

Roj: **STS 1443/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1443**Id Cendoj: **28079140012017100243**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/03/2017**Nº de Recurso: **127/2016**Nº de Resolución: **238/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 252/2016,**
STS 1443/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación interpuestos por el letrado D. Lluc sánchez Bercedo en nombre y representación de la Confederación General del Trabajo (CGT), la letrada Dña. María Eugenia Moreno Díaz, en nombre y representación de Unión Sindical Obrera (USO), la letrada Dña. Rosario Martín Narrillos en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG) y de Eusko Languileen Alkartasuna (ELA), a los que se adhieren la Confederación de Sindicatos Profesionales Aéreos (CSPA/FSAI) contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional de fecha 12 de febrero de 2016, en autos nº 350/2015, seguidos a instancias de Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españolas y Navegación Aérea, AENA, S.A., Unión General de Trabajadores (UGT) (no comparece), Comisiones Obreras Obreras (CCOO), Unión Sindical Obreras (USO), Eusko Langileen Alkartasuna (ELA), Confederación de Sindicatos Profesionales Aéreos (CSPA) y Confederación General de Trabajadores (CGT) sobre impugnación de convenio.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Milagros Calvo Ibarlucea

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la letrada Dña. Rosario Martín Narrillos en nombre y representación del sindicato Confederación Intersindical Galega (CIG) mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 2015, presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que «se declare la nulidad del artículo 127 del I Convenio Colectivo del grupo de empresas AENA, así como el cuadro titulado "Base cálculo mensual para determinar el valor salario/hora ordinaria" de su Anexo II y que se condene a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración y ordene la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado».

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

TERCERO.- Con fecha 12 de febrero de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Estimamos la excepción de falta de legitimación activa de CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) alegada por las empresas demandadas, desestimamos las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa al no haber sometido la cuestión objeto de controversia a la CIVCA y de defecto legal en el modo de proponer la demanda invocadas por ENAIRE, habiendo comparecido manteniendo la acción los sindicatos USO, CSPA y CGT, desestimamos la demanda formulada



contra la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL «AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA» (AENA); AENA, S.A. (antes AENA AEROPUERTOS, S.A.); UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT); COMISIONES OBRERAS (CC.00.); UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO); EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), en materia de IMPUGNACIÓN de CONVENIO COLECTIVO, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda."

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación: "PRIMERO: Por Resolución de 29 de noviembre de 2011 de la Dirección General de Trabajo se registra y publica el 1 Convenio colectivo del grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y AENA Aeropuertos, S.A.), que fue suscrito en fecha 14 de julio de 2011, por una parte, por los designados por la Dirección del Grupo en representación de las empresas del mismo, y, de otra, por las organizaciones sindicales CC.00., UGT y USO, en representación del colectivo laboral afectado. (BOE n.º 305, de 20.12.2011). De conformidad con su artículo 5.1, el Convenio tiene vigencia entre el 8 de junio de 2011 y el 31 de diciembre de 2018, salvo para aquellas materias sobre las que se pacte específicamente una vigencia diferente y sustituye al V Convenio Colectivo de Aena. (Descriptor 2). SEGUNDO.- El artículo 116 del Convenio establece la estructura del sistema retributivo en los siguientes términos: " Artículo 116. Estructura del sistema retributivo. 1.El sistema de retribuciones del personal regulado por el presente Convenio Colectivo queda estructurado de la siguiente forma: Salario de nivel profesional Salario de ocupación Complementos de puesto de trabajo: Complemento de puesto de trabajo de dirección o de estructura. Complemento de nocturnidad. Complemento de turnicidad y de jornadas especiales. Complemento de jornada fraccionada. Complemento de flexibilidad de jornada normal. Complemento de disponibilidad localizada. Compensación económica para Monitores Internos. Complemento de Certificación Técnica de Navegación Aérea. Complemento de cantidad de trabajo: Horas extraordinarias. Complementos personales: Complemento de antigüedad. Complemento personal transitorio. Complementos en especie: Casa-habitación. Complemento de residencia. Complementos de vencimientos periódicos superiores al mes: Pagas extraordinarias. Retribución variable. Incentivo por cumplimiento de jornada. Percepciones extrasalariales: Premios de permanencia. Compensación económica por supresión del derecho al transporte. 2. Percepciones en régimen transitorio: Complemento de disponibilidad horaria genérica. Complemento de disponibilidad horario específica. Complemento de funciones diversos. Complemento de especial responsabilidad. El régimen transitorio de los perceptores de los citados complementos salariales, suprimidos en el II Convenio Colectivo de Aena, queda regulado en las Disposiciones Transitorias Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta del presente Convenio Colectivo". TERCERO.- El artículo 127 del Convenio incorpora una fórmula matemática para calcular el valor-salario de cada hora ordinaria para cada nivel profesional, en los siguientes términos: Artículo 127. Valor salario/hora ordinaria. Anexo II de este Convenio Colectivo contiene la tabla con las bases de cálculo para determinar el valor salario / hora ordinaria, para cada nivel profesional, y que se aplicará a la siguiente fórmula: Salario/hora ordinaria [(BC + T) x 12 + 2 PE]/1.711 Donde: BC= Bases de Cálculo. T = Complemento de Antigüedad y Complemento de Retribución Personal de Antigüedad. PE= Paga Extraordinaria. A estos efectos, las "bases de cálculo" que se recogen en el Anexo II del Convenio se corresponden con una cantidad mensual para cada nivel profesional, como a continuación se indica: Base de cálculo mensual para determinar el valor salario /hora ordinaria 2011. Nivel A, 1592,23 €; nivel B, 1345,58 €; nivel C, 1198,48 €; nivel D, 1065,78 €; nivel E, 1023,40 €; nivel F 9 81,05 €. El salario nivel profesional, 2011 asciende a los siguientes importes mensual y anual. Nivel A, 1884, 31, 22.511,72; nivel B, 1583,38, 19.024,56; nivel C, 1406,82, 16.881,84; nivel D, 1237,86, 14.854,32; nivel E, 1173,93, 14.087,16; nivel F, de 120,31; 13.4 43,72. CUARTO.- El valor-salario de cada hora ordinaria, fijado conforme al artículo 127 del Convenio, presenta múltiples aplicaciones a lo largo del texto convencional, entre las que podemos señalar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: Retribución del tiempo empleado por los representantes de los trabajadores en las Comisiones de Vigilancia y Observación, fuera de su jornada laboral (Art. 24.4). Retribución de la cobertura obligatoria de servicios dentro de la bolsa de horas disponibles, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 70.3). Retribución de la cobertura obligatoria de servicios cuando no existan horas disponibles, a razón del 200% del valor de la hora ordinaria (art. 70.5). Retribución de la prolongación del horario operativo, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 72.1). Retribución de la prestación de servicios en vuelos-hospital antes o después de la jornada laboral, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 74.2). Retribución de las horas extraordinarias, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 128.8). QUINTO.- La jornada anual es de 1711 horas. (Hecho conforme). SEXTO.-En el convenio el valor de las horas extraordinarias se calcula incrementando el valor del salario/hora ordinaria en un 75 por 100 en supuestos en que no se supera la jornada ordinaria. (Artículo 128.8 del convenio) y al 200% cuando se supera la jornada ordinaria. (Hecho conforme). SÉPTIMO.- El primer convenio colectivo de AENA se publicó en el BOE de 15-06-1994. - El II Convenio de AENA se publicó en el BOE de 14-05-1999.- El III Convenio de AENA se publicó en el BOE de 19-09-2002. - El IV Convenio de AENA se publicó en el BOE de 18-04-2006 y el V Convenio de AENA se publicó en el BOE de



16-01-2010. - Dichos convenios obran en autos y se tienen por reproducidos. (Descriptoros 20 a 24). Hasta el III convenio para el cálculo del valor salario/hora ordinaria se utilizaba el salario base. En el II convenio de AENA se establecía un salario base nivel y un complemento de nivel; el complemento de nivel no entraba en el cálculo de las pagas extraordinarias. En el III convenio desaparece el complemento de nivel, se fusiona al salario base y se denomina salario nivel profesional, aquí se recoge el módulo salario/hora ordinaria con el salario base del II convenio incrementado con el IPC. (Prueba testifical). OCTAVO.-CGT, CSPA, ELA y USO no son sindicatos más representativos a nivel estatal. A nivel de empresa, USO tiene la condición de sindicato más representativo. (Hecho conforme). El resultado de las elecciones sindicales 2015 en Aeropuertos y Servicios Centrales de AENA S.A. fue el siguiente: de un total de 253 representantes, CIG, 1 representante en Vigo; USO ,60; CC.OO, 77 representantes; ELA, 1 representante en Bilbao; CGT, 20 representantes; CSPA, 8 representantes; UGT 67 en representantes; LAB, 5 representantes; otros, 13 representantes. I .CAN, 1 representante. El resultado de las elecciones sindicales 2015 en centros de control y servicios centrales de ENAIRE fue el siguiente: de un total de 44 representantes, CC.OO, 12 representantes; UGT, 14 representantes; USO, 4 representantes; CGT, 1 representante; CSPA, 13 representantes. El resultado obtenido en el grupo en porcentajes es el siguiente: CCOO. 29,97%; UGT 27,27%; USO 21,55%; CGT 7,07%; CSPA 7,07%; LAB 1,68%; CIG 0,34%; L CAN. 0,34%; ELA 0,34%; otros 4,38%. (Documento nº1 presentado por CSPA). NOVENO.- En la Comisión negociadora del convenio formaron parte por la representación sindical, CC.OO; UGT y USO (descriptor 26). DECIMO . - El 28 de enero de 2010 la CECIR dictó resolución mediante la que estableció los criterios aplicativos del artículo 37 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de PGE para 2010 , que obra en autos al descriptor 27 y se da por reproducida. DÉCIMO-PRIMERO .- Por Orden de 10 de junio de 2013, se determina la forma, el alcance y efectos del procedimiento de autorización de la masa salarial regulado en el artículo 27.3 de la ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para el año 2013, para las sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público estatal. (Descriptor 28). DÉCIMO-SEGUNDO.- El Director General de Patrimonio en fecha 3 de julio de 2013 emitió un oficio para cumplir el mandato legal de la Ley 17/2012 de 27 de diciembre, de PGE para el año 2013, cuyo contenido, obrando en autos (descriptor 29) se da por reproducido. DÉCIMO-TERCERO . - En fecha 30 de enero de 2014, la CECIR dictó resolución en desarrollo del mandato contenido en el artículo 34 de la Ley 22/2013 de 23 de diciembre, de PGE para 2014. (Descriptor 30). Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Por parte de la Confederación General del Trabajo (CGT), se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , siendo su objetivo denunciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Así como por parte de la Unión Sindical Obrera (USO), de la Confederación Intersindical Galega (CIG) y del sindicato Eusko Languileen Alkartasuna (ELA), a los que se adhirió la Confederación de Sindicatos Profesionales Aéreos (CSPA/FSAI).

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de que los motivos del recurso deben ser desestimados, considerando la improcedencia de los recursos. Se declararon conclusos los autos y se señaló día para votación y fallo el día 9 de marzo de 2017, quedando la Sala formada por cinco Magistrados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por parte de la Confederación Intersindical Galega, se promovió demanda ante la Audiencia nacional sobre impugnación del Convenio Colectivo por motivos de ilegalidad, en cuyo suplico se pedía que se declare la nulidad del artículo 127 del I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA, así como el cuadro titulado "Base cálculo mensual para determinar el valor salario/hora ordinaria" de su Anexo II, que se condene a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración y ordene la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado. A la pretensión de Confederación Intersindical Galega (CIG) se adhirió en el trámite de la vista oral ELA - STV, CGT, USO y CSPA. La sentencia estimó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por AENA y ENAIRE , desestimó las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa al no haber sometido la cuestión objeto de controversia a la CIVCA y desestima íntegramente la demanda formulada frente a la Entidad Pública Empresarial "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA), Aena, S.A. (antes AENA AEROPUERTOS, S.A.), Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), Unión Sindical Obrera (USO) y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA).

Recurren en casación la Confederación General del Trabajo (CGT), Unión Sindical Obrera (USO), la Confederación Intersindical Galega (CIG) y Eusko Languileen Alkartasuna (ELA), a los que se adhiere la Confederación de Sindicatos Profesionales Aéreos (CSPA/FSAI) al amparo del artículo 2017-e) de la L J S.



SEGUNDO.- Por razones de método el orden de análisis de los recursos deberá comenzar con parte de los motivos suscitados en los recursos de CIG y ELA, ya que ambos se dirigen frente a la declaración de falta de legitimación activa.

Es preciso recordar que en el fallo tan solo se consigna la respuesta dada a la excepción formulada frente a CIG, si bien la falta de legitimación activa se propuso por AENA frente a CIG y por ENAIRE frente a CIG, ELA y CSPA. Lo cierto es que en el tercer fundamento de Derecho la sentencia aborda las excepciones en los términos ya dichos y compara los elementos de hecho que da por probados, coincidentes en los casos de CIG y ELA -STV, número de representantes uno en Vigo y Bilbao respectivamente y porcentaje de representación del 0,34% cada sindicato, razón por la que ELA -STVE incluye en su recurso la defensa de su legitimación activa, al igual que CIG .

En el primer motivo de su recurso CIG y ELA - STV denuncian la infracción de los artículos 154. a) de la L J S y 24 de la CE , así como de la Jurisprudencia con cita de la STS de 20 de marzo de 2012 , en relación con lo razonado en el tercer fundamento de Derecho dedicado al examen de la excepción de falta de legitimación activa de CIG formulada por AENA.

Consideran las recurrentes que la sentencia adopta un erróneo punto de partida al dispensar a la reclamación el tratamiento propio de un conflicto colectivo del Libro Segundo , Título II. Capítulo VIII de la L J S (artículos 153 a 162), cuando en realidad se trata de un procedimiento de impugnación de convenio colectivo , modalidad sustantiva y autónoma regulada en el Libro Segundo, Título II, Capítulo IX de la misma ley (artículos 163 a 166). Citan las recurrentes como ejemplos del error las referencias normativas y jurisprudenciales que son de cita en la sentencia , (art. 154. a) L J S así como la STS de 20 de marzo de 2010 , recaída en un proceso que obedece a dicha modalidad procesal.

La doctrina al respecto puede ser resumida en las SSTS de 10/12/2003 (Rec. 3/2003) y de 15/03 / 2004 (Rec. 60/2003) , la primera a propósito del procedimiento idóneo para tramitar la impugnación de un convenio colectivo por ilegalidad y la segunda acerca de la legitimación para promover dicha impugnación .

En la STS de 10/12/2003 cuyo objeto era la impugnación de un laudo, dada su equivalencia funcional con el convenio o acuerdo colectivo. La sentencia al examinar el procedimiento adecuado razona lo siguiente:

"SEGUNDO.- Es preciso abordar como tema previo a los motivos del recurso de la Confederación de CC.OO., que cuenta con la adhesión de la UGT, el ya insinuado de si la vía del proceso de conflicto colectivo de trabajo es la adecuada para sustanciar una controversia relativa a la validez de un laudo arbitral. Para ello debemos partir de tres premisas legales contenidas en otros tantos párrafos del art. 91 del ET . "

"En el párrafo segundo de dicho artículo se habilita a determinadas clases de convenios o acuerdos colectivos (*" en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta Ley "*) para regular medios de solución de conflictos jurídicos surgidos de los propios convenios colectivos (*" se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos "*). El párrafo tercero del art. 91 del ET aplica a las decisiones adoptadas en estos procedimientos de solución de los conflictos laborales el régimen jurídico previsto para los convenios colectivos de eficacia general (*" El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrá la eficacia jurídica y la tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente Ley "*). El párrafo cuarto del propio art. 91 del ET extiende la equiparación al régimen de los convenios colectivos a los aspectos estrictamente procesales (*" Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos "*)."

"No parece dudoso, a la vista de los preceptos reproducidos, que el cauce jurisdiccional que corresponde en rigor a la reclamación planteada en la instancia por el sindicato actor no es el del proceso de conflicto colectivo, sino el de impugnación de los convenios o acuerdos colectivos. El legislador considera las soluciones alcanzadas en estas vías extrajudiciales como equivalente funcional del convenio o acuerdo colectivo, tanto en el supuesto de avenencia en el procedimiento de mediación, que es en realidad como ha destacado la doctrina científica una negociación colectiva "asistida" por el mediador, como en el supuesto de laudo arbitral, en el que ciertamente la decisión que dirime la controversia se adopta no por los negociadores sino por un tercero (individuo o colegio arbitral), pero sobre la base de un convenio o compromiso de arbitraje suscrito por sujetos colectivos actuantes en el ámbito del conflicto."

"TERCERO.- Queda por ver si las diferencias entre la modalidad procesal de conflicto colectivo y la de impugnación de convenios o acuerdos colectivos tienen entidad suficiente para llegar a la conclusión de que el cauce procesal elegido es inadecuado en supuestos como el presente en que la parte demandante ha escogido la primera de dichas modalidades procesales cuando debió escoger la segunda. La respuesta a esta cuestión en la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo es la afirmativa. Así lo han



declarado, para supuestos de impugnación de convenios colectivos indebidamente tramitados por la vía del conflicto colectivo de trabajo, nuestras sentencias de 8 de julio de 1994 y 5 de diciembre de 1994 ; doctrina que debe mantenerse en la presente resolución para el caso particular de la impugnación de un laudo arbitral, expresamente asimilado al anterior por el legislador, inclusive a efectos de impugnación jurisdiccional."

"La argumentación de las sentencias precedentes se puede resumir como sigue: 1) de acuerdo con jurisprudencia reiterada los órganos jurisdiccionales tienen la "facultad-deber" de "conocer aquellas anomalías producidas en el proceso que, aun no denunciadas, afectan al orden público procesal", entre ellas la inadecuación de procedimiento, "sin que quepa admitir un proceso convencional hecho a la medida de las partes o del propio órgano jurisdiccional" (STS 8-7-1994); 2) el proceso de conflicto colectivo de trabajo es el adecuado para declarar "cuál de varias opciones interpretativas" sobre "el sentido de una disposición o cláusula" es la más ajustada a derecho, pero no para la "invalidación o eliminación de una regla o precepto" (STS 5-12-1994); y 3) la inobservancia de las reglas específicas del proceso de impugnación de convenio colectivo (o de laudo arbitral, debemos añadir), relativas al contenido de la demanda (art. 163.3 de la Ley de Procedimiento Laboral - LPL -), a la condición del Ministerio Fiscal de " *parte siempre en estos procesos* " (artículos 162.6 y 163.4 LPL), y a la publicación de la sentencia en Boletín Oficial (art. 164.3 LPL) tiene entidad suficiente para declarar la inadecuación del procedimiento (STS 5-12-1994), declaración que corresponde también a la vista de la sistemática de la Ley, que dedica Capítulos distintos a las modalidades procesales que han sido objeto de confusión en la fase de instancia del presente litigio."

Como quiera que los recurrentes no han insistido en la declaración de inadecuación de procedimiento ni alegado indefensión al haber estado sujeta la controversia a una tramitación que no es la que corresponde al litigio entablado esta Sala no hará pronunciamiento al respecto en aras de la celeridad procesal pero si habrá de tener en cuenta la naturaleza de lo que se reclama a la hora de establecer la norma sustantiva de aplicación que no puede ser el artículo 154 de la L.J .S. sino el artículo 163.3 de la citada norma procesal. Cierto es que la norma de mérito remite a los trámites del conflicto colectivo que en su estructura básica servirá de canal para la ordenación del proceso pero sin olvidar que la específica modalidad es la regulada en los artículos 163 a 166 de la LJS con las peculiaridades que el legislador reserva para la impugnación del Convenio Colectivo como veremos a continuación.

En cuanto a la legitimación de los sindicatos a los que se refieren las excepciones de AENA y ENAIRE y admitida por aquellos su falta de implantación en los términos en que definida legalmente, la STS de 15 de marzo de 2004 , vigente también la Ley de Procedimiento Laboral, pero sin cambios sustanciales al respecto en la legislación actual en su segundo fundamento de Derecho se expresa en estos términos:

"TERCERO.- En el estudio de la cuestión jurídica aquí debatida, sobre legitimación activa de la parte actora es necesario tener en cuenta que en la demanda de conflicto colectivo de impugnación del Convenio Colectivo de la Enseñanza Privada de Euskadi del año 2001, la pretensión es que se "declare la nulidad parcial del mencionado convenio colectivo, en lo que se refiere al ámbito funcional del mismo (art. 2º) en cuanto incluye en el mismo a los centros de enseñanzas no regladas", por entender que con ello se conculca la legalidad vigente, en los siguientes extremos: prohibición de concurrencia entre Convenios reflejada en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores ; falta de legitimación para la negociación de un Convenio Colectivo que pretende aplicarse a un sector o subsector al margen de las entidades representativas específicas que existen en el mismo, contraviniendo el artículo 88 del citado texto legal ; quebrantamiento del principio de especialidad que surge de las normas que prohíben la concurrencia entre Convenios (artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores) o reenvían a la autonomía colectiva la determinación de las relaciones entre Convenios de distinto ámbito."

"Es claro según lo expuesto, que la cuestión de fondo debatida en el conflicto colectivo, es la impugnación del Convenio por estimar que contraviene la legalidad vigente y, para ello la Ley de Procedimiento Laboral establece una modalidad especial, en donde el artículo 163.1.a) señala que la legitimación activa corresponde "a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, Sindicatos y Asociaciones empresariales interesadas", por lo que las reglas sobre legitimación de los artículos 152 y 153 de la Ley procesal no son aplicables en este supuesto y en consecuencia que tampoco se aplica lo concerniente al ámbito de actuación del ente colectivo ni la condición de representativo que el mismo pueda ostentar, sino que como señala la sentencia de esta Sala de 14 de abril de 2000 (recurso 001/982/99), incluso estas características serán insuficientes para fundamentar la legitimación en esta modalidad procesal, sometida a prescripciones específicas. "

"A tenor del precepto legal antes citado, no todas las asociaciones empresariales están legitimadas activamente, sino solo aquellas en las que concurra la cualificación de "interesadas". Sobre cuya nota, esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1993 (recurso 715/91), ha indicado que "está desde luego interesada en la impugnación por quedar sus representados incluidos en el campo de aplicación del Convenio y por afectar el mismo a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia demandante". En esta línea. la sentencia de



15 de octubre de 1996 (recurso 1883/95), reconoce legitimación activa "a aquellas Asociaciones de empresas interesadas en la impugnación por estar sus representados incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio".

"Por su parte la citada sentencia de 14 de abril de 2002 después de hacer referencia a la doctrina de las resoluciones anteriormente aludidas, aclara que " *Por eso se llamó antes la atención sobre la imposibilidad de trasladar a este proceso impugnativo las reglas que sobre legitimación, por ámbito o por representatividad, propias del proceso sobre conflicto colectivo. Y sigue siendo trascendente esclarecer que una cosa es la concreta legitimación procesal para impugnar judicialmente un convenio colectivo, y otra diferente la legitimación de derecho material, para intervenir en la negociación del convenio, pedida por el Estatuto de los Trabajadores en sus arts. 87 y 88* ". "

"A tenor de esta doctrina, no puede negarse la legitimación activa como hace la sentencia combatida por el hecho "de que la demandante no tenía legitimación para recabar su entrada en la Comisión Negociadora, pues no existía sino es en fecha incluso posterior al depósito para publicación del Convenio impugnado y por tanto, tampoco la tiene para ahora impugnarlo". Pues, es distinta la legitimación para formar parte de la Comisión Negociadora de la exigida para impugnar el Convenio. Legitimación activa procesal que por otra parte viene a reconocer la propia sentencia combatida cuando dice que "Permitir tal tipo de legitimación, creada a posteriori, entendemos que afectaría fuertemente a la estabilidad de los Convenio Colectivos". conclusión ésta, que implicaría privar a las Asociaciones Empresariales, que no formaran parte de la Mesa Negociadora, de toda posibilidad de impugnar el Convenio aún cuando tuviesen la cualificación de "interesadas" en los términos indicados y alegasen motivos de ilegalidad, es decir, que solamente podrían impugnar el Convenio supuestamente ilegal, aquellas Asociaciones Empresariales que tuvieran la legitimación inicial y plena para negociarlo, por cuanto solo ellas estarían legitimadas para formar la Mesa Negociadora a tenor de lo establecido en los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores . "

"En el supuesto de autos, a tenor de los hechos probados cabe concluir, que la Entidad demandante es una Asociación Empresarial, regularmente constituida y hasta dotada de representatividad en sentido legal cuando interpone la demanda (también en la fecha de publicación del Convenio en el Boletín Oficial del País Vasco), si bien, no tenía personalidad jurídica en el momento de la constitución de la Mesa Negociadora. Y como, el artículo 2 del Convenio dispone, que " *quedan afectadas por el presente Convenio todas las empresas privadas que se dediquen a impartir enseñanza y formación no reglada, según establece la Ley Orgánica 1/90, sea cual sea la modalidad o forma de impartirla* " y la Asociación Empresarial demandante tiene como objeto defender los intereses del sector de centros privados dedicados a la formación de enseñanza no reglada, representando y defendiendo los intereses de los miembros en posibles Conflictos Colectivos (artículos 9 y 10 de sus Estatutos), es evidente que es "asociación empresarial interesada" y, por tanto tiene legitimación activa, en los términos del artículo 163.1.a) de la Ley de Procedimiento Laboral . Pues este precepto no condiciona la legitimación activa, a la circunstancia de que la Asociación demandante tuviera personalidad jurídica anterior a la fecha de constitución de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo que se impugna, cuando además la impugnación directa del Convenio que se fundamenta en la ilegalidad no está sujeta a plazo a diferencia de cuando se promueva de oficio en el supuesto al que alude el artículo 161 de la Ley de Procedimiento Laboral y, puede hacerse a lo largo de toda su vigencia."

"CUARTO.- A tenor de lo expuesto procede estimar el recurso formulado para casar y anular la sentencia impugnada, devolviendo las actuaciones al órgano jurisdiccional de origen, para que admitida la legitimación activa de la parte actora resuelva con libertad de criterio las restantes cuestiones planteadas, al no existir pronunciamiento previo en instancia. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a costas y con devolución del depósito constituido para recurrir de conformidad con lo dispuesto en el artículo 214.3 de la Ley de Procedimiento Laboral . "

Hemos de mostrar nuestra conformidad con la tesis de los sindicatos recurrentes dado que si bien carecen de implantación para otros cometidos no cabe negarles el interés en la acomodación a la legalidad del convenio por cuanto acreditan la presencia al menos de un representante en un Comité de los varios que existen en la empresa, acomodando la doctrina de referencia simplemente a la nueva estructura del texto procesal vigente, artículo 165.1 a) de la L.J .S.

No obstante y de nuevo por razones de economía procesal, tal como ha razonado la sentencia objeto de impugnación, la adhesión de otros sindicatos cuya legitimación o no se discute o está acreditada ha permitido sostener la pretensión de los recurrentes a lo largo del procedimiento e inclusive en la fase de tramitación de la casación. Por otra parte se advierte la coincidencia en la fundamentación de sus respectivos instrumentos jurídicos en defensa de su posición. En consecuencia, la estimación del motivo no producirá la interrupción del procedimiento y por el contrario permitirá su prosecución entrando a conocer de los motivos de fondo que formulan los recurrentes a los que explícita o implícitamente les fue negada la legitimación para demandar.



TERCERO.- Tanto los recursos de CIG y ELA-STV como los interpuestos por USO y CGT inciden en la denuncia de infracción del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que estaría representada por la STS de 21 de febrero de 2007 , a lo que se añade la invocación por CGT como norma infringida del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores , que no fue objeto de cita expresa en la demanda, lo que aconseja un examen conjunto de los recursos sin que por ello deje de analizarse la argumentación que a cada uno le es propia. La norma convencional puesta en cuestión es como ya dijimos el artículo 127 y el cuadro Anexo. Siendo el tenor literal del precepto el siguiente : " « Artículo 127. Valor salario/hora ordinaria. Anexo 11 de este Convenio Colectivo contiene la tabla con las bases de cálculo para determinar el valor salario / hora ordinaria, para cada nivel profesional, y que se aplicará a la siguiente fórmula: Salario/hora ordinaria [(BC + T) x 12 + 2 PE]11.711 Donde: BC= Bases de Cálculo T= Complemento de Antigüedad y Complemento de Retribución Personal de Antigüedad PE= Paga Extraordinaria».

En sustancia lo que los recurrentes sostienen como lo hizo el sindicato demandante es la falta de correlación entre el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 127 del Convenio Colectivo, en realidad I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas de AENA al que han precedido cinco convenios colectivos de AENA con idéntico tratamiento de la cuestión discutida que no ha experimentado cambio relevante respecto del régimen convencional anterior sin que se tenga noticia de su impugnación ni tampoco del actual que en la fecha de la demanda , 3 de diciembre de 2015 contaba con una vigencia de más de cuatro años.

Dicha falta de correlación habría consistido en que el artículo 127 tan solo incluye en el cálculo de la hora ordinaria la denominada base de cálculo (BC),equivalente a una cantidad fija para cada nivel salarial según la escala reflejada en el Anexo II del Convenio, a la que se añade el complemento de antigüedad y el complemento de retribución personal de antigüedad y el importe de las pagas extraordinarias, la suma así obtenida se divide por el número de horas de la jornada. A su vez el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores define como salario en su apartado primero "la totalidad de las percepciones económicas en dinero o en especie..... ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computable como trabajo ." El mismo precepto en su apartado 3. añade que "mediante negociación colectiva o en su defecto el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales , no teniendo el carácter de consolidables , salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación o resultados de la empresa".

A juicio de los recurrentes se habría creado un concepto artificioso de la hora ordinaria desligada del concepto salario al no incluir en el cálculo de aquella todas y cada una de las percepciones a las que alude el artículo 26 las cuales no resultarían disponibles a través de la negociación colectiva.

Volviendo a la composición de la fórmula establecida en el convenio colectivo se advierte que la misma incluye las denominadas bases de cálculo que consisten en una cantidad mensual distinta para cada nivel profesional que aparecen reflejadas en el Anexo II del Convenio, los conceptos Complemento de antigüedad y Complemento de Retribución Personal de Antigüedad y por último las pagas Extraordinarias siendo el valor hora ordinaria el resultado de dividir dichos importes anuales por el número de horas que integran su jornadas , 1.711 .

Por otra parte, el artículo 116 del Convenio incluye diferentes complementos divididos en categorías de puesto de trabajo, cantidad de trabajo, personales y de vencimiento periódico superior al mes así como percepciones en régimen transitorio.

Un ejemplo de las las aplicaciones que del valor -hora ordinario son las que cita el ordinal cuarto del relato de hechos probados de la sentencia recurrida:

"Retribución del tiempo empleado por los representantes de los trabajadores en las Comisiones de Vigilancia y Observación, fuera de su jornada laboral (Art. 24.4). Retribución de la cobertura obligatoria de servicios dentro de la bolsa de horas disponibles, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 70.3). Retribución de la cobertura obligatoria de servicios cuando no existan horas disponibles, a razón del 200% del valor de la hora ordinaria (art. 70.5). Retribución de la prolongación del horario operativo, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 72.1). Retribución de la prestación de servicios en vuelos-hospital antes o después de la jornada laboral, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 74.2). Retribución de las horas extraordinarias, a razón del 175% del valor de la hora ordinaria (art. 128.8)."



El resultado de la negociación colectiva, como se advierte de la lectura de las distintas repercusiones que pudiera tener el valor hora-ordinaria, ha sido el de atribuir a la hora extraordinaria un holgado porcentaje respecto del módulo que le sirve de soporte, llegando en un caso a alcanzar el 200%.

La respuesta dada por la sentencia pone en relación el valor de la hora ordinaria con el de la hora extraordinaria por ser el que más claramente revela la interdependencia entre ambos habida cuenta de la declaración que se contiene en el artículo 35. 1. del Estatuto de los Trabajadores respecto al valor mínimo que deberá alcanzar la hora extraordinaria, nunca por debajo de la hora ordinaria, al tiempo que llama la atención acerca de la nula actividad comparativa sobre un desajuste entre ambos importes que de existir nos conduciría al ámbito del conflicto individual.

Efectivamente, con el propósito de hacer transitar el litigio por la senda de la reclamación de índole colectiva se ha planteado el anunciado desajuste como una razón de base y anterior a todo resultado empírico, inclusive ofreciendo en la demanda ejemplos al nivel meramente especulativo, que son los que cita la sentencia, del ilícito resultado al que conduciría el manteniendo de la fórmula en su estado actual. Pero tampoco en ese enunciado inicial se pone en manos del juzgador el dato numérico que, con caracteres de generalidad y de afectación indefinida pudiera habilitar no solo el empleo del trámite observado sino la prosperabilidad de la pretensión. Hemos de destacar por lo tanto que el procedimiento de impugnación aun siendo colectivo admite que un indicio de conflictividad a partir de ejemplos reales muestren un campo de aplicación concreta del que quepa derivar un perjuicio. No se trata de hacer depender la legalidad de la norma impugnada de un hallazgo variable sino de que con la ausencia total de prueba de diferencias en perjuicio de los trabajadores, la confrontación así planteada se encontraría ayuna del apoyo indispensable, toda vez que no se acredita supuesto a supuesto que los trabajadores a los que no se les computa cada uno de los complementos que a juicio de las recurrentes deberían ser incluidos en el cálculo del valor ordinaria se les esté abonando el valor de su repercusión en cuantía inferior al que les correspondería aplicando el valor hora-ordinaria con estricta sujeción al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. En esta previsión incide la sentencia recurrida, Fundamento de Derecho séptimo, cuando deja a salvo la puntual reclamación de quien pudiera no resultar amparado por la norma negociada a causa de la acumulación del importe de distintos complementos.

No cabe en consecuencia apreciar en la sentencia recurrida la infracción que se denuncia en cuanto al fondo de la cuestión debatida por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación de los recursos interpuestos con la sola estimación del motivo dedicado a combatir la declaración de falta de legitimación activa, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L J S.

FALLO

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

: Estimar en parte los recursos de casación interpuestos por CIG y ELA declarando la legitimación activa de ambos sindicatos. Desestimar en cuanto al fondo los recursos interpuestos por la Confederación General del Trabajo (CGT), Unión Sindical Obrera (USO), Confederación Intersindical Galega (CIG), Eusko Languileen Alkartasuna (ELA) y la Confederación de Sindicatos Profesionales Aéreos (CSPA/FSAI). Confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Dña. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.