



Roj: **SAN 542/2019 - ECLI:ES:AN:2019:542**

Id Cendoj: **28079240012019100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2019**

Nº de Recurso: **105/2017**

Nº de Resolución: **31/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 542/2019,**
STS 1786/2021

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00031/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 31/2019

Fecha de Juicio: 26/2/2019

Fecha Sentencia: 28/2/2019

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000105 /2017

Proc. Acumulados:

Materia: IMPUG.CONVENIOS

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: DIRECCION GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Demandado/s: FEDERACION EMPRESARIAL DE FARMACEUTICOS ESPAÑOLES, FEDERACIÓN NACIONAL DE OFICINAS DE FARMACIA (FENOFAR) , FEDERACION DE EMPLEADAS Y EMPLEADOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE UGT (FESP-UGT) , FEDERACION DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DE CCOO (FSS-CCOO) , FEDERACION DE TRABAJADORES DE FARMACIA (FETRAFA) , SINDICATO UNION DE TRABAJODERES DE FARMACIA (UTF) ,MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: Impugnación por la autoridad laboral del XXV Convenio de Farmacia. Se estima la demanda por cuanto que UGT único sindicato integrante de la RS, no acreditó a la fecha de constitución de la Comisión negociadora ostentar más de la mitad de los representantes unitarios elegidos en el sector. Previamente se rechazan las excepciones de falta de legitimación activa, inadecuación de procedimiento y cosa juzgada.

**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL**

-
GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CEA

NIG: 28079 24 4 2017 0000107

Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000105 /2017

Procedimiento de origen: /

Sobre: IMPUG.CONVENIOS

Ponente Ilmo/a. Sr/a: RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 31/2019**ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:**

D.RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

Dª . EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veintiocho de febrero de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000105 /2017 seguido por demanda de DIRECCION GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL(Abogado del Estado) , contra FEDERACION EMPRESARIAL DE FARMACEUTICOS ESPAÑOLES, FEDERACIÓN NACIONAL DE OFICINAS DE FARMACIA (FENOFAR)(letrado José Luis Pérez Herraiz) , FEDERACION DE EMPLEADAS Y EMPLEADOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE UGT (FESP-UGT)(letrado Agustín Cámara Cervigón) , FEDERACION DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DE CCOO (FSS-CCOO)(letrado José Manuel Rodríguez Vázquez) , FEDERACION DE TRABAJADORES DE FARMACIA (FETRAFA)(no comparece) , SINDICATO UNION DE TRABAJODERES DE FARMACIA (UTF)(Javier Mateo Cardo), MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Según consta en autos, el día 29 de marzo de 2017 se presentó demanda por la DIR ECCION GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL la sobre impugnación de convenio colectivo.

Segundo. - La Sala acordó el registro de la demanda bajo el número 105/2.018 y designó ponente señalándose el día 1 de junio de 2017 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero. - El día señalado para la vista las partes de común acuerdo solicitan la suspensión de los actos señalados, por estar pendiente de sentencia de recurso de casación la sentencia del 181/16 , - CCO 241/16- dictada por esta sala el 29/11/16 .

Cuarto. - El día 22-1-2019 por la actora se presentó escrito dando cuenta de que por Sentencia de fecha 18-11-2018 el Tribunal Supremo había desestimado el recurso de casación interpuesto contra la SAN de 29-11-16 , y en el que se interesaba la continuación del juicio.



Por D.O de dicha fecha se acordó la reanudación del procedimiento señalándose como fecha para los actos de conciliación y, en su caso, juicio el día 26-2-2019.

Quinto. - Los actos de conciliación y juicio tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y no lográndose avenencia entre las partes:

-El Abogado del Estado se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare la nulidad del XXV Convenio colectivo estatal para oficinas de farmacia aprobado el día 13 de enero de 2017.

En sustento de su petición defendió que la representación social en la mesa negociadora carecía de legitimación decisoria de conformidad con el art. 88.2 del E.T por cuanto que UGT no ostentaba el 50 por ciento de los representantes unitarios electos en el ámbito del convenio.

Los letrados de CCOO y UTF se adhirieron a la demanda deducida por el Abogado del Estado.

El letrado de UGT se opuso a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria, consideró de aplicación la eficacia del efecto positivo de la cosa juzgada en pues a su juicio tanto la SAN de 29-11-2016 como la STS de 18-10-2018 que la confirmó avalaron la válida constitución de la comisión negociadora.

La letrada de FEFE se opuso a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la misma sobre la base de la siguiente argumentación:

a.- Con carácter procesal, invocó las excepciones de inadecuación de procedimiento y de falta de legitimación activa del Abogado del Estado, adujo que si se estimaba que el Convenio colectivo no era estatutario el cauce para impugnarlo no era la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivos, sino el de conflicto colectivo, para el que la Dirección General carecía de legitimación.

b.- En cuanto al fondo y teniendo en cuenta la STS de 18-11-2018 , sostuvo la válida constitución de la Comisión negociadora, señalando que debía tenerse en cuenta de cara al cómputo de los delegados por cada organización sindical que APF declinó participar en la Comisión por lo que sus delegados no podían computarse de cara a determinar la representación de UGT.

A los argumentos de FEFE se adhirió FENOFAR para oponerse a la demanda.

Tras contestarse a las excepciones, se procedió a la proposición y práctica de la prueba, proponiéndose y practicándose la documental.

El Ministerio Fiscal informó favorablemente a la estimación de la demanda.

Sexto .-De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 85.6 LRJS* se precisa que las demandadas admitieron los hechos de la demanda, no existiendo controversia fáctica alguna.

Séptimo .-En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- El día 19 de enero de 2017, D. Vicente , 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: n° REGCON 99/01/0028/2017.

SEGUNDO .- 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.

TERCERO .- 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.

CUARTO.- 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, acreditará la suficiente representatividad de FeSP-UGT de conformidad con el artículo 87.2 del E.T., además de la documentación que acreditará 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.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- 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 DAUXILIARS, 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 DIRECCION001 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 DIRECCION000 CB, si bien las elecciones se celebraron el 13-06-2012, por lo que no se reconoció por la patronal esté 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 obstructiva 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 obstructiva 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.

SÉPTIMO.- 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 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.."

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 h) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa en hechos conformes.

TERCERO.- Expuestas las pretensiones de la actora, así como la posición de las demandadas y lo argumentado por cada una de las mismas, se impone resolver en primer lugar aquellas objeciones de carácter procesal efectuadas que bien impedirían un pronunciamiento respecto del fondo del asunto, o bien habrían de condicionar el fallo de la presente resolución.

I.- Para dar respuesta a la supuesta inadecuación de procedimiento y la falta de legitimación de la D.G del Empleo para impugnar el convenio, no hay más que acudir al art. 163 de la LRJS (primero de los artículos



del Capítulo IX del Título II de la LRJS cuyo objeto es la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos) que dispone:

"1.. La impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, podrá promoverse de oficio ante el juzgado o Sala competente, mediante comunicación remitida por la autoridad correspondiente.

2. Si el convenio colectivo no hubiera sido aún registrado ante la oficina pública correspondiente conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del convenio o los terceros lesionados que la invocaran, deberán solicitar previamente de la autoridad laboral que curse al juzgado o Sala su comunicación de oficio.

3. Si la autoridad laboral no contestara la solicitud a la que se refiere el apartado anterior en el plazo de quince días, la desestimara o el convenio colectivo ya hubiere sido registrado, la impugnación de éstos podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional.

4. La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos."

La aplicación del artículo transcrito al presente caso nos habrá de llevar a rechazar las dos excepciones por cuanto que del relato de hechos de la presente resolución se constata con meridiana claridad que por la Dirección General en su condición de Autoridad Laboral se está impugnando un Convenio colectivo que ha sido remitido a la misma para su depósito y publicación, esto es un Convenio Colectivo en principio negociado conforme al Título III del E.T , trayendo causa dicha impugnación de alegaciones formuladas a la referida dirección general por parte de diversas organizaciones sindicales acerca de la conculcación de la legalidad por parte del referido convenio (supuesto expresamente previsto en el apartado 2 del art. 163 de la LRJS). Y de ello se colige tanto la legitimación de la D.G. como la corrección del cauce procesal.

El hecho que de estimarse la demanda el Convenio pierda su naturaleza estatutaria no enerva que el cauce elegido sea el adecuado por cuanto que el art. 166.3 expresamente prevé que la sentencia que se dicte anule totalmente el convenio como se pretende por la actora, y por otro lado, y contrariamente a lo argumentado por ésta, la Sala IV del TS en STS de 2-3-2017- rec 82/2016 - recuerda con cita de múltiples precedentes "que la modalidad procesal de impugnación de convenios [arts. 163 a 166 LJS] se extiende tanto a los Convenios Colectivos estatutarios, como a los extra-estatutarios, acuerdos colectivos y pactos de empresa (SSTS 16/05/02 -rco 1191/01 -; 18/02/03 -rco 1/02 -; 29/01/04 -rco 8/03 -; 14/10/08 -rco 129/07 -; 22/01/09 -rco 95/07 -; 26/01/10 -rco 230/09 -; 30/09/10 -rco 122/08 -; 07/12/10 -rco 118/09 -; 10/05/11 -rco 157/10 -; y 17/07/13 -rco 105/12 -)"

II.- En lo que se refiere al posible efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, en virtud de lo cual se sostiene por las demandas que la SAN 29-11-2016 y la STS de 18-10-2018 que confirmó la anterior, ya reconocieron legitimación plena o decisoria a UGT como integrante de la parte social de la comisión negociadora.

El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada a que se refiere el art. 222.4 de la LEC , ha sido analizado en la STS de 29-5-2018 - rcurd 2333/2016 - en la que con cita de la anterior STS de 25-5-2011- rcurd 1582/2010 - señalando que "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".

Y expuesto lo anterior, hemos de señalar 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.

En efecto, como consta en el HP sexto de la presente resolución la cuestión que se decidió en la referida sentencia no era que determinar si las organizaciones actoras tenían derecho a formar parte del Comisión negociadora del Convenio colectivo que hoy se impugna con arreglo al número de representantes



que indicaban en su demandada, pretensión que fue rechazada por cuanto que se acreditó que dichas organizaciones rehusaron formar parte de la misma, pero no por considerar que la representación social de dicha comisión gozase de capacidad de alcanzar acuerdos con la eficacia erga omnes propia de del convenio colectivo, lo que no fue objeto de análisis ni en nuestra sentencia ni en la sentencia del TS que resolvió el recurso contra la misma, como se deduce de los pasajes transcritos de las mismas en los HHPP 6º y 7º de esta resolución, es más, la propia SAN de 29-11-2016 dejó la puerta abierta a la presente impugnación al razonar "obiter dictae" que:

" 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 otro lado, el debate en casación tuvo por objeto una mera cuestión procesal, cual era determinar si la sentencia de instancia resultaba respetuosa con el deber de congruencia de las sentencias que se deduce de los arts. 97.2 de la LRJS y 218 de la LEC, sin que se abordase cuestión material alguna.

CUARTO .,- La cuestión de fondo que debe resolverse, consiste, en determinar si en la negociación del Convenio colectivo que se impugna se conculcó el art. 88.2 del E.T, por cuanto que UGT como único integrante de la parte social carecía de implantación suficiente como para poder vincular a la totalidad de los trabajadores del sector.

El art. 88.2 del E.T que se considera vulnerado dispone que:

"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."

Debemos destacar que es doctrina jurisprudencial consolidada la que expone la STS DE 24-6-14- RCO 225/2013) según la cual :

"nuestra propia jurisprudencia también ha reiterado más recientemente (SSTS 23-11-2009, R. 47/09, ya citada, y 3-12-2009, R. 84/08), con mención de varias resoluciones anteriores, que nuestro ordenamiento configura, y así entendemos que se mantiene en la actualidad, " un sistema de triple legitimación: (a) la legitimación inicial -para negociar-; (b) la llamada legitimación complementaria, plena o deliberante -para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio de eficacia general-; y (c), finalmente, la legitimidad negociadora, que es la 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))".

En todo caso, como ya vimos, el momento crucial en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye su mesa o comisión negociadora (TS 23-11-1993, R 1780/91, 9-3-1994, R 1535/91, 25-5-1996, R 2005/95, 10-10-2006, R. 126/05, y 23-11-2009, R. 47/09, entre otras).

En efecto, la constitución de la comisión negociadora es uno de los momentos más delicados de la negociación colectiva, siendo exigible a las partes actuar con exquisita buena fe para asegurar la debida conformación de la comisión, que debe asegurar las legitimaciones ya mencionadas, por cuanto constituyen normas de derecho necesario absoluto, como viene admitiéndose por la doctrina constitucional, por todas STC 73/1984."

Partiendo de lo anterior y acudiendo al relato fáctico de la SAN de 29-11-2016 que en lo que incumbe a esta resolución ha sido reproducido en el HP 6º resulta que la Comisión negociadora del Convenio que se impugna no fue conformada válidamente por cuanto que UGT a la fecha de constitución de la misma no acreditó ostentar la representatividad a que hace referencia el art. 88.2 E.T, por cuanto que, como destaca la Autoridad laboral en su comunicación, de un total acreditado de 28 representantes unitarios, se justificó 13 pertenecían a UGT, no alcanzando esta organización sindical la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de exigida, por lo que se contravino radicalmente en la conformación de la Comisión el precepto citado como vulnerado.

No puede admitirse la tesis de la patronal FEFE según la cual para el cómputo de los representante unitarios debían descontarse los electos por ASATEF BCN por cuanto que había declinado intervenir en la Comisión, ya que dicha renuncia carece de virtualidad alguna para modificar el criterio establecido en una norma de derecho necesario absoluto cual es el art. 88.2 E.T, sin perjuicio, de que la misma pueda ser tenida en cuenta una vez válidamente conformada la Comisión para la atribución de puestos entre los integrantes de la misma. Como tampoco admitimos por las mismas razones que la ausencia injustificada del resto de organizaciones con



legitimación inicial a la conformación de la Comisión negociadora otorgue a UGT una legitimación plena que la ley no le concede.

Por todo ello, debemos estimar la demanda, declarando la nulidad del Convenio impugnado.

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

FALLAMOS

Previa 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.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0105 17; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0105 17, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.