



Roj: **SAN 1262/2019 - ECLI:ES:AN:2019:1262**

Id Cendoj: **28079240012019100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2019**

Nº de Recurso: **30/2019**

Nº de Resolución: **52/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1262/2019,**
STS 401/2021

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00052/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 52/2019

Fecha de Juicio: 28/3/2019

Fecha Sentencia: 8/4/2019

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000030 /2019

Materia: IMPUG.CONVENIOS

Ponente: EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

Demandante/s: FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (FESMC-UGT)

Demandado/s: HOTTELIA EXTERNALIZACION SL, Jesús Manuel , Sebastián , Juan Ramón , Cecilia , MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *Impugnación de convenio colectivo. fraude por no haberse llevado a cabo un verdadero proceso de negociación del convenio que es mera reproducción del anulado por sentencia judicial por vulneración del principio de correspondencia. La AN declara la nulidad del convenio colectivo de empresa al considerar que son claros los inicios de que no ha habido un verdadero procedimiento de negociación del convenio colectivo impugnado, se ha llevado a cabo una mera apariencia de negociación colectiva, cuando en realidad se trata del resultado de la voluntad unilateral de la empresa, estamos en presencia de un supuesto de fraude de ley de los previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, debiendo declararse el convenio nulo por infracción de lo dispuesto en el artículo 82.1 del ET. (FJ 5º).*

AUD.NACION AL SALA DE LO SOCIAL

-



GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CEA

NIG: 28079 24 4 2019 0000030

Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000030 /2019

Procedimiento de origen: /

Sobre: IMPUG.CONVENI OS

Ponente Ilmo/a. Sr/a: EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

SENTENCIA 52/2019

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D^a . EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA,

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a ocho de abril 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 0000030 /2019 seguido por demanda de FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (FESMC-UGT) (letrado D. Bernardo García Rodríguez) contra HOTTELIA EXTERNALIZACION SL (letrado D. Jesús Laguna Álvarez), Jesús Manuel , Sebastián (letrado D. Jesús Laguna Álvarez) Juan Ramón (letrado D. Jesús Laguna Álvarez), Cecilia , MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- Según consta en autos, el día 29 de enero de 2019 se presentó demanda por el SINDICATO FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeSMC-UGT), representado por Bernardo García Rodríguez, abogado, contra, la empresa "HOTTELIA EXTERNALIZACIÓN, SL", y, contra los miembros de la Comisión Negociadora del Convenio impugnado, D. Juan Ramón y D. Sebastián , representantes de la empresa y D. Jesús Manuel y Cecilia , representantes de los trabajadores, siendo parte el MINISTERIO FISCAL ,sobre, IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO.

Segundo .- La Sala designó ponente señalándose el día 28 de marzo de 2019 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero .-Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del Convenio Colectivo para la empresa de servicios "Hottelia Externalización, SL" (BOE 238-2018), condenando a la empresa y a las partes codemandadas a estar y pasar por tal declaración.

Frente a tal pretensión, el letrado de la empresa demandada y de los dos demandados miembros de la Comisión negociadora en representación de la empresa, alegó las excepciones de falta de legitimación activa y de modificación sustancial de la demanda en el acto del juicio, y, en cuanto al fondo, se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

D. Jesús Manuel y D^a Cecilia , se opusieron a la demanda y se adhirieron a las manifestaciones del letrado de la empresa.

Cuarto. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

-La empresa tiene 2 centros en trabajo, uno en Madrid y otro en Alcudia que están dados de alta ante Autoridad Laboral y cada uno tiene su propio código de cotización.

-La empresa admite que en página web se hablaba de otros centros, pero no es así, era puramente información comercial, la página web se ha actualizado y los únicos centros son Madrid y Alcudia.

-En cada centro hay aproximadamente 10 trabajadores actualmente.

-Se negoció efectivamente durante el proceso negociador.

-Aunque las tablas salariales eran las de la impugnación la retribución de 2013 en 2014, 2015, 2016, 2017 se incrementó con el IPC y nunca fue inferior al SMI vigente.

-La federación de UGT demandante se ocupa también de servicios.

HECHOS PACIFICOS:

-Las elecciones celebradas en Madrid y Alcudia no fueron impugnadas por las partes salvo una reclamación en Alcudia que fue resuelta por la mesa.

-La Comisión Negociadora se constituyó el 8.1.18 por las mismas personas que formaban parte de la Comisión Negociadora de convenio anulado.

-El 15 de enero era el mismo texto anulado salvo el problema del ámbito.

-El 4 de abril se celebra una nueva reunión en la que se discute sobre este texto y se firma el 25.4.18.

-El Sr. Jesús Manuel es Jefe de Administración, no tiene poderes y ni administra la empresa.

Quinto. - Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Sexto. -En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha de 22 de julio de 2013 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el Convenio Colectivo de "Hottelia Externalización, SL", con vigencia durante los años 2013 a 2020. (Descripción nº 2)

Este Convenio Colectivo fue impugnado por el sindicato de SMC-UGT (en la actualidad FeSMC-UGT), habiéndose dictado SAN en fecha de 3 de marzo de 2016 (autos 315/2015), que estimó la demanda y declaró la nulidad del convenio, por no haberse colmado el principio de correspondencia en la conformación de la bancada social de la comisión negociadora. (Descripción nº 3)

Interpuesto por la empresa recurso de casación contra la sentencia de esta Sala referida, es desestimado por la Sala IV del Tribunal Supremo mediante sentencia de 20 de junio de 2017 (rec 177/2016), confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional. (Descripción nº 4)

SEGUNDO. - En el proceso de negociación del Convenio anulado (2013-2020) la Comisión Negociadora se constituyó el 22 de mayo de 2013, y se procedió a firmar el Convenio Colectivo el día 29 de mayo siguiente. (Descripciones 3, 5 y 6)

TERCERO. - Por Resolución de 13 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo, se registra y publica el Convenio colectivo de Hottelia Externalización, SL. (Código de convenio n.º: 90101592012013), que fue suscrito con fecha 25 de abril de 2018, de una parte, por los designados por la Dirección de la empresa en representación de la misma y, de otra, por los delegados de personal en representación de los trabajadores, con vigencia durante los años 2013 a 2025.

El artículo 2 del convenio dispone: "*Ámbito de aplicación. El presente Convenio colectivo establece las bases para relaciones entre la empresa Hottelia Externalización, Sociedad limitada y sus trabajadores en los centros de trabajo de Islas Baleares y Madrid.*"

En el artículo 3 del convenio se establece: "*Ámbito territorial. Las normas de este Convenio colectivo serán de aplicación en los centros de trabajo de la empresa "Hottelia Externalización, S.L. "en Islas Baleares y Madrid. "*"

El artículo 5 dispone: "ámbito temporal. *El presente Convenio entrara en vigor con efectos retroactivos el día 15 de abril de 2013, sea cual fuese la fecha de publicación, y mantendrá su vigencia hasta el día 31 de diciembre de 2025, quedando prorrogado íntegramente de año en año, hasta su sustitución por otro del mismo ámbito y eficacia, salvo que fuera denunciado en los mismos términos que se establecen en el artículo siguiente.*" (BOE 23 de agosto de 2018) (Descripción nº 7.)

CUARTO: El Convenio ha sido firmado por los mismos miembros de la Comisión Negociadora del primer convenio anulado. (Hecho conforme)

En representación de los trabajadores lo firma Jesús Manuel , delegado de personal del centro de trabajo de la empresa en las Islas Baleares. Este representante fue elegido en fecha de 30 de abril de 2013. En la página de internet de "Linkedin" consta que su puesto en la empresa "Hottelia Outsourcing" es el de "Operations Manager". Es Jefe de Administración, no tiene poderes ni administra a la empresa. (Descripción 8, hecho conforme)

Asimismo, firma el convenio como delegada de personal del centro de trabajo de Madrid Cecilia , que había sido elegida en fecha de 30 de abril de 2013.

QUINTO: La empresa al ser requerida en acto preparatorio seguido ante esta misma Sala (acto preparatorio 279/2018) sobre el número de centros de trabajo con los que cuenta, contestó que contaba únicamente con dos: "el de Madrid y el de Baleares".

En la página de internet de la empresa (www.hottelia.com) se hace constar que la empresa cuenta con delegaciones, además de en Madrid, en las ciudades de Barcelona, Palma de Mallorca, Alcadia, La Coruña, Zaragoza, Valencia, Murcia, Málaga y Sevilla. (Descripción 9)

La empresa asimismo en su contestación al acto preparatorio ya referido, indicó expresamente que ningún trabajador de los centros de trabajo de Madrid o Baleares había prestado servicios en otras Comunidades Autónomas durante 2017 y 2018.

SEXTO. - Mediante escrito de 4 de enero de 2018 D. Jesús Manuel y D^a Cecilia , delegados de personal de los centros de trabajo de Madrid y de Baleares, comunican a la empresa demandada que es su voluntad iniciar las negociaciones del convenio colectivo con el siguiente alcance: ámbito funcional: convenio de empresa. Ámbito personal todos los trabajadores de la empresa de los centros de trabajo de Islas Baleares y Madrid. Ámbito territorial: centros de trabajo de la empresa en las Baleares y Madrid. (Descripción 64)

La constitución de la Comisión Negociadora del Convenio que ahora se impugna se llevó a cabo en fecha de 8 de enero de 2018, se establecieron las reglas del procedimiento de actuación de la Comisión negociadora y un calendario conforme a lo siguiente:

Día 15 de enero de 2018.- presentación de borrador de convenio colectivo por las partes. Día 17 de enero. - debate de las partes sobre todos los puntos del borrador y modificaciones a efectuar en su caso. Día 19 de enero. -presentación del texto definitivo del convenio con las modificaciones oportunas; debate y votación sobre el texto definitivo y aprobación del convenio.

Celebrándose una reunión posterior el 15 de enero siguiente, en la que se hace constar que desde el 8 al 15 de enero ambas partes han estado trabajando en la elaboración de un borrador de texto del Convenio Colectivo, y que presentan el mismo, emplazándose para el día 17 de enero siguiente a efectos de debatir sobre el texto del convenio, así como sobre las modificaciones del texto a introducir, y, en su caso, insertar en dicho texto las enmiendas que se aporten. (descripciones 10, 11,65 y 66)

SÉPTIMO: En fecha de 4 de abril de 2018 se reúnen nuevamente los miembros de la Comisión Negociadora, sin que conste que se hubieran reunido en la fecha del 17 de enero inicialmente prevista o en otra diferente, en cuya acta consta que se establece un debate sobre el contenido del borrador del Convenio que se adjuntó al acta del 15 de enero anterior, en el apartado segundo se recoge: "que *no se efectúan modificaciones ni enmiendas al borrador del Convenio.*"

En fecha de 25 de abril siguiente se reúnen de nuevo y manifiestan: "que *todas las partes están de acuerdo con todo el articulado del Convenio, cuyo borrador, se adjuntó a la reunión de fecha de 4 de abril anterior*"; procediendo a su firma. (descripciones 12,13, 67 y 68)

OCTAVO. - El nuevo texto del convenio se presentó en el REGCON para el trámite de inscripción y publicación en el registro de autoridad laboral estatal el día 12/7/2018. Recibido en la Dirección General de Trabajo el convenio colectivo, se notificó a la Comisión negociadora del convenio al objeto de que procedan a efectuar las siguientes aclaraciones y/o correcciones:



1.- En el artículo 23 del convenio, se establece lo siguiente: " *En los contratos a tiempo parcial tendrán la consideración de horas extraordinarias, las horas de trabajo que excedan de la jornada semanal correspondiente a un trabajador a tiempo completo, en cómputo anual* ".

La anterior regulación resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 12.4 del ET que a este respecto establece: "c) *Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3.* "

La regulación contenida en el artículo 23 del convenio debe ajustarse a lo dispuesto en la norma estatutaria.

2.- En el artículo 24 del convenio -Vacaciones , se establece lo siguiente: " *Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores , se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.* "

A este respecto el artículo 38.3 del ET establece que: " *Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4,5 y 7 en el artículo 48, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan .* "

Por tanto, en el artículo 24 del convenio corresponde hacer la referencia a los apartados 4,5 y 7 del artículo 48 del ET , conforme se dispone en el indicado artículo 38.3 del ET .

3.- A lo largo del artículo 45 del Convenio-Coordinación de actividades empresariales en materia de Seguridad y Salud Laboral-se habla de "trabajadores del sector", de "cada una de las empresas" y de "las empresas". Puesto que el convenio colectivo de Hotellía Externalización, S.L. es un Convenio de empresa, es necesario que se modifique la redacción de dicho artículo para referirse en singular a "la empresa."

El 8 de agosto se reunió la Comisión negociadora acordándose modificar los artículos 23, 24 y 45 del Convenio, en los términos requeridos por la autoridad laboral. Presentándose la subsanación en el REGCON. Por resolución de 3 de agosto de 2018 de la Dirección General de Trabajo se acuerda registrar y publicar el convenio. (BOE el 23 de agosto de 2018.) (Descripciones 70 a 76)

NOVENO. - El texto del Convenio Colectivo firmado en fecha de 25 de abril de 2018 es coincidente con el Convenio Colectivo firmado en fecha de 29 de mayo de 2013, y que resultó anulado en sede judicial. Únicamente difieren ambos textos en las subsanaciones efectuadas a requerimiento de la autoridad laboral, en el ámbito territorial, refiriéndose el primero a " *todos los centros de trabajo que la empresa y en el territorio español*" (artículo 3) , y el segundo , ahora impugnado, a " *Los centros de trabajo de la empresa en Islas Baleares y Madrid* " (artículo 3); y en el ámbito temporal de aplicación, al establecer el primero un periodo de 2013-2020 y el ahora impugnado el periodo de 2013-2025 (artículo 5).

DECIMO. - La empresa demandada realiza actividades de externalización de servicios en sectores de "hoteles, residencias, hospitales, limpieza, restauración, cocina, administración, recepción y auxiliares de clínica y/o ATS". (descripción 14)

DECIMO-PRIMERO . - La empresa demandada -anteriormente denominada RASTREADOR DE NEGOCIOS S.L.- abrió centro de trabajo en Madrid con fecha de iniciación de la actividad, 22/06/2012. y en Alcadia el 12/02/2014. (Descripciones 77 y 82)

En el proceso electoral que tuvo lugar en Madrid y en Alcadia el 30 de abril de 2013, consta que la empresa tiene seis trabajadores en cada centro, votan los seis y son elegidos representantes D^a Cecilia y D. Jesús Manuel . (Descripciones 92,93, 106 y 107)

Las elecciones celebradas en Madrid y en Alcadia no fueron impugnadas por las partes, salvo una reclamación en Alcadia que fue resuelta por la mesa. (Hecho pacífico). La reclamación a la mesa electoral la presento, entre otros, el sindicato UGT. (Descripción 44)

DÉCIMO-SEGUNDO. - La Federación de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores (SMC-UGT) es firmante del V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal del sector de Hostelería, 2015-2019. (BOE 21-5-2015).

Se han cumplido las previsiones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-En cuanto a los hechos declarados probados, los mismos se obtienen de los documentos que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

SEGUNDO . - Se solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del Convenio Colectivo para la empresa de servicios "Hottelia Externalización, SL" (BOE 238- 2018), condenando a la empresa y a las partes codemandadas a estar y pasar por tal declaración. Alega la parte actora

Que el convenio colectivo de la empresa publicado en el BOE el 22 de julio de 2013 con vigencia temporal para los años 2013 a 2020 fue anulado por sentencia por vulneración del principio de correspondencia , pero ya se aprecia en ese primer conato de convenio indicios de que además no se había llevado a cabo un auténtico proceso de negociación colectiva, por cuanto los dos únicos delegados de personal que participaron en la misma, y vuelven a hacerlo en el nuevo proceso de negociación del convenio que ahora se impugna, habían sido electos en fechas inmediatas a la constitución de la comisión negociadora, que se produce en fecha de 22 de mayo de 2013, para firmar el texto del convenio en la segunda reunión de la comisión negociadora en fecha de 29 de mayo siguiente, es decir el proceso de negociación duró ocho días naturales y se desarrolló en dos sesiones de negociación, la primera de ellas de mera constitución de la comisión negociadora. El texto del nuevo convenio resulta idéntico al firmado en el año 2013, salvo en dos aspectos, el ámbito temporal de aplicación, que ahora se extiende al año 2025, y el ámbito territorial que ahora se limita a los centros de Madrid y Baleares. Se lleva a cabo una mera apariencia de negociación colectiva, cuando en realidad se trata del resultado de la voluntad unilateral de la empresa, debiendo significarse que uno de los representantes que se dice de los trabajadores es directivo de la misma. Considera que, estamos en presencia de un supuesto de fraude de ley, de los previstos en el artículo 6.4 del Código civil , de ejercicio de un derecho de manera contraria a las exigencias de la buena fe y de abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo, de conformidad a lo establecido en el artículo 7 del Código civil . Las partes mediante la apariencia de desarrollo de un proceso, banalizan el ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva, y lo hacen para fijar condiciones manifiestamente peyorativas para los intereses de los trabajadores, concretamente estableciendo un salario de 750 €/ mes para el grupo II y 645 €/mes para el grupo III, para el año 2013 (única tabla salarial que se recoge en el convenio, a pesar de que es firmado en 2018; siendo el incremento salarial para los años sucesivos el IPC) y con una jornada anual de 1.823 horas, con distribución irregular libre mensual, de lunes a domingo, siendo el resto de la regulación del convenio mera reproducción de la normativa legal aplicable. Otra circunstancia que abunda en la consideración fraudulenta del convenio colectivo impugnado es su duración o vigencia, por cuanto las partes retrotraen su aplicación al año 2013, es decir 5 años de aplicación retroactiva, y prolongan su vigencia hasta el año 2025, con una duración total inicial de 13 años. Con ello lo que se pretende es dotar a la empresa de un instrumento de regulación que le permita tener una posición de ventaja en el mercado de servicios de externalización de terceras empresas, a costa de las condiciones leoninas impuestas a sus trabajadores, y comprometiendo el principio de libre competencia con la práctica de "dumping social".

Frente a tal pretensión, el letrado de la empresa demandada y de los dos demandados miembros de la Comisión negociadora en representación de la empresa, alegó las excepciones de falta de legitimación activa y de modificación sustancial de la demanda en el acto del juicio, y, en cuanto al fondo, se opone a la demanda, la empresa tiene dos centros de trabajo en Baleares y en Madrid y carece de cualquier otro centro habiéndose actualizado la página web donde se refleja que la empresa tiene centros en Madrid y Baleares. No es cierto que la empresa tenga 347 trabajadores puesto que en la cuenta de cotización son constantes las altas y bajas de trabajadores y en la actualidad tan sólo tiene 10 trabajadores en alta en cada centro. No ha habido irregularidades en el proceso de negociación, hubo un error en el inicial convenio en cuanto al ámbito territorial de aplicación lo que motivó que fuera anulado por SAN. El defecto en el ámbito territorial por falta de correspondencia se ha subsanado y se ha modificado el clausulado del convenio, en las negociaciones hubo reuniones de enero a abril. El delegado D. Jesús Manuel es trabajador por cuenta ajena y no tiene poderes ni facultades directivas de la empresa. Se han respetado los trámites del proceso de negociación, se aprobó el texto del convenio y se ha publicado en el BOE. Se mantuvieron las tablas salariales del año 2013 porque se han calcado las que venían en el convenio de 2013. Se están aplicando los salarios ajustados al SMI. En cuanto a la vigencia, se ha mantenido el texto del convenio de 2013 aunque la duración real es de 2018 -2025. El convenio es válido. Cita la SAN de 17-7-2013, (proc. 224/2013).

D. Jesús Manuel y D^a Cecilia , se opusieron a la demanda y se adhirieron a las manifestaciones del letrado de la empresa.

el MINISTERIO FISCAL en su informe sostuvo que la Federación estatal de servicios, movilidad y consumo de la UGT ostenta una clara legitimación para impugnar el convenio tal y como se declaró en la sentencia dictada en el procedimiento anterior y por los mismos motivos y razonamientos contenidos en la sentencia dictada en dicho procedimiento, es sindicato más representativo a nivel estatal y puede denunciar el fraude de ley



en la negociación de un convenio colectivo. Se negocia un convenio que es anulado por SAN confirmada por STS. Se sustituye por otro convenio en el que no se ha negociado nada, sólo se cambia el ámbito territorial de aplicación y la vigencia del convenio, por todo ello considera que nos hallamos ante un supuesto fraude de ley y, por tanto, debe declararse la nulidad del convenio colectivo impugnado.

TERCERO . - El letrado de la empresa demandada invocó la excepción de falta de legitimación activa del sindicato demandante, pues el sindicato deberá acreditar la existencia de un vínculo especial y concreto de dicho sindicato y el objeto del debate, cuestionándose que FeSMC-UGT goce de legitimación para entablar la impugnación de un convenio de empresa en la que carece de representación alguna, por insuficiente implantación sindical en el ámbito del conflicto. Se desconoce, que su ámbito de actuación sea igual o mayor que el conflicto. Excepción a la que se opone el sindicato demandante que, si bien reconoce que no tiene miembros en el Comité de empresa ni delegados de personal en la empresa, mantiene que participó en el proceso electoral, es firmante del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de hostelería y además es sindicato más representativo a nivel estatal. Habiéndose resuelto y desestimado la excepción en la SAN de 3/3/2016 , dictada en el proc. de impugnación de convenio 315/2015.

El art. 165.1 a) LRJS dispone que, estarán legitimados para impugnar el convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo, si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como el ministerio Fiscal, la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas en su respectivo ámbito.

El art. 17.2 LRJS precisa que los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

En este apartado, es cierto que el sindicato demandante no ha acreditado la implantación suficiente en el ámbito del conflicto, habiéndose reconocido que no tiene representantes en el Comité de empresa ni delegados de personal en la empresa, implantación que no se acredita por el hecho de que, en el proceso electoral en el centro de trabajo de Alcudia, UGT intentara presentar su candidatura y formulara una reclamación ante la mesa electoral. Lo cierto es que, la vigente LRJS otorga en el artículo 165.1.a) legitimación para impugnar los convenios colectivos de empresa o ámbito inferior a los sindicatos interesados , y toda interpretación restrictiva del precepto supondría quebrantar el principio "pro accione" que se deduce del art. 24.1 de la CE . Además, como ya se resolvió en la SAN de 3/3/2016 , dictada en el proc. de impugnación de convenio 315/2015, seguido entre las mismas partes, lo cierto es que el sindicato demandante, es sindicato más representativo a nivel estatal y, es firmante del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal del Sector de Hostelería (BOE 21/5/2015). Por lo que se llega a la convicción de que un Sindicato, como el hoy demandante, con implantación en el sector, se debe hallar legitimado para impugnar el convenio, cuando entienda que el mismo, conculca la legalidad vigente. Y es que, si el convenio impugnado se declara nulo por las causas invocadas en la demanda, esto pudiera determinar la aplicación de lo previsto con carácter preceptivo en la norma de eficacia general, es evidente que, en buena lógica jurídica y en una adecuada hermenéusis del mencionado art. 165.1.a) de la LRJS , no cabe negar al Sindicato, hoy actuante, legitimación suficiente para promover la impugnación origen de la demanda a que la presente sentencia se contrae.

Además, al adherirse el Ministerio Fiscal a la demanda, se constituyó en parte cuya legitimación le otorga el artículo 165. 1.a) LRJS , por lo que, de estimarse la excepción, deberíamos entrar necesariamente en el fondo del litigio.

CUARTO . - La misma suerte desestimatoria ha de correr la segunda de las excepciones que se proponen, de modificación sustancial de la demanda en el acto del juicio, dado que si bien es cierto que en el acto del juicio se ha alegado que a las elecciones acudieron representantes de UGT para promover su candidatura y que formularon una impugnación ante la mesa electoral, hechos no reflejados en la demanda, la parte ha podido articular su defensa pormenorizadamente y, por ende, la indefensión ha estado ausente puesto que la demandada ha podido articular su defensa, conociendo perfectamente por qué se le reclamaba, quién lo reclamaba, en base a qué hechos se reclamaba, etc.

El artículo 85.1 LJS prescribe que en el acto del juicio "... el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial."

Conforme destaca la jurisprudencia, la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el "derecho a no sufrir indefensión" en el desarrollo del proceso (STS/IV 18 de julio de 2005, rec. 1393/2004), el



cual está dirigido a "garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca".

Como señala la STS/IV de 15 de noviembre de 2012 (rec. 3839/2011), la variación debe considerarse sustancial cuando afecta "de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda" introduciendo con ello "un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a su vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión" (STS 9-11-1989 ,). Debe tenerse en cuenta, además, como destaca la sentencia de fecha 13-3-2015 (rec. 37/2015), que la legislación procesal laboral "cuida con esmero las alegaciones sorpresa que, en un proceso oral como el regulado en dicha norma, impiden la adecuada defensa de la parte"; lo que explica, según la misma sentencia precedente, tanto la prohibición de la modificación sustancial de la pretensión, como la prohibición de "la reconvencción que no hubiera sido previamente anunciada en conciliación o reclamación previa".

Aplicando esta doctrina al presente caso, esta Sala no comparte el carácter sustancial de los hechos (a las elecciones acudieron representantes de UGT para promover su candidatura y que formuló una impugnación ante la mesa electoral) ,ya que ,los términos del debate han estado claros en todo momento y ha sido posible a los demandados y así lo han hecho, alegar y probar al respecto cuanto estimaran pertinente, no parece que puede entenderse que se haya producido indefensión alguna a los demandados, lo que conduce a la desestimación, de la excepción de variación sustancial en la demanda .

QUINTO. - En orden a las cuestiones de fondo que en el presente procedimiento se han suscitado, se solicita la declaración de nulidad del convenio colectivo porque se ha llevado a cabo una mera apariencia la negociación colectiva, cuando en realidad se trata del resultado de la voluntad unilateral de la empresa por lo que estamos en presencia de un supuesto de fraude de ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil . Las partes mediante la apariencia de desarrollo de un proceso de negociación, banalizan en ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva, y no hacen para fijar condiciones manifiestamente peyorativas para los intereses de los trabajadores, concretamente en relación a la tabla salarial del convenio y a la jornada anual y otra de las circunstancias que abundan a consideración fraudulenta del convenio colectivo impugnado es su vigencia, por cuanto los partes retrotraen su aplicación al año 2013, es decir cinco años la aplicación retroactiva y prolongó su vigencia hasta el año 2025, con una duración total inicia de 13 años , pretendiendo con ello dotarse de un instrumento de regulación que le permita tener una posición de ventaja en el mercado de servicios de externalización de terceras empresas a costa de las condiciones impuestas a sus trabajadores y comprometiendo el principio de libre competencia con la práctica de "dumping social" que se deja en evidencia .

Finalmente se alega que la indefinición del ámbito de aplicación del convenio, al prever su ámbito territorial a los centros de trabajo de la empresa en Islas Baleares y Madrid, conlleva que nuevamente se esté conculcando el principio de correspondencia entre el ámbito de actuación posible de los delegados de personal y en la aplicación del convenio, que pretende extender sus efectos a todos los centros de trabajo en las Baleares y Madrid, sin identificar y concretar a cuales de ellos se refiere, pretensión que no debe merecer favorable acogida ,porque habiendo quedado acreditado que la empresa tiene únicamente dos centros de trabajo, uno en Alcudia y otro en Madrid, se debe concluir que el Convenio colectivo ha sido firmado por representantes unitarios de los trabajadores que ostentaban la representación de todos los centros de trabajo a los que se extiende su ámbito territorial, definido en su artículo 3 que establece, " *Las normas de este Convenio colectivo serán de aplicación en los centros de trabajo de la empresa "Hottelia Externalización, S.L. " en Islas Baleares y Madrid.* "

Debemos por tanto acotar la pretensión de nulidad del convenio, desde el primer argumento de la demanda en que la parte demandante se ampara y que exige el análisis del proceso negociador ya que la parte actora denuncia que se ha llevado a cabo una mera apariencia la negociación colectiva cuando en realidad se trata del resultado de la voluntad unilateral de la empresa, estando en presencia de un supuesto de fraude de ley contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil .

El art. 82.1 del ET establece que: " *Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.* "

La sola lectura del desarrollo cronológico de los acontecimientos puesto de manifiesto en el relato de hechos probados permite comprobar que, las partes han llevado a cabo una mera apariencia de negociación colectiva, cuando en realidad se trata del resultado de la voluntad unilateral de la empresa. Se declara probado que, el Convenio Colectivo de la empresa "Hottelia" publicado el 22 de julio de 2013, con vigencia temporal para los años 2013 a 2020, fue anulado en sede judicial por vulneración del principio de correspondencia. Pero ya se aprecia en ese primer conato de convenio indicios de que además no se había llevado a cabo un auténtico proceso de negociación colectiva, por cuanto los dos únicos delegados de personal que participaron en la



misma, y vuelven a hacerlo en el nuevo proceso de negociación del convenio que ahora se impugna, habían sido electos en fechas inmediatas a la constitución de la comisión negociadora, que se produce en fecha de 22 de mayo de 2013, para firmar el texto del convenio en la segunda reunión de la comisión negociadora en fecha de 29 de mayo siguiente, es decir el proceso de negociación duró ocho días naturales y se desarrolló, se dice, en dos sesiones de negociación, la primera de ellas de mera constitución de la comisión negociadora.

Esta situación descrita no sería relevante en la presente impugnación, sino fuera porque el texto del nuevo convenio resulta idéntico al firmado en el año 2013, salvo en dos aspectos, el ámbito temporal de aplicación, que ahora se extiende al año 2025, y el ámbito territorial que ahora se limita a los centros de Madrid y Baleares, y también varía al haberse subsanado los defectos advertidos por la Autoridad Laboral que no fueron detectados en el convenio anulado a pesar de que su redacción era idéntica y que en este caso, al presentarse el borrador del convenio idéntico al firmado en el año 2013, salvo en los dos aspectos antes señalados, la autoridad laboral requirió a los negociadores para su subsanación, lo que se llevó a efecto en los términos requeridos.

El proceso de negociación del convenio que ahora se impugna se inicia el 8 de enero de 2018, con la constitución de la comisión negociadora, conformada por las mismas personas que en el año 2013 habían firmado el anterior convenio anulado. Es en la segunda sesión de la comisión negociadora, de 15 de enero siguiente, cuando las partes afirman que "han estado trabajando en la elaboración de un borrador de texto del Convenio Colectivo", emplazándose para reunirse dos días después. En fecha de 4 de abril de 2018 se reúnen nuevamente los miembros de la Comisión Negociadora, sin que conste que se hubieran reunido en la fecha del 17 de enero inicialmente prevista o en otra diferente, en cuya acta consta que se establece un debate sobre el contenido del borrador del Convenio que se adjuntó al acta del 15 de enero anterior, sin que se efectúan modificaciones ni enmiendas al borrador del Convenio. En fecha de 25 de abril siguiente se reúnen de nuevo y manifiestan que todas las partes están de acuerdo con todo el articulado del Convenio, cuyo borrador, se adjuntó a la reunión de fecha de 4 de abril anterior; procediendo a su firma.

Resultando que, el convenio es copia del convenio firmado en 2013, con las dos salvedades antes señaladas, y se ha debatido en una sesión, sin que de tal debate derive modificación alguna del mismo, siendo llamativo que se copien las tablas salariales que se recogían en el convenio de 2013- concretamente estableciendo un salario de 750 €/mes para el grupo II y 645 €/mes para el grupo III, para el año 2013, única tabla salarial que se recoge en el convenio, siendo el incremento salarial para los años sucesivos el IPC- a pesar de que es firmado en 2018 y con una jornada anual de 1.823 horas, con distribución irregular libre mensual, de lunes a domingo, siendo el resto de la regulación del convenio mera reproducción de la normativa legal aplicable. Además, las partes retrotraen su aplicación al año 2013, es decir, cinco años de aplicación retroactiva, y prolongan su vigencia hasta el año 2025, con una duración total de 13 años a pesar de que es firmado en 2018, si bien la empresa en el acto del juicio manifestó que la duración real es 2018- 2025. Llegados a este punto, es forzoso concluir que son claros los indicios de que no ha habido un verdadero procedimiento de negociación del convenio colectivo impugnado, se ha llevado a cabo una mera apariencia de negociación colectiva, cuando en realidad se trata del resultado de la voluntad unilateral de la empresa, estamos en presencia los supuestos de fraude de ley de los previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, pues las partes mediante la apariencia de desarrollo de un proceso, banalizan el ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva, y lo hacen para fijar condiciones manifiestamente peyorativas para los intereses de los trabajadores, concretamente estableciendo un salario inferior al establecido en el ET y una jornada anual de 1.823 horas, con distribución irregular libre mensual, de lunes a domingo.

Debiendo declararse el convenio nulo por infracción de lo previsto en el artículo 82.1 del ET conforme postula el sindicato demandante y se ha expuesto. Ninguno de los argumentos que la empresa demandada opone para justificar la regularidad en la negociación colectiva puede ser acogido, pues concurren claros indicios de que no ha habido una verdadera negociación entre los representantes de los trabajadores y de la empresa, lo que necesariamente nos lleva a la estimación de la pretensión principal de la demanda sin que quepa otro pronunciamiento que la nulidad del convenio con las consecuencias a ello inherentes, condenado a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración, debiendo comunicarse la sentencia a la autoridad laboral, en especial a los efectos de constancia en el registro correspondiente y a la publicación del fallo en el Boletín Oficial del Estado en que el convenio anulado fue en su día insertado (art. 166.2 y 3 LRJS). En línea con el informe del Ministerio Fiscal que sostiene, el convenio anulado se sustituye por otro convenio en el que no se ha negociado nada, sólo se cambia el ámbito territorial de aplicación y la vigencia del convenio, por todo ello considera que nos hallamos ante un supuesto fraude de ley y, por tanto, debe declararse la nulidad del convenio colectivo impugnado.

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



FALLAMOS

Desestimamos las excepciones de falta de legitimación activa y de variación sustancial de la demanda en el acto del juicio alegadas por el letrado de la empresa demandada y de los dos representantes de la empresa. Estimamos la demanda formulada por el SINDICATO FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeSMC-UGT), representado por Bernardo García Rodríguez, abogado, contra, la empresa "HOTTELIA EXTERNALIZACIÓN, SL", y, contra los miembros de la Comisión Negociadora del Convenio impugnado, D. Juan Ramón y D. Sebastián, representantes de la empresa y D. Jesús Manuel y Cecilia, representantes de los trabajadores, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre, IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO, declaramos la nulidad del Convenio Colectivo para la empresa de servicios "Hottelia Externalización, SL" (Código de convenio n.º: 90101592012013), (BOE 238-2018) y condenamos a la empresa y a las partes codemandadas a estar y pasar por tal declaración, debiendo comunicarse la sentencia a la autoridad laboral, en especial a los efectos de constancia en el registro correspondiente y a la publicación del fallo en el Boletín Oficial del Estado en que el convenio anulado fue en su día insertado.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el 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 abogado, graduado social o representante 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 0030 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0030 19, 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.