

## Documento TOL4.330.689

### Jurisprudencia

**Cabecera:** El artículo 34.2 del ET contiene preceptos mínimos de derecho necesario relativo que pueden ser mejorados, pero no emporados, por convenio colectivo. El artículo 25 del Convenio Colectivo de la empresa implicada vulnera la legalidad cuando modifica el preaviso mínimo de 5 días en la distribución irregular de jornada del ET, dejándolo reducido a 24 horas. Se confirma la sentencia del TSJ que había estimado en ese mismo sentido la demanda interpuesta de oficio por la Autoridad Laboral.

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 16/04/2014

**Tipo Resolución:** Sentencia

**Sala:** Cuarta

**Sección:** Primera

**Número Recurso:** 183/2013

#### **ENCABEZAMIENTO:**

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Abril de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación interpuesto en nombre de GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A., contra sentencia de fecha 7 de junio de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el procedimiento nº 225/13, promovido por la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO (GOBIERNO DE ARAGÓN), contra GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A.; COMITÉ DE EMPRESA, siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.-** Por la representación de la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO (GOBIERNO DE ARAGÓN), se interpuso demanda de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando que: "se resuelva que el art. 25 del Texto del Convenio Colectivo de la empresa "Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA. en Aragón", relativo al preaviso de la prestación de trabajo en la jornada de distribución irregular conculca el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores ...".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demanda. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 7 de junio de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos la demanda interpuesta por la autoridad laboral, declarando que el último párrafo del art. 25 del Convenio Colectivo del "Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA en Aragón", en el inciso relativo al preaviso de 24 horas en caso de distribución irregular de la jornada, conculca el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores, condenando al Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA y al comité de empresa del Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA en Aragón a estar y pasar por esta declaración".

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1.- El 9 de marzo de 2013 se presentó a la autoridad laboral, a los efectos de registro, el texto del Convenio Colectivo del "Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA en Aragón". El último párrafo del art. 25 de esta norma colectiva regula la distribución irregular de jornada por decisión unilateral del empresario:

"La empresa podrá flexibilizar la jornada de forma irregular en el 5% de la misma, lo que supone 89 horas al año en contratos a tiempo completo o los que proporcionalmente se correspondan con la jornada pactada. En virtud de la autonomía de las partes, estas horas deberán ser preavisadas con un mínimo de 24 horas y la jornada podría ser ampliada al trabajador con el máximo de 9 horas diarias y durante un máximo de 14 días al mes. En todo caso se respetará el descanso de doce horas entre jornadas, y las horas de descanso semanal. La compensación de las horas realizadas como consecuencia de la flexibilización se realizará en los tres meses anteriores o posteriores a su realización".

2.- La Dirección General de Trabajo del Gobierno de Aragón interpuso demanda de impugnación del convenio colectivo solicitando que se declare que el citado precepto vulnera el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores".

**QUINTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A.,

**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2013 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de que se declare la improcedencia del recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de abril de 2014, en el que tuvo lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**ÚNICO.-** 1. La cuestión debatida en el presente recurso de casación común, articulada mediante comunicación remitida al órgano judicial por la autoridad correspondiente a través del procedimiento de impugnación de convenios colectivos, consiste en

determinar si el art. 25 del Convenio Colectivo de la empresa demandada (BOA 2-3-2012) vulnera el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) al establecer un plazo de preaviso de 24 horas, en lugar de los 5 días del ET, respecto a la distribución irregular del 10% de la jornada a lo largo del año a la que se refiere el propio art. 34.2 ET y que la disposición convencional ha reducido al 5%.

2. La sentencia recurrida, dictada el 7 de junio de 2013 (Procd. 225/2013) por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, ha estimado la demanda razonando, en síntesis, que el precepto estatutario constituye un mínimo de derecho necesario que, de conformidad con el art. 3.3 del propio ET, sólo puede ser mejorado por convenio; en consecuencia, concluye que la cuestionada norma convencional conculca el art. 34.2 del ET en lo referente al preaviso reducido a 24 horas y condena a la empleadora y al Comité de Empresa a estar y pasar por tal declaración.

3. Contra la mencionada sentencia se interpone por la empresa recurso de casación ordinaria, articulando un único motivo de naturaleza jurídica, por la vía del art. 207.e) de la LRJS, que denuncia la infracción del art. 34.2 del ET, sosteniendo que, en ese punto, el convenio colectivo convencional no vulnera el precepto estatutario porque, a su entender, el plazo de preaviso es una norma disponible por las partes, señalando que la reducción del plazo de preaviso se pactó a cambio de mejorar el porcentaje de distribución irregular de la jornada, que, como vimos, el ET lo establece en el 10% de la jornada de trabajo y el convenio lo reduce al 5%, indicando igualmente que tal acuerdo se adoptó porque los negociadores consideraron que eso era lo mejor para sus intereses.

4. La cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala, no exactamente en relación a la misma institución estatutaria, el preaviso de la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, sino respecto a una figura perfectamente equiparable a ésta, a los efectos que ahora nos interesa, cual es la de los días de permiso remunerado que contempla el art. 37.3 del ET.

Dijimos entonces de ese precepto ( STS 25-1-2011, R. 216/09, con cita de la STS de 23-4-2009, R. 44/2007 ), y repetimos ahora respecto al que nos ocupa (el art. 34.2 ET), que la previsión estatutaria, pese a no ser una norma de derecho necesario absoluto, porque éstas " *son aquellas que no pueden ser ni mejoradas ni empeoradas ni, en definitiva, alteradas en modo alguno ni por la negociación colectiva ni por la individual: por ejemplo, la que dice que la acción de despido caduca a los 20 días hábiles* ", sí constituye una norma de derecho necesario relativo, que " *permite su mejora, pero no su empeoramiento -en ambos casos desde el punto de vista del trabajador- vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo* ". Añadimos además que " *en eso exactamente consiste el mandato contenido en el artículo 3.3 del ET de "respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario", que no es sino una manifestación más del principio de jerarquía normativa ( art. 9.3 de la Constitución ) y de su plasmación en la ordenación de fuentes del Derecho Laboral ( arts. 3.1 y 85.1, primera línea, del ET ), lo que en absoluto conculca el derecho a la negociación colectiva ( art.37.1 CE ) como se ha encargado de precisar en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional (especialmente, en la STC 210/1990, de 20 de diciembre, con cita de SSTC 58/1985, 177/1988 y 171/1989)* ".

Así pues, siendo también el art. 34.2 ET, como el 37.3, una disposición de derecho necesario relativo en cuanto contempla que "el trabajador deberá conocer con un

preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación resultante" de la distribución irregular a lo largo del año del 10% de la jornada de trabajo (norma imperativa "hacia abajo" y dispositiva "hacia arriba", es decir, lo que la doctrina ha calificado como principio de norma mínima), la consecuente operación jurídica, según ya expusimos en nuestro citado precedente, " *consiste en un proceso de depuración de la norma convencional, eliminando de ella, uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que ha establecido dichos mínimos* ". " *Por eso, a diferencia de lo que ocurre cuando lo que aplicamos es el principio de norma más favorable (de acuerdo con el último inciso del artículo 3.3 del ET), para aplicar el principio de norma mínima no procede, en absoluto, la comparación global [o la compensación de los derechos o ventajas] entre la norma legal que contiene esos mínimos - [en nuestro caso, el artículo 34.2 del ET] - con la norma convencional que regula los diferentes aspectos concernidos por esos mínimos - [en nuestro caso, el último párrafo del art. 25 del Convenio Colectivo de la empresa demandada, en el inciso que reduce el preaviso a 24 horas]*.

5. En definitiva, conforme propugna el Ministerio Fiscal, el recurso tiene que ser desestimado porque, en virtud del principio de norma mínima, deben respetarse todos y cada uno de los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo, que en nuestro caso es el artículo 34.2 del ET.

La empresa recurrente, como ya hiciera en el proceso de instancia, sostiene también ahora que ese precepto estatutario contiene una norma disponible y que hubo un acuerdo entre las partes, el convenio, que, mejorando el porcentaje de distribución irregular de la jornada, al reducirlo del 10 al 5%, a cambio de eso, también modificó el plazo preaviso, pasando de los 5 días del ET a las 24 horas del convenio. Pero, como nos explica con pleno acierto la sentencia impugnada, el art. 34.2 ET permite la distribución irregular de la jornada acordada en convenio colectivo o acuerdo de empresa, sin limitación alguna; el límite del 10% solo opera en defecto de pacto y, por consiguiente, en el convenio se podría haber pactado cualquier porcentaje de reducción. Sin embargo, no sucede lo mismo en relación al plazo de preaviso porque, en un párrafo distinto de ese mismo precepto estatutario, junto a la garantía del descanso diario y semanal, se establece la garantía del preaviso de cinco días, y ese plazo, que, ampliándolo, igualmente podría haberse mejorado, no cabe empeorarlo, como hace el convenio, reduciéndolo hasta 24 horas.

La consecuente nulidad del inciso relativo al preaviso de 24 horas en caso de distribución irregular de la jornada, en cumplimiento de lo que al efecto establece el art. 166.3 de la LRJS, si es que, como parece, el Convenio hubiere sido publicado en Boletín Oficial, también deberá publicarse en el mismo medio. Con costas

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

#### **FALLO:**

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por "GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A." y confirmamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 7 de junio de 2013, dictada en autos número 225/13, en virtud de demanda formulada por la

DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DEL DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA Y EMPLEO DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO, en cuanto declara que el último párrafo del art. 25 del Convenio Colectivo de aquella empresa, relativo al preaviso de 24 horas en caso de distribución irregular de la jornada, conculca el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores . Publíquese la presente resolución en los términos antes expuestos. Con imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano 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. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.