

**7352**

*RESOLUCIÓN de 25 de marzo de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación de la sentencia de fecha 18 de febrero de 2002, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, recaída en el procedimiento número 00175/2001, relativo al Convenio Colectivo de Grandes Almacenes.*

Visto el fallo de la sentencia de fecha 18 de febrero de 2002, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, recaída en el procedimiento número 00175/2001, seguido por demanda de Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECHOT) y Federación Estatal de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, contra Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Federación Independiente de Trabajadores de Comercio (FETICO), FASGA y Ministerio Fiscal sobre impugnación de Convenio Colectivo;

Resultando que en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de agosto de 2001 se publicó la Resolución de la Dirección General de Trabajo, de fecha 23 de julio de 2001, 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;

Considerando que, de conformidad con lo establecido en el artículo 164.3 del Real Decreto Legislativo 2/1995, 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 hubiera interesado;

Esta Dirección General de Trabajo resuelve:

Primero.—Ordenar la inscripción de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional recaída en el procedimiento número 00175/2001.

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

Madrid, 25 de marzo de 2002.—La Directora general, Soledad Córdova Garrido.

AUDIENCIA NACIONAL

**Sala de lo Social**

Número de procedimiento: 00175/2001.

Demandante: Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECHOT) y Federación Estatal de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT.

Demandado: Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Federación Independiente de Trabajadores de Comercio (FETICO), FASGA y Ministerio Fiscal.

Ponente: Ilustrísimo señor don Eustasio de la Fuente González.

SENTENCIA NÚMERO 15/2002

Excelentísimo señor Presidente: Don Eustasio de la Fuente González.  
Ilustrísimos señores Magistrados: Don Pablo Burgos de Andrés y don José Ramón Fernández Otero.

Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil dos.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento número 175/01, seguido en virtud de las demandas formuladas por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECHOT) y por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, contra la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Federación Independiente de Trabajadores de Comercio (FETICO), FASGA y Ministerio Fiscal, sobre impugnación de Convenio. Ha sido Ponente el excelentísimo señor don Eustasio de la Fuente González.

**Antecedentes de hecho**

Primero.—Según consta en autos, el día 12 de noviembre de 2001 se presentó demanda suscrita por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECHOT), siendo registrada con el procedimiento número 175/01, y el día 19 de diciembre de 2001 se presentó demanda por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, y se registró con el procedimiento número 206/01. Siendo ambas demandas sobre Impugnación de Convenio y contra los mismos demandados.

Segundo.—La Sala designó Ponente, por providencia de fecha 30 de enero de 2002 se procedió a la acumulación del procedimiento número 206/01 a las actuaciones seguidas bajo el número 175/01, y se citó a las partes el día 14 de febrero de 2002 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.—Llegado el día y la hora señalados se celebraron los actos de conciliación, sin avenencia, y de juicio, habiéndose practicado las pruebas propuestas por las partes con el resultado que se refleja en el acta levantada al efecto.

Resultando y así se declaran los siguientes

**Hechos probados**

Primero.—La entrada en vigor del artículo 5.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, sensibilizó a las empresas del sector de Grandes Almacenes, para implantar horario mercantil en domingos y festivos, ya que con anterioridad los establecimientos comerciales no desarrollaban actividad en esos días.

Segundo.—A causa de lo anterior y para tener disponibles a trabajadores que prestaban servicios en las empresas afectadas, pactaron con algunos de aquéllos que les interesaba la prestación de servicios en domingos y festivos, determinadas condiciones económicas laborales que fueron incorporadas a sus respectivos contratos de trabajo, y a quienes no les interesó esta modalidad se les respetó su situación anterior, es decir, el derecho a no trabajar en domingos y festivos, aunque la empresa desarrollara actividad comercial en esos días.

Si la empresa no disponía de trabajadores de su plantilla en número suficiente que concertaran la prestación de sus servicios en domingos y festivos, contrataba al efecto a nuevo personal, conocido en el argot de este área comercial de Grandes Almacenes como sabaderos/as quienes a lo sumo estipulaban tres días de trabajo a la semana, incluido el domingo.

Tercero.—Las relaciones laborales de las referidas empresas se venían rigiendo por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, hasta que en 1997 se suscribe nuevo Convenio, con efectos desde el 1 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2000, en el cual también están incluidas las empresas encuadradas en la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución —ANGED— que no tuvieran Convenio Colectivo concurrente y otras empresas especificadas en su artículo 1.º, dando aquí por reproducida la literalidad del referenciado Convenio Colectivo, en aras de la brevedad, por correr unido a los autos en diversas piezas de prueba, siendo firmado por los sindicatos FETICO y CC.OO.

Cuarto.—Denunciado este Convenio, se negocia otro nuevo, que fue suscrito el 22 de junio de 2001 por la Patronal ANGED y las Centrales Sindicales FASGA y FETICO, y no firmaron UGT ni CC.OO. ahora demandantes, cuya inscripción en el registro fue acordada por Resolución de 23 de julio de 2001, de la Dirección General de Trabajo, y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de agosto, cuyo texto también damos aquí por reproducido al obrar en autos, y ser conocido por el principio «iura novit curia» al ser publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de agosto.

Se han cumplido todas las prescripciones legales sobre el trámite.

**Fundamentos de Derecho**

Primero.—Los hechos declarados probados son el resultado de la conciliación a que llega la Sala después de apreciar lo manifestado por las partes y la prueba practicada en el acto del juicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 97.2 del TRLPL.

Segundo.—Las demandas acumuladas de la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. y de Federación Estatal de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, son sustancialmente coincidentes en sus pretensiones, en la que CC.OO. postula se declare la nulidad de los párrafos 3.º, 7.º, inciso final, y 8.º del artículo 32, número 13; números 1, 3 y 4 de la disposición transitoria primera; disposición transitoria quinta y disposición transitoria octava, del Convenio de Grandes Almacenes publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de agosto de 2001, y la del

Sindicato UGT pide se declare la nulidad de las siguientes disposiciones del Convenio Colectivo: Artículo 32.13, regla primera y regla sexta, y disposición transitoria primera.1; artículo 32.13, regla décima –primer párrafo–; artículo 32.13, regla décima –último párrafo–; artículo 32.13, regla quinta –último párrafo–; disposición transitoria octava y disposición transitoria primera, apartados 3 y 4; es decir, que en la demanda de CC.OO. se impugna la disposición transitoria quinta del Convenio Colectivo precitado, por tanto, dados los términos en que la litis ha sido planteada y las causas aducidas para fundamentar la nulidad solicitada, hemos de decidir la contienda en congruencia con lo que es objeto de debate.

Tercero.—La nulidad que se propugna en la demanda de CC.OO. de los párrafos 3.º, 7.º inciso final y 8.º del artículo 32.13 del Convenio de Grandes Almacenes, se basa en que este artículo, en su punto 13, establece una jornada laboral, con carácter general de lunes a domingo inclusive, y cuando la empresa organice el trabajo en domingos o festivos deberá realizarse a lo largo de toda la semana mediante un sistema de turnos de trabajo y descansos..., del que excluye, así como de las retribuciones establecidas, a los trabajadores a tiempo parcial que no trabajen más de tres días a la semana, de los que uno necesariamente es domingo o festivo, todo lo cual, se afirma por la demandante, infringe el artículo 14 y 37.1 de la Constitución, artículo 12.4.d) y artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la doctrina sobre igualdad de trato y no discriminación invocada, y los Convenios 111 y 117 de la OIT.

Cuarto.—La solución del extremo precedente, objeto de conflicto, exige tener en cuenta que el artículo 32 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes con la rúbrica Distribución de jornada, cuyo número 1 impone a la empresa una planificación anual con cuadros horarios a fin de que los trabajadores conozcan el momento en que deben prestar el trabajo, y en el número 13 dispone que la jornada laboral en los centros comerciales se entiende con carácter general de lunes a domingo inclusive, y si la empresa organiza el trabajo en domingos o festivos la distribución de la jornada deberá realizarse a lo largo de toda la semana mediante un sistema de turnos de trabajo y descansos, de los que excluye, expresamente, del sistema a los trabajadores que no trabajan más de tres días de la semana de manera regular o en promedio anual, siendo uno de ellos los domingos o festivos, toda vez que en su contratación resulta condición básica la prestación de trabajo en domingos y festivos, lo que en la dicción del texto normativo convencional genera la exclusión de los importes que le retribuyen, a saber la retribución funcional anual de 25.000 pesetas, prorrateado su pago en doce mensualidades iguales, salvo pacto en contrario, a su vez los incluidos en el sistema de turnos, si el número de domingos o festivos trabajados por trabajador aumentara por encima de 10 anuales y por motivo de un mayor número de aperturas en festivo autorizadas, percibirán 3.000 pesetas adicionales por domingo o festivo trabajado que exceda de 10 anuales, cantidad esta que no se percibirá en los centros que a la entrada en vigor del Convenio ya vengán organizando el trabajo todos los domingos del año.

Partiendo de esta premisa «iuris», recogida en el artículo 32 del Convenio de Grandes Almacenes, con el contenido expuesto, y cuestionado en el litigio desde la perspectiva constitucional, y de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio de la OIT, antes citados, es necesario recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia de 31 de mayo de 1993, sobre el alcance del principio de igualdad ante La Ley, en abstracto, cuyos rasgos esenciales resume la STC 76/1990 así: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con lo que sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Quinto.—El artículo 32.1 del Convenio impone a las empresas la obligación de realizar en el primer trimestre del año natural una planificación anual de la jornada con los cuadros horarios laborales generales, a fin de que, con periodicidad anual, los trabajadores conozcan el momento

en que deben prestar el trabajo, y en su número 13 dispone que la jornada laboral en los centros comerciales se entiende con carácter general de lunes a domingo inclusive, y a continuación prevé para el caso de que la empresa organice el trabajo en domingos o festivos la distribución de la jornada, deberá realizarse a lo largo de toda la semana mediante un sistema de turnos de trabajo y descansos garante de que el trabajador cada ocho semanas sólo trabaje un máximo de seis domingos, y excluye expresamente de este sistema a aquellos trabajadores que no trabajen más de tres días de la semana de manera regular, o en promedio anual, siendo uno de ellos los domingos o festivos, exclusión que a tenor del párrafo tercero del número 13 del artículo 32 viene fundada a que en su contratación resulta condición básica la prestación de trabajo en domingos y festivos, lo cual implica por el propio texto del precitado párrafo la percepción de los importes que retribuyen la ejecución de la jornada en domingos o festivos por los trabajadores incluidos en el sistema de turnos.

Por tanto, la situación de los trabajadores a tiempo parcial, para prestar servicios como máximo tres días a la semana, incluido un domingo o festivo, de manera regular o en promedio anual, en razón a que en su contrato consta la condición de desarrollar su actividad por cuenta y orden de la empresa en domingo y festivo, es lo que constituye la diferencia causante de la desigualdad respecto de los trabajadores que el propio precepto incluye en el sistema de turnos de trabajo y descansos, en la hipótesis de que la empresa organice el trabajo en domingos o festivos, lo cual se traduce en una desigualdad de trato entre unos y otros, pero el precepto convencional para justificar la diferencia se basa en considerar que ambas situaciones no son idénticas, pues aunque la calidad de trabajo sea la misma en todo caso, y que objetivamente la prestación de servicios tiene lugar en domingo o festivo, la introducción del elemento diferenciador de la contratación «ad hoc» de los que han de desarrollar con regularidad su actividad laboral en un domingo o festivo, y no más de tres días a la semana o de promedio anual, tiene una justificación objetiva y razonable, dado que la finalidad de su contrato es la de trabajar en esos días, incluido un domingo o festivo, y es reflejo de la autonomía de la voluntad individual, reveladora de su interés particular de trabajar bajo tal modalidad contractual, de aquí que al conocer cada trabajador los días feriados a que se obliga a prestar sus servicios en favor de la empresa, no resulta artificiosa e injustificada la exclusión convencional del sistema de turnos de trabajo y descansos establecido en el párrafo segundo del número 13 del artículo 32 del Convenio. Bien es verdad que la no inclusión en este sistema de turno comporta una consecuencia prevista en la norma convencional, esto es, quedar excluidos de los importes que lo retribuyen, a saber: a) la retribución funcional anual de 25.000 pesetas prorrateada en doce mensualidades iguales, salvo pacto en contrario –párrafo seis del número 13 del artículo 32–, y b) la retribución adicional de 3.000 pesetas por domingo o festivo trabajado que exceda de diez anuales. La «ratio essendi» de estas percepciones, sin duda, obedece a la penosidad o molestia que representa para los trabajadores sujetos a las jornadas normales de la empresa, que en principio conllevaría el descanso en domingo o festivo, y que por una organización empresarial de la jornada laboral en domingos o festivos, deben realizar la correspondiente a estos días, con la disfunción que en el orden familiar de solaz o de recreo puede representar la ejecución de una jornada dominical o festiva y por ello se hacen acreedores a las retribuciones previstas en Convenio, y es precisamente aquella mayor penosidad la que aquí se intenta compensar económicamente, mientras que los contratados a tiempo parcial precisamente para trabajar tres días a la semana, uno de ellos domingo o festivo, han ordenado voluntariamente el disfrute del descanso, recreo, esparcimiento, etc., en la forma que tienen por conveniente al emanar de su voluntad, como resultado del ejercicio de su libertad, la decisión de suscribir un contrato de trabajo con el objeto dicho, por ello las consecuencias jurídicas que resultan de la distinción o diferencia establecida en el artículo 32.13 son adecuadas y proporcionadas con el fin que las mismas persiguen, y justifican razonablemente que no se les reconozca a los trabajadores a tiempo parcial referidos el derecho a las retribuciones previstas en la norma convencional para los demás, y, por ende, todo lo razonado permite concluir que no concurren la infracción del artículo 14 de la Constitución y demás preceptos invocados.

En cuanto a la percepción retributiva adicional de 3.000 pesetas por domingo o festivo trabajado por encima de diez anuales, que no reconoce la norma convencional a los trabajadores de los centros de trabajo que a la entrada en vigor del Convenio ya vinieran organizando el trabajo todos los domingos del año, esta exclusión es a todas luces injustificada por arbitraria e irrazonable, toda vez que el derecho a la retribución adicional de 3.000 pesetas es por domingo o festivo trabajado que excede de 10 anuales, y la exclusión se refiere a las empresas que vengán organizando el trabajo todos los domingos del año, cuando la retribución adi-

cional de 3.000 pesetas es por domingos y festivos trabajados, es decir, que en el cómputo entran los festivos, esto es domingos más festivos y superen los 10 al año, por lo que en este aspecto la norma en cuestión infringe el artículo 14 de la Constitución, y consecuentemente es nula.

Sexto.—El último párrafo del artículo 32 del Convenio impugnado dispone: «Aquellos trabajadores contratados con anterioridad a la firma del Convenio que no tuvieran recogida en contrato o en pacto posterior la obligación de trabajo en domingo mantendrán tal derecho como condición personal más beneficiosa, independientemente de lo previsto en la disposición transitoria primera».

Este precepto reconoce a algunos trabajadores el carácter de condición personal más beneficiosa al derecho a no trabajar en domingo o festivo, porque fueron contratados con anterioridad a la firma del Convenio y no pactaron en contrato o pacto posterior la obligación de trabajar en domingo, por ello, dicha condición personal se integra en el contenido jurídico de la relación laboral de cada trabajador, siendo fuente reguladora de la misma el contrato de trabajo y según el artículo 1.091 del Código Civil «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos», de aquí que, en principio, la empresa debe respetar el derecho que le asiste al trabajador a no trabajar en domingo o festivo en aplicación de aquella condición personal. No obstante, aquel párrafo último del artículo 32 del Convenio deja a salvo lo previsto en la disposición transitoria primera, en la cual su apartado 1 regula la posibilidad de que otro grupo de trabajadores, que comprende aquellos que por no tener recogido en su contrato o pacto posterior la obligación de trabajo en domingos en centros donde se realice esta actividad comercial, vinieren percibiendo o tuvieran derecho a percibir mayores importes por trabajo en domingos que los previstos en el Convenio, podrán, por acuerdo con la empresa, incorporarse al sistema general, es decir, la situación de este grupo de trabajadores se genera porque por su libre voluntad antes del Convenio impugnado pactaron con la empresa las condiciones de trabajo en domingos, y de no acordar con la empresa después de la entrada en vigor del Convenio indicado su incorporación al sistema general del número 13 del artículo 32, se les mantiene según el apartado 1 de la disposición transitoria primera y a título exclusivamente personal el sistema propio hasta 31 de diciembre de 2001.

De lo antedicho se deduce que el último párrafo del artículo 32 del Convenio contempla: 1.º El grupo de trabajadores que «ad personam» se les reconoce el derecho a no prestar servicios en domingo —ni en festivos— por hallarse en esa situación con anterioridad a la vigencia del Convenio Colectivo de 2001; 2.º La salvedad referida al grupo de trabajadores comprendidos en la disposición transitoria primera ambos grupos son distintos, pues el primero no está afectado por la regulación que respecto de los segundos hace la misma, a aquéllos se les mantiene, según se ha expuesto y a título exclusivamente personal, el sistema propio hasta el 31 de diciembre de 2001.

Séptimo.—Delimitado en el anterior razonamiento el grupo específico de trabajadores a quienes afecta el conflicto, procede decidir sobre la legalidad o ilegalidad del contenido normativo convencional relativo a los mismos.

El apartado 2 de la disposición transitoria primera proclama un compromiso entre las partes firmantes, a saber, realizar un esfuerzo para conseguir el mayor número posible de adhesiones voluntarias al nuevo sistema, a fin de que se haga realidad la extensión del cobro prevista en el artículo 32 del Convenio, y hacerlo compatible con la imprescindible atención a las dotaciones necesarias de los centros en los días de apertura al público.

Seguidamente el apartado 3 de la disposición transitoria primera dice: «Para los trabajadores empleados en el momento de entrada en vigor del Convenio Colectivo, el tiempo trabajado, aunque sea con anterioridad al mismo, computará a los efectos de determinar los meses de prestación de servicios (artículo 9), cuando sean contratados nuevamente».

Lo dispuesto en este apartado 3, está relacionado con el mantenimiento excepcional y a título exclusivamente personal del sistema propio hasta el 31 de diciembre de 2001 para aquellos trabajadores que en el transcurso de ese año no acordaron con la empresa su incorporación al sistema general, surgiendo el «dubium» sobre si el Convenio Colectivo de 2001 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2005, —artículo 3—, puede penetrar en la situación de aquellos trabajadores que con anterioridad a la firma de este Convenio, sin obligación de trabajar en domingo, por no tener recogido en su contrato o en pacto posterior tal obligación, vinieran percibiendo o tuvieran derecho a percibir mayores importes por trabajo en domingo que los previstos en el Convenio, por asumir voluntariamente la ejecución del trabajo en domingo, es decir que ni en su contrato inicial, ni por novación de éste, el trabajador tiene la obligación de realizar su actividad en domingo, sino que voluntariamente lo realiza.

Octavo.—El Convenio Colectivo como instrumento normativo de las relaciones laborales puede regular las condiciones de trabajo y de productividad en el ámbito correspondiente al área de negociación y penetrar en los aspectos de las relaciones individuales, pero no en aquellas condiciones ad personam, integradas en el contrato que afectan a su propio objeto, como es la no prestación de servicios en domingos o festivos, las cuales exigen ser respetadas, habida cuenta que los trabajadores no han asumido la obligación de realizar su actividad laboral en dichos días, sin que en la negociación por vía de la autonomía colectiva, en la que interviene la Patronal y los Sindicatos más representativos, se pueda pactar la alteración de dicho objeto, por no existir norma legal que habilite la negociación respecto a una materia sobre la que, con apariencia de distribución de la jornada laboral, impone la obligatoriedad de trabajar en domingo o festivo, a aquellos trabajadores que no hayan acordado con la empresa la prestación de servicios en esos días de descanso semanal y de fiesta laboral de imperativo legal por mor del artículo 37.1.2 del ET y el único medio de modificación sustancial de una condición de carácter individual, al estar integrada en el contrato de trabajo de cada uno de los trabajadores, es el del artículo 41 del ET, sin que aquel carácter individual lo pierda por el hecho de que los trabajadores afectados formen un colectivo, pues la condición de inexistencia de la obligación de trabajar en domingo o festivo no nace de un acuerdo o pacto colectivo, ni de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, sino del mismo contrato laboral con las consecuencias jurídicas del artículo 1.091 del Código Civil, por consiguiente al establecer el Convenio Colectivo la modificación sustancial de una condición de trabajo de carácter individual infringe el artículo 41 del ET, que es de «ius cogens», con el consiguiente efecto de nulidad en virtud del artículo 6.3 del Código Civil, garante del principio de legalidad proclamado por el artículo 9 de la Constitución, sin que sea causa enervante de esta conclusión la exigencia del informe previo del Comité Intercentros, establecida en el número 3 del artículo 32 del Convenio, ya que el valor del mismo no es más que el de una simple audiencia del órgano de representación de los trabajadores, por lo que la decisión empresarial es unilateral, y su resultado, no sólo no es producto del acuerdo interpartes, sino que tampoco se acomoda a lo previsto en el referido artículo 41.

Noveno.—El apartado 4 de la disposición transitoria primera dice textualmente: «A partir de 1 de enero de 2003, no se podrá programar por la empresa trabajo en domingos o festivos a ningún trabajador con condición personal de no trabajar dichos días que no haya querido integrarse en el sistema general, salvo que, por ineludibles necesidades de atención al público en los centros en los que no se hayan alcanzado los parámetros del número anterior, la empresa, previo acuerdo con el Comité Intercentros, podrá hacer excepciones en los mismo términos del número anterior».

En este caso, se exige acuerdo con el Comité Intercentros, y aunque con ello se aproxime a la exigencia del artículo 41 del ET, en cuanto al acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, sin embargo, se obvia el derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el apartado 3, párrafo segundo, del artículo 41 del ET y, por ello, este punto 4 de la disposición transitoria primera adolece de igual vicio de nulidad, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, toda vez que atenta a los derechos individuales del trabajador, al no reconocerle el derecho indemnizatorio, que como necesario está previsto en aquel párrafo segundo del apartado 3 del artículo 41 del ET, y, en consecuencia, procede estimar la pretensión rectora del proceso en este particular.

Décimo.—La disposición transitoria quinta tiene esta literalidad: «A fin de dar cumplimiento a la reducción del número de horas a planificar anualmente, las empresas, independientemente de la facultad contenida en el artículo 32.3, podrán variar el horario de trabajo de los trabajadores afectados por la reducción».

La facultad que esta disposición se atribuye a la empresa, claramente unilateral, y por idénticos razonamientos a los contenidos en los ordinales 8.º y 9.º de estos fundamentos jurídicos, es contraria a Derecho, y el propio artículo 6.3 del Código Civil lo sanciona con su nulidad, de aquí, la procedencia de la estimación de la demanda en cuanto a aquélla.

Undécimo.—De la disposición transitoria octava, lo que se impugna es su primer párrafo, en el que se dice: «Las empresas que vinieran abonando a sus trabajadores cantidades que tuvieran su origen en la retribución del trabajo en domingo, no afectados por la transitoria primera, podrán compensarlas con el complemento funcional previsto en el artículo 32.13».

En esta norma convencional se establece en favor de la empresa comprendidas en el ámbito del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes —2001-2005—, la facultad de poder compensar con el complemento funcional del artículo 32.13, las cantidades que tuvieran su origen en la retribución del trabajo en domingo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2000, con cita o reproducción del criterio de la misma

Sala de 26 de diciembre de 1989, declara que para poder operar la compensación necesita en cualquier caso la existencia de dos situaciones que permitan la comparación, y, en su caso, la compensación o absorción de los incrementos, cual se desprende de la propia literalidad del apartado 5 del artículo 26 del ET, cuando del contenido y de los términos con que aparece redactada esta disposición se colige que confiere a las empresas el derecho a neutralizar la retribución del trabajo en domingo, de los trabajadores que realicen su prestación de servicios en ese día, no afectados por la transitoria primera, por el complemento funcional, sin diferenciar la mayor o menor cantidad de aquélla respecto de éste, y al no especificarlo, puede resultar un perjuicio para el trabajador en aquellos supuestos en los que su retribución del trabajo en domingo fuere superior al complemento funcional previsto en el artículo 32.13, perjuicio que no debe soportar el trabajador, por contraindicarlo el artículo 3.5 del ET, lo que acarrea igualmente la nulidad del párrafo primero de la disposición transitoria octava, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, lo que da lugar a acoger este pedimento de la demanda de CC.OO.

Duodécimo.—En la demanda de CC.OO se postula además la nulidad del párrafo 8.º del artículo 32.13, y la lectura del escrito rector del proceso evidencia que, sobre este punto del Suplico, no se hace referencia en aquélla a hecho alguno o fundamento de derecho que sirvan de base a esta petición; no obstante, examinada la normativa convencional de dicho párrafo, en la que, a los que trabajen más de tres días del promedio a la semana con el sistema previsto en el mencionado artículo 32, se les reconoce el derecho a percibir 3.000 pesetas por domingo trabajado, no conculca ningún precepto de derecho necesario y, por consiguiente, tiene plena validez y eficacia.

Decimotercero.—El enjuiciamiento de la demanda de la Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT exige el examen particularizado de cada uno de los apartados del Suplico, en cuyo apartado a) pide la nulidad del artículo 32.13, reglas primera y sexta, y disposición transitoria primera, en cuanto excluyen del régimen y los derechos establecidos en el artículo 32.13 y disposición transitoria primera.1, a los trabajadores de los centros comerciales que trabajan en forma regular o en promedio anual, menos de cuatro días a la semana siendo uno de ellos domingo o festivo.

Los mismos razonamientos expuestos en los fundamentos de Derecho tercero, cuarto y quinto, anteriores dan respuesta adecuada a lo solicitado en este apartado, por lo que hay que estar a las resultados de las conclusiones sentadas al respecto en aquellos sobre los trabajadores a tiempo parcial, para prestar servicios como máximo tres días a la semana, incluido un domingo o festivo, de manera regular o en promedio anual al quedar excluidos de los turnos de trabajo y descansos, y de las retribuciones específicas, funcional de 25.000 pesetas anuales, y la adicional de 3.000 pesetas por domingo o festivo trabajado.

Decimocuarto.—El apartado b) de la pretensión del sindicato de UGT postula nulidad del primer párrafo de la regla décima del artículo 32.13 por excluir del régimen y los derechos establecidos en este artículo a los trabajadores de los centros comerciales que prestan servicios en domingos o festivos con independencia de la actividad comercial o en régimen de guardias.

Esta exclusión del sistema normativo convencional es razonable, toda vez que los trabajadores afectados por la misma prestan sus servicios por cuenta de la empresa con independencia de la actividad comercial, o se realice con carácter especial en régimen de guardias, es decir, que la obligación de trabajar en domingo o festivo no viene impuesta ni es motivada por la actividad comercial, o bien surge en otros casos, con carácter especial —dice el texto aquí impugnado— en régimen de guardias, y por consiguiente está justificada su exclusión por el propio objeto de su contrato de trabajo, en el que la actividad laboral es distinta de la que comprende el sistema del artículo 32.13 del Convenio, por ello, hay que rechazar este apartado b) del «petitum», y por la misma razón, el apartado c) relativo al artículo 32.13, regla décima, último párrafo, cuya nulidad se solicita, y debe correr suerte adversa, porque la actividad que desarrollan estos trabajadores es distinta a la de los establecimientos comerciales, de ventas minoristas, sin que haya constancia en el proceso de que el centro sin actividad comercial esté vinculado necesariamente a la apertura del centro comercial, por ser imprescindible para el pleno desarrollo de las ventas de éste, como puede ser la provisión de mercancías o bien pueda obedecer la apertura en domingo o festivo del centro no comercial a otra diversidad de causas.

Decimoquinto.—La solución jurídica del apartado d) concerniente a la nulidad del último párrafo de la regla quinta del artículo 32.13 consta en el quinto fundamento de derecho, y la respuesta allí dada ha de entenderse comprensiva de este apartado del «petitum» del sindicato UGT. A su vez, como en el fundamento de derecho undécimo se analiza lo con-

cerniente a la disposición transitoria octava, la argumentación jurídica allí vertida se hace extensiva ahora para atenernos a la conclusión tomada en aquel fundamento de derecho, y, en tal forma, queda resuelto el apartado e) del Suplico de la demanda de la Federación de UGT.

Decimosexto.—Por último, el apartado f) relativo a la disposición transitoria primera, apartados 3 y 4, impugnada por nulidad, en cuanto dejan sin efecto, durante los años 2002 y 2003 la condición más beneficiosa reconocida en el último párrafo del artículo 32.13 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes.

En los fundamentos de derecho sexto, séptimo, octavo y noveno se expone la argumentación jurídica para resolver el punto controvertido por el otro sindicato demandante —FECHOT CC.OO.— que versa sobre la nulidad de los números 1, 3 y 4 de la disposición transitoria primera, y, en consecuencia, damos por reproducida aquella línea de fundamentación jurídica, para resolver este apartado f).

Decimoséptimo.—En mérito de todo lo razonado, y en congruencia con lo solicitado por los demandantes, procede estimar parcialmente las demandas con el alcance que a continuación delimitamos.

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

#### FALLAMOS

Estimamos en parte las demandas formuladas por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECHOT) y por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT contra la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Federación Independiente de Trabajadores de Comercio (FETICO), FASGA, y Ministerio Fiscal, sobre Impugnación de Convenio, y declaramos la nulidad de:

a) Inciso final del párrafo séptimo del artículo 32.13 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes —2001-2005—, en cuanto no reconoce el derecho a percibir la retribución adicional de 3.000 pesetas por domingo o festivo trabajado que exceda de 10 anuales, a los trabajadores de los centros que a la entrada en vigor del Convenio ya vengán organizando el trabajo todos los domingos del año; b) Disposición transitoria primera, números 1, 3 y 4; c) Disposición transitoria quinta, y d) Disposición transitoria octava; y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

Desestimamos los restantes pedimentos de las demandas, de los que absolvemos expresamente a los demandados.

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 anteriormente 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 artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la cuenta corriente número 011.2410 del Banco Bilbao Vizcaya, oficina de la calle Génova, 17, de Madrid, a disposición de la Sala IV del Tribunal Supremo.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## 7353

*RESOLUCIÓN de 25 de marzo de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo de la empresa «Wincor Nixdorf, Sociedad Limitada».*

Visto el texto del Convenio Colectivo de la empresa Wincor Nixdorf, Sociedad Limitada» (Código de Convenio número 9013942), que fue suscrito con fecha 31 de diciembre de 2001 de una parte por los designados por la Dirección de la empresa en representación de la misma y de otra por el Comité de Empresa en representación de los trabajadores y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90, apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1040/1981, de 22 de mayo, sobre registro y depósito de Convenios Colectivos de trabajo,