

CASACION núm.: 164/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 475/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

En Madrid, a 4 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), representada y defendida por la Letrada Sra. Ucelay Urech, contra la sentencia nº 31/2019 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 28 de febrero de 2019 y el auto de aclaración de 25 de marzo de 2019, en autos nº 105/2017, seguidos a instancia de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a la que se ha adherido la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO (FSS-CCOO), el Sindicato Unión General de Trabajadores de Farmacia (UTF) contra dicha recurrente, la Federación Nacional de Oficinas de Farmacia (FENOFAR), Federación de Empleadas y Empleados de Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT), , Federación de Trabajadores de Farmacia (FETRAFA), , Ministerio Fiscal, sobre impugnación de convenios.

Han comparecido en concepto de recurridos la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO (FSS-CCOO) , representada y defendida por el Letrado Sr. Rodríguez Vázquez, el Sindicato Unión General de Trabajadores de Farmacia (UTF), representado y defendido por el Letrado Sr. Mateo Cardo, la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, representada y defendida por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social interpuso demanda de oficio sobre impugnación de convenios del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare *la nulidad del XXV Convenio Colectivo Estatal para las Oficinas de Farmacia aprobado el 13 de enero de 2017*.

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

TERCERO.- Con fecha de 28 de febrero de 2019 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: «Previo desestimación de las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación pasiva e inadecuación de procedimiento y con estimación de la demanda interpuesta por la Dirección General de Empleo del MESS a la que se adherido, FEDERACION DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DE CCOO (FSS-CCOO), SINDICATO UNION DE TRABAJODERES DE FARMACIA (UTF) frente FEDERACIÓN NACIONAL DE OFICINAS DE FARMACIA (FENOFAR) FEDERACION EMPRESARIAL DE FARMACEUTICOS ESPAÑOLES, FEDERACION DE EMPLEADAS Y EMPLEADOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE UGT (FESP-UGT) , FEDERACION DE

TRABAJADORES DE FARMACIA (FETRAFA), y el Ministerio Fiscal sobre impugnación de convenio colectivo, declaramos declare la nulidad del XXV Convenio colectivo estatal para oficinas de farmacia aprobado el día 13 de enero de 2017».

Por la representación de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), mediante escrito de 4 de marzo de 2018, se solicitó aclaración de la referida sentencia, que fue resuelta por auto de 25 de marzo de 2019 cuya parte dispositiva dice lo siguiente: «Aclárese la sentencia de fecha 28 de febrero de 2019, autos 105/2017, en el sentido de sustituir en el fallo la expresión "falta de legitimación pasiva" por la de "falta de legitimación activa", desestimándose el resto de la pretensión».

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

«1º.- El día 19 de enero de 2017, D. Felipe Donesteve Velázquez-Gaztelu, persona designada por la Comisión Negociadora del XXV Convenio colectivo estatal para oficinas de farmacia para realizar los trámites correspondientes de inscripción y depósito, presentó en la Dirección General de Empleo del MESS través de la aplicación informática REGCON la documentación relativa a la solicitud de registro y publicación en el BOE de dicho Convenio colectivo, solicitud que dio lugar al expediente de referencia: nº REGCON 99/01/0028/2017.

2º.- Antes de la presentación del Convenio, dicha Dirección General, se había recibido, el 18 de enero de 2017, escrito del sindicato FSS-CC.OO. solicitando que esta Dirección General cursara ante esa Sala de la Audiencia Nacional la correspondiente comunicación de oficio por considerar que conculcaba la legislación vigente. Recibiéndose, posteriormente, el día 23 de enero de 2017 escrito del sindicato Federación de Trabajadores de Farmacia adhiriéndose al escrito de impugnación de FSS-CC.OO y el 26 de enero siguiente otro escrito del sindicato UTF adhiriéndose también a la impugnación de FSS-CC.OO.

3º.- Según los datos consignados en la hoja estadística, el XXV Convenio colectivo estatal para oficinas de farmacia afecta a 70.000 (setenta mil) trabajadores y a 17.500 (diecisiete mil quinientas empresas) de toda España.

4º.- La Dirección General, con fecha 10 de febrero de 2017, cursó requerimiento, a través del REGCON, a la Comisión Negociadora del Convenio colectivo a fin de que se remitiera la documentación que, formando parte del acta de constitución de dicha Comisión según se decía en el texto de la propia acta, acreditara la suficiente representatividad de FeSP-UGT de conformidad con el artículo 87.2 del E.T., además de la documentación que acreditara la legitimación plena y decisoria de esa organización sindical exigidas en los artículos 88 y 89 del E.T. Asimismo, se daba traslado a la Comisión Negociadora a fin de que realizaran las alegaciones al respecto que estimara pertinentes de dicho escrito de impugnación del sindicato FSS-CC.OO. al que se habían adherido los sindicatos FETRAFA y UTF.

5º.- En contestación a dicho requerimiento la Comisión Negociadora presentó escrito de alegaciones de 21 de febrero de 2017, en el que se sostiene, en síntesis, que UGT reunía en el momento de constitución de la Comisión Negociadora (4 de julio de 2016) la triple legitimación (inicial, plena y decisoria) exigida en los artículos 87, 88 y 89 del E.T., lo que se acreditaba con la documentación que se adjuntaba, y que la Sentencia de esa Sala de la Audiencia Nacional nº181/2016, de 29 de noviembre de 2016, desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por UTF y CC.OO. (autos 241/2016), convalidando la composición de la Comisión Negociadora del XXV Convenio colectivo estatal para oficinas de farmacia.

6º.- Damos por reproducida a la SAN de 29-11-16 dictada en los autos 241/2016 obrante en las actuaciones si bien a efectos de esta resolución destacamos:

a.- que según consta en los antecedentes de hecho :” La *FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIO SANITARIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde aquí) y la UNIÓN DE TRABAJADORES DEFARMACIA (UTF desde ahora) ratificaron su demanda de conflicto colectivo, así como sus ampliaciones, mediante las cuales pretende que la composición de la comisión negociadora del XXV Convenio colectivo de Oficinas de Farmacia sería el siguiente:*

1º) *Si el banco social constase de 13 puestos, UTF tendría 5 representantes, UGT tendría 4 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 2 representantes.*

2º) *Si el banco social constase de 12 puestos, UTF tendría 5 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 2 representantes.*

3º) *Si el banco social constase de 11 puestos, la distribución sería la misma que la anterior: UTF tendría 5 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 2 representantes.*

4º) *Si el banco social constase de 10 puestos, UTF tendría 4 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 1 representante.*

5º) *Si el banco social constase de 9 puestos, la distribución sería la misma que la anterior: UTF tendría 4 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 1 representante.*

6º) *Si el banco social constase de 8 puestos, UTF tendría 4 representantes, UGT tendría 2 representantes, FSS-CCOO tendría 1 representante y FETRAPA tendría 1 representante.*

7º) *Si el banco social constase de 7 puestos, UTF tendría 3 representantes, UGT tendría 2 representantes, FSS-CCOO tendría 1 representante y FETRAPA tendría 1 representante.*

8º) *Por último, si el banco social constase de 6 puestos, UTF tendría 2 representantes, UGT tendría 2 representantes, FSS-CCOO tendría 1 representante y FETRAPA tendría 1*

representante. Aclararon no obstante, que si el banco social constase de 9 puestos corresponderían 4 a UTF; 3 a UGT; CCOO, 1 y 1 a FETRAFA.”

b.- que los apartados 2º a 10º del relato de hechos probados de la sentencia consideran probado lo siguiente:

SEGUNDO. – El 8-05-2014 se publicó en el BOE el Laudo, promovido por UGT, CCOO y FETRAFA por un lado y FEFE y FENOFAR por el otro, por el que se aprobó el XIV Convenio del sector antes dicho. – En su art. 7 se dispone expresamente que la comisión negociadora del XXV Convenio debía constituirse conforme al art. 88 ET con anterioridad al 1-07-2016.

TERCERO. – El 20-05-2016 la Comisión Paritaria del XXIV Convenio, compuesta por tres vocales de FEFE y dos vocales de FENOFAR por la parte empresarial y por tres vocales de UGT y dos vocales de CCOO, junto con un asesor de UTF por la parte social, acordaron convocar a las partes para la constitución de la comisión negociadora del XXV Convenio el 24-06-2016 a las 12 horas.

El 17-06-2016 UGT se dirigió a los representantes de CCOO, UTF Y FETRAFA para proponerles que la comisión negociadora estuviera compuesta por 4 vocales de UGT; 3 UTF; 1 FETRAFA y 1 CCOO. – En la misma comunicación solicitaba la aceptación expresa, así como la aportación de la documentación acreditativa de la representatividad señalada. – El 20-06-2016 FETRAFA manifestó su conformidad en constituir la comisión negociadora y delegó su representación en el representante de CCOO.

El 17-06-2016 CCOO aceptó la propuesta de UGT, pero manifestó su oposición a aportar documentación acreditativa de su representatividad. - El 21-06- 2016 CCOO se dirigió a UGT y UTF para comunicarles que aceptaba la composición de la representación social de 4, 3, 1 y 1, siempre que no se aportaran documentos acreditativos de la representatividad.

El 24-06-2016 la Comisión Paritaria, compuesta por los vocales ya dichos, convocó el 4-07-2016 para la constitución de la comisión negociadora del XXV Convenio.

El 24-06-2016 ASATEF BCN (ASSOCIACIÓ SINDICAL D'AUXILIARS, TÉCNICS I EMPLEATS DE FARMACIA DE BARCELONA) renunció a formar parte de la comisión negociadora del convenio mencionado.

El 29-06-2016 CCOO, FETRAFA y UTF se dirigieron a FEFE y FENOFAR para comunicarles que la imposibilidad de constituir la comisión negociadora en la fecha pactada, por cuanto no habían llegado a acuerdos con UGT para la conformación de la mesa, advirtiendo que, si se constituía la mesa, interpondrían las acciones pertinentes.

CUARTO. – El 4-07-2016 se reunieron, 4 vocales de FEFE y 3 vocales de FENOFAR por la parte empresarial y 4 de UGT, quienes decidieron constituirse en comisión negociadora del XXV Convenio. – En el acta consiguiente, se reconoció un 80% de la representación empresarial a FEFE y un 20% a FENOFAR. – Las asociaciones empresariales mencionadas reconocieron a UGT las legitimaciones exigidas legalmente para constituir la comisión negociadora del convenio. UGT aportó una certificación de la Dirección General de Empleo, que computó los resultados electorales del sector desde el 1-04-2012 al 31-03-2016, que arrojaban 18 delegados elegidos, de los cuales 7 estaban afiliados a UGT; 4 a FETRAFA; 3 a

UTF; 2 a CCOO; 1 a ELA y 1 a ASATEF BCN. – En el listado anexo las elecciones, celebrada en la empresa FARMACIA SANCHO GARCÍA CB se celebraron el 5-06- 2012 y las celebradas en FARMACIA ZARCO ROS el 2-07-2012, por lo que los dos delegados de UGT, obtenidos en las elecciones en las empresas citadas, no se reconocieron por FEFE y FENOFAR. No obstante, UGT aportó un certificado de 3-06-2016, expedido por el Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat, que le reconocía 5 delegados sobre 9 delegados elegidos en el sector de oficinas de farmacia. – Aportó, así mismo, un certificado de la Junta de Andalucía, por el que se precisaba que UGT obtuvo un delegado en FARMACIA MATUTE CB, si bien las elecciones se celebraron el 13-06- 2012, por lo que no se reconoció por la patronal este último delegado.

QUINTO. – El 6-07-2016 CCOO, UTF y FETRAFA promovieron mediación ante el SIMA, que concluyó sin acuerdo el 19-07-2016.

SEXTO. – El 20-07-2016 CCOO solicitó mediante correos electrónicos, que obran en autos y se tienen por reproducidos, que se les convocara a la próxima reunión de la comisión negociadora del convenio para acreditar su representación y participar en la misma.

SÉPTIMO. – El 20-07-2016 se reunió la comisión negociadora, compuesta por 4 representantes de FEFE, 3 FENOFAR y 3 UGT, levantándose acta que obra en autos y se tiene por reproducida.

OCTAVO. – El 16-08-2016 el secretario de la mesa negociadora del convenio acusó recibo del requerimiento de CCOO de 20-07-2016, advirtiéndole que los aspectos mencionados deberían tratarse en la comisión negociadora convocada para el 6-09- 2016.

NOVENO. – El 6-09-2016 se reunió la comisión negociadora del convenio, a la que acudieron sus componentes y 2 representantes de FETRAFA, 1 UTF y 1 CCOO. Se discutió, a continuación, si estos sindicatos tenían derecho a formar parte de la comisión negociadora, sin que se alcanzase acuerdo alguno, tal y como se refleja en el acta que obra en autos y se tiene por reproducida.

DÉCIMO. – El 20-07-2016 la DGE expidió certificado que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se certifica que en el período 1-6-2012 a 31-05-2015 se eligieron 21 delegados en el sector, de los cuales 7 pertenecían a UGT; 6 UTF; 4 FETRAFA; 2 CCOO; 1 AFFDP y 1 ELA. – Obrar en autos actas electorales, aportadas por los demandantes, que se tienen por reproducidas.

c.- que en los últimos párrafos del fundamento jurídico cuarto se razona lo siguiente:

“Así las cosas, no queda otra opción que la desestimación de la demanda, por cuanto el momento, en el que UTF y CCOO debieron acreditar su representación, fue el 4-07-2016, fecha en la que se decidió constituir la comisión negociadora del XXV Convenio, por lo que, no habiéndolo hecho así, no pueden considerarse las certificaciones y actas electorales aportadas con posterioridad, sin que constituya causa de justificación, que los sindicatos no alcanzaran previamente acuerdos entre sí, puesto que se ha demostrado cumplidamente, que UGT propuso una composición a los demás sindicatos legitimados, previa acreditación de la representatividad de cada quien, lo que se descartó por CCOO, quien admitió la composición propuesta por UGT, pero se negó a acreditar su representatividad, al punto de advertir el 21-

06-2016, que no acudiría a la reunión, si se le exigía acreditar su representatividad, lo que constituye, a nuestro juicio, una actuación obstruktiva para la debida composición de la comisión negociadora, que no se acomoda adecuadamente a la obligación de negociar de buena fe, exigida por el art. 89.1 ET. - Tampoco es admisible, a nuestro juicio, el silencio de UTF a la propuesta de UGT de 17-06-2016, porque constituye una actuación obstruktiva pasiva a la negociación de buena fe, que tampoco podemos convalidar.

Así pues, acreditado que CCOO y UTF se negaron a acudir a la constitución de la comisión negociadora, convocada debidamente el 4-07-2016, no cabe considerar ahora una representatividad, que decidieron no acreditar voluntariamente en el momento oportuno, puesto que se trata de una actuación extemporánea, que debió hacerse valer en la fecha convenida. – Todo ello, sin perjuicio de las acciones, que pudieran interponer si consideran que UGT no reunía las legitimaciones exigidas legalmente para la negociación de un convenio estatutario sectorial, lo que no se reclama aquí, puesto que se reclama únicamente otra composición de la comisión negociadora, que no se acreditó, como era exigible, en el momento de la constitución de la comisión negociadora.

d.- que el fallo de la sentencia desestimó la demanda.

7º.- Interpuesto que fue recurso de casación por las actoras contra la anterior sentencia el TS dictó la STS 919/2018 el día 18-10-2018- rec 66/2017- que damos por reproducida, si bien de su contenido destacamos:

A.-Que por los recurrentes se formuló un único motivo de recurso al amparo del art. 207 c) de la LRJS en el que se denunciaba incongruencia de la sentencia recurrida.

B.- Que en dicha resolución se desestimó el recurso y se efectuó el siguiente razonamiento:

“La pretensión de que UGT no puede constituir la representación del banco social en la comisión negociadora se ha respondido por la Sala de instancia en sentido desestimatorio diciendo que la presencia de UGT, como única organización por parte del banco social, solo se debió a la voluntaria ausencia a la reunión de constitución de las organizaciones demandantes. Y esa configuración de la Comisión trae causa, según señala la propia sentencia de instancia, de una conducta obstruktiva por parte de algunos de los demandantes o por la pasividad de otros que. en definitiva, no se ajusta a la buena fe que debe presidir la negociación colectiva. Estos términos de la sentencia recurrida dan cumplida respuesta, aunque negativa, a la pretensión de que se declare no válida la composición de la mesa por aquella razón. Insistimos en que, según la sentencia recurrida, es válida la composición de la comisión negociadora, con la sola presencia de UGT, en tanto que la ausencia de las restantes organizaciones sindicales lo fue por su propia decisión..”

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE). Su Letrada, Sra. Ucelay Urech, en escrito de fecha 16 de mayo de 2019, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes

motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 222.4 LEC, arts. 87, 88 y 89 ET. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 88.2, primer y segundo párrafos ET, art. 7, apartados 1 y 2 CC. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) por infracción del Título III ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de mayo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del debate.

Como consecuencia de la impugnación de la Autoridad Laboral, en la instancia se ha declarado la nulidad del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia. Nos corresponde ahora resolver el recurso de casación formulado frente a ese pronunciamiento; es la segunda ocasión en que debemos pronunciarnos acerca de la negociación de este convenio, por lo que conviene comenzar resumiendo lo acaecido en la anterior.

1. Hechos relevantes del primer procedimiento.

El procedimiento se había iniciado mediante demanda de conflicto colectivo presentada por tres sindicatos. La Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de Comisiones Obreras (FSS-CC.OO). La Unión de Trabajadores de Farmacia (UTF). Y la Federación de Trabajadores de Farmacia de Extremadura (FETRAFA), aunque esta última no compareció en juicio.

Los hechos probados (HHPP) dan cuenta de las discrepancias existentes entre los sindicatos demandantes y el demandado acerca de la composición que debiera tener su representación en la comisión negociadora del XXV Convenio Colectivo, que se negociaba con las asociaciones patronales Federación

Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) y Federación Nacional de Oficinas de Farmacia (FENOFAR). En particular:

- El 17 de junio de 2016 UGT formula su propuesta (4 personas de su sindicato, 3 de UTF, 1 de FETRAFA y 1 de CCOO), aceptada por FETRAFA (quien delega su representación en CCOO) y por CCOO (aunque “manifestó su oposición a aportar documentación acreditativa de su representatividad”).
- El 19 de junio tres sindicatos (CCOO, FETRAFA y UTF) manifestaron a la patronal (FEFE y FENOFAR) que no podía constituirse la comisión negociadora en la fecha prevista “por cuanto no habían llegado a acuerdos con UGT para la conformación de la mesa, advirtiéndole que, si se constituía la mesa, interpondrían las acciones pertinentes”.
- Pese a lo anterior, la comisión negociadora quedó constituida (4 de julio) con la presencia de las dos organizaciones empresariales y el sindicato UGT.
- En fecha posterior (6 septiembre) también acuden a la sesión representantes de los otros tres sindicatos, discutiéndose su derecho a formar parte de la misma, pero “sin que se alcanzase acuerdo alguno”.

2. Demanda de conflicto colectivo.

Interesa dejar constancia de que lo pretendido por las tres asociaciones que promovieron el conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional era que la composición de la comisión negociadora del XXV Convenio Colectivo de Oficinas de Farmacia se ajustase a la siguiente escala:

1º) Si el banco social constase de 13 puestos, UTF tendría 5 representantes, UGT tendría 4 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 2 representantes.

2º) Si el banco social constase de 12 puestos, UTF tendría 5 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 2 representantes.

3º) Si el banco social constase de 11 puestos, la distribución sería la misma que la anterior: UTF tendría 5 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS- CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 2 representantes.

4º) Si el banco social constase de 10 puestos, UTF tendría 4 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS-CCOO tendría 2 representantes y FETRAPA tendría 1 representante.

5º) Si el banco social constase de 9 puestos, la distribución sería la misma que la anterior: UTF tendría 4 representantes, UGT tendría 3 representantes, FSS- CCOO tendría 1 representantes y FETRAPA tendría 1 representante.

6º) Si el banco social constase de 8 puestos, UTF tendría 4 representantes, UGT tendría 2 representantes, FSS-CCOO tendría 1 representante y FETRAPA tendría 1 representante.

7º) Si el banco social constase de 7 puestos, UTF tendría 3 representantes, UGT tendría 2 representantes, FSS-CCOO tendría 1 representante y FETRAPA tendría 1 representante.

8º) Por último, si el banco social constase de 6 puestos, UTF tendría 2 representantes, UGT tendría 2 representantes, FSS-CCOO tendría 1 representante y FETRAPA tendría 1 representante.

3. Sentencia 181/2016 de la Audiencia Nacional.

La SAN 181/2016 de 29 noviembre (proc. 241/2016) contiene el siguiente fallo: “En la demanda de conflicto colectivo, promovida por UTF y CCOO, desestimamos la excepción de inadecuación de procedimiento, promovida por FENOFAR.- Desestimamos la demanda de conflicto colectivo, por lo que absolvemos a FEFE, FENOFAR y UGT de los pedimentos de la demanda”. Sus núcleos argumentales son los siguientes.

Desestima la excepción de inadecuación de procedimiento, puesto que no se impugna aquí las certificaciones de capacidad representativa de los sindicatos (modalidad contemplada en el art. 133 a 136 LRJS), sino la composición de la comisión negociadora, que afecta a los sujetos colectivos negociadores como tales, así como a los empresarios y trabajadores que representan.

Con arreglo a consolidada jurisprudencia, el momento de acreditar las legitimaciones inicial, deliberativa y plena es el de la constitución de la comisión negociadora, lo que no se hizo por los demandantes, quienes se autoexcluyeron, al no acudir a dicha reunión sin causa de justificación. “No pueden considerarse las certificaciones y actas electorales aportadas con posterioridad, sin que constituya causa de justificación, que los sindicatos no alcanzaran previamente acuerdos entre sí”.

En su tramo final, la sentencia advierte que desestima lo pretendido “sin perjuicio de las acciones, que pudieran interponer si consideran que UGT no reunía las legitimaciones exigidas legalmente para la negociación de un convenio estatutario sectorial”.

4. Sentencia 919/2018 de esta Sala Cuarta.

Disconformes con el referido pronunciamiento, los sindicatos demandantes interpusieron recurso de casación, basado en único motivo, denunciando incongruencia omisiva puesto que la sentencia no había abordado la petición relativa a la nulidad por ilegal de la Comisión Negociadora. Nuestra sentencia 919/2018 de

18 octubre (rec. 66/2017) lo desestimó y confirmó la de instancia. En sus pasajes centrales expresa lo siguiente:

La pretensión de que UGT no puede constituir la representación del banco social en la comisión negociadora se ha respondido por la Sala de instancia en sentido desestimatorio diciendo que la presencia de UGT, como única organización por parte del banco social, solo se debió a la voluntaria ausencia a la reunión de constitución de las organizaciones demandantes. Y esa configuración de la Comisión trae causa, según señala la propia sentencia de instancia, de una conducta obstructiva por parte de algunos de los demandantes o por la pasividad de otros que, en definitiva, no se ajusta a la buena fe que debe presidir la negociación colectiva. Estos términos de la sentencia recurrida dan cumplida respuesta, aunque negativa, a la pretensión de que se declare no válida la composición de la mesa por aquella razón. Insistimos en que, según la sentencia recurrida, es válida la composición de la comisión negociadora, con la sola presencia de UGT, en tanto que la ausencia de las restantes organizaciones sindicales lo fue por su propia decisión.

Es cierto que la sentencia de instancia hace referencia a que las partes demandantes podrían interponer otras acciones en las que cuestionar que UGT no estaba legitimada para negociar el convenio estatutario sectorial, pero esta precisión de la sentencia recurrida no tiene nada que ver con la pretensión de la demanda y lo resuelto por la Sala de instancia, en la que tan solo se estaba debatiendo si una organización sindical pueda representar el banco social por sí sola cuando existen otras que también la ostentan, lo que no se identifica con el problema que apunta la Sala de instancia, sobre presencia del propio sindicato UGT en la mesa negociadora por ausencia de representación suficiente para negociar un convenio a ese nivel, sola o acompañada de otros integrantes del banco social.

SEGUNDO.- Términos del actual debate.

Lo que ahora se debate posee estrecha conexión con cuanto acabamos de recordar y ya no va derechamente dirigido a cuestionar la composición de la comisión negociadora del convenio sino a enjuiciar la validez de lo acordado por ella.

1. Hechos y datos relevantes.

A) Tal y como quedó acreditado en el primer procedimiento, lo que ahora adquiere especial relevancia, al constituirse la comisión negociadora UGT aporta la siguiente documentación:

- Certificado de la DGE con los resultados electorales del sector (1 abril 2012 a 31 marzo 2016): 18 delegados elegidos, de los cuales 7 estaban afiliados a UGT; 4 a FETRAFA; 3 a UTF; 2 a CCOO; 1 a ELA y 1 a ASATEF BCN.
- Resultado de elecciones celebradas en 5 de junio y 7 de julio de 2016 en dos farmacias, siendo afiliadas a UGT las dos personas elegidas.

- Certificado (de 3 junio 2016) del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat, que le reconocía 5 representantes de los 9 elegidos en el sector.
- Certificado de la Junta de Andalucía acreditando que otra persona afiliada a UGT había sido elegida en una Farmacia (13 junio 2012).

B) Las dos asociaciones empresariales concurrentes (FEFE y FENOFAR) y el sindicato UGT suscribieron el XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia, que fue presentado ante la Autoridad Laboral competente (entonces, Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social [DGE]) para su registro y publicación el 19 de enero de 2017.

C) La DGE requirió (10 febrero) a la Comisión Negociadora que acreditase la suficiente representatividad de UGT (a efectos de los artículos 87 y 88 ET), haciéndose eco de las denuncias que habían presentado CCOO, FETRAFA y UTF.

D) La Comisión Negociadora alegó (21 febrero) que el sindicato firmante tenía la triple legitimación legalmente exigida, como se acreditaba con la documentación acompañada y manifestaba la SAN 181/2016.

2. Demanda de oficio.

Mediante escrito fechado el 29 de marzo de 2017, la DGE presentó demanda de impugnación de convenio colectivo, instando que se declarase la nulidad del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia.

Subraya la necesidad de que quienes suscriben el convenio colectivo posean la representatividad legalmente exigida.

Examina la documentación aportada por UGT para acreditar su representatividad y pone de relieve que de 28 representantes legales de quienes trabajan en oficinas de farmacia solo posee 13; eso comporta que su sola presencia no basta para cumplir con las exigencias legales.

Descarta que al acudir un solo sindicato a la constitución de la Comisión Negociadora se le deba atribuir el 100% de representatividad o que del número de representantes (28) deba restarse el de los sindicatos que se excluyen a sí mismos de la negociación.

3. Sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 31/2019 de 28 febrero (aclarada mediante Auto de 25 de marzo) la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima las excepciones opuestas (cosa juzgada, falta de legitimación activa, inadecuación de

procedimiento). Por el contrario, estima la demanda (a la que se adhirieron CCOO y UGT) y declara la nulidad del Convenio Colectivo impugnado. Seguidamente resumimos sus argumentos.

A) A la vista del artículo 163 LRJS considera que el procedimiento seguido es el adecuado pues a la DGE se le ha presentado un convenio colectivo negociado conforme al Título III del ET.

B) El efecto positivo de la cosa juzgada (art. 222.4 LEC) no puede operar. Lo debatido en el primero procedimiento “nada tiene que ver en su objeto” con el actual. En instancia se discutió el derecho de varios sindicatos a integrarse en la Comisión Negociadora con determinado número de representantes; y en casación solo se examinó una cuestión procesal “sin que se abordase cuestión material alguna”.

C) A la vista del artículo 88.2 ET (norma de orden público) y de la jurisprudencia que lo interpreta considera que debe prosperar la demanda. Porque la UGT no acreditó que contase con la mayoría de representantes del sector, tal y como la demanda de la DGE denunciaba. Y la ausencia, aunque voluntaria, de otro sindicato en modo alguno subsana ese requisito.

4. Recurso de casación.

Mediante escrito fechado el 16 de mayo de 2019 la Abogada y representante de la FEFE formaliza su recurso de casación, que estructura en tres motivos.

Considera que concurre cosa juzgada y que el procedimiento culminado en nuestra sentencia de 2018 ya descartó que la Comisión Negociadora se hubiera constituido de manera ilegal (Motivo Primero).

Asimismo, entiende que la SAN de instancia vulnera las previsiones del artículo 88 ET, ya que al concurrir solo la UGT a la constitución de la comisión negociadora debe considerarse que posee total representatividad (Motivo Segundo).

De manera subsidiaria, interesa que se salve la validez del convenio en cuanto pacto extraestatutario (Motivo Tercero).

5. Impugnación del recurso.

Mediante escrito de 31 de mayo de 2019 el Abogado y representante de CCOO formaliza su impugnación al recurso. Descarta que haya cosa juzgada o que la interpretación del artículo 88 ET asumida en la instancia sea errónea; también se opone a salvar la validez del convenio como pacto de eficacia limitada.

Con fecha 6 de junio de 2019 el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, impugna el recurso de casación al que reprocha descomponer

artificialmente los motivos (1º y 2º), carecer de contenido casacional (motivo 1º) y plantear una cuestión nueva (motivo 3º). Subsidiariamente, expone las razones por las que debe fracasar por completo.

Con fecha 13 de junio de 2019 el Abogado y representante de UTF impugna el recurso. Expone el alcance de la cosa juzgada y descarta que concurra; invoca diversa jurisprudencia y respalda el acierto de la SAN recurrida al interpretar el artículo 88 ET; advierte también que no cabe introducir en casación cuestiones nuevas.

6. Intervención del Ministerio Fiscal.

Con fecha 10 de junio de 2019 el representante del Ministerio Fiscal ante la Audiencia Nacional emite su Dictamen, interesando la desestimación de los tres motivos del recurso.

Mediante escrito de 28 de noviembre de 2019 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite su Dictamen. Examina de manera individualizada los tres motivos del recurso y descarta que se hayan producido las infracciones procesales o sustantivas alegadas en los dos primeros (cosa juzgada, representatividad de la comisión negociadora), mientras que el tercero introduce una cuestión nueva y deficientemente articulada.

7. Causas de inadmisibilidad.

La Abogacía del Estado entiende que concurren varias causas de inadmisibilidad del recurso, como queda expuesto, por lo que se dio traslado a la parte recurrente a fin de que alegara sobre ellas, como efectivamente hizo mediante escrito de 2 de julio de 2019.

Consideramos que no concurre ninguna de tales causas de inadmisibilidad, por las siguientes razones:

A) El primero de los motivos considera que la SAN recurrida ignora la existencia de cosa juzgada, invocando al efecto las reglas procesales de esa figura; el segundo motivo, por el contrario, se centra en la interpretación que el Tribunal de instancia realiza sobre las reglas del Título III del ET, de orden sustantivo. No concurre ninguna descomposición artificial pues esas dos aperturas casacionales obedecen a causa y finalidad diversas; en un caso se trata de impedir que se examine el fondo del asunto y en el otro (subsidiario) se sostiene que no hay incumplimiento de las exigencias representativas.

B) Tenga razón o no la patronal recurrente, lo cierto es que está achacando a la resolución recurrida la comisión de infracciones de signo diverso, tanto de las normas cuanto de la jurisprudencia. No estamos ante meras reiteraciones de lo alegado ante la Audiencia Nacional, sino que combate su sentencia a través de los cauces contemplados en el artículo 207 LRJS.

C) Que se haya planteado ahora una cuestión novedosa, ajena al objeto litigioso, solo puede considerarse concurrente previo examen de las argumentaciones vertidas en el correspondiente motivo de recurso. Su concurrencia, por tanto, desembocaría en la desestimación pero no en la inadmisión preliminar.

TERCERO.- Cosa juzgada material (Motivo 1º).

Conforme al artículo 207.e) LRJS es posible interponer un recurso de casación basado en la “Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.” Este es el cauce elegido por la recurrente para desarrollar su primer motivo de recurso.

1. Formulación del motivo.

Sostiene la FEFE que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 222.4 LEC conforme al cual “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.”

Considera que la SAN de 2016 y la STS de 2018 ya habían resuelto la cuestión ahora suscitada. Recuerda que allí se trataba de una demanda de conflicto colectivo interpuesta por los Sindicatos CCOO, UTF y FETRAFA contra el Sindicato UGT y las Asociaciones Empresariales FEFE y FENOFAR solicitando la declaración como no válida, por ilegal, de la constitución de la comisión negociadora, así como de los acuerdos que la misma pudiera alcanzar. También se solicitaba el reconocimiento del derecho de los demandantes a formar parte de dicha comisión negociadora.

Como esas dos sentencias son firmes y declararon la válida constitución de la comisión negociadora del XXV Convenio Colectivo, ya no cabe discutir de nuevo la concurrencia de la legitimación en uno de los sujetos negociadores.

2. Doctrina de la Sala.

a) Efecto positivo de la cosa juzgada.

Son innumerables las ocasiones en que nos hemos debido ocupar de aquilatar el llamado efecto positivo de la cosa juzgada. La STS 564/2018 de 29 mayo (rec. 2333/2016), con cita de otras muchas, lo resume así:

El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos sentencias, y, en virtud de la cual, lo decidido por la resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en la segunda cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda. Los elementos necesarios para el efecto positivo de la cosa juzgada son la identidad subjetiva entre de las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos.

b) Efecto negativo de la cosa juzgada.

La STS 69/2017 de 26 enero (rec. 115/2016) analiza los efectos de las sentencias firmes de conflicto colectivo y concluye así:

En definitiva, la institución de la cosa juzgada impide la decisión del proceso actual cuando ya hubiere sentencia firme sobre la misma cuestión y entre las mismas partes. La institución posee doble efecto: negativo o excluyente y positivo o prejudicial (cuando no hay identidad absoluta de los elementos de la pretensión pero si hay una parcial identidad en el objeto de uno y otro proceso).

Puesto que opera sobre la base de una situación jurídica ya dada en la realidad histórica en virtud de una sentencia que es firme, es clave el examen de la identidad entre lo resuelto en el procedimiento colectivo (antes reseñado) y el (presente) individual.

En numerosas ocasiones, como allí recordamos, se expone que mientras el efecto negativo o preclusivo impide a los Tribunales de Justicia pronunciarse de nuevo sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme, la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada no prohíbe que se dicte sentencia en el segundo juicio, sino que obliga tan sólo a que en esa segunda sentencia se sigan y apliquen los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior. La estimación del efecto negativo y excluyente de la cosa juzgada exige que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el posteriormente planteado, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

c) Preclusión.

La aplicación del artículo 400.2 LEC (supletorio de la LRJS) ha dado lugar a una doctrina resumida por la STS 17 octubre 2013 (rec. 3076/2012), conforme a la

cual en el proceso laboral, los efectos preclusivos de la cosa juzgada, igual que los de la litis pendencia, se extienden tanto a los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en el proceso previo como a los que en él hubieran podido alegarse.

d) Alcance del artículo 160.5 LRJS

Aunque no ha sido invocado a lo largo del procedimiento, consideramos asimismo de interés recordar el tenor del artículo 160.5 LRJS, ubicado entre los que disciplinan la modalidad procesal de conflicto colectivo, y que reza así:

5. La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria.

La STS 613/2018 de 12 junio (rec. 810/2017), citando abundantes precedentes, resume así la doctrina sobre los efectos que posee una sentencia firme de conflicto colectivo:

En la medida en que la sentencia que se dicta en este tipo de procesos colectivos define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, de forma que el efecto de vinculación de una sentencia de tal naturaleza sobre los procesos individuales supera el que correspondería en sentido estricto a efecto positivo de la cosa juzgada en el marco de litigios individuales o plurales en atención a la generalidad del alcance de dichas sentencias.

Esa norma tiene una sustantividad propia nacida de su finalidad procesal específica que se justifica en su vinculación al efecto positivo de la cosa juzgada y que contiene una directa correlación en su proyección laboral con el art. 222.4 LEC.

El 160.5 LRJS contiene por tanto la regulación de una modalidad singular de la proyección que en el proceso laboral haya de tener la cosa juzgada material establecida, como se ha visto, con carácter general en el artículo 222 LEC, impulsando aquella norma procesal laboral sus especiales efectos vinculantes desde lo colectivo a lo individual como instrumento específico de eficaz solución rápida y sobre todo uniforme de la litigiosidad, tratando de evitar la eventual dispersión de criterios judiciales a través de ese eficaz instrumento procesal, consecuencia por otra parte de la aplicación de elementales principios constitucionales como el de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) y el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

3. Consideraciones sobre el motivo.

A) Advierte el Ministerio Fiscal que el motivo debiera haberse canalizado por el apartado c) del artículo 207 LRJS (“quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”). Orillando el debate acerca de la naturaleza que posea la institución de la cosa juzgada, en todo caso, estaríamos ante un defecto procesal que no resulta trascendente y que tampoco impide el examen de la argumentación desplegada.

Su fracaso, sin embargo, resulta inevitable porque pretende aplicarla sin que concurren sus presupuestos. Y es que los debates habidos en ambos procedimientos, las causas de pedir y los hechos enjuiciados poseen diverso alcance.

B) El artículo 222.4 LEC activa la vinculación entre un primer procedimiento y el posterior cuando el primero aparezca como “antecedente lógico de lo que sea su objeto”. En el procedimiento culminado por nuestra sentencia de 2018 se debatía el derecho de los tres sindicatos demandantes, que se apartaron voluntariamente de la Comisión Negociadora y sin acreditar su legitimación, a participar en la misma con determinado número de representantes. Por el contrario, ahora se debate si la sola presencia de la UGT como representación de quienes trabajan en oficinas de farmacia cumple con las exigencias legales para alcanzar un convenio de carácter estatutario.

C) La discusión acerca de si la Comisión Negociadora del convenio cumplía con las exigencias de representatividad propias de un convenio del Título III ET estuvo al margen del primer procedimiento. Recordemos el tenor de lo solicitado por los sindicatos promotores del conflicto (véase el Fundamento Primero, apartado 2). Comprobación inmejorable de esa diversidad de objeto litigioso lo constituye el último tramo de la argumentación desplegada por la SAN 181/2016 (FJ Cuarto, in fine):

“Todo ello, sin perjuicio de las acciones, que pudieran interponer si consideran que UGT no reunía las legitimaciones exigidas legalmente para la negociación de un convenio estatutario sectorial, lo que no se reclama aquí, puesto que se reclama únicamente otra composición de la comisión negociadora, que no se acreditó, como era exigible, en el momento de la constitución de la comisión negociadora.”

Por su lado, al confirmar la sentencia de instancia, la STS 919/2018 se refiere, precisamente, a la salvedad recién reproducida y concluye que “esta precisión de la sentencia recurrida no tiene nada que ver con la pretensión de la demanda y lo resuelto por la Sala de instancia”.

D) La diversidad del objeto litigioso propio de uno y otro procedimiento se acentúa si atendemos al factor cronológico. Mientras en el primer caso se reclama una composición de la comisión negociadora, ahora se pide la nulidad del convenio adoptado en su seno. Mientras en el primer caso se examinaba la pretensión de quienes querían acceder a la comisión en determinadas condiciones, ahora se estudia el alcance de lo pactado posteriormente.

E) Mientras ahora es la Autoridad Laboral quien interesa que se declare la nulidad del convenio colectivo sometido a registro y publicación, por no cumplirse las exigencias de representación del art. 88 ET, en el caso precedente eran varios sindicatos los que reclamaban determinada presencia en la comisión negociadora. Desde luego, las sentencias dictadas en el primer procedimiento no afirmaron que UGT cumplía con las exigencias representativas de los artículos 87 y 88 ET.

F) La resolución del presente litigio, en aplicación de los preceptos de la LEC y de la LRJS reproducidos más arriba, sí que debe partir de lo resuelto en el anterior: los sindicatos ausentes de la negociación (porque así lo decidieron) no tenían el derecho que reclamaban. Dicho de otro modo: no podría ahora haberse alegado una vulneración de su libertad sindical como consecuencia de que UGT negociara en solitario. Y es notorio que la SAN recurrida ni ha apreciado esa circunstancia, ni siquiera ha examinado esa cuestión.

4. Desestimación.

El artículo 222.4 LEC y los preceptos concordantes que garantizan el respeto a lo resuelto en un procedimiento previo no han sido conculcados por la sentencia de instancia. La cosa juzgada positiva requiere una identidad de pretensiones que está ausente: antes se debatía sobre la composición de la comisión negociadora y en el presente acerca de la validez de lo acordado.

Acierta, pues, la SAN recurrida cuando desestima la excepción de cosa juzgada explicando que “la cuestión que aquí se decide nada tiene que ver en su objeto con la que fue objeto de discusión en el conflicto colectivo resuelto por la SAN 29-11-2016, lo que debe llevar a la Sala a decidir la cuestión de fondo planteada sin sujeción a condicionante alguno”.

Añadamos que, aunque no sea el caso, de prosperar la tesis de la recurrente quedaría abierta la posibilidad de cercenar el control de legalidad que compete a la Autoridad Laboral cuando antes de aprobarse el convenio se hubiera instado un conflicto colectivo sobre la suficiencia de las representaciones concurrentes al acto constitutivo de la comisión negociadora, siendo así que las actuaciones posteriores también son determinantes para la validez del convenio.

CUARTO.- Representatividad de la Comisión Negociadora (Motivo 2º).

Fracasado el primero de los motivos de casación y aclarado que no consideramos que haya habido una descomposición artificial en su formulación, procede examinar el segundo, desarrollado con carácter subsidiario.

1. Formulación del motivo.

Con la palanca argumental de los preceptos sobre ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe (art. 7.1 CC) y proscripción del abuso de derecho (art. 7.2 CC), el recurso denuncia la infracción del artículo 88.2 ET, así como de la jurisprudencia que menciona.

Sostiene que la SAN debió reconocer a UGT “una legitimación plena y negociadora del 100% dentro de la representación del banco sindical para participar en la negociación y negociar un convenio colectivo sectorial sin necesidad de acreditar nada”. Su extensa y documentada argumentación puede resumirse así: 1º) Los demás sindicatos no acudieron de forma voluntaria; 2º) El sector de oficinas de farmacia está muy atomizado; 3º) Apenas hay representación legal de quienes trabajan (RLT); 4º) La STS 4 diciembre 2000 (rec. 3867/1999) avala la validez del convenio; 5º) De los 28 RLT hay que descontar a quienes no negocian el convenio estatal (sino en ámbitos inferiores); 6º) Las minorías no deben bloquear la negociación.

2. Preceptos relevantes.

El artículo 87 Estatuto de los Trabajadores (“Legitimación”), ubicado en la Sección 2ª (“Disposiciones generales”) del Título III (“De la negociación colectiva y de los convenios colectivos”) dispone en su número 3 que, cuando se trata de convenios colectivos sectoriales, están legitimados para negociar en nombre de los trabajadores no solo los sindicatos más representativos de nivel estatal o sus adheridos [apartado a)] y los más representativos autonómicos para ámbitos no superiores al de su implantación [apartado b) sino también, “los sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio” [apartado c)].

Por su lado, el artículo 88 ET (“Comisión negociadora”) dispone en su apartado primero que “El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad”.

Dicho artículo, en su segundo apartado, que es el directamente señalado como infringido por la sentencia recurrida, establece la que suele denominarse legitimación (o representatividad) plena: “La comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio”.

A este primer párrafo, le siguen otros tres, el primero de ellos también invocado por la recurrente en su argumentación:

En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma.

En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3.c).

En los supuestos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación.

3. Doctrina relevante.

El bloque normativo expuesto en el apartado anterior debe contemplarse a la luz de la doctrina conforme a la cual el derecho constitucional a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE) forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE). Cuando se habla de convenios sujetos al ET (con eficacia normativa y general) la violación es inexistente si de desconoce el derecho a negociar al sindicato que no alcance a cumplir con las exigencias legales (por todas, STC 98/1985) de 29 julio.

En numerosas ocasiones hemos explicado que el ET configura un sistema de triple legitimación: la legitimación inicial (para negociar); la llamada legitimación complementaria o deliberante (para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio colectivo de eficacia general); y, finalmente, la legitimación plena o

decisora, que es una cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET). Por todas, SSTs 5 noviembre 2002 (rec. 11/02) y 20 de junio de 2006 (rec. 189/2004).

El momento para determinar la legitimación negociadora va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora y no a otra posterior, pues si atendiese al resultado de posteriores elecciones -tratándose del banco social- se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación (por todas, SSTs 11 diciembre 2012, rec. 229/2011, Notarías Madrid y 25 noviembre 2017, rec. 63/2014, Mercancías por carretera). Con cita de abundantes precedentes, la STS 439/2020 de 11 junio (rec. 138/2019) precisa que el momento en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye la mesa negociadora, por lo que hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores.

Para evaluar la representatividad sindical hay que atender al total de RLT existente en el sector, sin descontar la propia de ámbitos con convenio propio (STS 1 octubre 1998, rec. 3114/1997, Enseñanza concertada), siendo varios los motivos que así lo avalan: 1º) Porque las reglas sobre legitimación negociadora no especifican que las empresas con convenio propio deban excluirse del requisito de implantación previsto en el artículo 87.2.c ET. 2º) Porque la incidencia del convenio sectorial respecto de las empresas con convenio propio pero incluidas en la unidad de negociación no es teórica, sino posible cuanto tras la ultraactividad se desencadene la consecuencia prevista en el art. 86.3 ET (“se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”). 3º) Porque la exclusión de tales empresas comportaría que ya no se negocia un convenio sectorial sino uno para “una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas” (art. 87.1.III), lo que no es el caso. 4º) Porque la unidad de negociación se delimita por quienes, en su conjunto, poseen la triple representatividad (art. 83.1 ET) y sus confines no se ven alterados por el hecho de que alguna empresa inmersa en ella posea convenio propio (STS 368/2021 de 7 abril, rec. 44/2020, Supermercados Castilla y León).

4. Consideraciones de la Sala.

En su legítimo empeño de combatir la sentencia recurrida (para defender la validez del convenio colectivo alcanzado en su momento), la recurrente introduce la pluralidad de líneas argumentales que hemos resumido (apartado 1). Por las razones que seguidamente expondremos, ninguna de ellas puede prosperar.

A) El Título III ET contiene diversas exigencias sobre representatividad de quienes lo negocian. Se trata de normas de orden público, claramente justificadas porque la Ley no está disciplinando toda negociación colectiva (art. 37.1 CE) sino solamente la muy privilegiada que posee alcance general (art. 82.3 ET) y eficacia normativa (art. 3.1.b y 3.1.c ET).

Desde ese punto de vista, es inocuo el motivo por el que determinado sindicato (o asociación empresarial) deja de concurrir a la constitución de la comisión negociadora. El legislador no garantiza la existencia de un convenio colectivo ajustado al Título III del ET, sino que ello depende de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales (art. 7 CE).

B) Las características de determinado sector de actividad no pueden justificar la inaplicación de las previsiones legales sobre representatividad de quienes negocian un convenio de eficacia general más que en la medida permitida por el propio legislador.

La excepcional previsión que posibilita tener por válidamente constituida la comisión negociadora (art. 88.2.II ET) no ha sido vulnerada por la SAN recurrida. La norma contiene un presupuesto y un requisito; ninguno de ellos concurre en el caso.

En el ámbito aplicativo del convenio colectivo queda acreditado que hay 28 representantes de las correspondientes plantillas. Ciertamente, se trata de un número exiguo si se pone en conexión el número de personas que prestan sus servicios laborales (70.000) en las oficinas de farmacia del país (17.500), tal y como el HP Segundo de la sentencia recurrida muestra. Ahora bien, el presupuesto para que opere la excepción es que estemos en “sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores”. Escapa a nuestras posibilidades interpretativas su claro tenor; solo al legislador compete la posibilidad de ampliar el supuesto de hecho contemplado y fijar un umbral menos exigente de orfandad representativa.

Adicionalmente, pero con la misma relevancia, el precepto solo permite que en esos casos de inexistencia de órganos representativos se entienda válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada “por las

organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma”. No basta que una asociación sindical que ostente esa singular posición jurídica (art. 6.1 LOLS) comparezca a la constitución de la Comisión Negociadora sino que deben hacerlo “las” que compartan esa cualidad, es decir, todas ellas.

C) La STS 4 diciembre 2000 (rec. 3867/1999, Deutsche Bank) es invocada en este segundo motivo de recurso. La sentencia expone que el convenio suscrito por una sola sección sindical no se ajusta a las exigencias del ET, por lo que es de carácter extraestatutario; consecuencia de ello es que rechaza la legitimación de la Autoridad Laboral para impugnarlo y declara, de oficio, la inadecuación de procedimiento.

Hay varias diferencias relevantes, que impiden trasladar la doctrina de referencia a nuestro caso. Allí se examina un convenio colectivo de empresa, no sectorial, siendo diversas las reglas que disciplinan la legitimación para negociar en ambos casos. Allí negocia un sindicato que, por sí solo, cumple las exigencias de la triple legitimación (el 54,86% de la representación unitaria de los trabajadores), lo que no sucede en nuestro caso (UGT cuenta con 13 de 28 RLT). Allí se ha impedido la intervención negociadora de los delegados de otros sindicatos (“marginación de los restantes delegados sindicales”), mientras que aquí ha habido una voluntaria ausencia. Allí se está examinando el tenor de un Acuerdo sobre temas concretos (aunque con pretendida eficacia general) y aquí un instrumento que se presenta como verdadero convenio colectivo.

D) La implantación sindical ha de medirse tomando en cuenta la totalidad de la RLT existente en la unidad de negociación. No cabe excluir a quienes renuncian a ello o pertenecen a empresas con convenio propio. En el apartado anterior hemos dado cuenta de la doctrina aplicable sobre este particular. La SAN recurrida ha aplicado correctamente tanto esa vertiente cuanto la referida al momento en que debe acreditarse la representatividad.

E) Las protestas sobre bloqueo de la negociación por parte de fuerzas minoritarias o sobre su eventual abuso de derecho son inocuas a los efectos del motivo de recurso. Es un dato objetivo que el sindicato firmante del convenio examinado carece de la representatividad exigida por el artículo 88.2 ET; los motivos de ello acrecen de relevancia. Esa insuficiencia, al igual que cualquier otra, impide

que el resultado de la negociación pueda identificarse como convenio colectivo adornado con las garantías propias del ET.

5. Desestimación.

Por las razones expuestas, consideramos que la sentencia recurrida no ha infringido ni el artículo 88.ET ni las normas sobre ejercicio de buena fe de los propios derechos.

QUINTO.- Validez como pacto extraestatutario (Motivo 3º).

También canalizado a través del apartado e) del artículo 207 LRJS, el tercer y último motivo del recurso, subsidiario respecto de los anteriores, interesa que declaremos que el convenio colectivo de referencia posee validez como extraestatutario.

1. Formulación del motivo.

El motivo considera infringido “el Título III del Estatuto de los Trabajadores así como la jurisprudencia que lo interpreta, en relación a la plena validez y vigencia de los denominados convenios colectivos extraestatutarios”.

Combate tanto el fallo de la sentencia de instancia (declarando “la nulidad del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia aprobado el día 13 de enero de 2017”) cuanto su Auto aclaratorio de 25 de marzo de 2019 (“la validez del Convenio impugnado como Convenio extra-estatutario no fue pretensión debatida en el juicio”).

Recuerda que la doctrina constitucional (STC 108/1989) ha validado la existencia de estos pactos al margen del ET y que también lo ha hecho la propia jurisprudencia de esta Sala Cuarta (citando al efecto varias sentencias).

Considera que el asunto sí se ha debatido en la instancia y que debiera expresarse que la nulidad del XXV Convenio lo es solo como estatutario, salvándose de modo expreso como convenio de eficacia limitada.

2. Consideraciones sobre el motivo.

A) Resulta innecesario el esfuerzo argumental desplegado por la recurrente en orden a demostrar la actual posibilidad de que los interlocutores sociales suscriban convenios al margen del Estatuto de los Trabajadores; se trata de premisa indiscutida. En sentido contrario, no es posible configurar un motivo de recurso señalando como infringido, de forma genérica todo un Título de una norma con rango de Ley.

En todo caso, estas imperfecciones procesales del motivo no impiden su fácil comprensión y, desde luego, tampoco generan indefensión al resto de partes; en consecuencia, vamos a estudiarlo.

B) Todavía queda un importante óbice procesal para que el motivo pueda ser examinado. Se trata de la eventual concurrencia de una “cuestión nueva”, es decir, de que haya abordado algo ajeno al objeto del litigio.

Una consolidada doctrina constitucional rechaza la alteración sustancial de los elementos del juicio (*causa petendi* y *petitum*). El fallo jurisdiccional debe ajustarse a los términos en que las partes formulan sus pretensiones, adecuación que debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre (*SSTC 88/1992* y *280/1993*) siendo evidente que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable u otras las consecuencias de la aplicación de la misma, ello no le permite en modo alguno modificar la “*causa petendi*” y, a través de ella, alterar de oficio, el contenido de la acción ejercitada (*SSTC 144/1991*, *166/1993* y *122/1994*). Esta congruencia de la resolución judicial es, por otro lado, plenamente compatible con el principio “*iura novit curia*” que implica que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso.

En efecto, una cosa es que el órgano judicial aplique la norma que proceda o la interpretación correcta de la misma, con independencia de que ambas hayan sido alegadas por la parte y otra bien diferente que, si tras haberse ejercitado una acción con un contenido delimitado y producido una defensa frente a ella, el órgano judicial estimase otra acción u otro contenido diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el “*thema decidendi*” vulnerando el principio de contradicción en el proceso (*STC 224/1994*).

C) Con independencia de ciertas reflexiones acogidas por la SAN 31/2019 (“*obiter dicta*”) y de las manifestaciones vertidas en el acto del juicio por la Abogacía del Estado (todas ellas recordadas por la recurrente) lo cierto es que el objeto litigioso no ha versado sobre la validez del XXV Convenio como pacto de eficacia limitada, sino como convenio sometido al ET. Son varias las razones de ello:

- El Convenio se presenta a sí mismo como una de eficacia general y sometido al Título III del ET.
- La modalidad procesal seguida es la contemplada en el artículo 163 y siguientes de la LRJS.
- La activación del proceso por la Autoridad Laboral (art. 163.1 LRJS) y la intervención del Ministerio Fiscal (art. 165.4 LRJS) concuerdan con la necesidad de examinar el convenio desde la óptica del Título III del ET.

D) A la vista de lo anterior, en concordancia con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, consideramos que este motivo viene a introducir una cuestión novedosa en el debate y no debiera ser examinado. Sin embargo, concurren circunstancias adicionales que aconsejan atenuar esa rigurosa consecuencia como seguidamente exponemos.

3. Consideración adicional.

Habida cuenta del tenor de nuestra reseñada STS 4 diciembre 2000 (rec. 3867/1999), consideramos necesario realizar alguna precisión adicional. En aquella ocasión estimamos, de oficio, la inadecuación del procedimiento que había activado (igual que ahora) la Autoridad Laboral por considerar (igual que ahora) que el convenio colectivo había incumplido las exigencias referidas a la representación del “banco social”. Y lo hicimos tras declarar que eso comportaba la existencia de un convenio colectivo de carácter extraestatutario.

Ya hemos puesto de relieve las diferencias que existen entre los dos supuestos respecto de los hechos enjuiciados. Sin embargo, a fin de clarificar el criterio actual de la Sala sobre la dimensión procesal del problema, hemos de manifestar lo siguiente:

A) Existiendo una apariencia de convenio colectivo estatutario, presentándose como tal ante la Autoridad Laboral, el fruto de la negociación colectiva bien puede (y debe) ser impugnado ante la jurisdicción social a través de la modalidad procesal prevista al efecto por los artículos 163 y siguientes de la LRJS.

B) En el ámbito de esta modalidad procesal sobre “impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (art. 163.1 LRJS) la eventual declaración de nulidad del convenio examinado, salvo supuesto de vulneración de derechos constitucionales, debe entenderse referida a su consideración como convenio regulado por el Título III del ET.

C) El artículo 26.1 LRJS dispone que no es posible acumular otra acción a “las de impugnación de convenios colectivos”, ni siquiera por vía de reconvención.

D) La impugnación de convenio colectivo de los regulados en el Título III del ET, en especial instada por la Autoridad Laboral, que desemboca en un fallo anulatorio no puede comportar una declaración acerca de su validez como pacto ajeno al Estatuto de los Trabajadores.

E) Clarificando nuestra anterior doctrina, consideramos que no existe inadecuación de procedimiento cuando la Autoridad Laboral impugna por la vía del artículo 163 LRJS un acuerdo que se presenta como verdadero convenio colectivo, aunque el resultado final de ello sea la constatación de que incumple las exigencias del ET pero podría ser válido como acuerdo “extraestatutario”.

F) Confirmando nuestra anterior doctrina, consideramos que existe inadecuación de procedimiento (y falta de legitimación activa) cuando la Autoridad Laboral impugna un acuerdo colectivo que no posee la apariencia, ni la pretensión, de un convenio colectivo regulado por el Título III del ET.

4. Desestimación del motivo.

Por las razones expuestas, y con las advertencias del apartado precedente, el tercer motivo de recurso tampoco puede prosperar. Tal y como el Auto de aclaración dictado por la Audiencia Nacional sostuvo, la valoración del XXV Convenio Colectivo como pacto de eficacia extraestatutaria queda al margen del litigio y, por tanto, no puede ser confirmada ni rechazada.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), representada y defendida por la Letrada Sra. Ucelay Urech.

2º) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia 31/2019 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 28 de febrero de 2019 y el auto de aclaración de 25 de marzo de 2019, en autos nº 105/2017, seguidos a instancia de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a la que se ha adherido la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO (FSS-CCOO), el Sindicato Unión General de Trabajadores de Farmacia (UTF) contra dicha recurrente, la Federación Nacional de Oficinas de Farmacia (FENOFAR), Federación de Empleadas y Empleados de Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT), Federación de

Trabajadores de Farmacia (FETRAFA), Ministerio Fiscal, sobre impugnación de convenios.

3º) No adoptar acuerdo especial sobre las costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

