



Roj: **STS 8512/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:8512**

Id Cendoj: **28079140012004101381**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2004**

Nº de Recurso: **106/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **GONZALO MOLINER TAMBORERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil cuatro.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación interpuesto por la Letrada D^a Nieves San Vicente Leza en nombre y representación de FEDERACION ESTATAL DE MINEROMETALURGICA DE COMISIONES OBRERAS, por el Letrado D. José Manuel Castaño Holgado en nombre y representación de UNION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (USO), y por el Letrado D. Enrique Aguado Pastor en nombre y representación de FEDERACION DE INDUSTRIAS QUIMICAS ENERGETICAS Y AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNION GENERAL DE TRABAJADORES contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2003, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en procedimiento núm. 43/03, seguido a instancias de USO y FIA UGT contra UNION FENOSA S.A., UNION FENOSA DISTRIBUCION S.A., UNION FENOSA GENERACION S.A., FEDERACION ESTATAL DE MINEROMETALURGICA DE CC.OO., FEDERACION DE INDUSTRIAS Y AFINES DE UGT Y CIG sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrido UNION FENOSA S.A., UNION FENOSA GENERACION S.A. y UNION FENOSA DISTRIBUCION S.A. representados por el Letrado D. Rafael Giménez- Arnau Pallarés.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. GONZALO MOLINER TAMBORERO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de FEDERACION ESTATAL DE MINEROMETALURGICA DE COMISIONES OBRERAS, UNION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (USO), FEDERACION DE INDUSTRIAS QUIMICAS ENERGETICAS Y AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNION GENERAL DE TRABAJADORES se planteó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictará sentencia por la que: "se declare y reconozca: 1. El derecho de todos los trabajadores de la Zona Centro que hayan realizado horas extraordinarias nocturnas o en días de descanso los años 2000, 2001 y hasta marzo de 2002 y hayan optado por su compensación en tiempo de descanso, ha disfrutar de los quince minutos de desfase por cada hora extraordinaria trabajada conforme establece el II Convenio Colectivo de Grupo Unión Fenosa. 2. O subsidiariamente se condene a las empresas a compensar económicamente los quince minutos de desfase por cada hora extraordinaria trabajada de todos los trabajadores que hayan realizado horas extraordinarias nocturnas o en días de descanso los años 2000, 2001 y hasta marzo de 2002."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 26 de mayo de 2003 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos las demandas acumuladas, absolviendo de ellas a las partes demandadas."



CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º) Que el presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de los trabajadores de las empresas Unión Fenosa S.A., Unión Fenosa Distribución S.A. y Unión Fenosa Generación S.A., Integrantes de Unión Fenosa Grupo, que prestan sus servicios a la parte demandada en los distintos centros de trabajo que tienen repartidos en las diferentes Autonomías de España. 2º) Que por Resolución de 2 de junio de 1998, de la Dirección General de Trabajo, se dispuso el registro, y publicación en el BOE nº 158, de 3 de julio de 1998 del Convenio Colectivo de Unión Fenosa S.A., Zona Centro, suscrito el día 9 de marzo de 1998 por la Dirección de la Empresa y la Sección Sindical de USO, por parte de los trabajadores. 3º) Que con fecha 12 de mayo de 1999, los representantes de dicha empresa y todos los Sindicatos con implantación en la empresa, que representan a los miembros de sus respectivos sindicatos en las Mesas Negociadoras de los Convenios Colectivos 1995-1999 de Zona Centro y Zona Norte, cuyos textos quedan incorporados al presente documento, firman el Protocolo en el que se establece el primer Convenio Colectivo de Unión Fenosa Grupo, que obra como documento nº 2 del ramo de prueba de la parte demandada, que se tiene por cierto y reproducido. 4º) Que por Resolución de 23 de mayo de 2002, dictada por la Dirección General de Trabajo, se procede al registro, y publicación en el BOE nº 141, de 13 de junio de 2002 del II Convenio Colectivo del Grupo de Unión Fenosa, firmado el día 29 de abril de 2002 por la Dirección del Grupo y las Secciones Sindicales de USO, CCOO, UGT y CIG, con vigor desde el día 1 de enero de 2000 a 31 de diciembre de 2006. 5º) Que la parte demandada, respecto a aquellos trabajadores que realizaron horas extraordinarias nocturnas o en días de descanso y optaron por su compensación por descanso, durante los años 2000, 2001 y hasta la firma del convenio actual, ha venido concediendo una hora y treinta minutos, en lugar de una hora y cuarenta y cinco minutos."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de FEDERACION ESTATAL DE MINEROMETALURGICA DE COMISIONES OBRERAS en el que se formulan los siguientes motivos de casación: "I) Aplicación indebida del art. 38 del II convenio colectivo de Grupo Unión Fenosa en relación con el art. 37.1 de la Constitución , art. 82, 1 y 3 y 86.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores . II) Violación del art. 2.1-2-3 del Código Civil en relación con el art. 9-3 de la Constitución y 3-3 del Estatuto de los Trabajadores y con el 86.4 del mismo texto legal ." Por la representación de UNION SINDICAL OBRERA se expone un único motivo de casación: "Infracción de los arts. 9.3 de la Constitución Española referente a la irretroactividad de las normas, 86.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre la vigencia de los Convenios Colectivos, art. 35 del Estatuto de los Trabajadores sobre horas extraordinarias, art. 2.3 del Código Civil , así como la doctrina elaborada por el propio tribunal constitucional en torno a estos preceptos. Por la representación de FEDERACION DE INDUSTRIAS QUIMICAS ENERGETICAS Y AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNION GENERAL DE TRABAJADORES se formulan los siguientes motivos de casación: "I) Infracción de los arts. 82.3 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores . II) Infracción de los arts. 82.1 y 90.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 3.1.b) del mismo cuerpo legal .

SEXTO.- Evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar procede la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2004 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente procedimiento tiene su origen en sendas demandas presentadas por las organizaciones sindicales Unión Sindical Obrera (USO), y por la Federación de Industrias Afines de la Central Sindical UGT (FIA-UGT) en las que solicitaban que se declarara el derecho de todos los trabajadores de la Zona Centro del Grupo de Empresas de Unión FENOSA que hubieran realizado horas extraordinarias nocturnas o en días de descanso los años 2000, 2001 y hasta marzo de 2002 y hubieran optado por su compensación en tiempo de descanso, bien a disfrutar los quince minutos de desfase que había entre el I y el II Convenio Colectivo del Grupo Unión FENOSA, o subsidiariamente su derecho a compensar económicamente aquella diferencia de quince minutos. La indicada pretensión la sustentaban en el hecho de que, mientras en el antiguo Convenio Colectivo de Unión Fenosa de Zona Centro se establecía que el trabajador por cada hora extraordinaria realizada "podrá elegir entre descansar una hora y treinta minutos o hacerlo una hora y percibir además una compensación por importe del 45% del valor de la hora extraordinaria o del 60% cuando se haya realizado en horario nocturno", el II Convenio Colectivo dispone en su art. 37 que "si las horas extraordinarias fuesen nocturnas o realizadas en días de descanso podrá elegir entre descansar una hora y cuarenta minutos o hacerlo una hora y percibir además una compensación por importe del 60% del valor de la hora extraordinaria"; y la misma tenía su razón de ser en el hecho de que el período de vigencia del antiguo Convenio Colectivo alcanzaba hasta el 31 de diciembre de 1999, y la firma del II Convenio Colectivo no se alcanzó hasta el 29 de abril de 2002, habiéndose pactado en el mismo que su vigencia alcanzaría desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2006.



2.- A dichas demandas se adhirió en el curso del procedimiento la Federación Estatal Siderometalúrgica de CCOO, manteniendo en el juicio las mismas pretensiones que los dos Sindicatos demandantes.

3.- El problema planteado nace del hecho de que, mientras el Convenio Colectivo anterior, publicado en el BOE de 3 de julio de 1998 había dispuesto en su art. 3 que entraría en vigor el 1 de enero de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1999, pero se prorrogó su vigencia durante la negociación del II Convenio en cuyo art. 5 se dispuso que "estará en vigor desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005", y se concreta en la decisión acerca de cómo habrán de calcularse las horas extraordinarias nocturnas o trabajadas en días de descanso durante el período de 1-1-2000 al mes de marzo en que tuvo vigencia prorrogada en anterior, dado que durante ese mismo tiempo el nuevo Convenio dispuso también su vigencia retroactiva. Todo ello en relación con el hecho de que tales horas extraordinarias tenían un sistema distinto de compensación en cada uno de los dos Convenios.

4.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimatoria de la demanda por considerar que el Convenio realmente vigente en el momento en que se trabajaron aquellas horas era el antiguo, dado que lo que hizo el nuevo fue establecer una retroactividad que no puede alcanzar, salvo que lo hubiera dicho expresamente, al sistema de compensación de las horas extraordinarias.

5.- La sentencia dictada en la instancia ha sido recurrida por los dos sindicatos demandantes y por el interviniente adhesivo CCOO y los tres recursos se han formulado al amparo del art. 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando la aplicación indebida por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el art. 38 del II Convenio Colectivo de Grupo Unión Fenosa, en relación con el art. 37 de la Constitución y los arts. 82.1 y 3, y 86.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, defendiendo las posiciones mantenidas en sus demandas en la defensa de la aplicación del nuevo Convenio Colectivo a la compensación de las horas nocturnas en cuando para dichas concretas horas establece en el art. 38 un sistema compensador distinto del establecido en el Convenio de 1998; también denuncia el Sindicato UGT la aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 90.4 del Estatuto de los Trabajadores, y los Sindicatos USO y CCOO lo previsto en los arts 9.3 de a Constitución y el art. 2.3 del Código Civil en relación con la retroactividad de las normas, todos ellos encaminados a entender que el Convenio aplicable al caso era el nuevo y no el anterior.

6.- La representación de la empresa, en su escrito de impugnación del recurso se opuso a la pretensión de los actores interpretando en sentido contrario los mismos preceptos alegados por los recurrentes.

SEGUNDO.- 1.- Estamos en presencia de una situación que se produce con frecuencia, cual es la de que un Convenio Colectivo que sucede a otro anterior no se alcance a firmar inmediatamente después de concluida la duración pactada de éste, con la consecuencia prevista en el apartado 2 del art. 85 de que el antiguo Convenio sigue vigente por imperio de lo dispuesto en dichos preceptos, que es lo que ocurrió concretamente en el presente caso en el que el art. 3º del Convenio antiguo había dispuesto que a falta de denuncia expresa "el Convenio se prorrogará de año en año". Y ocurre también, como en este caso, que en el nuevo Convenio dispone con carácter general una aplicación del mismo con efectos retroactivos desde la fecha en que finalizó la duración pactada de aquél - que es lo que en el presente caso ocurrió -, creándose el problema relativo a determinar cuál de los dos Convenios ha de entenderse aplicable a las situaciones producidas durante el período de prórroga del viejo Convenio.

La solución a favor de la aplicación del nuevo Convenio puede encontrarse en el hecho de que las partes tienen reconocida plena libertad de contratación dentro del respeto debido a las leyes como expresión del derecho constitucional a la negociación colectiva reconocido en el art. 37 de la Constitución, y por expresa manifestación de lo dispuesto en el art. 85 ET, lo que incluye la fijación de la duración de los Convenios - art. 86.1 ET - y de la fecha de su entrada en vigor - art. 90.4 ET -. La solución para defender la aplicación del Convenio antiguo puede encontrarse en el sistema de sucesión normativa establecido en los arts. 2.3 del Código Civil, según el cual los hechos se rigen por la norma que se hallaba en vigor en el momento de producirse.

Siguiendo este último criterio es por lo que la sentencia recurrida consideró inaplicable la retroactividad a una obligación de hacer cual es la consistente en la realización de horas extraordinarias, siguiendo con ello el criterio de una sentencia anterior de esta Sala - STS 26-6-1995 (Rec.- 2985/94) - sobre materia muy similar.

2.- Pero, con independencia de que, de acuerdo con dicho antecedente es como quizás habría que resolver este recurso, consideramos que tanto en este caso como en otros semejantes la solución adecuada habrá que deducirla del propio contenido de cada Convenio para determinar en cada caso cuál sea el régimen jurídico aplicable a los hechos producidos dentro de esta franja temporal en la que por una parte el Convenio antiguo rige en virtud de la ultraactividad que deriva de las previsiones que sobre la prórroga del mismo puedan contenerse en aquél o por aplicación de las contenidas en el art. 86 párrafos 2 y 3 del ET, y a la que puede alcanzar la retroactividad pactada en el nuevo Convenio.



En nuestro caso está acreditado que los negociadores del Convenio suscrito en 1998 para los años 1998-1999 acordaron que éste se prorrogaría año tras año sin necesidad de denuncia del mismo, hasta que entra en vigor un nuevo Convenio y está igualmente claro que en el nuevo Convenio suscrito en el año 2002 se acordó que entraría en vigor el 1 de enero de 2000 (art. 6 antes transcrito: "estará en vigor desde el 1 de enero de 2000...").

En línea de principio, cuando se pacta de una aplicación retroactiva de las normas como la indicada, salvo que existan otras razones deducidas del propio Convenio, que permitan llegar a conclusión contraria, la regla de la retroactividad habría de aplicarse a todo lo pactado por cuanto la misma es perfectamente asumible tanto por lo que supone la aceptación de la libertad de pactos en esta materia que permite el Estatuto de los Trabajadores como por el hecho de que es algo permitido por el art. 2.3 del Código Civil .

Pero aceptar esa aplicación retroactiva de Convenio en nuestro caso tiene el inconveniente de que, a pesar de la aparente claridad del art. 5 transcrito, en el cuerpo del mismo Convenio se encuentran datos suficientes para llegar a la conclusión de que aquella vigencia retroactiva general que se desprende de la lectura del mismo no se corresponde del todo con lo que las partes dispusieron en otros lugares de su articulado. En efecto llama la atención que al lado de aquella cláusula general del art. 5 según la cual "el Convenio entrará en vigor el 1 de enero de 2000", los negociadores del mismo previeron expresamente en su art. 49 una actualización económica para los años "2000 y 2001" del "4 por 100 y del 27 por 100 respectivamente", y establecieron que "esta actualización se aplicará a todos los conceptos retributivos recogidos en el Convenio Colectivo a excepción de la antigüedad y de aquellos cuyo incremento venga determinado por su regulación específica", de donde se desprende que aquella retroacción válida en principio para todo, se concretó posteriormente en lo que suele ser habitual: en el incremento de las retribuciones correspondientes al período de ultraactividad del Convenio anterior con la consecuencia de que, por encima de aquella aparente retroactividad general a la que en los apartados anteriores nos referíamos, lo que realmente establecieron con carácter retroactivo fue la aplicación del Convenio nuevo a los conceptos retributivos de carácter económico y no a todos o por lo menos no a aquellos "cuyo incremento venga regulado por su situación específica". Quiere ello decir que, a pesar de aquella retroactividad aparentemente universal, la realidad es que lo que se pactó es una retroactividad para las retribuciones ordinarias, y que la entrada en vigor del nuevo Convenio se estableció con la finalidad de dar continuidad a las normas convenidas que rigen la empresa, lo mismo que en el nuevo Convenio también se ha establecido que regirá hasta que comience el nuevo.

En cualquier caso, como quiera que la retribución de las horas extraordinarias que aquí se reclaman lo era fundamentalmente en especie, o sea no era una retribución de naturaleza esencialmente económica y, además se trata de una "retribución específica", existen motivos para pensar que la voluntad de la norma paccionada era la de que a ella no alcanzara la retroactividad genérica del art. 5 reiteradamente citado.

3.- Esta criterio de retroactividad acorde a cada situación la ha aplicado la Sala a situaciones diversas como las siguientes: STS 26-6-1995 (Rec.-2985/94) en relación con el cómputo de horas extraordinarias trabajadas durante el período de prórroga de un Convenio anterior y cuyo cómputo se solicitaba al amparo del Convenio posterior, en cuyo caso entendió que era aplicable el Convenio anterior "ya que el carácter irreplicable de la prestación hace inoperante la retroacción que en términos generales establece el posterior convenio"; o SSTS de 11-3-2002 (Rec.-2412/2001), 28-6-2002 (Rec.-3675/2001) o 15-10-2003 (Rec.- 4553/2002) en relación con el montante de la indemnización a percibir en caso de traslado producido durante la vigencia prorrogada de un Convenio anterior, en las que se consideró que habiéndose agotado el hecho del traslado durante la prórroga de aquel Convenio no podía alcanzarle la retroactividad incluida en el nuevo. De acuerdo con ella pero en sentido contrario y por tratarse de derechos nacidos pero no agotados durante la vigencia del Convenio anterior se ha aceptado la vigencia aplicativa del Convenio posterior en supuestos como los siguientes: STS 11-5-1992 (Rec.-1918/1991) en relación con el período establecido para la revisión de una pensión complementaria; o SSTS 30-9-1992 (Rec.-516/92), 23-11-1992 (Rec.-2443/1991) o 10-5-2004 (Rec.- 170/2003), en relación con reclamaciones salariales o extrasalariales efectuadas al amparo del nuevo Convenio.

CUARTO.- La conclusión a la que se llega a partir de las consideraciones anteriores es la de que el recurso debe ser desestimado y la sentencia de la Audiencia Nacional confirmada por hallarse conforme a derecho; sin que proceda la imposición de las costas a ninguna de las partes por no concurrir las circunstancias que lo hacen posible de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 de la LPL .

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por las representaciones de FEDERACION ESTATAL DE MINEROMETALURGICA DE COMISIONES OBRERAS, UNION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (USO), y FEDERACION DE INDUSTRIAS QUIMICAS ENERGETICAS Y AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNION



GENERAL DE TRABAJADORES contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2003, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en procedimiento núm. 43/03, seguido a instancias de USO y FIA UGT contra UNION FENOSA S.A., UNION FENOSA DISTRIBUCION S.A., UNION FENOSA GENERACION S.A., FEDERACION ESTATAL DE MINEROMETALURGICA DE CC.OO., FEDERACION DE INDUSTRIAS Y AFINES DE UGT Y CIG sobre conflicto colectivo, la que confirmamos en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ