

La representatividad sindical de las comisiones negociadoras de convenios colectivos sectoriales.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *Las reglas del título III del Estatuto de los Trabajadores sobre los requisitos de representación de los sindicatos para negociar válidamente convenios colectivos sectoriales de eficacia general son imperativas y de aplicación inexcusable, aunque el sector cuente con escasas representaciones de los trabajadores y otros sindicatos no se sumen a la constitución de la comisión negociadora por su propia decisión de autoexcluirse. La importante Sentencia 475/2021, de 4 de mayo de 2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo interpreta la regulación legal sobre la válida constitución de las comisiones negociadoras en sectores sin órganos de representación de los trabajadores. Y sienta doctrina sobre la adecuación del proceso de impugnación de oficio de convenios colectivos de “aparición estatutaria”, aun cuando la sentencia declare su nulidad como convenio de eficacia general (sin perjuicio de su validez como pacto extraestatutario).*

Palabras clave: *Convenios colectivos sectoriales. Comisión negociadora. Representación de los sindicatos. Eficacia general. Pactos extraestatutarios. Cosa juzgada. Proceso de impugnación de oficio de convenios colectivos. Oficinas de farmacia.*

Abstract: *The rules of Title III of the Workers' Statute on the requirements for trade union representation in order to validly negotiate sectoral collective agreements of general effectiveness are imperative and inexcusably applicable, even if the sector has few workers' representatives and other trade unions do not join in the constitution of the negotiating committee by their own decision. The important Ruling 475/2021 of 4 May 2021 of the Social Division of the Supreme Court interprets the legal regulation on the valid constitution of negotiating committees in sectors without workers' representative bodies. And it establishes a doctrine on the adequacy of the process of challenging ex officio collective agreements of "statutory appearance", even when the judgement declares their nullity as an agreement of general effectiveness (without prejudice to their validity as an extra-statutory agreement).*

Keywords: *Sectoral collective agreements. Negotiating committee. Trade union representation. Extra-statutory agreements. Res judicata. Ex officio proceedings to challenge collective bargaining agreements. Pharmacy offices.*

I. Introducción

Los litigios sobre representatividad y legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito sectorial de eficacia llamémosla “estatutaria”, esto es, la que la sentencia califica de “muy privilegiada que posee alcance general (art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, ET) y eficacia normativa (art. 3.1.b y 3.1.c ET)”, han solido afectar a las representaciones empresariales por las dificultades de obtener y acreditar su representatividad en sectores nuevos y de inexistencia o fragmentación del asociacionismo empresarial. La singularidad del caso estriba en que el problema se traslada a los sindicatos y, en concreto, a un sindicato mas representativo de ámbito estatal, UGT. Y esto ocurre, lo que sigue aportando singularidad al caso, en una situación unidad de acción entre los sindicatos mas representativos de ámbito estatal, UGT y CCOO, que viene funcionando desde finales la década de los 80 del pasado siglo, en el rodaje del sistema constitucional de relaciones laborales. No es, naturalmente, que en el panorama de la negociación colectiva no existan litigios sobre la composición válida del lado sindical de la comisión negociadora de los convenios colectivos negociados conforme al título III del ET, acrecentados como consecuencia de la falta de elección de las representaciones unitarias de los trabajadores sobre las que se asienta la representatividad sindical. Lo que sucede es que contiendas como las que resuelve esta sentencia del Tribunal Supremo no son frecuentes: se trata de un proceso de impugnación de oficio del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia por ilegalidad estimado en la instancia y recurrido en casación, no por el único sindicato negociador, que no contó con la necesaria mayoría representativa para constituir la comisión negociadora cumpliendo las exigencias del ET, sino por una de las representaciones empresariales negociadoras en defensa de su valor estatutario

La doctrina de la sentencia tiene un altísimo interés para la interpretación y aplicación de nuestro sistema legal de negociación colectiva, en su dimensión sustantiva (requisitos de legitimación negocial sindical) y procesal (proceso de impugnación de oficio de convenios colectivos regulados por el título III del ET), y del derecho constitucional de negociación colectiva como derecho de libertad en un marco de pluralismo sindical.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 475/2021, de 4 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 164/2019.

ECLI:ES:TS:2021:1786

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado se refiere, en síntesis, a la nulidad de un convenio colectivo sectorial estatal negociado por un único sindicato más representativo que no representaba a la mayoría de representaciones de los trabajadores del sector. Adquiere complejidad procesal por causa de la existencia de un primer proceso de conflicto colectivo sobre la constitución de la comisión negociadora de dicho convenio colectivo.

1. Hechos

Según la relación de hechos probados de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2019, el 19 de enero de 2017 la comisión

negociadora del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia presentó en la Dirección General de Empleo del MESS, a través de la aplicación informática REGCON, la documentación relativa a la solicitud de registro y publicación en el BOE de dicho convenio colectivo, que afecta a 70.000 trabajadores y a 17.500 empresas de toda España. El día anterior la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO (FSS-CC.OO) había pedido a la Dirección General que impugnara dicho convenio colectivo ante la Audiencia Nacional por considerar que conculcaba la legislación vigente, lo que fue compartido en los días siguientes con la adhesión de la Federación de Trabajadores de Farmacia (FETRAFA) y del Sindicato Unión General de Trabajadores de Farmacia (UTF). La Dirección General requirió a la comisión negociadora la documentación del acta de su constitución, que acreditara la suficiente representatividad y la legitimación plena y decisoria de la Federación de Empleadas y Empleados de Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT), conforme a los artículos 87.2, 88 y 89 del ET, trasladándole el escrito de impugnación de los sindicatos para alegaciones. La comisión negociadora presentó escrito de alegaciones, sosteniendo que UGT reunía en el momento de constitución de la comisión negociadora, el 4 de julio de 2016, la triple legitimación exigida por los artículos 87, 88 y 89 del ET, según acreditaba documentalmente, y que la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº181/2016, de 29 de noviembre de 2016^[1], había desestimado 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.

2 Antecedentes

2.1 Del proceso de conflicto colectivo

Sin acuerdo entre CCOO, FETRAFA y UTF y UGT sobre la composición sindical de la comisión negociadora del XXV Convenio, el 4 de julio de 2016 se constituyó la comisión negociadora integrada por 4 vocales de FEFE y 3 vocales de FENOFAR, por la parte empresarial, y 4 de UGT. En el acta, constaba la atribución de un 80% de la representación empresarial a FEFE y un 20% a FENOFAR y el reconocimiento por éstas a UGT de la legitimación legalmente exigida para constituir la comisión negociadora del convenio. UGT aportó una certificación de la Dirección General de Empleo, sobre 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. UGT aportó un certificado de 3-06-2016, expedido por el la Generalitat, que le reconocía 5 delegados sobre 9 delegados.

Tras una mediación ante el SIMA sin acuerdo y diversas incidencias sobre la constitución de la comisión negociadora la SAN nº181/2016, de 29 de noviembre de 2016, desestimó la demanda de UTF, CC.OO y FETRAFA contra UGT, FEFE y FENOFAR por no acreditar su representación en la fecha de constitución de la comisión negociadora, sin que tengan validez las certificaciones y actas electorales aportadas con posterioridad y “sin que constituya causa de justificación que los sindicatos no alcanzaran previamente acuerdos entre sí” a partir de las propuestas de composición de UGT, que admitió CCOO, “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 [...] 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”, siendo el silencio de UTF a la propuesta de UGT “una actuación obstructiva pasiva a la negociación de buena fe, que tampoco podemos convalidar” (FD 4º).

Concluía la SAN citada: “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” (FD 4º).

Los sindicatos demandantes interpusieron recurso de casación por la incongruencia omisiva en que habría incurrido la sentencia al no resolver la petición relativa a la nulidad por ilegalidad de la comisión negociadora. El Tribunal Supremo en su Sentencia 919/2018, de 18 de octubre de 2018, rec. 66/2017^[2], desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. Consideró el Tribunal Supremo que la sentencia de instancia no había omitido la respuesta a la demanda: "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". Añadió el Tribunal Supremo: "Es cierto que la sentencia de instancia hace referencia a que las partes demandantes podrían interponer otras acciones en las que cuestionar que UGT no estaba legitimada para negociar el convenio estatutario sectorial, pero esta precisión de la sentencia recurrida no tiene nada que ver con la pretensión de la demanda y lo resuelto por la Sala de instancia [...] (FD 2º).

2.2 Del proceso de impugnación de oficio del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia

La Dirección General de Empleo interpuso demanda de oficio sobre impugnación de convenios colectivos ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, suplicando sentencia "por la que se declare la nulidad del XXV Convenio Colectivo estatal para las Oficinas de Farmacia aprobado el 13 de enero de 2017". A la demanda de oficio se adhirieron FSS-CCOO y UTF frente a la Federación Nacional de Oficinas de Farmacia (FENOFAR), la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), FeSP-UGT, la Federación de Trabajadores de Farmacia (FETRAFA), y el Ministerio Fiscal.

La Sentencia nº 31/2019 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 28 de febrero de 2019^[3], desestimó las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación pasiva e inadecuación de procedimiento y estimó la demanda de oficio, declarando la nulidad del XXV Convenio Colectivo estatal para las Oficinas de Farmacia, al no haber acreditado UGT que representase a la mayoría de representantes del sector, tal y como exige el artículo 88.2 del ET, requisito legitimador de orden público insubsanable por la ausencia voluntaria de otros sindicatos de la comisión negociadora.

Se solicitó aclaración de sentencia por FEFE, que resolvió el Auto de 25 de marzo de 2019, aclarándola "en el sentido de sustituir en el fallo la expresión "falta de legitimación pasiva" por la de "falta de legitimación activa", desestimándose el resto de la pretensión".

El recurso de casación se interpone por FEFE contra la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº 31/2019, de 28 de febrero de 2019, y el Auto de aclaración de 25 de marzo de 2019, autos nº 105/2017. Comparecieron como recurridos FSS-CCOO, UTF y la Dirección General de Empleo.

IV. Posición de las partes

La Dirección General de Empleo demandante expuso en su comunicación que, de 28 representantes legales de los trabajadores de farmacias, UGT solo poseía 13, sin que por ser el único sindicato en la comisión negociadora se le pudiera atribuir el 100% de representatividad ni desconocer el número de representantes de los

sindicatos que no quisieron participar en dicha comisión negociadora, por lo que no se cumplían las exigencias de legitimación estatutaria.

La federación empresarial recurrente en casación, FEFE, articuló el primer motivo de su recurso, al amparo del artículo 207.e) de la LRJS, por infracción del artículo 222.4 de la LEC y de los artículos 87, 88 y 89 ET, en la concurrencia de cosa juzgada, manifestando que Sentencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo 919/2018, de 18 de octubre de 2018, precedida de la SAN nº181/2016, de 29 de noviembre de 2016, habían declarado la validez de la constitución de la comisión negociadora, por lo que no cabía discutir de nuevo la concurrencia de la legitimación en uno de los sujetos negociadores.

En el segundo motivo, desarrollado subsidiariamente con base en el artículo 207.e) de la LRJS, por infracción del artículo 88.2, I y II párrafos, del ET, artículo 7, apartados 1 y 2, del CC, la federación empresarial argumentó la infracción por la sentencia de instancia del precepto estatutario, entendiéndolo que al haberse formado la comisión negociadora únicamente con UGT, éste sindicato ostentaba “total representatividad”, “una legitimación plena y negociadora del 100% dentro de la representación del banco sindical para participar en la negociación y negociar un convenio colectivo sectorial sin necesidad de acreditar nada”. Así debía estimarse dado que los demás sindicatos no acudieron de forma voluntaria, el sector de oficinas de farmacia está muy atomizado, contando con solo 28 representaciones legales de los trabajadores, de las que habría que descontar a quienes no negocian el convenio estatal, sino en ámbitos inferiores, e impidiendo que las minorías impidan la negociación colectiva.

También de manera subsidiaria, en su tercer motivo, defendió la validez del convenio colectivo anulado como pacto extraestatutario. Formuló este tercer motivo, al amparo del art. 207.e) de la LRJS, “por infracción del Título III ET”, defecto que reprochará al recurrente el Tribunal Supremo –“no es posible configurar un motivo de recurso señalando como infringido, de forma genérica todo un Título de una norma con rango de Ley”-, pese a lo cual se adentrará en su examen y le dará respuesta, al resultar en una imperfección que no impide su comprensión y no genera indefensión a las demás partes.

En sus respectivas impugnaciones del recurso, CCOO y UTF descartaron la existencia de cosa juzgada y que la interpretación del artículo 88 ET hecha por la sentencia de instancia fuese errónea, oponiéndose a salvar la validez del convenio como pacto de eficacia limitada y a la introducción de cuestiones nuevas en casación.

La Abogacía del Estado impugnó el recurso, solicitando su inadmisión por descomponer artificialmente los motivos primero y segundo, careciendo, además el primero de contenido casacional, y planteando el tercer motivo una cuestión nueva, inadmisión rechazada por el Tribunal Supremo; subsidiariamente razonó su desestimación.

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de los tres motivos del recurso por no haberse producido las infracciones procesales o sustantivas alegadas en los dos primeros motivos, debiendo haberse planteado el primero por la vía del apartado c) del artículo 207 de la LRJS, e introducir el tercero introduce una cuestión nueva.

V. Normativa aplicable al caso

1. Estatuto de los Trabajadores

“Artículo 87. Legitimación

[...]

2. En los convenios sectoriales estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores:

a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio”.

[...]

“Artículo 88. Comisión negociadora

“1. El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad.

“2. 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.

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

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

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

[...]

2. *Ley reguladora de la jurisdicción social (Ley 36/2011, de 10 de octubre)*

“Artículo 160. Celebración del juicio y sentencia [del proceso de conflicto colectivo]

[...]

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

[...]

“Artículo 163. Iniciación

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”.

[...]

“Artículo 207. Motivos del recurso de casación

El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos:

[...]

“c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”.

[...]

e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

3. *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)*

“Artículo 222. Cosa juzgada material.

[...]

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

“Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos

[...]

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre la inexistencia de cosa juzgada material

Tras exponer la jurisprudencia de la Sala sobre los efectos positivo y negativo de la cosa juzgada y la extensión de sus consecuencias preclusivas, y añadir a ello la jurisprudencia sobre los efectos firmes de las sentencias de conflicto colectivo, el Tribunal Supremo analiza el primer motivo casacional.

Comienza prescindiendo del debate sobre la naturaleza material o procesal de la institución de la cosa juzgada, porque, desde cualquier perspectiva, en el caso no concurren sus presupuestos. Los debates habidos, las causas de pedir y los hechos enjuiciados en el primer proceso de conflicto colectivo y en el segundo de impugnación del convenio colectivo “poseen diverso alcance”: en el primero se solicitaba el

reconocimiento del derecho de los sindicatos demandantes, que no lo hicieron, a participar en la comisión negociadora con un número determinado de representantes, sin cuestionar su validez por la presencia de UGT; en cambio, en el proceso de oficio de impugnación del convenio colectivo, la pretensión de declaración de su nulidad se basó en la contravención de las exigencias de representación del artículo 88 del ET por causa de la constitución de la comisión negociadora con la sola presencia de UGT. El Tribunal Supremo lo dice expresivamente: “Mientras en el primer caso se reclama una composición de la comisión negociadora, ahora se pide la nulidad del convenio adoptado en su seno. Mientras en el primer caso se examinaba la pretensión de quienes querían acceder a la comisión en determinadas condiciones, ahora se estudia el alcance de lo pactado posteriormente”. Y de manera concluyente afirma lo que es esencial, que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en las sentencias firmes dictadas en el primer procedimiento no fue que “UGT cumplía con las exigencias representativas de los artículos 87 y 88 ET”. Lo que aquellas sentencias decidieron fue que los sindicatos ausentes de la negociación por su propia voluntad no tenían el derecho que reclamaban a participar en la comisión negociadora con una determinada composición, por lo que no podían ahora haber alegado una hipotética lesión de su derecho fundamental de libertad sindical.

La sentencia desestima el primer motivo casacional, confirmando la desestimación por la SAN recurrida de la excepción de cosa juzgada. No existió identidad de pretensiones: antes se debatía sobre la composición de la comisión negociadora mientras que el objeto litigioso del presente proceso estriba en la validez de lo acordado.

2. Sobre la representatividad de la comisión negociadora

Liberado de la excepción de cosa juzgada, el Tribunal Supremo resuelve el fondo del recurso sobre la cuestión principal de la representatividad de la comisión negociadora del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia.

Explica con la jurisprudencia de la Sala, muy abundante, el sistema estatutario de triple legitimación inicial para negociar convenios colectivos (art. 87), complementaria o deliberante para constituir válidamente la comisión negociadora (art. 88), y plena o decisora para la adopción válida de acuerdos de eficacia general (art. 89.3). Reitera la doctrina, también absolutamente establecida, de que el momento hábil para determinar y acreditar la legitimación negocial es el de constitución de la comisión negociadora, y no otro posterior, que arriesgaría la estabilidad del proceso de negociación. Y confirma la única sentencia del Alto Tribunal sobre el sistema de medición de la representatividad sindical para constituir las comisiones negociadoras de los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, que computó la totalidad de representaciones unitarias en el sector, sin descontar las correspondientes a los ámbitos territoriales autonómicos con convenio propio, la STS de 1 octubre 1998^[4], sobre la composición de la comisión negociadora del Convenio Colectivo nacional de empresas de enseñanza privada sostenidas con fondos públicos, de aplicación meramente supletoria en los territorios con convenios sectoriales autonómicos.

La STS de 1 octubre 1998 rechazó que ese sistema de medición de la representatividad sindical en todo el territorio nacional arrojase un doble cómputo, injustificado, de los representantes de los trabajadores de las Comunidades Autónomas con convenio colectivo propio, y su incidencia desequilibradora de la composición sindical de la comisión negociadora estatal, que el legislador no había previsto. Y ordenó el cómputo de todas las representaciones unitarias de los trabajadores del ámbito funcional/estatal del convenio para fijar la representatividad de los sindicatos en la comisión negociadora.

La sentencia comentada lleva esa doctrina a su terreno, a los convenios de empresa, donde adquiere una significación distinta a la problemática que plantea su aplicación a los convenios colectivos sectoriales celebrados para unidades de negociación estatales, cuya aplicación ha sido desplazada por convenios colectivos de ámbito autonómico^[5]. Ya había hecho uso de esa interpretación extensiva la reciente

Sentencia 368/2021, de 7 de abril^[6]. Los motivos de ese empleo integrativo de la analogía se explican ordenadamente: 1º) las reglas sobre legitimación negociadora no prevén que las empresas con convenio propio deban excluirse del requisito de “implantación” (representatividad simple) previsto en el artículo 87.2.c) del ET; 2º) la aplicación del convenio sectorial respecto de las empresas con convenio propio pero incluidas en la unidad de negociación no es teórica, sino posible en los casos en que, expirada la vigencia ultraactiva del convenio, se desencadene la consecuencia prevista en el artículo 86.3, último párrafo, del ET, la aplicación, si lo hubiere, del convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación; 3º) la exclusión de las empresas tendría como resultado que ya no se negocia un convenio sectorial, sino uno para “una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas” (art. 87.1.III ET); 4º) la unidad de negociación se delimita por quienes, en su conjunto, poseen la triple representatividad (art. 83.1 ET) sin resultar alterada por el hecho de que alguna empresa de la unidad de negociación posea convenio propio.

A partir de estas consideraciones desestima el segundo motivo del recurso de casación de la organización empresarial recurrente con una interpretación de la legalidad estatutaria atendida a su literalidad en el marco del sistema constitucional de libertad sindical y autonomía colectiva. La constitución de la comisión negociadora, la negociación y el acuerdo adoptado únicamente con FeSP-UGT no permite alcanzar un convenio colectivo para las oficinas de farmacia provisto de la eficacia normativa y general personal que el ET atribuye [arts. 82.3 y 3.1.b) y c)] a los convenios colectivos negociados por sindicatos que cumplen los requisitos de representatividad que el título III de la norma legal exige, requisitos que, según jurisprudencia constitucional y ordinaria reiterada, son de orden público.

UGT no cumplía las exigencias para tener por válidamente constituida la comisión negociadora con su única presencia, pues no representaba como mínimo “a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal” del sector (art. 88.2.I ET). Es manifiesto en la sentencia: UGT contaba con 13 representantes y en “el ámbito aplicativo del convenio colectivo queda acreditado que hay 28 representantes de las correspondientes plantillas”. Reconoce la sentencia que “se trata de un número exiguo si se pone en conexión el número de personas que prestan sus servicios laborales (70.000) en las oficinas de farmacia del país (17.500), tal y como el HP Segundo de la sentencia recurrida muestra”. Pero esa anómala falta de representantes en el sector no puede “justificar la inaplicación de las previsiones legales sobre representatividad de quienes negocian un convenio de eficacia general más que en la medida permitida por el propio legislador”. Tampoco es argumento eficaz que excuse la aplicación del art. 88.2.I ET el hecho de que otros sindicatos no hayan querido participar en la comisión negociadora, incluso vulnerando el mandato legal de ejercicio de los propios derechos conforme a la buena fé (art. 7 CC), ya que la regulación del título III del ET se ofrece, no se impone, a la libertad de las organizaciones sindicales y empresariales para ejercer su derecho a la negociación colectiva con una fuerza vinculante (art. 37.1 CE) reforzada por el legislador. La regulación legal es imperativa una vez que los sujetos colectivos negociadores han decidido negociar dentro de su sistema y proceso negociador, que no agota el derecho de negociación colectiva, para obtener el resultado de un convenio colectivo de eficacia general y normativa.

Invocada por la recurrente, hay en el artículo 88.2.II una regla excepcional de legitimación deliberante cuya finalidad es facilitar la negociación colectiva “estatutaria” en los sectores en que falten sujetos negociadores con la representatividad exigida por el ET, que se apoya en la condición jurídica singular de mayor representatividad de los sindicatos (art. 6.1 LOLS): “En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma”.

La transcrita regla legal excepcional tampoco resuelve la falta de representatividad/legitimación de UGT, pues la norma legal excepcional “contiene un presupuesto y un requisito” y “ninguno de ellos concurre en el caso”.

El presupuesto es que se trate de “sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores”, y en el sector de oficinas de farmacia existen, como ha quedado probado. Con absoluta justeza afirma el Tribunal Supremo que escapa a sus “posibilidades interpretativas” el “claro tenor” del precepto legal: “solo al legislador compete la posibilidad de ampliar el supuesto de hecho contemplado y fijar un umbral menos exigente de orfandad representativa”.

El requisito se refiere a la constitución válida de la comisión negociadora en los sectores faltos de órganos de representación de los trabajadores, que precisa de la presencia en la comisión negociadora de las organizaciones sindicales más representativas. Esto es, no basta con la presencia de un sindicato más representativo, sino que deben componer la comisión negociadora “‘las” que compartan esa cualidad, es decir, todas ellas”. Esta afirmación de la sentencia es excesivamente abierta y precisa de alguna matización que haré en su comentario. Con independencia de ello, en este momento significa que la presencia en solitario de UGT en la comisión negociadora del convenio colectivo de oficinas de farmacia no era suficiente para constituir válidamente la comisión negociadora, de no haber existido órganos de representación de los trabajadores en el sector, requisito que hubiera franqueado la aplicación de esta regla de legitimación negociadora excepcional. Faltó, en consecuencia, el presupuesto y faltó el requisito, por lo que la inaplicación de la regla legal por la Audiencia Nacional no vulneró su mandato.

La organización empresarial recurrente invoca en este segundo motivo de su recurso la doctrina de la STS de 4 diciembre de 2000^[7], que, al declarar la naturaleza extraestatutaria del convenio de empresa alcanzado entre la empresa y únicamente la sección sindical de CCOO, mayoritaria en la empresa (contaba con el 54,86% de la representación unitaria de los trabajadores), por no haber sido negociado y concluido de acuerdo con las reglas del Título III del ET al marginarse a los restantes delegados sindicales, declaró, de oficio, la inadecuación del proceso de impugnación de convenios colectivos “de los regulados en el Título III” del ET y la consiguiente nulidad de las actuaciones, con archivo de la comunicación de oficio remitida por la Dirección General de Trabajo con la finalidad de impugnar el acuerdo extraestatutario.

El Tribunal Supremo marca las “diferencias relevantes, que impiden trasladar la doctrina de referencia a nuestro caso”: de un convenio de empresa a otro sectorial, de un sindicato que cumple la triple exigencia legitimadora a otro que no la cumple, de una negociación que no ha permitido la intervención plural de otros sindicatos a otra en que los otros sindicatos no han participado voluntariamente... Sin embargo, será en la respuesta al tercer motivo del recurso donde la sentencia comentada termine de establecer las diferencias, formulando una “precisión” a la doctrina de la STS de 4 diciembre de 2000 que tiene la doble función de ratificar y cambiar la doctrina y que le permitirá confirmar la desestimación por la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/2019 de la excepción de inadecuación del procedimiento.

3. Sobre la validez del XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia como pacto extraestatutario, cuestión nueva

El motivo introduce una cuestión nueva, pues el litigio ha tenido por objeto la validez del XXV Convenio Colectivo para Oficinas de Farmacia como convenio estatutario, y no como extraestatutario, según demuestra la sentencia razonadamente. Sin embargo, el Tribunal Supremo procede a su análisis, flexibilizando la conclusión alcanzada, ante la existencia de “circunstancias adicionales” que lo hacen necesario; no otras que la doctrina de la referida STS de 4 diciembre de 2000 y la necesidad de expresar “el criterio actual de la Sala sobre la dimensión procesal del problema” y de separarse, y no separarse, del criterio en aquella ocasión sostenido. Es claro, no obstante, que la manifestación doctrinal de la sentencia tiene una mayor capacidad

correctora que ratificadora de aquella doctrina, aunque la sentencia no esté dictada por la Sala en Pleno.

La sentencia califica la operación interpretativa de clarificatoria. Su alcance es mayor, como se advierte fácilmente. La Sala manifiesta que si existe “una apariencia de convenio colectivo estatutario, presentándose como tal ante la Autoridad Laboral, el fruto de la negociación colectiva bien puede (y debe) ser impugnado ante la jurisdicción social a través de la modalidad procesal prevista al efecto por los artículos 163 y siguientes de la LRJS”, modalidad en que la nulidad debe entenderse en su validez estatutaria, salvo que resulte de la vulneración de derechos fundamentales. No pudiendo acumularse otra acción a la impugnatoria de los convenios colectivos (art. 26.1 LRJS), la declaración de su nulidad no puede comportar la de su validez como pacto extraestatutario.

Concluye la sentencia su doctrina con dos afirmaciones de la mayor importancia con las que atiende a su decisión de rectificar el criterio de la STS de 4 diciembre de 2000 y de mantenerlo según la valoración de la apariencia del instrumento convencional cuya validez se impugne por el proceso especial impugnatorio como convenio colectivo estatutario o como pacto extraestatutario.

Dice la sentencia:

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

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

Tras esta exposición doctrinal, la sentencia desestima el tercer motivo del recurso retornando a su tratamiento de cuestión nueva, con la consecuencia, ya expuesta por el Auto de aclaración dictado por la Audiencia Nacional, de que la valoración del XXV Convenio Colectivo como pacto de eficacia extraestatutaria no puede ser confirmada ni rechazada.

VII. Parte dispositiva

La parte dispositiva de la sentencia contiene los siguientes pronunciamientos:

“1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) [...]”.

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

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

VIII. Pasajes decisivos

- “El artículo 222.4 LEC activa la vinculación entre un primer procedimiento y el posterior cuando el primero aparezca como “antecedente lógico de lo

que sea su objeto". En el procedimiento culminado por nuestra sentencia de 2018 se debatía el derecho de los tres sindicatos demandantes, que se apartaron voluntariamente de la Comisión Negociadora y sin acreditar su legitimación, a participar en la misma con determinado número de representantes. Por el contrario, ahora se debate si la sola presencia de la UGT como representación de quienes trabajan en oficinas de farmacia cumple con las exigencias legales para alcanzar un convenio de carácter estatutario" [FD 3º.3.B)].

- "La diversidad del objeto litigioso propio de uno y otro procedimiento se acentúa si atendemos al factor cronológico. Mientras en el primer caso se reclama una composición de la comisión negociadora, ahora se pide la nulidad del convenio adoptado en su seno. Mientras en el primer caso se examinaba la pretensión de quienes querían acceder a la comisión en determinadas condiciones, ahora se estudia el alcance de lo pactado posteriormente" [FD 3º.3.D)].
- "Mientras ahora es la Autoridad Laboral quien interesa que se declare la nulidad del convenio colectivo sometido a registro y publicación, por no cumplirse las exigencias de representación del art. 88 ET, en el caso precedente eran varios sindicatos los que reclamaban determinada presencia en la comisión negociadora" [FD 3º.3.E)].
- Desde luego, las sentencias dictadas en el primer procedimiento no afirmaron que UGT cumplía con las exigencias representativas de los artículos 87 y 88 ET" [FD 3º.3.E)].
- "La resolución del presente litigio, en aplicación de los preceptos de la LEC y de la LRJS [...], sí que debe partir de lo resuelto en el anterior: los sindicatos ausentes de la negociación (porque así lo decidieron) no tenían el derecho que reclamaban. [...]no podría ahora haberse alegado una vulneración de su libertad sindical como consecuencia de que UGT negociara en solitario" [FD 3º.3.F)].
- "El artículo 222.4 LEC y los preceptos concordantes que garantizan el respeto a lo resuelto en un procedimiento previo no han sido conculcados por la sentencia de instancia. La cosa juzgada positiva requiere una identidad de pretensiones que está ausente: antes se debatía sobre la composición de la comisión negociadora y en el presente acerca de la validez de lo acordado" (FD 3º.4).
- "[D]e prosperar la tesis de la recurrente quedaría abierta la posibilidad de cercenar el control de legalidad que compete a la Autoridad Laboral cuando antes de aprobarse el convenio se hubiera instado un conflicto colectivo sobre la suficiencia de las representaciones concurrentes al acto constitutivo de la comisión negociadora, siendo así que las actuaciones posteriores también son determinantes para la validez del convenio" (FD 3º.4).
- "[E]l derecho constitucional a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE) forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE). Cuando se habla de convenios sujetos al ET (con eficacia normativa y general) la violación es inexistente si se desconoce el derecho a negociar al sindicato que no alcance a cumplir con las exigencias legales [...]" (FD 4º.3).
- "[E]l ET configura un sistema de triple legitimación: la legitimación inicial (para negociar); la llamada legitimación complementaria o deliberante (para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio colectivo de eficacia general); y, finalmente, la legitimación plena o decisora, que es una cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que

- estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET)” (FD 4º.3).
- “El momento para determinar la legitimación negociadora va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora y no a otra posterior [...]” (FD 4º.3).
 - “Para evaluar la representatividad sindical hay que atender al total de RLT existente en el sector, sin descontar la propia de ámbitos con convenio propio [...]” (FD 4º.3).
 - “El Título III ET contiene diversas exigencias sobre representatividad de quienes lo negocian. Se trata de normas de orden público, claramente justificadas porque la Ley no está disciplinando toda negociación colectiva (art. 37.1 CE) sino solamente la muy privilegiada que posee alcance general (art. 82.3 ET) y eficacia normativa (art. 3.1.b y 3.1.c ET)” [FD 4º.4.A)].
 - “[E]s inocuo el motivo por el que determinado sindicato (o asociación empresarial) deja de concurrir a la constitución de la comisión negociadora. El legislador no garantiza la existencia de un convenio colectivo ajustado al Título III del ET, sino que ello depende de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales (art. 7 CE)” [FD 4º.4.A)].
 - “Las características de determinado sector de actividad no pueden justificar la inaplicación de las previsiones legales sobre representatividad de quienes negocian un convenio de eficacia general más que en la medida permitida por el propio legislador” [FD 4º.4.B)].
 - “La excepcional previsión que posibilita tener por válidamente constituida la comisión negociadora (art. 88.2.II ET) no ha sido vulnerada por la SAN recurrida. La norma contiene un presupuesto y un requisito; ninguno de ellos concurre en el caso” [FD 4º.4.B)].
 - “En el ámbito aplicativo del convenio colectivo queda acreditado que hay 28 representantes de las correspondientes plantillas. Ciertamente, se trata de un número exiguo si se pone en conexión el número de personas que prestan sus servicios laborales (70.000) en las oficinas de farmacia del país (17.500) [...]. Ahora bien, el presupuesto para que opere la excepción es que estemos en "sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores". Escapa a nuestras posibilidades interpretativas su claro tenor; solo al legislador compete la posibilidad de ampliar el supuesto de hecho contemplado y fijar un umbral menos exigente de orfandad representativa” [FD 4º.4.B)].
 - “Adicionalmente, pero con la misma relevancia, el precepto solo permite que en esos casos de inexistencia de órganos representativos se entienda válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada "por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma". No basta que una asociación sindical que ostente esa singular posición jurídica (art. 6.1 LOLS) comparezca a la constitución de la Comisión Negociadora sino que deben hacerlo "las" que compartan esa cualidad, es decir, todas ellas” [FD 4º.4.B)].
 - “Las protestas sobre bloqueo de la negociación por parte de fuerzas minoritarias o sobre su eventual abuso de derecho son inocuas a los efectos del motivo de recurso. Es un dato objetivo que el sindicato firmante del convenio examinado carece de la representatividad exigida por el artículo 88.2 ET; los motivos de ello carecen de relevancia. Esa insuficiencia, al igual que cualquier otra, impide que el resultado de la negociación pueda identificarse como convenio colectivo adornado con las garantías propias del ET” [FD 4º.4.E)].

- [...E]l objeto litigioso no ha versado sobre la validez del XXV Convenio como pacto de eficacia limitada, sino como convenio sometido al ET. Son varias las razones de ello:
- * El Convenio se presenta a sí mismo como [...] de eficacia general y sometido al Título III del ET.
- * La modalidad procesal seguida es la contemplada en el artículo 163 y siguientes de la LRJS.
- * La activación del proceso por la Autoridad Laboral (art. 163.1 LRJS) y la intervención del Ministerio Fiscal (art. 165.4 LRJS) concuerdan con la necesidad de examinar el convenio desde la óptica del Título III del ET” [FD 5º.2.c)].
- “Existiendo una apariencia de convenio colectivo estatutario, presentándose como tal ante la Autoridad Laboral, el fruto de la negociación colectiva bien puede (y debe) ser impugnado ante la jurisdicción social a través de la modalidad procesal prevista al efecto por los artículos 163 y siguientes de la LRJS” [FD 5º.3.A)].
- En el ámbito de esta modalidad procesal sobre "impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores" (art. 163.1 LRJS) la eventual declaración de nulidad del convenio examinado, salvo supuesto de vulneración de derechos constitucionales, debe entenderse referida a su consideración como convenio regulado por el Título III del ET [FD 5º.3.B)].
- “El artículo 26.1 LRJS dispone que no es posible acumular otra acción a "las de impugnación de convenios colectivos", ni siquiera por vía de reconvencción [FD 5º.3.C)].
- La impugnación de convenio colectivo de los regulados en el Título III del ET, en especial instada por la Autoridad Laboral, que desemboca en un fallo anulatorio no puede comportar una declaración acerca de su validez como pacto ajeno al Estatuto de los Trabajadores [FD 5º.3.C)].
- [...N]o existe inadecuación de procedimiento cuando la Autoridad Laboral impugna por la vía del artículo 163 LRJS un acuerdo que se presenta como verdadero convenio colectivo, aunque el resultado final de ello sea la constatación de que incumple las exigencias del ET pero podría ser válido como acuerdo "extraestatutario" [FD 5º.3.E)].
- [...E]xiste inadecuación de procedimiento (y falta de legitimación activa) cuando la Autoridad Laboral impugna un acuerdo colectivo que no posee la apariencia, ni la pretensión, de un convenio colectivo regulado por el Título III del ET” [FD 5º.3.F)].

IX. Comentario

Es una sentencia de excelente factura técnica, que resuelve los tres motivos del recurso de casación de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, para desestimarlos, con ordenación sistemática y exposición acabada de la razón de decidir. Recuerda la doctrina relevante de la Sala sobre cada uno de los motivos, evocación que es muy pedagógica para entender las novedades doctrinales que la sentencia aporta. Por ello el mayor interés lo ofrecen, en cada uno de los motivos, las “consideraciones” de la propia sentencia, que conducen a su desestimación.

1. Brevemente, sobre la cosa juzgada

En el primer motivo, el Tribunal Supremo separa con toda precisión los dos procedimientos que se han sucedido en el tiempo sobre el XXV Convenio Colectivo estatal para Oficinas de Farmacia para desactivar la excepción de cosa juzgada y entrar en el análisis de fondo, no obstante su “estrecha conexión”. Su doctrina ya ha quedado expuesta. Dos son las “consideraciones” propias de la sentencia que me

interesa destacar aquí, en las que, aun formuladas como *obiter*, se aprecian evoluciones doctrinales. Se refiere la primera a que no habiéndose reconocido por la primera sentencia del Tribunal Supremo el derecho de los sindicatos que no quisieron constituir la comisión negociadora del convenio a formar parte de la misma en las diversas alternativas constitutivas que propusieron por la falta de acreditación de su representatividad y su autoexclusión, no podían después alegar la presunta vulneración de su derecho de libertad sindical, en cuyo contenido esencial, en su vertiente funcional, se integra el derecho de negociación colectiva. Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala, en aplicación de la constitucional, ha dicho con reiteración que el apartamiento voluntario de un sindicato de la comisión negociadora no puede significar la vulneración de su derecho de libertad sindical, vulneración que tampoco tiene lugar si el desconocimiento del derecho de negociación afecta a sindicatos que no cumplen las exigencias legales para negociar. La particularidad de la argumentación radica aquí en que la vinculación de ambos procesos inutiliza la alegación de infracción del derecho de negociación en relación con el de libertad sindical por los sindicatos ausentes en el segundo proceso, frente a la negociación y firma del convenio colectivo en solitario por UGT, aunque en el primer proceso el derecho de libertad sindical no se hubiera hecho valer y nada dijeran al respecto las primeras sentencias firmes; esto es, aunque no existiera vinculación entre ambos procesos en lo que concierne al derecho de libertad sindical.

La segunda consideración revela una argumentación adicional hipotética y preventiva y próxima a un raciocinio apoyado en la naturaleza de las cosas, que, sin embargo, se cierra, con una apreciación certera. La sentencia añade que “aunque no sea el caso”, si se hubiera apreciado la existencia de cosa juzgada “quedaría abierta la posibilidad de cercenar el control de legalidad que compete a la Autoridad Laboral cuando antes de aprobarse el convenio se hubiera instado un conflicto colectivo sobre la suficiencia de las representaciones concurrentes al acto constitutivo de la comisión negociadora”. Y viene ahora la apreciación cierta de que “las actuaciones posteriores también son determinantes para la validez del convenio”. ¿Y para la hipotética vulneración del derecho de libertad sindical no resuelta en el primer procedimiento por no haberse alegado?

2. La representatividad de la comisión negociadora y la interpretación por la sentencia de la norma contenida en el artículo 88,2, párrafo II, del Estatuto de los trabajadores. ¿Una interpretación legal demasiado rigurosa?

La representatividad de la comisión negociadora es la cuestión nuclear del litigio. El recurso de casación denuncia, en su motivo 2, la infracción del artículo 88.2 del ET, también de la regla de legitimación excepcional contenida en su párrafo II.

Aquí las “consideraciones de la Sala” son de especial importancia. Se sitúan sobre un doble panorama de fondo: el del derecho de negociación colectiva como derecho de libertad (arts. 7 y 37.1 CE) que se ejerce dentro de las exigencias de legitimación de orden público del ET, si así lo quieren los sindicatos y las asociaciones empresariales que las reúnan para alcanzar convenios de eficacia general y normativa, en ejercicio de su autonomía colectiva; y el de la libertad y pluralismo sindical (arts. 7 y 28.1 CE), que adquiere un gran relieve en la interpretación que la sentencia efectúa de la regla legitimadora del artículo 88.2.II del ET, aunque no lo diga expresamente, pero de cuya defensa participa.

Del respeto de la libertad de negociación colectiva, y de la libertad sindical, es muestra la calificación por la sentencia como inocuos y carentes de relevancia de los motivos por los que uno o varios sindicatos no concurren a la constitución de la comisión negociadora; motivos que pueden expresar la discrepancia sobre la constitución de la comisión negociadora y el reparto proporcional de puestos o buscar el bloqueo de la negociación. Todo ello es irrelevante. El legislador, respetuoso de esas libertades, no puede imponer a los negociadores la voluntad de obligarse. La negociación colectiva y los convenios colectivos resultan de decisiones autónomas, no heterónomas. El ET no garantiza que un sindicato que tenga voluntad de negociar y de obtener un convenio colectivo de eficacia estatutaria pueda conseguirlo si no cumple

los requisitos de legitimación/ representación exigidos por el propio ET; en la comisión negociadora los sindicatos han de representar a la mayoría absoluta de comités de empresa y delegados de personal del ámbito del convenio para que aquélla quede válidamente constituida (art. 88.2.I ET), lo que puede ser imposible para un sindicato si otros deciden no acompañarle. De hecho, la triple legitimación estatutaria está construida sobre el pluralismo sindical garantizado en el derecho de todos los sindicatos inicialmente legitimados para participar en la comisión negociadora en proporción a su representatividad (art. 88.1). Si ese derecho no se ejerce, por las causas que sean, las dificultades de cubrir las condiciones de representación por un solo sindicato se acrecientan, pero el Tribunal Supremo insiste en que las ausencias de otros sindicatos no pueden modificar el régimen legal de medición de la representatividad (con renunciaciones o autoexclusiones u otras fórmulas), que, si es insuficiente, “impide que el resultado de la negociación pueda identificarse como convenio colectivo adornado con las garantías propias del ET”.

Tampoco las dificultades de elegir representaciones unitarias en determinados sectores justifican el cambio de reglas de la negociación colectiva estatutaria “más que en la medida permitida por el propio legislador”. Así es, en efecto, pero esta constatación no puede reprimir enunciar una lamentación sobre la radical inadecuación del título II del ET, en concreto de su regulación de las unidades electorales, para permitir la elección de esas representaciones en las actuales y variadas formas de organización empresarial y en las PYMEs y microempresas, con el resultado de que en muchos sectores de actividad apenas existan, como sucede en las oficinas de farmacia, con grave quebranto para la representatividad sindical y la negociación colectiva de eficacia general.

Consciente de esas dificultades el legislador del título III modificó el artículo 88.2 del ET, adicionando una regulación especial para permitir la válida constitución de la comisión negociadora en los sectores en que no existan órganos de representación de los trabajadores (o asociaciones empresariales) por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma. La modificación legal se produjo por el artículo 3.2 del RDL 7/2011, de 10 de junio, y su interpretación por esta sentencia del Tribunal Supremo presenta un interés primordial.

Considera el Tribunal Supremo que “el presupuesto para que opere la regla de excepción es que estemos en “sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores”. La interpretación de la norma según el sentido literal de sus palabras me parece indiscutible (*in claris...*). Añade el Tribunal Supremo, llamando al legislador, que sólo él puede ampliar la regla legitimadora excepcional “y fijar un umbral menos exigente de orfandad representativa”. Así es, en efecto. El legislador puede actuar sobre este precepto, y sobre el título II del ET, para resolver problemas como los que plantea este caso, en que solo existen 28 representaciones elegidas en 17.500 oficinas de farmacia en que trabajan 70.000 personas, lo que arroja una media de 4 personas trabajadoras por farmacia. El desajuste estructural con el título II del ET es absoluto al no permitir aquél, en su interpretación judicial de orden público, el agrupamiento de centros de trabajo ni de empresas para formas unidades electorales. Pero dejemos aquí la reflexión para proseguir el comentario de la mano de la sentencia del Tribunal Supremo y reseñar la interpretación que efectúa del resto del precepto contenido en el artículo 88.2.II del ET.

“Adicionalmente, pero con la misma relevancia”, asegura el Tribunal Supremo, “el precepto solo permite que en esos casos de inexistencia de órganos representativos se entienda válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada “por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma”. No basta que una asociación sindical que ostente esa singular posición jurídica (art. 6.1 LOLS) comparezca a la constitución de la Comisión Negociadora sino que deben hacerlo “las” que compartan esa cualidad, es decir, todas ellas”.

No es tan segura, en mi opinión, esta segunda interpretación de la norma legal. ¿Tienen que componer la comisión negociadora *todas* las organizaciones sindicales más representativas? ¿Sólo las de ámbito estatal, si éste es el del convenio colectivo, o de comunidad autónoma si el ámbito del convenio se comprende en el territorial autonómico, o todas en todos, o al menos las estatales en todos?. Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo gozan de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales en el Estado o en el ámbito específico de la comunidad autónoma en que hayan adquirido esa especial posición jurídica, respectivamente (arts. 6.1 y 3 y 7.1.II de la LOLS). Pero, y los sindicatos más representativos de comunidad autónoma, ¿deberían integrar las comisiones negociadoras de convenios de ámbito estatal para su válida constitución? Esta exigencia, que no parece estar comprendida en la interpretación del Tribunal Supremo, podría hacer inútil la norma excepcional de cobertura de falta de legitimación.

Si concluimos que las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal son las que han de concurrir a la válida formación de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos sectoriales de ese ámbito, o de ámbito inferior, y las de las comunidades autónomas y las estatales en el caso de convenios colectivos sectoriales de ese ámbito, la fórmula de la presencia obligada de *todas* las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal tampoco deja de ser problemática.

No se puede negar que la interpretación del Tribunal Supremo tiene el valor de ser trasunto del principio de pluralidad sindical: presupuesta la falta de representaciones de los trabajadores en el sector, no cabe un convenio colectivo estatutario negociado por un único sindicato más representativo. Y encuentra apoyo legal en el párrafo IV del artículo 88.2 del ET, que ordena que “el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación”, con lo que el precepto legal está aceptando la hipótesis de la pluralidad de organizaciones sindicales más representativas. El reparto de puestos en la comisión negociadora se rige por la regla de proporcionalidad representativa en el ámbito *territorial* de la negociación, no en el funcional, puesto que, por hipótesis, no existen órganos de representación de los trabajadores en el sector.

Sin embargo, es posible que, en ejercicio de su libertad sindical y de negociación colectiva, una organización sindical más representativa se mantenga ausente de la constitución de la comisión negociadora de un determinado convenio colectivo sectorial por su propia voluntad. ¿Tendríamos un caso, próximo en su resultado, aunque no en sus razones jurídicas, al resuelto en la sentencia comentada, en que un sindicato estatal mas representativo no podría negociar válidamente dentro del título III del ET y alcanzar un convenio colectivo de eficacia general?

El tenor de la parte del precepto legal del artículo 88.2.II del ET que impone el requisito de integración de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos sectoriales “por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma” no es tan claro como el que establece el presupuesto de la “orfandad representativa” para su aplicación. Es necesario obtener esa claridad a través de la interpretación. En la mecánica formal de las normas sobre legitimación negocial de los sindicatos y asociaciones empresariales, y sobre sindicatos más representativos y asociaciones empresariales más representativas o dotadas de una determinada representatividad, es usual la utilización del plural. Y las reglas de la lógica interpretativa no excluyen que la norma del 88.2 del ET.IV sea de aplicación en los supuestos de comisiones negociadoras integradas por pluralidad de organizaciones sindicales más representativas, y no tenga aplicación posible si una sola organización sindical más representativa integrase la comisión negociadora.

Sin embargo, no ha sido ésta la interpretación acogida por el Tribunal Supremo, que formulada en términos que no dejan lugar a dudas, no solo ha impuesto un principio de pluralismo sindical representativo imperfecto (lo mismo para las

asociaciones empresariales representativas, estatales o autonómicas del art. 88.2.III del ET), que impediría la negociación de convenios colectivos de eficacia general, en sectores carentes de órganos unitarios de representación, por una sola organización sindical más representativa, sino un principio de pluralismo sindical representativo perfecto, que condiciona la validez de la constitución de la comisión negociadora de los convenios colectivos para esos sectores a su integración por *todas* las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito territorial del convenio (dos, tres o cuatro organizaciones sindicales más representativas según los ámbitos territoriales de los convenios sectoriales). ¿Se trata de un requisito demasiado exigente? Utilizando las palabras de la sentencia, ¿“escaparía” a las “posibilidades interpretativas” de la función casacional entender, en este caso, que la pluralidad de organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas, en su respectivo ámbito, se satisfaría con la presencia de más de una organización sindical más representativa en la composición de la comisión negociadora?

Ciertamente, el pluralismo representativo inspira la regulación del título III del ET. Podría incluso considerarse que la negociación colectiva con un único sujeto sindical se ajusta mejor, e la tradición, a los modelos de negociación colectiva de eficacia limitada (convenios colectivos extraestatutarios sindicales), sin perjuicio de las fórmulas de extensión de esa eficacia a través de actos de la autonomía colectiva o individual que no son lesivos del derecho de libertad sindical de los sindicatos no negociadores y no firmantes del convenio de eficacia limitada. Sin embargo, la regulación del título III del ET, en supuestos “normales” de existencia de órganos de representación de los trabajadores, no imposibilita la negociación con un único sindicato si éste cumple la triple legitimación negociadora y se han respetado los derechos de negociación de los demás sindicatos que cumplen los requisitos legales de legitimación. Quizás esta regla de legitimación deliberante excepcional exija, por su misma excepcionalidad, una legitimación más fuerte. El Tribunal Supremo ha elegido el mayor grado de fortaleza: la válida constitución de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, en sectores sin órganos de representación, exige la presencia de *todos* los sindicatos más representativos.

Pero quizás también esa interpretación “literal” de la utilización del plural por la norma legal estatutaria que ha impuesto el Tribunal Supremo no sea la que mejor se ajuste a su “espíritu y finalidad” (art. 3.1 CC) de facilitar los convenios colectivos sectoriales de eficacia general en los supuestos de inexistencia de órganos de representación de los trabajadores (o de asociaciones empresariales).

Sea como fuere, la interpretación del artículo 88.2.II del ET ha quedado efectuada en esta sentencia, lo que le otorga una especial relevancia.

3. La adecuación del procedimiento de impugnación de convenios colectivos, pese a no acomodarse a la regulación del título III del ET, y el criterio de la apariencia

Es impecable la construcción de la sentencia sobre “la dimensión procesal del problema”, esto es sobre la adecuación del procedimiento de impugnación de oficio de convenios colectivos, formalmente presentados para registro y depósito ante la autoridad laboral por estar aparentemente “regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (art. 163.1 de la LRJS), que después de ese procedimiento no lo están al haber declarado la sentencia que lo resuelve la nulidad del convenio colectivo impugnado en su consideración de convenio regulado por el Título III del ET por incumplimiento de los requisitos de legitimación sindical.

El criterio de la apariencia de convenio colectivo estatutario o la apariencia de convenio colectivo extraestatutario despliega su eficacia divisoria de la adecuación de los procedimientos que hayan de utilizarse para su impugnación, sin dejar lugar a dudas y proporcionando eficacia y seguridad jurídica. Reitero lo que la sentencia dice, que habla por sí sola, y sienta una mejor doctrina que sustituye a la de la STS de 4 de diciembre de 2020, aunque el Tribunal Supremo no quiera reconocerlo con esta explicitud: si existe “*una apariencia* de convenio colectivo estatutario, presentándose

como tal ante la Autoridad Laboral, el fruto de la negociación colectiva bien puede (y debe) ser impugnado ante la jurisdicción social a través de la modalidad procesal prevista al efecto por los artículos 163 y siguientes de la LRJS”, sin incurrir en inadecuación del procedimiento “aunque el resultado final de ello sea la constatación de que incumple las exigencias del ET pero podría ser válido como acuerdo “extraestatutario”. La inadecuación del procedimiento se reserva a los casos en que la Autoridad Laboral impugne un acuerdo colectivo “que no posee *la apariencia*, ni la pretensión, de un convenio colectivo regulado por el Título III del ET”.

X. Apunte final

Con sumo respeto a la legislación procesal, y de paso da la autonomía colectiva, la sentencia explica por qué no puede confirmar ni rechazar la valoración del XXV Convenio Colectivo de Oficinas de Farmacia como pacto de eficacia extraestatutaria. Corresponde a los negociadores colectivos efectuar esa valoración y, de reconocer esa eficacia al convenio colectivo, malgrado en su eficacia estatutaria, buscar, en su caso, las fórmulas de extensión o generalización de su eficacia aplicando la jurisprudencia constitucional y ordinaria existente al respecto, que exige que esa extensión o adhesión cuente “con la voluntad de quienes en él no participaron” (SSTC 108/1989, FJ 2; 121/2001, FJ 5).

Referencias:

1. ^ [ECLI:ES:AN:2016:4277](#).
2. ^ [ECLI:ES:TS:2018:3940](#).
3. ^ [ECLI:ES:AN:2019:542](#).
4. ^ [Rec. 3114/1997](#), [ECLI:ES:TS:1998:5533](#).
5. ^ M. E. CASAS BAAMONDE, “Los equívocos de la representatividad para negociar convenios colectivos sectoriales estatales ante la descentralización de la negociación colectiva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2018, págs. 469 y ss.
6. ^ [Rec. 44/2020](#), *Supermercados Castilla y León*, Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro, [ECLI:ES:TS:2021:1431](#)
7. ^ [Rec. 3867/1999](#), *Deutsche Bank*, [ECLI:ES:TS:2000:8908](#).