

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN**

5795 *Resolución de 24 de marzo de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la sentencia de la Audiencia Nacional, relativa al Convenio colectivo de Danone, S.A.*

Visto el fallo de la sentencia de fecha 3 de marzo de 2009 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, recaída en el procedimiento nº 201/2008 seguido por la demanda de la Federación Agroalimentaria de CC.OO, contra la empresa Danone, S.A.; USO; la Federación Agroalimentaria de UGT y Ministerio Fiscal sobre impugnación de Convenio Colectivo.

Y teniendo en consideración lo siguientes

Antecedentes de Hecho

Primero. En el Boletín Oficial del Estado de 5 de noviembre de 2008 se publicó la resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de octubre de 2008 en la que ordenaba inscribir en el Registro Oficial de Convenios colectivos y publicar en el Boletín Oficial del Estado el Convenio Colectivo de la empresa Danone, S.A.

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 este hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquel se hubiere insertado.

Esta Dirección General de Trabajo resuelve:

Primero.—Ordenar la inscripción de la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de marzo de 2009 recaída en el procedimiento nº 201/2008 relativa al Convenio Colectivo de la empresa Danone, S.A.

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

Madrid, 24 de marzo de 2009.—El Director General de Trabajo, José Luis Villar Rodríguez.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Núm. de Procedimiento: 0000201/2008.

Tipo de Procedimiento: Demanda.

Índice de Sentencia:

Contenido Sentencia:

Demandante: Fed. Agroalimentaria CC.OO; Pedro Gutiérrez Abad (Coord. Nacional CC.OO en Danone).

Codemandante:

Demandado: USO; Danone, S.A.; Fed. Agroalimentaria UGT y Ministerio Fiscal.

Ponente Ilma. Sra.: D.^a María Paz Vives Usano.

Sentencia N.º: 0013/2009

Ilmo. Sr. Presidente:
D. Enrique Félix de No Alonso-Misol.

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. Manuel Poves Rojas.
D.^a. María Paz Vives Usano.

Madrid, a tres de marzo de dos mil nueve.

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 0000201/2008 seguido por demanda de Fed. Agroalimentaria CC.OO; Pedro Gutiérrez Abad (Coord. Nacional CC.OO en Danone). contra USO; Danone S.A.; Fed. Agroalimentaria UGT y Ministerio Fiscal. sobre impugnación de convenio. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D.^a. María Paz Vives Usano.

Antecedentes de Hecho

Primero.—Según consta en autos, el día 13 de noviembre de 2008 se presentó demanda por Fed. Agroalimentaria CC.OO; Pedro Gutiérrez Abad (Coord. Nacional CC.OO en Danone). contra USO; Danone, S.A.; Fed. Agroalimentaria UGT y Ministerio Fiscal sobre impugnación de convenio.

Segundo.—La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 26 de febrero 2009 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

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

Resultando y así se declaran, los siguientes

Hechos Probados

1.º En el BOE de 5 de noviembre de 2008 se publicó el Convenio Colectivo de Danone, S.A., por orden de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de octubre de 2008. El convenio fue suscrito por representantes de la empresa y por el Comité Intercentros en representación de los trabajadores. (BOE aportado con la demanda).

2.º El sindicato demandante en este litigio no suscribió el convenio, si lo hicieron los representantes de UGT y de USO que sumaban la mayoría absoluta del banco social, compuesto por 13 miembros de los cuales 8 pertenecían a UGT, 4 a CC.OO y 1 a USO. (Demanda H. 2.º).

3.º En reunión del Comité Intercentros celebrada en Barcelona el 27 de enero de 2009 se sometieron a votación, entre otros asuntos, las conclusiones alcanzadas en la Comisión de Incentivos a la Producción con el siguiente resultado: votos a favor 8 (UGT 7 USO 1), en contra 0, abstenciones 4 (CC.OO). En consecuencia quedó aprobado el nuevo

Sistema de Incentivos a la Producción que se incorpora al Convenio Colectivo. (Doc A de la empresa demandada).

4.º En Parets del Valles el 10 de noviembre de 2008 se firmó un Acuerdo de Adaptación del Acuerdo local de 6 de julio de 1999 de la fábrica de Parets al art. 50 del vigente Convenio Colectivo «Distribución Irregular de la Jornada-Flexibilidad» que fue ratificado por el representante de CC.OO. (Doc O de la empresa demandada y testifical propuesta por la demandada).

Se han cumplido las previsiones legales.

Fundamentos de Derecho

Primero.—El precedente relato de hechos probados se desprende de la documental aportada al acto del juicio y de la testifical, valorada conforme a lo dispuesto en el art. 97-2 del TRLPL, sin que fueran objeto de controversia por las partes al ser un litigio estrictamente jurídico y según el desglose que se cita en cada hecho.

Segundo.—El suplico de la demanda definitivamente conformado en el acto del juicio oral, al incluir el letrado representante de la Federación Agroalimentaria de CC.OO y del coordinador nacional de Comisiones Obreras en Danone, el art. 33 del Convenio en su redacción, tiene por objeto que se declare la nulidad por ilegalidad de las siguientes disposiciones del VI Convenio Colectivo de la Empresa Danone: «Arts 11 y 14, en lo relativo exclusivamente a partes firmantes y en lo referido a la comisión de clasificación de personal, categorías y funciones. Art. 14 en el epígrafe donde se contempla la comisión Midas epígrafe cuarto en lo referido a partes firmantes. Art. 14 párrafo quinto donde se refiere a la comisión para desarrollar un sistema de clasificación profesional para el colectivo de administrativos en el inciso donde se establece partes firmantes. Art. 17 en el epígrafe de contratación de duración determinada en el párrafo tres, cuatro y cinco, donde se refiere a los puestos de trabajo relacionados con los perfiles, categorías definidos en los arts 15 y 16 del presente convenio a cubrir como contrataciones de carácter temporal tendrán las siguientes limitaciones: Por circunstancias de la producción e incremento de pedidos: los puestos afectados por esas concretas circunstancias, mientras dure tal situación y con un máximo de 3 años con contratos continuados. Por lanzamiento de una nueva línea de producción o nuevo producto. Cualquiera de los puestos intervinientes, mientras dure esta circunstancia con un máximo de 3 años. Art. 17 en el párrafo de contratación de puesta a disposición Empresas de Trabajo Temporal en la parte referida en los supuestos: Promociones/retractiles Sustitución absentismo y ausencias imprevistas menores a 30 días. Revisión y desencartonado de producto. Puesta en marcha de nuevas instalaciones o modificaciones y pruebas industriales. Apoyo a un proyecto o inversión. Incremento de producción respecto al presupuesto por un periodo inferior a 30 días. Trabajos de descarga puntual. Art. 33 en lo que se refiere al inciso «partes firmantes». Art. 50 en el párrafo donde se establece el exceso hasta el límite de la jornada máxima legal en cómputo anual, tendrá la consideración de jornada ordinaria de trabajo. Asimismo se declare la nulidad de la disposición adicional donde se establece «las partes firmantes del mismo».

En el acto del juicio la representación letrada de la demandante se ratificó en la demanda y la amplió al Comité Intercentros, cuyo presidente estaba presente en la sala y afirmó que no alegaba indefensión. Los argumentos en los que funda la pretensión del suplico son los mismos que se exponen en la demanda, diferentes según el contenido de cada apartado de artículos aunque en cada caso se alega la nulidad por ilegalidad.

Tercero.—Por su parte las demandadas se opusieron a la demanda. El letrado representante de la empresa estructuró sus alegaciones en función de la causa alegada en la impugnación en cuatro apartados distintos. Argumentos que expondremos en síntesis a continuación. En primer lugar la pretendida ilegalidad de la exclusión de la demandante de la composición de las distintas comisiones establecidas en el Convenio por no ser firmante del mismo, reguladas en los arts. 11, 14, 32, 33 y Disposición Adicional 1a por su carácter general que se extiende a aquellos supuestos, como los de los arts. 58 y 64 de la

norma negociada, en los que la regulación de las comisiones no contiene exclusión alguna. Consideró que la exclusión del sindicato demandante no vulnera su derecho a la negociación colectiva dado el carácter de estudio y elaboración de los distintos temas cuyo resultado debe ser sometido a la aprobación del Comité Intercentros del que sí forma parte CC OO.

En relación con el segundo motivo de impugnación centrado en la regulación que realiza el art. 17 del convenio de la contratación temporal, la demandada entiende que no se vulnera lo dispuesto en el art. 15 del ET, porque la demandante mezcla los dos párrafos del apartado 5 de esta norma y ello le lleva a una errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo.

Lo que dispone el art. 17 del convenio es consecuencia de la invitación del legislador a limitar mediante la negociación la utilización de la contratación temporal, y, en definitiva, evita que un puesto de trabajo, no un trabajador, en el que por circunstancias de la producción e incremento de pedidos, sea cubierto por contratos temporales de modo indefinido e introduce el tope máximo de 3 años. A partir de este plazo será cubierto por un trabajador con contrato indefinido.

En tercer lugar alegó que la impugnación relativa a la utilización de la contratación a través de ETT según dispone el art. 17 del convenio carece de fundamento puesto que ha de estarse en este tipo de contratación a lo regulado en el ET y en la Ley de Empresas de trabajo Temporal, los supuestos en que se autoriza este tipo de contratación en el convenio son reconducibles a los tipos del art. 15-1 del Estatuto.

Por último, en relación con la jornada y el art. 50 del Convenio considera que no existe causa de nulidad porque el Convenio establece dos jornadas distintas, la ordinaria y otra de carácter voluntario para los trabajadores que presten servicios en sábados, domingos y festivos en que se regula una retribución especial en dinero y además un descanso de hora y veinte minutos por cada una de ellas, y únicamente en el supuesto de que no quieran descansar se superará la jornada pactada como ordinaria. En el supuesto de que no hubiera voluntarios sería obligatorio con el límite de 5 días por año con la misma retribución.

Cuarto.—La letrada representante de UGT se adhirió a los argumentos antes expuestos con referencia, igualmente, a la sentencia de esta Sala de 2001 por la que se desestimó la impugnación del Convenio Colectivo de la Empresa Danone en la regulación de las Comisiones en él establecidas, por la misma causa que en el presente supuesto, la exclusión de CC.OO, que no firmó el convenio, de la composición de las mismas. Su alegación principal frente a este punto de la demanda es la naturaleza de las comisiones, deliberadora y preparatoria de los acuerdo, mientras que la facultad negociadora corresponde al Comité Intercentros que es quien tiene que aprobar los resultados de sus trabajos.

Realizó un examen de las distintas comisiones y de sus funciones y, por último, de la disposición adicional primera, también impugnada, que en ningún caso puede ser anulada por ilegalidad dada la literalidad de su regulación.

En el tema de la contratación alegó los mismos argumentos de la empresa. No se vulnera el art. 15 del ET puesto que los contratos eventuales, el convenio utiliza la posibilidad de ampliar el periodo de duración de los mismos hasta un máximo de 12 meses en periodos de 18 meses, regulada en el Convenio Colectivo Estatal de industrias lácteas y sus derivados, vigente en la actualidad.

En relación a la jornada, art. 50 del convenio, alegó que se cumple lo dispuesto en el art. 35 del ET, se pactan dos tipos de jornada una estricta y otra flexibilidad. Según la jurisprudencia que alega es posible pactar dos tipos de jornada con el límite de la jornada establecida en el art. 34 del ET, sin que se vulnere esta norma por retribuir como ordinarias las horas que superen la jornada ordinaria convencional pero no la legal supletoria.

La referencia al lanzamiento de nueva actividad constituye un error técnico de la redacción del texto convencional.

La representante de USO se opuso a la demanda y se adhirió a las alegaciones realizadas por los otros letrados demandados. El presidente del Comité Intercentros manifestó su conformidad con el Convenio.

Quinto.—Antes de entrar en el fondo del asunto hemos de examinar la posible incidencia de cosa juzgada en relación con los artículos impugnados referentes a la regulación de comisiones y la sentencia de esta Sala de fecha 2-04-01, ratificada por la del Tribunal Supremo de 8-04-02, que desestimaba la demanda de impugnación del Convenio Colectivo de la Empresa Danone para los años 1999-2001. La excepción no fue alegada por los demandados expresamente por lo que esta Sala advirtió a las partes que la excepción es aplicable de oficio y les concedió un turno de alegaciones sobre este tema. La actora se opuso por falta de identidad en las cláusulas de ambos convenios. La demandada alegaron que aunque el contenido de las mismas no sea igual, coincide la literalidad de la formula por la que se remiten a que los acuerdos deberán ser ratificados por el Comité Intercentros. Por su parte el Ministerio Fiscal consideró que no existe cosa juzgada sino vinculación al criterio jurisprudencial. Considera que la existencia de cosa juzgada es un instrumento de economía procesal pero como contrapartida petrifica la jurisprudencia.

Según la doctrina expresada en la STS de 28-11-08, con cita de la sentencia de 29 de mayo de 1995, «no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial que ha de dictarse en el nuevo juicio...» «... para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido —lo juzgado— en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona vinculándolo a lo ya fallado». En este supuesto la sentencia desestimatoria de la nulidad de los artículos del convenio impugnado fundaba el fallo en el carácter de las comisiones. La STC(4a) de 8 abril de 2002 Recurso de Casación núm. 1201/2001 que ratificaba la dictada por esta Sala de lo Social, en el fundamento jurídico segundo dice:»... la cuestión queda reducida a calificar las dos Comisiones objeto del debate, en el dilema «negociación» o «administración», conceptos acuñados por la Jurisprudencia y que diferencian la actividad consistente en regular «ex novo» condiciones colectivas de trabajo, en modificar de manera sustancial las preexistentes, o en aplicarlas con decisiones que excedan de su propio contenido (negociación); o bien las que se limitan a desarrollar o a interpretar —de modo auténtico— el contenido del Convenio (administración). Tal doctrina aparece suficientemente expuesta, entre otras en nuestra Sentencia de 11 de julio de 2000 recurso 3314/1999, en la que se dice, como compendio de la misma: «Se distinguen por tanto comisiones negociadoras y comisiones aplicadoras. Son las primeras las que se constituyen para la modificación o creación de reglas nuevas, y son las segundas las que tienen por objeto la aplicación o interpretación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, o la adaptación de alguna de ellas a las peculiares circunstancias de un caso concreto. En aquéllas tiene derecho a integrarse cualquier sindicato que esté legitimado para negociar. La participación en las segundas puede 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 y Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical». Sucede que las dos contempladas en el presente supuesto ni siquiera llegan al concepto o grado de «administración», porque se limitan a la tarea de estudio y preparación de la decisión a adoptar por el Comité Intercentros, órgano de composición proporcional a la presencia obtenida en los de representación unitaria, y al que no puede negarse, ni se niega, en este procedimiento, la capacidad para negociar y para convenir a nivel de Empresa, por tenerla conferida en el Convenio Colectivo que le instauró, y del que forma parte el Sindicato recurrente, que interviene, por tanto, en la negociación sobre las dos materias de que se trata (horas extraordinarias y reparto de excedentes). Esta doctrina resulta de aplicación en el presente litigio puesto que si bien las materias objeto de las comisiones son distintas, salvo en el supuesto del art. 14 en lo que se refiere a la Comisión Midas que es igual que en el de la sentencia citada, la formula de remisión a la ratificación por el Comité Intercentros es idéntica y por ello se excluye el carácter negociador de las mismas.

Sin embargo, compartimos en parte el razonamiento de la demandante cuando dice que la negociación no se limita a admitir o rechazar lo acordado por la Comisión sino que la negociación según el ET abarca todo el periodo de elaboración de los acuerdos desde que una de las partes propone a la otra la negociación. Admitido este razonamiento, lo cierto es que la facultad decisoria la tiene el Comité Intercentros y sin su aprobación los resultados de los trabajos no adquiere eficacia jurídica en norma. Además la parte demandante ha optado por rechazar la posibilidad que le ofrece la Disposición Adicional Primera de formar parte de las Comisiones mediante la adhesión a lo pactado, es decir voluntariamente se ha excluido, primero negándose a firmar el convenio y después a adherirse a él.

Sexto.—En cuanto al fondo del asunto la nulidad postulada debe ser examinada en relación con cada uno de los tres apartados restantes, una vez desestimada la nulidad de los preceptos que regulan las Comisiones, según los motivos alegados para su impugnación y ello con independencia de la vinculación a la totalidad que expresamente pactaron las partes negociadoras en el art. 7 del convenio. Es preciso recordar aquí la doctrina expuesta en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 22 septiembre 1998 Recurso de Casación núm. 263/1997, que en su fundamento jurídico segundo expresa lo siguiente:

«...En primer lugar, no parece muy acertado mantener que el equilibrio interno del convenio se rompa por causa de la anulación de uno o varios preceptos del mismo que infrinjan normas legales de derecho necesario, toda vez que precisamente dicho equilibrio se asienta sobre la base intangible e inalterable de estas normas de derecho necesario, y ha de entenderse establecido y construido por todas aquellas cláusulas del Convenio que respeten esas normas, no pudiendo computarse a tal efecto las cláusulas que las vulneran.»...

«...Por consiguiente, interpretar las cláusulas de vinculación a la totalidad de un convenio en un sentido tan literal y extremado como lo hace la doctrina del equilibrio negociador, supone abrir un amplio portillo para poder vulnerar el principio de legalidad que en nuestro ordenamiento proclama con carácter fundamental y genérico el art. 9.3 de la Constitución, y en relación estricta con la negociación colectiva lo recoge el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores; y además constituye un fuerte obstáculo para la plena vigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce e instaura el art. 24.1 de la Constitución, dado que tal interpretación de las cláusulas de vinculación a la totalidad de los convenios colectivos, de hecho provoca un numeroso y frecuente abandono del ejercicio de acciones judiciales por parte de aquellos que tenían pleno derecho a las mismas.

Es por ello por lo que en los últimos diez años la doctrina, tanto jurisprudencial como científica, ha puesto en tela de juicio la referida tesis del equilibrio del convenio. Y así la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1993, de 14 julio manifestó que «por encima de esta situación de equilibrio interno producto del pacto están las normas de Derecho necesario»; y la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 octubre 1990 explicó que aun cuando «es cierto que todo convenio constituye un todo unitario...ello no significa, de ninguna forma, que por tal causa tenga que aplicarse y que se considere válido y eficaz un precepto del convenio que infringe claramente la Constitución Española». Y concluye «... aunque existan en un convenio cláusulas de vinculación a la totalidad, la estimación de las demandas de impugnación de disposiciones específicas del mismo no lleva necesariamente consigo la declaración de la nulidad total de ese convenio, puesto que la consecuencia normal o propia de tal estimación será únicamente la declaración de la nulidad o de la ineficacia del artículo o artículos concretos del convenio que fueron objeto de tal impugnación». Reproducimos esta doctrina en respuesta a la alegación realizada en el acto del juicio sobre las consecuencias que podría tener la anulación de los preceptos impugnados, si prosperase la demanda.

Séptimo.—En la demanda se tacha de ilegalidad el art. 17 del Convenio que establece una nueva regulación de los contratos de duración determinada, en dos apartados. En el párrafo que se refiere a la limitación impuesta a la contratación temporal para los puestos de trabajo relacionados con las categorías definidos en los arts. 15 y 16 de este convenio

(puestos de fábrica y de comercial y logística respectivamente), que no podrá superar, mientras dure esta circunstancia (causa de la temporalidad) más de 3 años. Si la causa que originó la necesidad de la contratación supera el plazo indicado, se considerará estable y se procederá a su cobertura mediante el proceso de cobertura de vacantes del art. 19. Es claro que la demandante ha mezclado lo establecido en el art. 15 del ET sobre la regulación del contrato eventual y lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo. El precepto impugnado se refiere al puesto de trabajo no al contrato, y esto es claro si se lee, en párrafos anteriores, la regulación que el art. 17 hace del contrato eventual en el que se remite al Convenio Colectivo Estatal de Industrias Lácteas y sus derivados, vigente en la actualidad, que expresamente conviene que tales contratos podrán ser prorrogados hasta doce meses en un período máximo de 18 meses.

El párrafo impugnado impone una limitación más estricta que la legal, en respuesta a la invitación que el legislador hace a la negociación colectiva en el apartado dos del art. 15-5 del ET, al limitar la contratación temporal a tres años en un mismo puesto de trabajo, lo que no significa que ese puesto de trabajo esté ocupado por un único trabajador. En consecuencia no se aprecia la ilegalidad demandada.

El segundo motivo de impugnación del art. 17 se refiere al punto del mismo en que se regula la utilización de las ETT. En este caso es evidente que los negociadores han enumerado una serie de supuestos susceptibles de ser cubiertos por contratos de puesta a disposición que difícilmente encajan en lo dispuesto en la ley, tanto en la regulación estatutaria como en la ley de las Empresas de Trabajo Temporal, por su carácter de actividad permanente de la empresa o por remitirse a un tipo de contrato no vigente en la actualidad, aunque en este supuesto se podría reconducir a un incremento de la actividad. Aquí hemos de estar más que a la literalidad del precepto al uso que se haga de éste, como propuso el letrado de la empresa demandada criterio compartido por el Ministerio Fiscal. Si el uso es contrario a lo dispuesto en la ley se podrá plantear un conflicto colectivo o una demanda individual sin que sea necesaria la anulación del precepto.

Octavo.—Queda por último la impugnación del art. 50 que regula la jornada de modo que se en opinión de la demandante vulnera lo dispuesto en los arts. 34 y 35 del ET, en cuanto establece que el exceso de horas trabajadas hasta el límite de la jornada máxima legal en cómputo anual, tendrán la consideración de jornada ordinaria de trabajo y supone una antinomia normativa entre su contenido y el del art. 51 del Convenio Colectivo cuyo mandato coincide con el legalmente establecido en los citados artículos del ET.

El argumento de las demandadas consiste en fundamentar la regulación impugnada en la facultad que las partes, en uso de la autonomía colectiva, tienen para fijar la jornada siempre que se respeten los preceptos de derecho necesario. En este supuesto alegaron, el convenio ha establecido dos jornadas, la ordinaria o estricta que será de 1702 horas para los años 2008, 2009 y 2010 y la jornada-flexibilidad para aquellos centros en que exista una distribución irregular de la jornada. En este segundo supuesto, cuando un trabajador voluntariamente y a su petición supere la jornada anual es cuando el exceso de horas hasta el límite legal será considerado como jornada ordinaria. El razonamiento en definitiva, consiste en que si las partes están facultadas para fijar una jornada de duración igual a la máxima legal, pueden considerar que las horas sobre el máximo convencional, 1702 anuales, son de trabajo ordinario. La frase del letrado de la empresa es suficientemente expresiva: Quien puede lo más puede lo menos. Alegaron su carácter voluntario, su retribución económica y en descanso y la circunstancia de que únicamente si el trabajador optaba por su retribución solo monetaria se superaba la jornada anual. La demandada acreditó documentalmente el sistema de solicitud de su realización así como diversas peticiones de trabajadores concretos. El documento B de la prueba de la empresa es esclarecedor de la redacción del art. 50, difícil de entender.

Este tema ha sido objeto de análisis por esta Sala en reciente sentencia de 24 de febrero del presente año, autos 134/08. En ella se estudia el tema de acuerdo con la doctrina sentada en la STS de 21.2.2007. Reproducimos a continuación el fundamento jurídico sexto:

«Sexto.—La negociación colectiva tiene un valor normativo garantizado por el art. 37 de la Constitución pero esta garantía está precedida por la ordenación jerárquica de las normas, y según el art. 3.1. b del ET, los convenios colectivos están situados después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y el contenido de estos convenios debe respetar lo dispuesto en las leyes (art. 85.1 del ET), y así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional.

Las partes negociadoras del presente convenio en uso de este derecho constitucional han regulado una jornada de trabajo anual inferior a la máxima legal, establecida en el ET en defecto de convenio o contrato, pero ello no implica que puedan obviar o no estén sometidas a lo establecido en el art. 35 al establecer la remuneración de las horas extraordinarias, en relación con la diferencia de horas entre la jornada convencional y la jornada máxima legal. Según el art. 35 del ET: Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo fijada de acuerdo con el artículo anterior. En el art. 34 del ET se dispone que: La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos ó contratos de trabajo. En consecuencia, todas las horas que realicen los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio objeto de las presentes actuaciones serán extraordinarias si superan la jornada convencional. No existen unas horas extras convencionales a diferencia de las legales, susceptibles de ser remuneradas de una manera distinta en virtud de la mejora introducida en la tomada por la norma pactada. Todas son extraordinarias y a todas les es de aplicación lo dispuesto en el art. 35 del ET.»

Por ello debemos estimar la demanda sobre la declaración de nulidad por ilegalidad del art. 50 del Convenio Colectivo de Danone por vulnerar lo dispuesto en el art. 35 del ET., aunque la postura de la demandante al firmar el Acuerdo de adaptación del Pacto local de la Fabrica de Parets al Convenio de Danone sea poco coherente con la impugnación del este artículo.

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

Fallamos

En la demanda interpuesta por la Fed. Agroalimentaria CC.OO y D. Pedro Gutiérrez Abad en su condición de coordinador nacional de CC.OO en Danone frente a la empresa Danone, S.A., Fed. Agroalimentaria UGT y Unión Sindical de Trabajadores (USO), en proceso de Impugnación de Convenio, oído el Ministerio Fiscal, la Sala acuerda:

1.º Estimar la excepción de cosa juzgada en relación con la impugnación de los artículos 11, 14 y 33 del VI Convenio Colectivo de Danone.

2.º Estimar en parte la demanda y declarar la nulidad del art. 50 en el párrafo que dice: «El exceso hasta el límite de la jornada máxima legal en cómputo anual, tendrá la consideración de jornada ordinaria de trabajo» del VI Convenio Colectivo de Danone por ilegalidad y desestimar las restantes pretensiones expuestas en la misma.

Remítase copia de la presente resolución a la Dirección de Trabajo a los efectos oportunos.

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.

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. D. Enrique Félix de No Alonso-Misol en la Sentencia dictada en el procedimiento 201/08.

Hechos Probados

Conforme con los descritos en los de la Resolución disentida.

Fundamentos Jurídicos

Conforme con los numerales primero a séptimo de la misma.

Octavo

Resta por considerar la impugnación del artículo 50, que regula la jornada, enfrentándose así la tesis actora de que el mismo contradice los artículos 34 y 35 del ET (alegando que el exceso de horas trabajadas sobre la jornada ordinaria establecida en el propio Convenio Colectivo no pueden tener, como éste hace la consideración de jornada ordinaria de trabajo) y, por contra, la tesis de los demandados en que corresponde determinarlo siempre que se respete la jornada máxima legal del Estatuto de los Trabajadores, de 40 horas semanales,- a la autonomía negocial de los interlocutores sociales que, en uso de ella, fijaron una jornada ordinaria estricta de 1702 horas para los años 2008,2009 y 2010 y una jornada-flexibilidad para aquellos centros en los que existiera una distribución irregular de la jornada y que, en este caso cuando el trabajador voluntariamente y a su petición (con un máximo equivalente a 5 días de trabajo) podrá superar la duración de 1702 horas (propia de la jornada « estricta») repuntándose, en tal caso, como jornada «ordinaria»,si bien compensable con descanso de una hora y veinte minutos por cada hora que superara las 1702 o, bien, también a elección del trabajador, cambiando ese tiempo de descanso por su retribución correspondiente (1 hora y 20 minutos de salario de hora extraordinaria). Extremos estos acreditados documentalmente en el ramo de prueba de la empresa.

B) La referencia al fundamento sexto de nuestra sentencia de 18-2-09 no es más que un «obiten dicta» de la misma porque, en aplicación de la doctrina sentada en la STS 11-2-08 en el recurso 207/08, en definitiva se estimó la excepción de cosa juzgada y se desestimó la demanda en función de otra sentencia precedente de 31-1-05-firme que resolvía en sentido contrario al de ésta de la que se discrepa ya que este Magistrado sigue manteniendo el criterio de la SAN 31-1-05. Como la solución final era desestimatoria no cabía discrepar de ella, pero al ser la presente estimatoria la discrepancia con el criterio mayoritario (que se aparta del anteriormente sostenido) es para éste Juzgador insoslayable.

C) El artículo 34-1.º del ET dispone que: «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo» y luego asienta un Límite absoluto indisponible diciendo que: « la duración máxima de la jornada Ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedios en cómputo anual « (aunque haya de tenerse en cuenta, y aquí no es el caso, el RD 1561/1995 de 21-9-95, de jornadas especiales). La primera cuestión que se plantea es a qué se refiere el ET cuando define las horas extraordinarias como aquellas que sobrepasan « la duración máxima de la jornada Ordinaria de trabajo».

Caben dos respuestas:

1. Serán horas extraordinarias las que superan la duración de la jornada Ordinaria Legal

Las que superan el límite de 1826 horas en cómputo anual -Exclusivamente.

2. Serán horas extras las que superen la inferior jornada Convencional (fijada en Convenio Colectivo) o Contractual (determinada en el contrato de trabajo).

I. Tradicionalmente la respuesta mayoritaria vino acogiendo esta segunda solución (STS 15-12-92 y 18-9-00).

II. Mas recientemente el Tribunal Supremo, reconociendo el cambio de criterio respecto del anterior (STS 21-2-06 -recurso para unificación de doctrina 3338/04-), afirma que «parece más ajustada a la literalidad de los artículos 34 y 35 del ET, puestos en relación uno con otro, la interpretación de que sólo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, el 34 en el que se establece en 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria»- aunque no quepa desconocer que algunos Tribunales Superiores de Justicia (STSJ País Vasco 21-2-06-Rec 2318/05 y STSJ Cataluña 15-5-06 -Rec 3730/06 y 5-7-06 -Rec 677/05 -, entre otros, siguieran manteniendo el criterio original del Tribunal Supremo (que es el que la sentencia disentida ahora vuelve a retomar). Baste recordar, aunque referidas al sector sanitario, las STS 21-2-06 -Rec 2831/04 dictadas ambas en Sala General y las múltiples posteriores concordantes (por citar algunas la de 27-11-06, 5-12-06 y 5-7-07 - ésta en Rec 1870/06-) para concluir que existe un carácter dispositivo para que la autonomía de las partes pueda determinar el carácter ordinario o extraordinario de las horas de trabajo efectivo comprendidas entre la jornada máxima pactada y la jornada máxima legal. Por su claridad meridiana la STS de 20-2-07 - Rec U.D.3657/05 - ha de tenerse a tal efecto, como recordatorio, de que hay que distinguir dos tipos de ampliación de la jornada:

a) Por un lado las horas que superan la estipulada en el Convenio pero que no exceden de la jornada máxima legal (respecto de las que el Convenio no está sometido al derecho necesario propio del artículo 35-1.º ET) sino que válidamente « puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas - ordinarias y complementarias - no exceda del límite de la jornada máxima legal, porque si exceden estamos ya ante horas extraordinarias, en las que la regla del artículo 35-1.º del Estatuto de los Trabajadores es indisponible para la negociación colectiva, lo que nos sucede con las horas que no exceden de ese límite. Aparte de los precedentes de sentencias de esta Sala (bien que con otra composición de integrantes de la misma) así lo ha venido a reconocer la STS La Rioja de 28-3-00 en recurso 97/2000 refiriéndose no a horas extraordinarias sino a un « complemento voluntario de la jornada obligatoria anual».

b) Y por el otro, como se ha dicho, las que superan las 1826 anuales, siempre horas extras.

III) En razón a lo señalado, mi particular criterio discrepante conduce a que corresponde a la autonomía de los interlocutores sociales determinar en el Convenio Colectivo el poder calificar las horas que excedan de la jornada pactada y no alcancen la legal del ET como horas extraordinarias o como horas ordinarias y, por ello, (en función de la STS 8-10-03 -Rec 48/03 - y 20-2-07- Rec UD 3657/05-) y en una interpretación armónica poder entenderse que si el Convenio Colectivo carece de precisiones al efecto han de reputarse extraordinarias las horas que excedan (en cualquier caso) de la jornada pactada en el mismo. Y, a contrario, concluir, que es perfectamente legítima y legal la previsión en el otro sentido, pactada en Convenio Colectivo, entre el límite de la jornada que el mismo determina y la propia del artículo 34-1.º del ET - la de 40 horas semanales o 1826 anuales - como jornada u horas extraordinarias. Como este es el caso, y además ese complemento de jornada es voluntario, se funda en criterio objetivo (jornadas irregulares, frente a la jornada «estricta» para el caso de no flexibilidad horaria), se compensa con descanso de una hora veinte minutos por hora de trabajo (y, en su caso, a opción del trabajador con la retribución a ello correspondiente - por tanto superior al valor hora extraordinaria -) y como finalmente, opino que está vedado a los órganos jurisdiccionales sustituir la autonomía negocial de los interlocutores sociales en aquellos pactos que no sean plenamente

contrarias a normas de derecho necesario absoluto e indisponible, dejo constancia de voto discrepante por entender que el fallo de la sentencia debió decir:

Fallamos

Que en la demanda interpuesta por CC.OO y D. Pedro Gutiérrez Abad, en su condición de coordinador nacional de CC.OO en Danone, frente a esta empresa, la UGT y USO, en proceso de impugnación de Convenio Colectivo, oído el Ministerio Fiscal:

1. Estimar la excepción de cosa juzgada en relación con los artículos 11,14 y 33 del VI Convenio Colectivo de Danone.

2.–Desestimar la pretensión de nulidad de las demás pretensiones expuestas en la demanda por no apreciar vicio de ilegalidad en los pactos del Convenio Colectivo. Firme que sea esta sentencia remítase testimonio de la misma a la Dirección General de Trabajo a los efectos pertinentes.

Firmado: Enrique Félix de No Alonso-Misol.