -; 28/01/00 -rco 1760/99 -; 11/07/00 -rco 3314/00 -; 29/01/04 -rco 18/03 -; 24/05/01 -rco 3816/00 -; 08/04/02 -rco 1201/01 -; 06/07/06 -rco 212/04 -; 26/12/06 -rco 14/06 -; 28/12/06 -rco 140/05 -; 01/06/07 -rco 7/06 -; y 15/01/08 -rco 59/06).

... Y en aplicación de tal doctrina, sostiene la Sala: a) que la exclusión de un Sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó, ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva; b) que esta «limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiéndose por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo; y c) que cuando no concurren los anteriores datos, los signatarios de un convenio colectivo, en uso de la autonomía colectiva, pueden prever la creación de comisiones reservadas a quienes suscribieron el convenio, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo (así, por ejemplo, las SSTS de 29/01/04 -rco 18/03 -; 06/07/06 -rco 212/04 -; 26/12/06 - rco 14/06 -; 28/12/06 -rco 140/05 -; y 10/06/09 -rco 105/08 -).

... La precedente doctrina determina que el recurso no deba prosperar, habida cuenta de los inculpatos -al menos formalmente- hechos que la sentencia recurrida ha declarado probados: a) la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo había acordado -con el voto favorable de todos sus doce miembros, a excepción del representante de CGT- la constitución de diversas Comisiones [sobre consolidación de horas; adecuación funciones/categorías; sistema de incentivos; formación; y plan de igualdad]; b) la CGT no participa en dichas Comisiones, "por no ser firmante del Convenio"; c) "las conclusiones, estudios y deliberaciones habidas en el seno de dichas comisiones son sometidas a la consideración del Comité Intercentros, el cual, en definitiva es el que decide sobre la admisión o rechazo de las propuestas"; y d) en el Comité Intercentros "participa la CGT".

Pues bien, si las Comisiones -cuya nulidad demanda la CGT, que se negó a firmar el Convenio Colectivo- no tienen cualidad negociadora, porque así se declara probado en la sentencia recurrida y esta afirmación no trata de rebatirse en el correspondiente apartado revisor [no cabe que el Sindicato cuestione argumentalmente tal dato, sino que previamente debiera haber instado -y obtenido- su modificación por el cauce adecuado del art. 205.d) LPL, de error en la apreciación de la prueba], sino que su finalidad es de simple estudio y formulación de propuestas al Comité Intercentros, que es quien las acepta o rechaza, y que de este Comité sí forma parte la CGT [junto con UGT y CCOO], es claro que no puede apreciarse la limitación del derecho de libertad sindical por el que se acciona y que, por lo mismo, no puede accederse a la nulidad de las diversas Comisiones creadas y al reconocimiento de una indemnización privada -por lo dicho- de todo fundamento».

En corolario, también ha de acogerse este motivo de ambos recursos.

Decimoprimer o

El quinto de FASGA alude al art. 67 del convenio colectivo y a la frase «hasta el máximo de un año» contenida en el mismo que la sentencia de la Sala de instancia anula, lo que, según dicha parte, vulnera los arts 68, último párrafo, y 85.1 del ET, 2.d) de la LOLS y 1255 del CC, constituyendo igualmente el objeto de igual ordinal del recurso de ANGED, que menciona la infracción del art. 68 e) del ET.

El texto paccionado expresa sobre el particular: «Sistemas de acumulación de horas.

Para facilitar la representación a nivel superior de centro de trabajo, los sindicatos con presencia en el Comité Intercentros podrán utilizar el sistema de acumulación de horas a nivel de toda la empresa.

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».

La limitación subrayada no se explica, pues únicamente se da una justificación al hecho mismo de la utilización del sistema de acumulación de horas, no estableciendo el art. 68 e) del ET más que el derecho de los miembros del comité de empresa y de los delegados de personal a disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación, a lo que en su último párrafo añade dicho precepto que podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal en uno o varios de sus componentes «sin rebasar el máximo total», de manera que es ésta la única cota que impone en la materia el mencionado precepto. Y si se tiene en cuenta que el crédito horario constituye una garantía del ejercicio de las funciones representativas, cualquier impedimento o restricción, en y por principio, si no es de antemano rechazable, ha de hallarse, cuanto menos, plenamente justificada, de manera que se hace bueno lo que sucintamente expresa sobre el particular la sentencia recurrida cuando dice, partiendo de que el art. 68 del ET no establece límite temporal alguno, que «tal inclusión supone una extralimitación convencional de los límites marcados en la Ley», de modo que aunque

teóricamente se trate de un procedimiento que en opinión de la propia parte recurrente (FASGA) resulta «razonable y proporcionado al fin perseguido» consistente en la operativa gestión del crédito horario, ello no deja de ser una limitación que carece apoyo legal y, por tanto, inatendible.

Los motivos mencionados, por tanto, deben desestimarse.

Decimosegundo.

El sexto de ambos recursos se refiere al art. 87.5 del convenio, cuya supresión consideran atentatoria de los arts 85 y 91.1 del ET y 1255 del CC (FASGA) y 82.1 y 85.3.e) del ET (ANGED). El mencionado art. 87 se integra entre los reguladores de la Comisión Mixta, dentro del Capítulo I del Título IV del convenio, referente a la interpretación del convenio y resolución voluntaria de conflictos colectivos, señalando el art. 85 de dicho texto convencional que «ambas partes negociadoras acuerdan establecer una Comisión Mixta como órgano de interpretación y vigilancia del cumplimiento del presente Convenio colectivo». Sobre esta base, el art. 87.5 del mismo dispone, como una de las funciones dicha Comisión, que «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».

Según el tenor literal de dicho precepto, se trata de resolver discrepancias respecto al encuadramiento de la actividad profesional prevalente, es decir, de realizar una labor estrictamente hermenéutica, determinándose antes que el cometido de dicha Comisión es el interpretativo y de vigilancia de cumplimiento del convenio, por lo que puede considerarse aquélla si no plenamente auténtica, puesto que no procede de quien creó la norma, resulta, cuanto menos, oficial, en cuanto nacida de un órgano ad hoc que, a su vez, ha sido concebido en el propio seno de la negociación, de manera que esa Comisión Mixta carece de carácter negocial en este punto, porque no se trata como en principio apunta la sentencia recurrida en su décimoquinto fundamento de derecho de «la creación de nuevos puestos o funciones», sino, como acto seguido precisa, de «solucionar los problemas de encuadramiento dentro de un grupo profesional» y ésta, como reconoce expresamente dicha resolución, «no es negocial», por lo que desde esa afirmación y la que luego establece de que solamente son legales aquellas funciones que se limitan al encuadramiento dentro de uno de los grupos profesionales, la solución que debiera haber adoptado no sería la anulatoria del referido art. 87.5 convencional, en correcto desarrollo y aplicación del art. 22 del ET, siendo de tener presente, en fin, que conforme al art. 85 del propio convenio, la Comisión Mixta es una comisión paritaria (La Comisión Mixta estará integrada paritariamente....»), a la que el art. 91 del ET otorga capacidad para resolver las discrepancias producidas en la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, por lo que aquélla no altera, en este punto, la prescripción legal.

El motivo, por tanto, ha de prosperar.

Decimotercero.

El séptimo y último, también común, en fin, está concebido en torno a la anulación del apartado III de la Disposición Adicional del convenio, que se refiere al Pacto sectorial por el empleo y el mantenimiento de la demanda interna en un entorno de crisis, concretando en ese apartado que intitula «Resolución mediante flexibilidad interna de las situaciones de crisis» lo que sigue:

«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 ET, 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 el 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.»

Según entienden las recurrentes, la anulación de dicho punto se manifiesta opuesta al art. 85 del ET y 1255 del CC (FASGA) y al art. 82.3 y 41 del ET, de un lado, y a los arts 85.1 y 82.1 y 2 del ET, de otro (ANGED). Como sostiene el Mº Fiscal en este punto, no se puede asumir el razonamiento de aquéllas de que no se trata de inaplicar el convenio sino de aplicar medidas de flexibilidad, porque éste es «un concepto claramente indeterminado en el que se pueden englobar diversas medidas, pues significa que no se sujeta a normas estrictas (y) si esa medida de flexibilidad comporta una reducción salarial, rebasa los lindes de la aplicación del convenio, decisión trascendente y relevante que no debe tener encaje en el procedimiento del art. 41 sino en el más garantista del repetido art. 83.2» (en realidad, 82.3). Consecuentemente, la tesis de la sentencia recurrida expresada en su décimo séptimo fundamento de derecho, que se da por reproducido, es compartida por la esta Sala y debe, por tanto, confirmarse.

Los motivos en cuestión han de seguir, pues, suerte adversa.

De cuanto se ha expresado hasta ahora se deduce la estimación parcial de los recursos interpuestos en los concretos términos que se indican a continuación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimar en parte los recursos de casación, formulados por la Federación de Comercio Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CCOO), la Federación de Asociaciones Sindicales FASGA, por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), y la Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores (CHTJ-UGT), contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 13 de noviembre de 2013, aclarada por auto de fecha 2 de diciembre de 2013, en actuaciones seguidas por FECHT- CC.OO. y FECHT-UGT, contra ANGED, FETICO, FASGA, CIG, LAB y MINISTERIO FISCAL, sobre Conflicto Colectivo. Declaramos la nulidad del art. 9.A.3) del convenio colectivo de grandes almacenes y la vigencia del párrafo segundo del art. 4, del apartado segundo del art. 7, del art. 49, y de su art. 87.5, manteniendo la sentencia recurrida en el resto de sus pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.