

## AUDIENCIA NACIONAL

Visto el fallo de la Sentencia de fecha 1 de febrero de 2010, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, recaída en el procedimiento n.º 253/2009 seguido por la demanda de la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO y la Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería y Juego de UGT contra la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), la Federación Independiente de Trabajadores de Comercio (FETICO) y la Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA) y Ministerio Fiscal sobre impugnación de Convenio Colectivo.

Y teniendo en consideración los siguientes

### Antecedentes De Hecho

Primero.-En el Boletín Oficial del Estado de 5 de octubre de 2009 se publicó la Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 23 de septiembre de 2009, en la que se ordenaba inscribir en el Registro Oficial de Convenios Colectivos y publicar en el Boletín Oficial del Estado el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes.

### Fundamentos De Derecho

Primero.-De conformidad con lo establecido en el artículo 164.3 del Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, 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 Trabajo resuelve:

Primero.-Ordenar la inscripción de la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 1 de febrero de 2010, recaída en el procedimiento n.º 253/2009 y relativa al Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este Centro directivo.

Segundo.-Disponer su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Madrid, 21 de febrero de 2011.-El Director General de Trabajo, Raúl Riesco Roche.

## AUDIENCIA NACIONAL

### Sala de lo Social

Núm. de Procedimiento: 0000253/2009.

Tipo de Procedimiento: Demanda.

Índice de Sentencia:

Contenido Sentencia:

Demandante:

Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo (FECOHT); Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo y Juego de UGT.

Codemandante:

Demandado:

Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Federación de Trabajadores de Comercio (FETICO); FASGA; ELA STU; LAB; CIG; y Ministerio fiscal.

Ponente Ilmo. Sr.: D. Manuel Poves Rojas.

Sentencia n.º: 0012/2011

Ilmo. Sr. Presidente: Don Ricardo Bodas Martín.

Ilmos. Sres. Magistrados: Don Manuel Poves Rojas y don Enrique Félix de no Alonso-Misol.

Madrid, a uno de febrero de dos mil diez.

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

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

### **Sentencia**

En el procedimiento 0000253/2009 seguido por demanda de Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo (FECOHT); Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo y Juego de UGT; contra Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Federación de Trabajadores de Comercio (FETICO); FASGA; ELA STU; LAB; CIG; y Ministerio Fiscal; sobre impugnación de convenio. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Poves Rojas.

### **Antecedentes De Hecho**

Primero.-Según consta en autos, el día 30 de diciembre de 2009 se presentó demanda de Impugnación de Convenio Colectivo por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (CC.OO., en adelante), dirigida contra las representaciones integrantes de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo impugnado, concretamente la Asociación de Grandes Empresas de Distribución (ANGED, en adelante), la Federación Independiente de Trabajadores de Comercio (FETICO, en adelante) y la Federación de Asociaciones Sindicales FASGA, solicitando también se citase como parte interesada a la Federación de Comercio y Hostelería de la Unión General de Trabajadores (UGT, en adelante).

Segundo.-Por Providencia de fecha 4-1-2010 se registró tal demanda, designándose al mismo tiempo ponente; y por Auto de la misma fecha se acordó señalar para los actos de conciliación, y juicio en su caso, la fecha de 3 de febrero de 2010.

Tercero.-El día 4 de enero de 2010 la Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería y Juego de UGT presentó ante esta Sala demanda de Impugnación del mismo Convenio Colectivo, que fue registrada el 7-1-2010, dictándose en esta misma fecha Auto, que acordó la acumulación de esta demanda con la registrada bajo el número 253/09.

Cuarto.-A petición de la demandada FASGA, la Sala acordó mediante Providencia de 12 de enero de 2010 la suspensión de la vista del día 3 de febrero de 2010, fijando nuevo señalamiento para el día 10 de febrero de 2010.

Quinto.-Llegada esta fecha, tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, compareciendo como demandantes CCOO y UGT y adhiriéndose a la demanda la del sindicato CIG. Como partes demandadas lo hicieron ANGED, FETICO y FASGA.

Compareció también, en su legal representación el Ministerio Fiscal.

La parte actora desistió de la petición de nulidad de los artículos 10,B1 y B4 y 17.D.6. y de la Disposición Transitoria quinta, todos ellos del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, desarrollándose el acto del juicio en la forma que aparece reflejada en el acta levantada al efecto.

Con carácter previo a entrar en el fondo del asunto, las demandadas alegaron las excepciones de inadecuación de procedimiento (FETICO) y cosa juzgada (FASGA).

Sexto.-Esta Sala dictó sentencia en los presentes autos, el día 12 de febrero de 2010, que fue recurrida en casación ante la Sala IV del TS, que dictó sentencia en fecha 18 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva dice:

Estimamos el motivo procesal interpuesto en su recurso de casación por la

representación de «Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras» y sin entrar a conocer de los restantes motivos de la misma parte y los de las también recurrentes «Federación Estatal de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores», la «Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución», la «Federación de Asociaciones» y la «Federación de Trabajadores Independientes de Comercio», declaramos la nulidad de la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en 12/febrero/2010 [autos 253/09] y en materia de impugnación de Convenio Colectivo, y retrotraemos actuaciones a la fecha de dictarse aquélla, al objeto de con plena libertad de criterio el referido Tribunal dicte nueva resolución, subsanando la omisión argumental que ha sido apreciada.

Séptimo.-Por diligencia de Ordenación de fecha 26 de enero de 2011 se pusieron la actuaciones a disposición de los Ilmos. Señores Magistrados que constituyeron la Sala a fin, de que dicten la correspondiente resolución.

Octavo.-Con fecha 12.2.2010 se dictó sentencia por esta Sala y recurrida en Casación por las partes, fue anulada por el Tribunal Supremo en Sentencia 18.11.10.

Resultando y así se declaran, los siguientes

### **Hechos Probados**

Primero.-Con fecha 5 de agosto de 2009 fue suscrito el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, para el período 2009-2012, de una parte por ANGED, en representación de las empresas del sector, y, de otra, por las organizaciones sindicales FETICO y FASGA, en representación del colectivo laboral afectado.

Segundo.-Por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de septiembre de 2009 se dispuso su publicación en el BOE, lo que tuvo lugar el día 5 de octubre de 2009.

Tercero.-En este procedimiento son objeto de impugnación, total o parcialmente, los siguientes artículos del referido Convenio Colectivo:

A) El art. 4.2, que dice: «Se consideran materias propias y exclusivas del ámbito estatal para el sector y, en consecuencia, reservadas a esta unidad de negociación, las siguientes:

Contratación: modalidades contractuales.

Períodos de prueba.

Clasificación profesional.

Aspectos generales de la promoción profesional y régimen de ascensos.

Estructura salarial.

Salarios base sectoriales y su incremento.

Jornada máxima y su regulación básica.

Formación profesional.

Régimen disciplinario.

Régimen de representación colectiva.»

B) El art. 7, último párrafo, que dice: «Estos períodos serán de trabajo efectivo, descontándose, por tanto, la situación de incapacidad Temporal cualquiera que sea el motivo de la misma.»

C) El art. 9, apdo. cuarto, 1.º, que dice: «Las condiciones pactadas en el presente Convenio colectivo se refieren a la realización de la jornada máxima ordinaria pactada en su artículo 31, por lo que se aplicarán proporcionalmente en función de la jornada efectiva que se realice. Los trabajadores a tiempo parcial que realicen una jornada igual o superior al 80% de la máxima prevista en el Convenio disfrutarán de iguales derechos que los empleados a tiempo completo, salvo los salariales que se abonarán a prorrata de su jornada.»

D) El art. 9, apdo. cuarto, 6.º, que dice: «Los trabajadores empleados por la misma empresa, o por empresas del mismo grupo que apliquen el presente Convenio, por dos o mas contratos temporales de los actualmente en vigor, durante un tiempo de 25 meses dentro de un período de 30 meses, pasarán a ser trabajadores fijos de plantilla. Quedan exceptuados de tales medidas los contratos de interinidad, los de relevo, los formativos y los concertados para el fomento del empleo de minusválidos.»

E) El art. 12.B), párrafo 1.º, que dice: «Contrato por obra o servicio determinado. A los efectos de lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, además de los contenidos generales, se identifican como trabajos o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de las empresas del Sector, que pueden cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios determinados, las campañas o promociones específicas de productos por cuenta de terceros y las remodelaciones o cambios de implantación sin periodicidad fija.»

F) El art. 32.5, que dice: «Los tiempos de exceso que se produzcan sobre el cuadro horario del apartado 1 anterior son de prestación voluntaria, salvo causa legal, y, en consecuencia, tienen una de las notas características de las horas extraordinarias, la voluntariedad, pero sin que puedan calificarse como tales si se

compensan debidamente con descanso conforme a lo previsto en el artículo 34 del presente Convenio colectivo.

A fin de facilitar la actualización de tales descansos compensatorios, e independientemente de la verificación y liquidación anual, con carácter cuatrimestral, las empresas procederán a la liquidación de los tiempos de exceso que se hayan podido producir sobre el horario del artículo 32.1 mediante su compensación con igual tiempo de descanso, salvo acuerdo para su acumulación y disfrute en días completos.»

G) El art. 32.11, párrafo 2.º, que dice: «Por acuerdo con la representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa podrá excepcionarse a los trabajadores a tiempo parcial que presten su servicio en las líneas de caja de la adscripción a los cuadros horarios anuales 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. El presente sistema no afectará a aquellos trabajadores que ya tuvieran establecido un turno fijo regular de trabajo en la parte ya fijada.»

H) El art. 47, párrafo 3.º, que dice: «Aquellos trabajadores cuya actividad se realice en contacto con el público, y que no reciban uniforme, a los que les es debido, respetando la inveterada costumbre existente en el sector, por mor de su contrato de trabajo, un determinado y correcto estilo de vestir establecido en todo caso por la Dirección de la Empresa, disfrutarán, a elección del Comité intercentros, bien de un descuento para la provisión anual del vestuario en cuestión, consistente en chaqueta, pantalón, camisa, corbata y un par de zapatos, del 35 por 100 de su importe, o bien, una cantidad indemnizatoria de 260 euros, ésta en proporción a su jornada.»

I) El art. 53, último párrafo, que dice: «El sistema aquí previsto será de aplicación a todas las empresas, cualquiera que fuese el régimen de complementos que tuviera.»

J) El art. 71, que dice: «En aquellas empresas donde exista una dispersión de centros en diversas provincias, los sindicatos más representativos en el Sector, firmantes del Convenio colectivo, se constituirán a nivel de empresa en Comisión sindical, como interlocutores válidos a fin de servir de cauce de estudio, con planteamiento y propuesta de resolución si procediere al Comité intercentros, en todas aquellas materias que, excediendo de las competencias propias de los comités de centro o delegados de personal, por ser cuestiones que afectan a varios centros de una misma empresa y que por ello deban ser tratadas con carácter general.

Los miembros de las Comisiones sindicales serán designados por el sindicato respectivo y deberán coincidir, preferentemente, con los miembros del comité

intercentros.

K) El art. 75, párrafo 1.º, que dice: «A requerimiento de los trabajadores afiliados a los sindicatos reconocidos en el artículo 62, las empresas descontarán en la nómina mensual de los trabajadores el importe de la cuota sindical correspondiente. El trabajador interesado en la realización de tal operación remitirá a la Dirección de la empresa, un escrito en el que expresará con claridad la orden de descuento, la central o sindicato a que pertenece, la cuantía de la cuota, así como el número de la cuenta corriente o libreta de la Caja de Ahorros, a la que debe ser transferida la correspondiente cantidad. Las empresas efectuarán las antedichas detracciones, salvo indicación en contrario, durante períodos de un año.»

L) El art. 76, que dice: «Los sindicatos firmantes del presente Convenio colectivo podrán remitir información a todas aquellas empresas en las que dispongan de suficiente y apreciable afiliación, a fin de que ésta sea distribuida, fuera de horas de trabajo, y sin que, en todo caso, el ejercicio de tal práctica pudiera interrumpir el desarrollo del proceso productivo.

Estos sindicatos, podrán insertar comunicaciones en un tablón de anuncios, a cuyos efectos dirigirán copia de las mismas a la Dirección o titularidad del centro, sin que esta entrega obligatoria de copia suponga un trámite de autorización para la inserción de la comunicación.»

M) La Disposición Transitoria para la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso derivado de las sentencias del Tribunal Supremo, que dice: «Para la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso, y para poder cumplir con lo previsto en el presente convenio y en los criterios emanados de las sentencias del Tribunal Supremo es necesaria una redistribución ordenada de la jornada anual, por lo que, por una sola vez, para llevarla a cabo sin pérdida de jornada anual y de la debida atención al cliente, las empresas, teniendo en cuenta los períodos del año y/o días de la semana donde se produce una mayor actividad, habrán de acometer los cambios necesarios en los cuadros horarios de los trabajadores afectados, conforme la tramitación prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en el caso de que los cambios excedieran de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 2. del artículo 32 de este Convenio.

En orden a esta tramitación, 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 para el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo a nivel de empresa.

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 informe y consulta con la representación legal de los trabajadores en el

mismo, previamente a su aplicación.

Los cambios producidos en los horarios de trabajo en base a la aplicación de los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cómputo de descansos serán comunicados con treinta días de antelación a los trabajadores afectados.

En todo caso se establece al efecto de facilitar y homogeneizar dicho procedimiento: a) que, por el necesario respeto al criterio establecido por el Tribunal Supremo y al sistema de cómputo pactado concurre probada razón organizativa para ello; b) que estas modificaciones contribuyen a mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral 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 del Estatuto de los Trabajadores, dando con ello cumplimiento a la atenuación de las consecuencias para los trabajadores afectados a que se refiere párrafo 4 del citado artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores:

Esta modificación no podrá suponer la transformación de jornadas continuadas en jornadas partidas.

Por motivo de esta modificación no se podrá alcanzar la jornada máxima diaria más días al año de los que resulte de multiplicar por 3 el número de jornadas anuales en las que se vea reducida la prestación de trabajo del trabajador con motivo de la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso.

Por motivo de esta modificación tampoco se podrá alcanzar la jornada máxima diaria o bien más de tres días a la semana, o bien más de 12 días al mes.

La distribución de la jornada establecida en esta transitoria y los nuevos criterios de distribución de la jornada no afectarán a los trabajadores con jornadas reducidas por maternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente y/o por cuidado de familiar, salvo pacto expreso entre la Empresa y el trabajador o salvo cuando así venga exigido por la Autoridad laboral o judicial. Cuando el trabajador se reincorpore a la anterior jornada le será de aplicación lo dispuesto en esta transitoria.

Dados los plazos previstos en el presente Convenio para la confección de los calendarios anuales y de la necesidad de los preceptivos preavisos, los calendarios efectuados y comunicados conforme al anterior sistema se podrán mantener hasta tanto sean sustituidos por los nuevos, lo que deberá efectuarse en todo caso con motivo de la planificación de jornada correspondiente a 2010.

Cuarto.-Los artículos 32, 5 y 11, 59 y 64 del convenio de Grandes Almacenes para el período 2001-2005 contienen el mismo texto que los artículos 32, 5 y 11, 71 y 76 del vigente convenio colectivo. Dichos artículos fueron impugnados por CCOO



y UGT, conociéndose dicha impugnación por esta Sala, quien dictó sentencia desestimatoria el 20-11-2002, ratificándose dicha sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por sentencia de 11-04-2006, RJ 20062393, en lo que afecta a los artículos citados.

Se han cumplido las previsiones legales.

### **Fundamentos De Derecho**

Primero.-En cumplimiento de lo establecido en el art. 97.2 de la LPL, se hace constar que los anteriores hechos probados se deducen de los artículos que se citan del Convenio Colectivo que aparece incorporado a los autos, centrándose el tema debatido en el alcance estrictamente jurídico del contenido de los artículos del Convenio, que aparecen reflejados, salvo el hecho probado cuarto, que se deduce de la última sentencia citada, publicada en el repertorio jurídico Aranzadi con el número antes dicho.

Segundo.-Ha de darse respuesta en primer lugar a las excepciones planteadas, ya que la demandada FETICO alegó la excepción de inadecuación de procedimiento, referida únicamente a la pretensión vertida en la demanda de la UGT, apartado decimosegundo, en el que solicita se declare nulo el apdo. 5 del art. 53 del Convenio.

No puede tal excepción ser favorablemente acogida pues el cauce procesal adecuado para postular la nulidad de cualquier precepto de los contenidos en un Convenio Colectivo es el específico que a tal efecto configura la LPL en sus artículos 161 a 164, como efectivamente ha planteado UGT en este caso concreto, con independencia de la solidez de su planteamiento, pero formalmente no puede acogerse la excepción planteada, aunque no se indique expresamente cual sea el precepto vulnerado.

Tercero.-La representación de FASGA alegó la excepción de cosa juzgada respecto de las impugnaciones de los artículos 32.5, 32.11, 71 y 76 del Convenio Colectivo, por existir sobre estos temas un pronunciamiento de esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 20-11-02 y de la Sala IV del TS de 11-4-06, aunque referidos a un Convenio cronológicamente anterior, del mismo ámbito.

El alcance de la cosa juzgada ha sido abordado por la Sala IV del TS en su reciente sentencia de 10 de noviembre de 2009, en la que se dice que el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad que, de darse excluiría el segundo proceso, sino que es suficiente que lo decidido en el primer proceso, entre las mismas partes, actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condicione a lo ya fallado.

En el caso que ahora se enjuicia concurren los elementos requeridos por el art.

222.4 de la LEC para apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada.

En primer lugar, se aprecian las identidades subjetivas pues los litigantes en el proceso que dio lugar al recurso de casación en el que recayó la sentencia de la Sala IV del TS de 11-4-2006, y el que actualmente se ventila ante ésta Sala, son los mismos; y en cuanto al objeto de ambos procedimientos, en el primero se impugnaba determinados artículos del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes de 22 de Junio de 2001, y en el actual se formula idéntica impugnación, entre otros de algunos artículos que son literalmente idénticos en aquel Convenio, y en el actual de fecha 5 de Agosto de 2009 y con vigencia hasta el 31-12-2012.

Concretamente no puede ser acogida la pretensión que se vierte en las demandas de que sea anulado el art. 32 del Convenio, únicamente en sus apartados números 5 y 11, párrafo 2.º ya que la redacción es idéntica en el Convenio de 2001 y en el vigente de 2009, según puede apreciarse en los folios 732 (Convenio de 2001) y 52-54 (Convenio de 2009).

Asimismo la redacción de los artículos 59 (Convenio de 2001) y 71 (Convenio de 2009) es idéntica, como lo es también la del artículo 64 del anterior Convenio y la del artículo 76 del vigente. Ello obliga a entender que no existe información legal alguna en el contenido de los preceptos referidos del Convenio vigente, ya que la Sala IV del TS ha marcado el criterio de que el contenido del precepto referido (art. 32) suponga discriminación, pues no existe un trato diferenciado que pueda servir de base a la calificación de discriminación, como dice la sentencia de 11-4-2006, que matiza que de haberse establecido la excepción a la fijación anual del horario, únicamente a los trabajadores a tiempo parcial que prestan servicios en las líneas de caja, sin una justificación ni garantía que justificase el trato diferenciado, el mandato sería nulo, pero no se hace así en el Convenio, ya que de forma expresa se autoriza la alteración por pacto con la representación de los trabajadores en la empresa.

Es evidente que la Comisión Sindical prevista en el actual art. 71 del Convenio se configura en los mismos términos, incluso gramaticales, que la que establece el art. 59 del anterior Convenio, lo que significa que tal comisión carece de facultades negociadoras, siendo únicamente comisión de estudio que puede formular propuestas y proposiciones al Comité Intercentros en materias que exceden de un centro de trabajo. Ello conlleva que la participación en tal Comisión pueda restringirse a los firmantes del acuerdo, sin que tal limitación suponga merma de los derechos de libertad sindical reconocidos en el art. 28 de la Constitución.

También ha de acogerse la existencia de cosa juzgada, en relación con el art. 76 del vigente Convenio, que tiene idéntica redacción que la que tenía el art.64 del Convenio de 2001, pues el derecho de libertad sindical no se ha cercenado en el Convenio sino que simplemente se ha ampliado a sindicatos que, no siendo de los

más representativos, sean firmantes del Convenio, como razona la tan citada sentencia de la Sala IV del TS.

Apreciando, pues, el efecto positivo de cosa juzgada, han de rechazarse los pedimentos de nulidad respecto a los artículos 32.5 y 11, párrafo 2.º, así como de los artículos 71 y 76, todos ellos del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, actualmente en vigor.

Cuarto.-El artículo 4, 2 del convenio vigente dice lo siguiente:

«Los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del presente convenio, respetando el contenido del art. 3º del Estatuto de los Trabajadores, se regularán:

En primer lugar, por lo previsto en el Convenio como elemento homogeneizador de las condiciones de trabajo en el sector en todo el territorio nacional. 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 y por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa.

De conformidad con lo previsto en el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, los supuestos de concurrencia entre el presente Convenio estatal y cualquier otro tipo de acuerdo colectivo, se regirán por las reglas siguientes:

1. Será unidad de negociación el ámbito estatal, en primer lugar a nivel sectorial y en segundo a nivel de empresa en materias específicas. Toda concurrencia conflictiva entre el nivel sectorial y los acuerdos concretos de empresa se resolverá con sujeción al contenido material acordado en el convenio sectorial estatal que tiene el carácter de derecho mínimo indisponible.
2. Se consideran materias propias y exclusivas del ámbito estatal para el sector y, en consecuencia, reservadas a esta unidad de negociación, las siguientes:

Contratación: modalidades contractuales.

Períodos de prueba.

Clasificación profesional.

Aspectos generales de la promoción profesional y régimen de ascensos.

Estructura salarial.

Salarios base sectoriales y su incremento.

Jornada máxima y su regulación básica.

Formación profesional.

Régimen disciplinario.

Régimen de representación colectiva.

3. A nivel de empresa y respetando la homogeneidad en tal ámbito se podrán desarrollar aquellas materias no reguladas en el presente Convenio estatal y específicamente las que se remitan desde el mismo que son:

Promoción y ascensos y establecimiento de carreras profesionales.

Distribución de la jornada anual.

Implantación o modificación de sistemas de incentivos y/o valoración de puestos de trabajo.

Beneficios en compras.

Los acuerdos de Empresa así alcanzados no podrán alterar el contenido del presente convenio y serán de aplicación colectiva preferente sobre las condiciones que estén establecidas en ámbitos inferiores al de empresa, independientemente de que se respeten las condiciones más beneficiosas existentes, exclusivamente a título individual. En este caso, las condiciones personales más beneficiosas no podrán contar para su cuantificación como tales con el incremento económico contenido en el presente Convenio.

En segundo lugar, por las condiciones personales incorporadas a los contratos de trabajo fruto de la voluntad de las partes, siempre y cuando no establezcan condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones señaladas anteriormente».

Por consiguiente el artículo antes dicho apoyándose en el artículo 83, 2 ET, establece la estructura de la negociación colectiva, fija las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, determinado finalmente qué materias no pueden ser objeto de negociación en ámbitos inferiores, introduciendo nada menos que diez materias, que se reprodujeron más arriba.

CCOO y UGT impugnaron, en primer término, dicho precepto, porque los negociadores del convenio no reúnen los requisitos de legitimación, exigidos por el artículo 83, 2 ET, debiendo convenirse con dicha alegación, puesto que el requisito constitutivo para realizar convenios, con arreglo al precepto examinado,

es que los negociadores ostenten la condición de organizaciones sindicales y patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, lo que no sucede con los sindicatos firmantes del convenio, cuya representatividad en el ámbito del sector de Grandes Almacenes es indiscutible, estando legitimadas para suscribir convenios colectivos estatutarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87, 2 ET, pero no para negociar acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de los regulados en el art. 83, 2 ET, puesto que no reúnen los requisitos exigidos por los artículos 6 y 7 de la LOLS. Consecuentemente, como los sindicatos negociadores del convenio no ostentan la condición de organizaciones sindicales de carácter estatal ni de Comunidad Autónoma, se hace evidente que no pueden establecer la estructura de la negociación colectiva, fijar reglas para resolver los conflictos de competencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de negociación y mucho menos prohibiciones de negociación en ámbitos inferiores, apoyándose en lo dispuesto en el art. 83, 2 ET.

Cuestión distinta es que los negociadores del convenio impugnado, cuya naturaleza estatutaria no se combate, introduzcan los contenidos, que estimen oportunos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85 ET, así como cualquier otro extremo que no sea contrario al ordenamiento jurídico, en aplicación del principio de libertad de negociación, contemplado en el art. 1.258 del Código Civil, siendo perfectamente legítimo que reserven contenidos determinados al ámbito estatal, que quedarán protegidos, durante su vigencia, de ser afectados por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84, 1 ET, pudiendo, así mismo, remitir el desarrollo de la totalidad o parte de dichos contenidos al ámbito empresarial, pero no están legitimados para prohibir la negociación en ámbitos inferiores, como se infiere de la consideración como materia propia y exclusiva del ámbito estatal, contenida en el apartado 2 del artículo 4 del convenio, de los contenidos allí descritos, porque dicha prohibición vulnera lo dispuesto en el art. 84, 2 ET, que la jurisprudencia, por todas, sentencia TS 22-09-1998, RJ 1998Y7576 ha considerado como una norma de derecho necesario, salvo los contenidos contemplados en dicho precepto, que pueden vetarse a la negociación colectiva en ámbitos inferiores: grupos profesionales; régimen disciplinario; normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica. Este art. 84-2 ha estatuido, por razones de carácter político, un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 84-1 ha venido concediendo a los convenios colectivos de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se pueden suscribir pactos colectivos «que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior».

Así pues, el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de

este art. 84. Siendo claro, como se ha dicho, que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) «no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional». La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases «en todo caso» y «a pesar de lo establecido en el artículo anterior», dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales.»

El respeto al párrafo 2.º del art. 84 del ET, que es de derecho necesario como expresa tajantemente la citada sentencia de la Sala IV del TS, legitima a los sindicatos y asociaciones que reúnan los requisitos exigidos por los artículos 87 y 88 del propio ET para negociar, en un ámbito determinado que sea superior al de empresa, acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior.

Reservar a la unidad de negociación del propio Convenio las materias que antes se han enumerado conlleva una vulneración de los principios esenciales de la negociación colectiva, sin que pueda apreciarse, como sostuvo la demandada ANGED que se trate de potenciar la negociación sectorial.

Ha de declararse, en consecuencia, nulo el contenido del art. 4.2 del Convenio, en cuanto reserva a su propia unidad de negociación las seis materias que considera propias y exclusivas del ámbito estatal para el sector, y que los sindicatos accionantes enumeran en sus demandas.

Quinto.-Postulan también los sindicatos accionantes que se declare nulo por ilegalidad el art. 7.2 del Convenio impugnado en la expresión o frase siguiente: «Estos períodos serán de trabajo efectivo, descontándose por tanto, la situación de Incapacidad Temporal cualquiera que sea el motivo de la misma».

Se sostiene que son las partes del contrato de trabajo las que pueden pactar o concertar por escrito el contenido y alcance del período de prueba, pero es precisamente esto lo que prevé el art. 14.3 del ET al fijar que las situaciones del IT –entre otras– que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo, siempre que se produzca acuerdo entre las partes.

La redacción del último párrafo del art. 7 del Convenio no coarta ni impide que pueda existir en casos concretos el mencionado acuerdo, por lo que no puede entenderse que la redacción de la norma pactada vulnere el art. 14 del ET, al ser una facultad dispositiva.

Sexto.-Postula asimismo la parte actora que se declare la nulidad del art. 12 B del

referido Convenio, en la parte referida al inciso final del párrafo 1.º, que se concreta en la siguiente expresión: «...las campañas o promociones específicas de productos por cuenta de terceros y las remodelaciones o cambio de implantación sin periodicidad fija».

A tal efecto, sostiene que tal texto contraviene el art. 15.1 a) del ET porque la regulación convencional de la modalidad contractual por obra o servicio determinado supone una clara y directa desnaturalización de la misma al romper con el principio de causalidad y con las características de autonomía y sustantividad propia y duración incierta que para esta figura recoge nuestro ordenamiento, tal y como literalmente se dice en la demanda.

No puede ser favorablemente acogida su petición de que se anule la expresión a la que se refiere la demanda pues el precepto que se cita del ET establece que los Convenios Colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puede cubrirse con contratos de esta naturaleza, y el art. 12.B que se ataca solo equipara como tareas que pueden cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios determinados, «las campañas o promociones específicas de productos por cuenta de terceros y las remodelaciones o cambio de implantación sin periodicidad fija».

Cierto que la modalidad contractual temporal no puede utilizarse cuando afecte a una actividad empresarial habitual y ordinaria, pero no es menos cierto que la redacción vigente del art. 12.B es distinta a la que figuraba en el anterior Convenio del año 2006, y en el previo de 2001.

La sentencia de la Sala IV del TS de 11 de abril de 2006 entendió que lo que prima es la reiteración de una necesidad en el tiempo, procediendo la contratación temporal cuando la necesidad de trabajo es en principio imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular.

En el Convenio vigente, publicado en el BOE de 5 de octubre de 2009, se ha matizado el alcance de los contratos de duración determinada respecto a la redacción en los Convenios anteriores, precisando y reduciendo el contenido de tales contratos. Aparte de la remisión el art. 15.1 a) del ET, viene a decir el art. 12.B del texto pactado que « pueden cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios determinados dos tipos de actividad laboral:

Las campañas o promociones específicas de productos por cuenta de terceros.

Las remodelaciones o cambios de implantación sin periodicidad fija.

En el primer caso, las campañas y promociones a las que se refiere es preciso que sean «específicas», lo que conlleva que deben tener autonomía y sustantividad propia. Por consiguiente, al amparo del art. 12.B del Convenio es posible una

contratación legal, remitiendo el control de las eventuales desviaciones o abusos –como entendió esta Sala en su sentencia de 20 de noviembre de 2002– a los procedimientos singulares o plurales comunes.

El segundo tipo previsto también se ajusta a la legalidad pues prevé y precisa que las actividades de remodelación o cambios de implantación, si se concertan en el trabajador a través de un contrato por obra o servicio determinado no ha de tener periodicidad fija. Si la tuviese, evidentemente quedarían fuera de esta modalidad contractual laboral.

El Convenio Colectivo publicado en el BOE de 10-8-2001 que fue enjuiciado en la sentencia de la Sala IV del TS de 11 de abril de 2006 se limitaba a referirse a tareas comerciales que presenten perfiles propios y diferenciales del resto de la actividad. La redacción actual precisa que para acogerse a la temporalidad las tareas a las que se refiere han de hacerse sin periodicidad fija, lo que –a sensu contrario– significa que si las actividades comerciales tienen una temporalidad fija, no pueden acogerse a la contratación por obra o servicios determinados, pero solo en este caso.

Por ello, aunque la sentencia citada de la Sala IV del TS entendió que «la imprecisión del artículo hace que sean susceptibles de incluir en su autorización, sin forzar la interpretación literal, trabajos habituales de las empresas en el ámbito del convenio, la redacción actual, al precisar que son tareas sin periodicidad fija, ha de entenderse que se refiere a trabajos que no son habituales de las empresas.

En consecuencia, la postulada nulidad del art. 12.B del Convenio vigente no puede ser acogida favorablemente.

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

### **Fallamos**

Que estimando en parte las demandas interpuestas por CCOO y UGT a las que se adhirió CIGA, en el proceso de Impugnación de Convenio Colectivo promovido frente a ANGED, FETICO y FASGA, debemos anular y anulamos los siguientes preceptos del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, publicado en el BOE de 5 de octubre de 2009:

A) En el art. 42.2 de su articulado se anulan, como materias reservadas, las siguientes: aspectos generales de la promoción profesional y régimen de ascensos, estructura salarial, salarios base sectoriales y su incremento, jornada máxima y su regulación básica, formación profesional y régimen de representación colectiva.

B) En el art. 9.cuarto.1.º, se anula el inciso «que realicen una jornada igual o



superior al 80% de la máxima prevista en el Convenio».

C) En el art. 9.cuarto.6.º, se sustituye la frase «durante un tiempo de 25 meses» por la de «durante un tiempo de 24 meses», referida a empleados por la misma empresa, y se suprime la referencia a los contratos concertados para el fomento de empleo de minusválidos.

D) En el art. 47.párrafo 3.º, se suprime el inciso final que dice «ésta en proporción a su jornada».

Se desestima la pretensión de nulidad respecto a los artículos 32.5 y 32.11, así como respecto a los artículos 71 y 76, por aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada.

Se desestima la pretensión de nulidad respecto a los artículos 7,12.6, 53,75 y de la Disposición Transitoria para la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso derivado de las sentencias del Tribunal Supremo.

Remítase testimonio de la presente resolución a la Dirección General de Trabajo a los efectos legales pertinentes.

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

Al tiempo de personarse ante la Sala del Tribunal Supremo, el Recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 300,51 Euros previsto en el art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la cuenta corriente del Tribunal Supremo Sala de lo Social número 2410, del Banco Español Crédito, oficina de la C/ Urbana Barquillo, 49 - 28004 Madrid.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.