



Roj: **SAN 3536/2012 - ECLI:ES:AN:2012:3536**

Id Cendoj: **28079240012012100129**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2012**

Nº de Recurso: **132/2012**

Nº de Resolución: **95/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3536/2012,**
STS 3311/2014

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Núm. de Procedimiento:

Tipo de Procedimiento:

Índice de Sentencia:

Contenido Sentencia:

Demandante:

Codemandante:

Demandado:

Ponente Ilma. Sra.:

0000132/2012

DEMANDA

DIRECCION GENERAL DE EMPLEO.

FEDERACION NACIONAL DE ENTIDADES EMPRESARIALES DE PREFABRICADOS Y DERIVADOS DEL CEMENTO (FEDECE); ASOCIACION NACIONAL ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HORMIGON PREPARADO (ANEFHOP); FEDERACION EMPRESARIAL DE DERIVADOS DEL CEMENTO Y ALMACENISTAS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN (FEDCAM); FEDERACION DE CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE CC.OO (FECOMA- CC.OO); FEDERACION DE METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT; MINISTERIO FISCAL;

D^a. MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

S E N T E N C I A N^o: 0095/2012

Ilmo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL POVES ROJAS

D^a. MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

Madrid, a diez de septiembre de dos mil doce.



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 0000132/2012 seguido por demanda de DIRECCION GENERAL DE EMPLEO. contra FEDERACION NACIONAL DE ENTIDADES EMPRESARIALES DE PREFABRICADOS Y DERIVADOS DEL CEMENTO (FEDECE): ASOCIACION NACIONAL ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HORMIGON PREPARADO (ANEFHOP); FEDERACION EMPRESARIAL DE DERIVADOS DEL CEMENTO Y ALMACENISTAS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN (FEDCAM); FEDERACION DE CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE CC.OO (FECOMA-CC.OO); FEDERACION DE METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT; MINISTERIO FISCAL; sobre impugnacion convenio colectivo .Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 30 de Mayo de 2012 se presentó demanda por DIRECCION GENERAL DE EMPLEO.contra FEDERACION NACIONAL DE ENTIDADES EMPRESARIALES DE PREFABRICADOS Y DERIVADOS DEL CEMENTO (FEDECE): ASOCIACION NACIONAL ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HORMIGON PREPARADO (ANEFHOP); FEDERACION EMPRESARIAL DE DERIVADOS DEL CEMENTO Y ALMACENISTAS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN (FEDCAM); FEDERACION DE CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE CC.OO (FECOMA-CC.OO); FEDERACION DE METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT; MINISTERIO FISCAL; sobre impugnacion convenio colectivo

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 6 de Septiembre de 2012 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosies 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.

Cuarto. - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , debe destacarse que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

El Abogado del Estado, en representación de la Dirección General de Empleo, se ratificó en el contenido de la demanda, en cuyo suplico se solicita que se declare la nulidad de los arts. 3 , 34 , 41 y 58 del V Convenio Colectivo del sector de Derivados del Cemento, suscrito el día 21 de febrero de 2012. Explicó que la impugnación versa sobre dos materias concretas: la distribución de la jornada y la estructura de la negociación colectiva, siendo de aplicación el art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012, puesto que el convenio se firmó cuando esta norma ya estaba vigente, a pesar de que la negociación había comenzado antes. A este respecto distinguió tres clases de acuerdos: el final del convenio, los parciales y los paralelos o independientes, indicando que los parciales carecen de trascendencia puesto que pueden variar durante la negociación. En cambio, los paralelos o independientes, que versan sobre materias concretas, tienen valor de norma y son equivalentes a un convenio. Pues bien, a su entender, si bien en el acta de la comisión negociadora de 19 de octubre de 2011 se recogieron acuerdos independientes sobre ciertas materias -que, según mantuvo, no incluían jornada ni estructura de la negociación colectiva-, se plasmó igualmente un calendario de reuniones para tratar otras, lo que da idea de que la negociación no se había cerrado y que continuó hasta la efectiva firma del convenio, una vez vigente el Real Decreto-Ley 3/2012.

La Federación de Construcción, Madera y Afines de Comisiones Obreras (en adelante CCOO) se opuso a la demanda, llamando la atención en primer lugar sobre la defectuosa construcción del suplico, ya que alude a la nulidad de artículos completos y no a los precisos incisos presuntamente ilegales. En segundo lugar, indicó que la Dirección General de Empleo no había registrado y publicado el Convenio, lo que excedía su facultades en esta materia. En tercer lugar, rechazó que debiera aplicarse el Real Decreto-Ley 3/2012, que entró en vigor el 12 de febrero de este año, puesto que el Convenio retrotraía su fecha de efectos al 1 de enero de 2011. Por último, indicó que la regla del actual art. 84.2 ET no impide que las materias controvertidas se regulen en un convenio sectorial, sino que establece un criterio de prioridad aplicativa en caso de concurrencia de convenios, y tal concurrencia no ha tenido lugar en este sector, puesto que no existen convenios de empresa.

También se opuso a la demanda la Federación Estatal de Metal, Construcción y Afines de la Unión General de Trabajadores (en adelante UGT), indicando que los acuerdos reflejados en el acta de 19 de octubre de 2011 se publicaron en el BOE y tienen valor de convenio estatutario, conteniendo uno de ellos la retribución mínima



sectorial. Explicó igualmente que hubo una transacción en materia salarial antes de que entrara en vigor el Real Decreto-Ley (se aceptó no aplicar retribuciones de 2010 a cambio de fijar incrementos salariales para 2011 y 2012), sobre la base de que en ese momento no había prioridad aplicativa de los convenios de empresa.

La Asociación Nacional Española de Fabricantes de Hormigón Preparado y la Federación de Nacional de Entidades Empresariales Prefabricados y Derivados Cemento se adhieron a lo manifestado por CCOO y UGT.

El Ministerio Fiscal mantuvo que la demanda debía estimarse, considerando que el suplico debía ajustarse a lo argumentado en los fundamentos de derecho contenidos en el escrito de demanda. Señaló que la falta de registro y publicación del convenio por parte de la Dirección General de Empleo no tenía incidencia en este conflicto.

Quinto . - Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre , se significa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

-No hay convenios estatutarios de empresa en el sector.

-La retribución mínima estaba recogida en los acuerdos parciales.

Por el contrario, resultaron pacíficos los siguientes extremos fácticos:

-Se pactó la prórroga del IV Convenio durante el desarrollo de las negociaciones.

-En los acuerdos parciales de 19-10-12 se aceptó no aplicar retribuciones de 2010 a cambio de fijar incrementos salariales para 2011 y 2012.

-Hubo múltiples requerimientos de subsanación por parte de la Dirección General de Empleo.

-El 14-10-11 se presentó papeleta de conciliación ante el SIMA.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - Durante el proceso de negociación del V Convenio General de Derivados del Cemento tuvo lugar una reunión de la comisión negociadora el 19 de octubre de 2011, en la que se aceptó no aplicar las retribuciones de 2010 a cambio de fijar incrementos salariales para 2011 y 2012.

En el acta correspondiente constan los siguientes acuerdos:

-La duración del V Convenio: 2011 y 2012.

-Los importes salariales para los dos años de vigencia del V Convenio, fijando porcentajes de revisión salarial así como pagos a cuenta.

-Una cláusula que los convenios de ámbito inferior debían incorporar, que regulaba el mecanismo por el que las empresas podrían descolgarse el régimen salarial previsto en los convenios de ámbito supraempresarial.

Finalmente, se establecía un calendario de reuniones para tratar de forma preferente "las materias que se relacionarán a continuación, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda añadir otras en próximas reuniones: a) Movilidad funcional y geográfica. b) Distribución de la jornada. c) Estructura de la negociación colectiva en el sector y concurrencia de convenios. d) Planes de igualdad. e) Complementos por IT. f) Indemnizaciones por riesgo. g) Derechos sindicales. h) Permisos y licencias. i) Vacaciones. j) Contratación (relevos). k) Formación (acreditación profesional, TPC). l) Solución extrajudicial de conflictos.

Con independencia de ello, se hace constar que se mantiene la negociación íntegra del V Convenio, excepto las materias concretas ya acordadas en este acta."

Como anexo figura un "Cuadro de remuneraciones económicas mínimas sectoriales y tabla salarial para 2011".

Se acordó igualmente remitir este acta, con su anexo, a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para su registro, depósito y orden de publicación en el BOE, "respecto a las materias aquí acordadas y sin perjuicio del posterior registro del V Convenio articulado una vez finalizada la negociación".

Por Resolución de 23 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, se registró y publicó el acta de acuerdos parciales del V Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento, publicada en el BOE de 11 de abril de 2012.

SEGUNDO . - El 21 de febrero de 2012 se reunió nuevamente la Comisión Negociadora, con un único punto en el orden del día: la firma del V Convenio Colectivo General de Derivados del Cemento, acordándose remitir el



acta y el Convenio a la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para su registro y orden de publicación en el BOE.

La Dirección General de Empleo curso múltiples requerimientos de subsanación. A fecha de este juicio, el V Convenio no ha sido registrado ni publicado oficialmente.

TERCERO .- Las partes habían acordado la prórroga del IV Convenio durante el desarrollo de las negociaciones del V Convenio.

CUARTO .- Los preceptos controvertidos del V Convenio presentan el siguiente contenido:

"Artículo 3. Acuerdo sobre negociación colectiva en ámbitos inferiores.

Se acuerda reservar para la negociación colectiva en Convenios Provinciales o Autonómicos en su caso, las materias siguientes;

- *Procedimientos voluntarios extrajudiciales de solución de conflictos.*
- *Tablas salariales autonómicas y provinciales, así como sus revisiones por aplicación de los acuerdos alcanzados en el seno del Convenio General.*
- *Calendario laboral anual por adaptación de la jornada pactada en el Convenio General.?*
- *Comisión Paritaria del convenio correspondiente*

Se acuerda reservar para la negociación colectiva en el ámbito de empresa las materias siguientes;

- *Adaptación del calendario anual*
- *Horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y la planificación de vacaciones, todo ello atendiendo a la jornada máxima anual pactada en el Convenio General*
- *Movilidad Funcional, en su adaptación a la empresa*
- *Clasificación Profesional, en su adaptación a la empresa.*

Y todo ello otorgando prioridad aplicativa a las condiciones previstas en los convenios de ámbito provincial o, en su caso, autonómico frente a los de empresa, con la única excepción de las materias atribuidas expresamente a estos últimos, en el párrafo anterior."

"Artículo 34. Jornada.

D) En los Convenios Colectivos de ámbito inferior podrán pactarse interrupciones o descansos en el desarrollo de la jornada diaria de tal modo que en ningún supuesto afectarán a la consideración y tratamiento de trabajo efectivo que el presente Convenio Colectivo atribuye a la jornada de trabajo."

"Artículo 41. Estructura económica.

Las remuneraciones económicas de los trabajadores afectados por este Convenio, estarán constituidas por retribuciones de carácter salarial y no salarial.

En el anexo I de este Convenio General se fijan las remuneraciones económicas mínimas de los trabajadores afectados por este Convenio por todos los conceptos y en cómputo anual. Las remuneraciones económicas mínimas fijadas en el anexo I serán, asimismo, de aplicación, con el carácter de remuneraciones económicas mínimas, a los trabajadores afectados por los contratos de puesta e disposición. Los convenios de ámbito inferior que en sus tablas salariales y por todos los conceptos y en cómputo anual, se vean afectados por las remuneraciones económicas fijadas en el anexo I, dispondrán de un período de dos años para la adecuación necesaria de las mismas, mediante los acuerdos pertinentes, cuando dicha afectación no supere el importe equivalente a 240 euros, anuales y de cuatro años cuando la afectación o desviación exceda de 240 euros anuales. Las remuneraciones económicas mínimas fijadas en el anexo I de este Convenio General en los términos precedentes, se verán actualizadas anualmente mediante la aplicación sobre las tablas fijadas en dicho anexo de un incremento igual al que se pacte a nivel estatal para los convenios colectivos de ámbito inferior y en ausencia de acuerdo estatal salarial el equivalente al I. P. C. real correspondiente al año natural anterior inmediato al de actualización. En los Convenios Colectivos de ámbito inferior, se establecerá para cada categoría o nivel la cuantificación total de las remuneraciones anuales y adaptarán sus tablas salariales a la Clasificación Profesional desarrollada en el capítulo V de este Convenio. La adaptación se realizará siguiendo exactamente la transformación de niveles a grupos prevista en el anexo I. B. (Cuadro de Remuneraciones Mínimas Sectoriales) de este Convenio General. Salarios: Son retribuciones salariales las remuneraciones económicas de los trabajadores en dinero o en especie que reciben por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena.



Conceptos que comprenden las retribuciones salariales:

a) *Salario base.*

b) *Complementos salariales:*

De puesto de trabajo.

De cantidad o calidad de trabajo. Pagas extraordinarias. Vacaciones. Complementos de Convenio. Horas extraordinarias. Antigüedad consolidada.

Complementos no salariales.-Son las percepciones económicas que no forman parte del salario por su carácter compensatorio por gastos suplidos o perjuicios ocasionadas al trabajador o por su carácter asistencial."

"Artículo 58. Disposiciones comunes.

Los Convenios colectivos de ámbito inferior al presente adecuarán necesariamente las condiciones retributivas y estructura económica que en los mismos se contemple a las previstas en el presente capítulo. Esta adecuación se efectuará necesariamente en el primer proceso de negociación colectiva que en dichos ámbitos se lleve a cabo después de la entrada en vigor del presente convenio general, salvo en los supuestos en los que se fijan otros plazos en el presente capítulo. Los procesos de adecuación serán resueltos por las partes en los términos que a las mismas mejor convengan, pero que necesariamente deberán confluir con lo previsto en este Convenio.

Las retribuciones que venga percibiendo cada trabajador afectado por el presente Convenio a su entrada en vigor, no se verán mermadas en ningún caso en su conjunto y cómputo anual como consecuencia de la aplicación del mismo."

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

-El primero del documento 2 del ramo de prueba de la parte demandante, que figura como descripción 2 de autos y que fue reconocido de contrario. Consta igualmente en el BOE de 11-4-12. El pacto sobre la no aplicación de las retribuciones de 2010 a cambio de un incremento en 2011 y 2012 no resultó controvertido.

-El segundo se extrae del documento 3 del mismo ramo de prueba, descripción 3 de autos, reconocido de adverso. La existencia de requerimientos de subsanación y la falta de registro y publicación del Convenio fueron hechos pacíficamente asumidos por las partes.

-El tercero se admitió pacíficamente por las partes.

-El cuarto se extrae del documento número 4 aportado por el demandante, descriptor 4 de autos, reconocido de contrario.

SEGUNDO .-La demandante solicita que se declare la nulidad de ciertas disposiciones del V Convenio del sector de derivados del cemento, por considerar que infringen lo establecido en el art. 84.2 ET en su redacción tras el Real Decreto-Ley 3/2012, al otorgar prioridad aplicativa al convenio sectorial en materias que, desde la entrada en vigor de la citada norma con rango de ley, la tienen conferida al convenio de empresa de modo indisponible.

Hemos de comenzar advirtiendo, en plena coincidencia con lo expresado por el Ministerio Fiscal, que, a pesar de que ambas partes argumentaron en relación con la falta de registro y publicación del Convenio controvertido, no es cuestión que deba analizarse en el presente pleito, sujeto como está por las pretensiones vertidas en la demanda. Por más que admitiéramos, a efectos dialécticos, que el art. 90 ET, en sus apartados 2, 3 y 5, es tajante en cuanto a la obligación de registro y publicación que incumbe a la Administración competente y cuál es su margen de actuación en caso de estimar que el convenio conculca la legalidad vigente, lo cierto es que aquí no se está impugnando la decisión administrativa de omitir tal registro y publicación, sin que la valoración que pudiéramos verter sobre la misma influya en nada sobre el juicio de legalidad del contenido convencional.

TERCERO .- Seguidamente ha de clarificarse cuál es el derecho aplicable al caso, teniendo en cuenta que el citado Real Decreto-Ley 3/2012 entró en vigor el 12 de febrero de 2012 y el V Convenio se suscribió como tal el día 21 del mismo mes.



Destaca en las posiciones de las partes un debate muy intenso sobre si, con independencia de la fecha formal de firma del convenio, la negociación había finalizado o no antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, en orden a determinar si le es de aplicación el art. 84.2 ET en su redacción actual o bien en la previa. Sin embargo, en nuestra opinión se trata de una discusión que, aunque interesantísima, nos desvía de lo que aquí realmente debe examinarse. Lo que está claro es que, una vez entrada en vigor la referida norma, y siendo válida mientras no exista tacha de inconstitucionalidad, los convenios colectivos han de ajustarse a la misma, con independencia de que existieran con anterioridad o no, porque tal es el juego de la jerarquía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

Así se razonó en la Sentencia de esta Sala de 10-5-10 (AS 2010/1905): *"el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego establecido por la ley"*, citando en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990. La STS 18-01-2000 (RJ 2000/950) mantuvo que *"aunque la negociación colectiva descansa y se fundamenta en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la citada Sentencia 58/1985 (RTC 1985, 58), "la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva"*.

"Puede afirmarse, por tanto, que es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencia TS 20-12-2007 (RJ 2007, 1897), apoyándose en sus propias sentencias de 9 de marzo de 1992 y 16 de febrero de 1999, en la que se proclamó que "la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible" y que "en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada", lo que permite concluir que el art. 37.1 de la Constitución no se vulnera mecánicamente por la entrada en vigor de una ley que repercute sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes, aunque la negociación colectiva descansa y se fundamenta en la Constitución (art. 37.1), puesto que la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio deriva de la propia Constitución, como se desprende de su art. 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley, debiendo recordarse, a estos efectos, la sentencia T. Co 58/1985, en la que se dijo que "(...) La negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y convertir lo negocial en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandados" [SAN 10-5-10 (AS 2010/1905)].

De acuerdo con lo expuesto, debe entenderse que todos los convenios colectivos vigentes quedan vinculados por el marco expresamente indisponible fijado en el art. 84.2 ET, y no sólo los suscritos tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, el 12 de febrero de 2012. Sin embargo, esa vinculación únicamente ha de operar hacia el futuro, es decir, a partir de la existencia de la citada norma con rango legal, no pudiendo entenderse que su aplicación deba tener efectos retroactivos, tal como se razona a continuación.

CUARTO.- En efecto, el principio de jerarquía normativa que determina el sometimiento de los convenios al marco legal indisponible, ha de conjugarse con otro principio general que inspira nuestro ordenamiento jurídico, positivizado en el art. 2.3 del Código Civil: *"Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario"*. En aplicación de este principio, basado a su vez en el de seguridad jurídica que consagra el art. 9 de la Constitución española, la doctrina de suplicación ha considerado, justamente en relación con el Real Decreto-Ley 3/2012, que no puede aplicarse a supuestos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor en aquellas cuestiones en las que no previera una retroactividad expresa (por todas, STSJ Castilla y León, Burgos, 28-3-12, AS 2012/867; STSJ País Vasco, 21-2-12, AS 2012/211 -que versan en concreto sobre salarios de tramitación-).

Seguramente es en virtud de este principio que las partes se han afanado en situar el momento en que se suscribieron los acuerdos contenidos en el V Convenio, para intentar hacer valer o descartar, respectivamente, la aplicación del Real Decreto-Ley 3/2012. Sin embargo, una cosa es que el Real Decreto-Ley no pueda aplicarse retroactivamente, y otra muy distinta que no despliegue efectos sobre una norma jerárquicamente inferior que sigue operando tras su entrada en vigor. Porque, como indica el prof. Montoya Melgar, citando al prof. De Castro y Bravo, existen diversos grados de retroactividad de las leyes: la de grado máximo o absoluta, según la cual la ley nueva se aplica a la situación anterior y a todos sus efectos; la de grado medio, a cuyo tenor la nueva ley se aplica a la situación anterior, regulando los efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada pero sólo cuando hayan de ejecutarse después de estar vigente la nueva ley; y la de grado mínimo, que es la más



generalizada en Derecho del Trabajo y que implica que la ley nueva se aplica sólo a los efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente la misma.

Esta necesaria matización del principio de irretroactividad distinguiendo grados es defendida por el Tribunal Supremo, cuando mantiene, con cita de las SSTC 42/1986, 99/1987 y 199/1990, que *"la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico -que, de otra parte, recortaría el ámbito del poder legislativo-, por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva -a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución - cuando recae sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas», pues lo que dicho precepto prohíbe es «la retroactividad entendida como incidencia de la ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad»* (STS 30-6-91 , RJ 1991/5183). *"La regla general de no retroactividad del art. 2.1 del Código Civil impide la «retroactividad plena, o sea la retroactividad que alcanzara a regular derechos ya nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior»* (STS 27-6-2000) " (STS 11-6-01 , RJ 2001/5916). En cambio, el principio de irretroactividad no impide la llamada retroactividad mínima, por cuanto, *"la incidencia en los derechos en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad"* (STS 27-6-00 , RJ 2000/5970); más bien *" se trataría (...) de un grado mínimo de retroactividad más próximo a la noción de efecto inmediato, pues la nueva regulación se aplica a los efectos que nazcan tras su vigencia "* (STS 23-9-91 , RJ 1991/6474).

Por tanto, asumiendo la irretroactividad del Real Decreto-Ley 3/2012, sin embargo ello no impide su aplicación a los efectos del Convenio colectivo a partir de la entrada en vigor de la norma con rango legal, incluso aunque aquél se hubiera negociado con anterioridad a tal fecha.

Es decir que, con independencia de la fecha de suscripción del V Convenio, teniendo un período de vigencia de dos años, 2011 y 2012 (por cierto, pactado el 19- 10-2011, cuando aún no se conocía el Real Decreto-Ley 3/2012), la nueva redacción del art. 84.2 ET vincula a este instrumento normativo pero sólo a los efectos desplegados a partir de la entrada en vigor de la norma con rango de ley el 12-2-2012, ya que el legislador no le ha conferido eficacia retroactiva.

QUINTO.- A lo anterior debe añadirse que el V Convenio reproduce el contenido de un acuerdo suscrito por la comisión negociadora el 19-10-2011, por el que se fijaron las retribuciones mínimas sectoriales cuando aún no existían las limitaciones impuestas por el Real Decreto-Ley 3/2012; acuerdo con eficacia de convenio estatutario, que no se ha impugnado. Siendo ello así, desde dicha fecha y hasta la entrada en vigor de la norma con rango legal, si hubieran existido convenios de empresa tendrían que haberse ajustado a esas cuantías fijadas sectorialmente, no ya por aplicación retroactiva del V Convenio que ahora se impugna sino por lo dispuesto en el citado acuerdo de 19-10-2011, dando lugar a derechos ya perfeccionados que no pueden verse afectados por la reforma legal.

En definitiva la reproducción en el V Convenio de los salarios pactados en el acuerdo reiterado, constituye una especie de clonado de lo ya pactado, que podría haberse ahorrado perfectamente, puesto que ya estaba convenido.

SEXTO.- Descendiendo ya, por fin, al análisis de los preceptos impugnados del V Convenio, hemos de precisar que no le falta razón a la parte demandada cuando subraya la excesiva amplitud del suplico contenido en la demanda, en el que se solicita la nulidad de íntegros preceptos convencionales y no de disposiciones concretas.

Se trata, en efecto, de un suplico manifiestamente mejorable, tal como indicó también el Ministerio Fiscal e incluso reconoció la demandante. No obstante, ello no ha ocasionado a los demandados indefensión alguna, teniendo en cuenta que en la fundamentación jurídica de la demanda se precisan de modo exacto las disposiciones de dichos preceptos realmente controvertidas, que fueron señaladas igualmente en el acto del juicio. Y son las que vamos a examinar en el marco del suplico formulado, puesto que hemos de *"huir de un planteamiento formalista que exija que el fallo se ajuste literalmente a lo pedido en el suplico, sino que más bien debe adecuarse sustancialmente a lo solicitado"* (STSJ Cataluña 9-7-02, AS 2002/2853).

SÉPTIMO.- Recordemos que el vigente art. 84.2 ET establece lo siguiente: *"La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:*

- a) *La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.*
- b) *El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.*



- c) *El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.*
- d) *La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.*
- e) *La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.*
- f) *Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.*
- g) *Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.*

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.

Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado."

Por su parte, el art. 3 del V Convenio establece diversas reservas de negociación en convenios sectoriales y de empresa, lo que no infringe en absoluto el citado precepto legal, si bien integra un último párrafo en el que se confiere prioridad aplicativa a los convenios sectoriales frente a los de empresa en ciertas materias. El resultado de esta última regla es que el precepto está decantándose por la preferencia de la regulación sectorial de las tablas salariales y su revisión y del calendario laboral anual, lo que resulta contrario, respectivamente, al art. 84.2.a ET (que otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto de la cuantía del salario base y complementos) y al art. 84.2.c ET (que respalda la preferencia empresarial de la regulación del horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones).

Es evidente que, con independencia de la reserva de negociación que el V Convenio establece para convenios sectoriales y de empresa, no puede otorgar prioridad aplicativa a los primeros en las materias señaladas sin vulnerar con ello el art. 84.2 ET . Por tanto, el último párrafo del precepto ha de declararse nulo con efectos a partir del 12-2-12.

OCTAVO.- Lo mismo cabe decir respecto del art. 41 del V Convenio, que regula la estructura retributiva a lo largo de varios párrafos. El primero, que alude a conceptos salariales y extrasalariales, no presenta desajuste alguno con el art. 84.2 ET , como tampoco es cuestionable el final del precepto, en el que se define lo que es salario y los conceptos que lo comprenden, así como los extrasalariales.

Sin embargo, en el segundo párrafo se remite al anexo I del Convenio, en el que se fijan las "remuneraciones económicas mínimas" de los trabajadores, y a continuación establece un mecanismo para que los convenios de ámbito inferior se adapten a las mismas. Esto significa, nuevamente, que el V Convenio está estableciendo la cuantía salarial con prioridad aplicativa respecto de convenios inferiores, entre los que se hallan los de empresa, contrariando así lo dispuesto en el art. 84.2.a ET .

En consecuencia, declaramos nula la indicación de que las cuantías fijadas en el anexo I son "mínimas" en relación con los convenios de empresa (entendiéndose válida respecto de otros convenios sectoriales de ámbito inferior), así como, también exclusivamente en relación con los convenios de empresa, lo siguiente: "Los convenios de ámbito inferior que en sus tablas salariales y por todos los conceptos y en cómputo anual, se vean afectados por tas remuneraciones económicas fijadas en el anexo I, dispondrán de un período de dos años para la adecuación necesaria de tas mismas, mediante los acuerdos pertinentes, cuando dicha afectación no supere el importe equivalente a 240 euros, anuales y de cuatro años cuando la afectación o desviación exceda de 240 euros anuales. Las remuneraciones económicas mínimas fijadas en el anexo I de este Convenio General en los términos precedentes, se verán actualizadas anualmente mediante la aplicación sobre las tablas fijadas en dicho anexo de un incremento igual al que se pacte a nivel estatal para los convenios colectivos de ámbito inferior y en ausencia de acuerdo estatal salarial el equivalente al I. P. C. real correspondiente al año natural anterior inmediato al de actualización. En los Convenios Colectivos de ámbito inferior, se establecerá para cada categoría o nivel la cuantificación total de las remuneraciones anuales y adaptarán sus tablas salariales a la Clasificación Profesional desarrollada en el capítulo V de este Convenio. La adaptación se realizará siguiendo exactamente la transformación de niveles a grupos prevista en et anexo I. B. (Cuadro de Remuneraciones Mínimas Sectoriales) de este Convenio General."

Todo ello exclusivamente con efectos a partir del 12-2-12.

NOVENO.- El análisis del art. 58 del V Convenio nos conduce a similar conclusión, puesto que en su primer párrafo establece que los convenios de ámbito inferior (incluidos, por tanto, los de empresa) deben adecuar sus "condiciones retributivas" al sectorial general, lo que vuelve a infringir el art. 84.2.a ET y también el 84.2.b ET



(que otorga prioridad aplicativa a los convenios de empresa en materia de retribución de horas extraordinarias y de trabajo a turnos; que son, sin duda, condiciones retributivas). Declaramos, pues, la nulidad de ese primer párrafo, exclusivamente en relación con los convenios de empresa y sólo con efectos a partir del 12-2-12.

DÉCIMO.- A conclusión distinta arribamos tras el análisis del art. 34.d del V Convenio, que prohíbe a los convenios de ámbito inferior que, cuando contemplen interrupciones o descansos en la jornada diaria, ello afecte "a la consideración y tratamiento de trabajo efectivo que el presente Convenio Colectivo atribuye a la jornada de trabajo". No vemos en esta disposición contravención alguna del art. 84.2 ET, que nada indica respecto de la consideración y el tratamiento del tiempo de trabajo efectivo y que no ha de confundirse, como sugiere la demanda, con la distribución del tiempo de trabajo.

Por ello, desestimamos la petición de nulidad de esta disposición.

UNDÉCIMO . - En razón de todo lo expuesto, procede la estimación parcial de la demanda en los términos fijados en los fundamentos de derecho.

Sin costas por tratarse de un proceso colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

FALLAMOS

En la demanda interpuesta por DIRECCION GENERAL DE EMPLEO. contra FEDERACION NACIONAL DE ENTIDADES EMPRESARIALES DE PREFABRICADOS Y DERIVADOS DEL CEMENTO (FEDECE): ASOCIACION NACIONAL ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HORMIGON PREPARADO (ANEFHOP); FEDERACION EMPRESARIAL DE DERIVADOS DEL CEMENTO Y ALMACENISTAS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN (FEDCAM); FEDERACION DE CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE CC.OO (FECOMA-CC.OO); FEDERACION DE METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT; MINISTERIO FISCAL, en proceso de impugnación de convenio colectivo, estimamos parcialmente la demanda y declaramos la nulidad, exclusivamente con efectos a partir del 12-2-12, de las siguientes disposiciones del V Convenio general del sector de derivados del cemento:

-El último párrafo del art. 3.

-La expresión "mínimas" contenida en el art. 41, si bien sólo en relación con los convenios de empresa, entendiéndose válida respecto de otros convenios sectoriales de ámbito inferior.

-En el segundo párrafo del art. 41, la redacción comprendida entre "Los convenios de ámbito inferior que en sus tablas salariales y por todos los conceptos y en cómputo anual, se vean afectados por las remuneraciones económicas fijadas en el anexo I, (...) La adaptación se realizará siguiendo exactamente la transformación de niveles a grupos prevista en el anexo I. B. (Cuadro de Remuneraciones Mínimas Sectoriales) de este Convenio General." La nulidad ha de entenderse exclusivamente en relación con los convenios de empresa, manteniéndose la validez de esta redacción respecto de convenios sectoriales.

-El primer párrafo del art. 58, exclusivamente en relación con los convenios de empresa.

Desestimamos la petición de nulidad del art. 34.d.

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 prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO 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 preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000132 12.

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.