DISPOSICIONES**TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA****SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA****EDICTO sobre impugnación de un convenio colectivo (exp. 2/2018).**

En la Demanda de Sala núm. 2/2018, en materia de impugnación de convenio colectivo, interpuesta por ASOCIACION EMPRESARIAL DE RESTAURACION COLECTIVA DE CATALUÑA (AERCOCAT) contra FEDERACION CATALUNYA DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (CATALUÑA FeSMC-UGT), ASOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DE RESTAURACIÓ COLECTIVA (ACERCO), FEDERACIÓ DE SERVEIS DE CC.OO. CATALUNYA, y siendo parte el Ministerio Fiscal, la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó la siguiente Sentencia en fecha 25 de mayo de 2018:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

F.S.

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. EMILIO GARCIA OLLÉS

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 25 de mayo de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 18/2018

En los autos nº 2/2018, iniciados en virtud de demanda impugnación convenio colectivo, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. Macarena Martinez Miranda.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 11-1-18 tuvo entrada en la Secretaría de esta Sala demanda impugnación convenio colectivo en la que interviene como parte demandante ASOCIACION EMPRESARIAL DE RESTAURACION COLECTIVA DE CATALUÑA (AERCOCAT) y como parte demandada Ministerio Fiscal, FEDERACION CATALUNYA DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (CATALUÑA FeSMC-UGT), ASOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DE RESTAURACIÓ COLECTIVA (ACERCO) y FEDERACIÓ DE SERVEIS DE CC.OO. CATALUNYA, en la que se solicita se dicte sentencia conforme a derecho. Admitida la demanda formulada, se ha celebrado el correspondiente acto de la vista el pasado día 9-5-18. Finalizado dicho acto, se elevaron las conclusiones a definitivas quedando las actuaciones conclusas para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

CVE-DOGC-B-18183013-2018

PRIMERO.- En fecha 9 de noviembre de 2015 fue publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya el II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña, (código de convenio 79100055012013), cuyo ámbito temporal era desde el día 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017, a excepción de aquellas cláusulas para las que se estableciese una vigencia y duración diferente.

Dicho convenio colectivo fue negociado y firmado por lo/as representantes de la Asociación Catalana de Empresas y Restauración Colectiva (ACERCO), y de la Federación de Servicios por la Movilidad y el Consumo de Catalunya (SMC-UGT).

SEGUNDO.- El 15 de junio de 2017, la Associació Catalana d'Empreses de Restauració (ACERCO), convocó, en su calidad de parte social de la Mesa, a la Federació de Serveis, Mobilitat, i Consum de Catalunya (FesMC-UGT, antes FCTCHTJ-UGT), y a la Federació de Serveis de CCOO Catalunya (abans CCOO-FECOHT), a una reunión, a celebrar el 26 de junio de 2018, a las 17 horas, en los locales de calle Albareda, número 2, de Barcelona, a fin de "negociar la modificación de los artículos 5 y 36 del citado Convenio Colectivo".

TERCERO.- En fecha 17 de noviembre de 2015, se constituyó en Barcelona la Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Cataluña (AERCOCAT).

El depósito y registro de la Asociación se produjo mediante resolución de 21 de diciembre de 2015, publicándose en el DOGC el día 14 de enero de 2016.

La relación de empresas asociadas a AERCOCAT es la obrante a los folios 339 a 341 de las actuaciones, que damos por reproducidos.

El número de trabajador/as que prestaban servicios por cuenta de las mismas en junio de 2017 es el obrante a los folios 342 a 354 de las actuaciones, que damos por reproducidos.

Parte de las empresas pertenecientes a AERCOCAT habían participado en reuniones anteriores a la del 26 de junio de 2017, con ACERCO.

En fecha 29 de septiembre de 2017, se celebró Junta extraordinaria en AERCOCAT, aprobándose el acta fundacional de 2015, cursando alta en el ISS, y modificando los estatutos, en los términos obrantes a los folios 979 a 981 de las actuaciones, que damos por reproducidos.

CUARTO.- El 26 de junio de 2017, a las 17 horas, se constituyó en los locales de la calle Albareda, número 2, de Barcelona, la comisión negociadora del II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Catalunya.

A dicha reunión comparecieron: Por la representación empresarial, Associació Catalana d'Empreses de Restauración Colectiva (ACERCO); y por la representación sindical de lo/as trabajador/as, Federació de Serveis, Mobilitat, i Consum de Catalunya (FesMC-UGT, antes FCTCHTJ-UGT), y Federació de Serveis de CCOO Catalunya (antes CCOO-FECOHT).

La citada reunión fue la única celebrada para la modificación del Convenio Colectivo, sin que se viera precedida de anteriores negociaciones.

QUINTO.- Hacia finales de junio de 2017, AERCOCAT tuvo conocimiento de la convocatoria para negociar la modificación de los artículos 5 y 36 del precitado convenio colectivo, anteriormente aludida.

En fecha 26 de junio de 2017, AERCOCAT, a través de su representante don Salvador Navarro Martín, se personó, a las 16:55 horas, a la reunión convocada, a fin de participar en la mesa de negociación, en las oficinas del C. E. M. A. C., sitas en la calle Albareda, número 2 de Barcelona, en compañía de Notario, a quien requirió para que entregase determinadas cartas a doña Mercedes Bellera, don Moisés Berruezo, y don Esteban Sanabria.

El contenido de las cartas, obrante a los folios 50 a 52 de las actuaciones, se tiene por reproducido. En síntesis, se comunicaba la condición de asociación empresarial de AERCOCAT, alegando no haber sido convocada a la mesa de negociación, y añadiendo la relación de trabajador/as de las empresas asociadas, a efectos de determinación de representatividad y distribución de la misma, caso de que se constituyera la precitada mesa de negociación.

CVE-DOGC-B-18183013-2018

El servicio de seguridad impidió tanto al Sr. Navarro Marín como al Notario actuante, el acceso a la sala de reunión, al no estar en la lista de convocados o invitados a la misma.

A las 17:05 horas, encontrando en la recepción a don Esteban Sanabria Garnica, miembro de la comisión negociadora y representante de CC.OO., por el Notario actuante se le manifestó su condición, y objeto de presencia, y se le entregó un ejemplar de la mencionada carta.

A las 17:15 horas, y ante las protestas de don Salvador Navarro Martín, intervino la Jefa de coordinación doña Lidia Frías Forcada, a quien manifestó el Notario su condición, accediendo aquélla a hablar con los destinatarios, reunidos en ese momento en una sala, al objeto de entrar en la misma para entregarles las cartas, o en su caso para que saliesen a la recepción para efectuar dicha entrega.

A las 17:25 horas, salió nuevamente doña Lidia Frías Forcada, quien transmitió al Sr. Navarro Martín y al Notario actuante que los destinatarios manifestaban "no recibir las cartas hasta que, al menos, acaben la reunión".

A las 17:30 horas tanto el requirente, Sr. Navarro Martín, como el Notario actuante, abandonaron las dependencias del C. E. M. A. C.

SEXTO.- Durante la reunión celebrado el día 26 de junio de 2017, por la representación de CC.OO. se comentó que AERCOCAT se encontraba en la puerta, si bien ello no se hizo constar en el acta.

SÉPTIMO.- En la reunión celebrada el 26 de junio de 2017, se acordó modificar los siguientes textos del convenio colectivo:

"-Artículo 5.- Ámbito temporal.

Modificación del apartado b) Duración, en los términos siguientes:

La duración del convenio será de 8 años. Desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2021, excepto por los que se refiere a aquellas cláusulas par las que se establezca una vigencia y duración distintas.

- Artículo 36.- Retribución.

Queda modificado de la siguiente forma:

La retribución estará constituida por el salario para cada nivel, según se indica en los correspondientes anexos.

Las retribuciones se harán efectivas mensualmente mediante el preceptivo modelo oficial de recibo de salarios, no siendo preceptiva la firma de la persona trabajadora en los casos en que se efectúe el pago mediante transferencia bancaria.

Se establecen los incrementos salariales que a continuación se detallan para los períodos indicados:

Incremento 2014: según tablas y anexos.

Incremento 2015: se aplicará un 0,4% sobre las tablas salariales 2014 y con efectos de 1/1/2015, de conformidad con las tablas y anexos.

Incremento 2016: se aplicará un 1,00% sobre las tablas salariales 2015 y con efectos de 1/1/2016, de conformidad con las tablas y anexos.

Incremento 2017: se aplicará un 1,50% sobre las tablas salariales 2016 y con efectos de 1/1/2017, de conformidad con las tablas y anexos.

Incremento 2018: 1,3 con efectos 1/1/2018.

Incremento 2019: 1,1 con efectos 1/1/2019.

Incremento 2020: 1,1 con efectos 1/1/2020.

Incremento 2021: 1,3 con efectos 1/1/2021.

(...)"

El acta de modificación fue firmada por la patronal ACERCO y FeSMC-UGT, que ostentaban la mayoría de ambas representaciones, patronal y sindical. Por su parte, CC.OO. manifestó que sometería el acuerdo a la asamblea de trabajador/as y comunicaría el resultado a la mesa negociadora antes del 10 de julio de 2017.

CVE-DOGC-B-18183013-2018

La modificación del II Convenio colectivo de trabajo para el sector de las colectividades de Cataluña 2014-2017 fue inscrito en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de la Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball, y publicado en el DOGC de 11 de diciembre de 2017.

OCTAVO.- En fecha 27 de junio de 2017, AERCOCAT remitió burofaxes a la Federació de Serveis, Mobilitat i Consum, UGT Catalunya (que lo recibió en las misma fecha), y a ACERCO (que lo recibió el 3 de julio de 2017), en que expresó que con efectos de las 17 horas del día anterior, se denunciaba el convenio colectivo de colectividades de Cataluña, código de convenio 791000055012013, instándoles a la acreditación de la representatividad ante cualquier nueva cuestión que se suscitase y pudiese afectar al meditado convenio colectivo.

Por ACERCO se remitió burofax en fecha 19 de julio de 2017 a la entidad AERCOCAT, manifestando negar los hechos aducidos, así como haber sido llevadas a cabo las actuaciones en virtud del acuerdo adoptado en Asamblea General de 7 de junio de 2017 "en las que sus clientes eran socios activos de ACERCO".

NOVENO.- El 22 de marzo de 2016 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el I Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva.

DÉCIMO.- El número de empresas y trabajador/as del sector de las colectividades de la Comunidad Autónoma de Cataluña con el código de convenio número 791000055012013, es el que consta en la certificación emitida por la Tesorería General de la Seguridad Social obrante en las actuaciones (folios 286 a 291), que se tiene por reproducida, en número total de cinco mil seiscientos cuarenta y uno (5.641).

El número de empresas integrantes de AERCOCAT, y número de trabajador/as, en la fecha de constitución de la mesa negociadora del Convenio Colectivo (26 de junio de 2017) es el que consta en los certificados de la Tesorería General de la Seguridad Social obrantes al documento número 6 (folios 55 a 151) acompañados a la demanda, que se tienen por reproducidos.

UNDÉCIMO.- En fecha 30 de junio de 2017 las empresas asociadas a ACERCO eran las que constan en la certificación obrante al folio 753 de las actuaciones, que damos por reproducido.

DÉCIMO SEGUNDO.- El 28 de septiembre de 2016, fue dictada sentencia por la Audiencia Nacional (autos 211/2016), en que se acordó desestimar la demanda de impugnación parcial del I Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva, publicado en el BOE de 11 de octubre de 2011, pronunciamiento confirmado por sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2018 (recurso 54/2017).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo prescrito por el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede consignar que los hechos declarados probados han sido deducidos de la prueba practicada (interrogatorio, documental, y testifical), valorada en su conjunto según las reglas de la sana crítica, y, particularmente, de las que se reseñan a continuación:

- El hecho primero, del Convenio Colectivo de trabajo para el sector de colectividades de Cataluña (documento 1 aportado junto a la demanda -folios 19 a 44-, y documento números 10 a 19 aportados por la codemandada ACERCO -folios 648 a 657-), cuyo artículo 5 se refiere al ámbito temporal.

- El hecho segundo: En relación a la convocatoria de la reunión, del documento 4 aportado junto a la demanda (folio 47), así como del documento 1 aportado en el ramo de prueba de la codemandada CCOO (folios 510 y 511), y del documento 30 aportado en el ramo de prueba de la codemandada ACERCO (folio 737).

- El hecho tercero, por lo que se refiere a la fecha de constitución de AERCOCAT, y depósito de sus estatutos, de los documentos 2 y 3 aportados junto a la demanda (folios 45 y 46); y hecho conforme por lo que respecta a la publicación en el DOGC. En cuanto al número de empresas inscritas en AERCOCAT, certificación emitida por ésta, obrante a los folios 339 a 341 de las actuaciones, que damos por reproducidos, y que no ha sido

CVE-DOGC-B-18183013-2018

impugnada por las codemandadas. Respecto al número de trabajador/as que prestaban servicios por cuenta de las mismas en junio de 2017, es el obrante a los folios 342 a 354 de las actuaciones, que damos por reproducidos, documentación que, nuevamente, no ha sido impugnada por las codemandadas.

Por lo que se refiere a que parte de las empresas pertenecientes a AERCOCAT habían participado en reuniones de ACERCO, con anterioridad a la reunión de 26 de junio de 2017, se colige de los folios 1074 a 1085 (cuyo cotejo con los originales se produjo, tras la impugnación de la parte actora), así como 1099 a 1106, de las actuaciones.

En cuanto a la celebración de Junta extraordinaria por AERCOCAT en fecha 29 de septiembre de 2017, documentos 263 a 265 aportados por la codemandada ACERCO (folios 979 a 981), no obstante haber sido impugnado por la actora, alegando tratarse de fotocopia, al haberse efectuado el correspondiente cotejo con los originales. A ello ha de añadirse que la mera impugnación del mismo por tratarse de fotocopia, tratándose de prueba que necesariamente ha de ser conocida por la demandante, y cuya adecuación a la realidad no ha sido cuestionada, daría lugar a idéntico resultado de medio probatorio hábil a los efectos pretendidos. Y conviene añadir que la impugnación por ilegalidad de la documentación aportada, efectuada con posterioridad al acto de juicio por la actora (al conferirle traslado del cotejo de documentos) no ostenta eficacia a los efectos postulados, por extemporánea.

Tampoco resulta acreditativo de la ausencia de actividad de AERCOCAT el "pantallazo notarial" aportado como documento 307 por la parte codemandada ACERCO.

- El hecho cuarto, de los documentos 8 y 9 acompañados a la demanda (folios 157 a 165 de las actuaciones), así como 31 aportados por la codemandada ACERCO a su ramo de prueba (folios 738 a 739).

En relación a que la citada reunión fue la única celebrada para la modificación del Convenio Colectivo, sin que se viera precedida de anteriores negociaciones, declaración testifical del Sr. Sanabria Garnica, miembro de la comisión negociadora y asesor del sindicato CC.OO., quien manifestó en acto de juicio que, si bien fue convocado para la reunión del día 26 de junio de 2017, con anterioridad no había recibido comunicación alguna, no obstante tener una anterior conversación sobre la reunión a celebrar, en que no se le manifestaron los temas a tratar en la misma.

A efectos de acreditar que las negociaciones se iniciaron anteriormente, no resulta suficientemente hábil el mail aportado por la parte codemandada ACERCO (folio 736), en que únicamente consta que en fecha 13 de junio de 2017 habría existido una comunicación (y no así negociación) previa a la reunión de la mesa negociadora, entre aquella entidad, y UGT, y no así con la totalidad de parte social ulteriormente convocada, conforme ratificó el testigo Sr. Sanabria Garnica, que depuso en el acto de la vista.

- El hecho quinto, del acta notarial aportada por la parte actora junto a su demanda (folios 48 a 53), cuyo contenido fue, asimismo, confirmado, por el interrogatorio del Presidente de ACERCO. Así, por el mismo se manifestó en acto de juicio que, durante la reunión de la mesa negociadora del Convenio Colectivo para su modificación, celebrada el 26 de junio de 2017, le dijeron que había unas personas en la puerta, que querían entrar a la reunión, manifestándoles posteriormente que eran de AERCOCAT. Si bien por el Presidente de ACERCO se puso de manifiesto que no llegó a salir porque le dijeron que estaban increpando (a preguntas del Letrado de la parte actora), y que la entrada era controlada por agente de seguridad (a preguntas de su Letrada), lo cierto es que confirmó, por la declaración testifical, que tuvo noticia de que la parte actora instaba su acceso al lugar en aras a participar en la reunión. Del mismo modo, de la declaración testifical de don Esteban Sanabria Garnica, resultó acreditado que el día de la reunión, pese a identificarse AERCOCAT, no se les permitió el acceso a las instalaciones en que aquélla se celebraba.

No resulta suficientemente acreditativa de la fecha de conocimiento por la actora de la reunión convocada la remisión al sindicato CCOO de determinado mail, al no constar en el documento aportado (folio 506) su fecha de envío, y estar datado el mismo día de la reunión (26 de junio de 2017).

- El hecho sexto, de la declaración testifical de don Esteban Sanabria Garnica.

- El hecho séptimo, de los documentos 8 y 9 acompañados a la demanda (folios 157 a 165 de las actuaciones), así como 31, 37, y 39 aportados por la codemandada ACERCO a su ramo de prueba (folios 738 a 739, y 744).

- El hecho octavo, del documento 11 acompañado a la demanda (folios 193 a 206). En relación a la fecha de recepción por ACERCO del burofax, por su reconocimiento en acto de juicio, y el documento 12 acompañado a la demanda (folios 207 y 208). Por lo que respecta al burofax remitido por ACERCO a AERCOCAT, por los documentos 377 a 380 aportados en el ramo de prueba de ACERCO (folios 1125 a 1127).

- El hecho noveno, del documento 10 acompañado a la demanda (folios 166 a 192).

- El hecho décimo, de la certificación emitida por la Tesorería General de la Seguridad Social obrante en las

CVE-DOGC-B-18183013-2018

actuaciones (folios 286 a 291), en relación al número de empresas y trabajador/as del sector de las colectividades de la Comunidad Autónoma de Cataluña con el código de convenio número 791000055012013.

El número de empresas integrantes de AERCOCAT, y número de trabajador/as, en la fecha de constitución de la mesa negociadora del Convenio Colectivo (26 de junio de 2017) es el que consta en los certificados de la Tesorería General de la Seguridad Social obrantes al documento número 6 (folios 55 a 151) acompañados a la demanda, que se tienen por reproducidos.

De la referida documentación se desprende que el número de trabajador/as de AERCOCAT sería de 10.775, cuando la cifra total de lo/as integrantes del sector de colectividades, con el código convenio número 791000055012013, según los datos de TGSS, es inferior (5.641).

Si bien la codemandada ACERCO aduce que parte de las empresas de AERCOCAT no formarían parte de los integrantes del sector de colectividades, atendiendo al código cuenta de cotización, por integrar como actividades secundarias o no principales las propias del sector de colectividades, estimamos que procede estar a los datos ofrecidos por la Tesorería General de la Seguridad Social, sin que haya podido deslindarse, ante la ausencia de acreditación por las codemandadas, cuáles de tales empresas no pertenecerían al sector de colectividades. Al respecto, los aportados informes de Axesor (documentos 266 a 302), no ostenta la literosuficiencia probatoria pretendida, al no contener justificación alguna sobre la exclusión pretendida, ni constar su autoría.

En suma, de la documental expuesta resulta un mayor número de trabajador/as que prestaban servicios por cuenta de empresas asociadas a AERCOCAT, que el total del sector de colectividades de la comunidad autónoma de Cataluña, lo que responde a que este último dato refleja únicamente las inscritas con el código convenio número 791000055012013, por lo que, sin perjuicio de los efectos que ello pueda surtir en aras a acreditar la representatividad negocial de la actora (cuestión ésta sobre la que se dirimirá posteriormente), procede estar a los datos oficiales obrantes en las actuaciones, cuyo mayor valor de convicción para esta Sala resulta de su fuente.

Y ello frente, asimismo, a la alegación efectuada por la parte actora en relación a que la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social no resultaba acorde a la realidad, habiendo instado su corrección, dado que ésta no se ha producido, ni se instó en acto de juicio prueba adicional alguna en relación a tal extremo. En suma, no ha resultado probada la discordancia entre los datos reales y los resultantes de la aludida certificación.

- El hecho undécimo, del documento 40 aportado por la codemandada ACERCO (folio 753), que fue aportado mediante original, no obstante aducirse por la parte actora que se impugnaba por haber sido aportado mediante fotocopia.

- El hecho décimo segundo, de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en fecha 28 de septiembre de 2016 (autos 211/2016), y por el Tribunal Supremo el 13 de marzo de 2018 (recurso 54/2017), obrantes a los folios 373 a 411, y 568 a 606, de las actuaciones.

SEGUNDO.- La demanda rectora de las actuaciones tiene por objeto la nulidad del acuerdo de modificación del II Convenio Colectivo del sector de colectividades de Cataluña, y, subsidiariamente, la declaración de su eficacia limitada, al no haber sido convocada la parte actora, Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Cataluña (en adelante, AERCOCAT) a la correspondiente mesa de negociación.

Por la codemandada Associació Catalana d'Empreses de Restauració (ACERCO), se opusieron las excepciones de falta de legitimación activa y de personalidad jurídica de la actora, falta de acción, por defecto de interés jurídico protegido, así como mala fe y fraude de ley. De forma subsidiaria, se opuso a la demanda formulada de contrario, negando que la actora tuviese una existencia real en aras a formar parte de la mesa negociadora de la norma convencional citada, considerándose que su constitución respondió a la finalidad de impedir la negociación de la normativa convencional a nivel distinto del estatal, por lo que se trataría de una asociación "pantalla", cuyos integrantes ya formaban parte de ACERCO con carácter previo a la negociación referida, sin que hubiesen manifestado a esta entidad, en anteriores reuniones, su pertenencia a la demandante.

Por la codemandada Federació de Serveis, Mobilitat, i Consum de Catalunya (FesMC-UGT, antes FCTCHTJ-UGT), se mostró su oposición a la demanda, aduciendo la mala fe por parte de las empresas pertenecientes a AERCOCAT, ya que no alegaron tal pertenencia en las negociaciones para modificar el II Convenio Colectivo. Del mismo modo, se opuso la falta de legitimación de la actora, y se instó la desestimación de la demanda, al encontrarnos ante un acuerdo válido y aplicable.

Por la codemandada Federació de Serveis de CCOO Catalunya (antes CCOO-FECOHT), se adujo que la legitimación negocial había de ser valorada en el momento de constitución de la comisión negociadora, lo que

CVE-DOGC-B-18183013-2018

se habría producido el 26 de junio de 2017, por lo que la actora habría acreditado la representatividad a tal efecto. Asimismo, esgrimió que no hubo denuncia del convenio colectivo, ni verdadera negociación que duró hora y media u hora y cuarto, negándose CC.OO. a firmar el acta porque se dudaba de la legitimación social, lo que no se produjo hasta momento ulterior. A ello añadió que el convenio estatal fue publicado el 22 de marzo de 2016, habiendo sido ratificado su contenido por sentencia de la Audiencia Nacional, a su vez confirmada por la ulterior del Tribunal Supremo, cuya disposición adicional segunda establece la prioridad aplicativa en supuesto de concurrencia sobre otros convenios colectivos, por lo que la modificación del de Cataluña habría vulnerado tal norma.

Por el Ministerio Fiscal se adujo que procedía estar a lo manifestado por el Letrado de CC.OO., habiéndose vulnerado el derecho a la negociación de la asociación demandante, que tenía derecho tanto a ser llamada a la negociación como a participar en la misma, interesando la estimación de la demanda.

TERCERO.- Centrados los términos del debate, procede dirimir, en primer lugar, sobre la excepción de falta de legitimación activa y de personalidad jurídica opuesta por la parte codemandada ACERCO, invocando el artículo 165.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La parte actora se opuso a la estimación de la excepción formulada, alegando la adecuación a lo dispuesto en la Ley 19/1997 de su acto de constitución, de lo que resultaría su interés en la litis, y la consecuente desestimación de aquélla.

Dispone el precepto invocado por la parte codemandada, artículo 165.1.a) de la norma rituarial laboral, que la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo corresponde: "a) Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito. A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas".

Conviene precisar que, no obstante invocarse por la parte codemandada la concurrencia de excepción de carácter formal (legitimación procesal), su fundamento pretende ser el de la ausencia de existencia real de la asociación patronal demandante, por tratarse de una "asociación pantalla" dirigida a impedir la suscripción de convenio de carácter autonómico, frente al estatal, al pertenecer, a su vez, la citada actora, a la Federación Española de Asociaciones Dedicadas a la Restauración Social (en adelante, FEADRS).

No resulta, sin embargo, negado -y ha resultado de la prueba aportada al procedimiento-, que la demandante se constituyó formalmente en fecha 17 de noviembre de 2015, produciéndose el depósito y registro de la Asociación mediante resolución de 21 de diciembre de 2015, publicándose en el DOGC el día 14 de enero de 2016. Del mismo modo, consta la relación de empresas asociadas a AERCOCAT, en el modo obrante a los folios 339 a 341 de las actuaciones, que damos por reproducidos. Es por ello que, de conformidad con la reiterada doctrina jurisprudencial en la materia (contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993 -recurso 715/1991-, 15 de octubre de 1996 -recurso 1883/1995-, y 22 de marzo de 2017 -recurso 127/2016-), y no negándose su condición de "interesada" por encontrarse sus representado/as incluidos en el campo de aplicación del Convenio y afectar éste a las posibilidades de negociación, la asociación demandante ostentaría la legitimación activa que se niega de contrario.

Pese a lo alegado en el acto de juicio, no concurre prueba alguna de la ausencia de actividad y existencia real de la parte actora, ni, menos aún, de la finalidad en su constitución, ajena al interés propio de sus estatutos; lo que impide dotarle de eficacia alguna a efectos de negar la personalidad jurídica de la actora. Ciertamente es que no consta en autos actuación alguna de la entidad hasta la fecha de celebración de la reunión de 26 de junio de 2017, pero no corresponde a la asociación empresarial la prueba sobre su efectiva existencia, una vez constituida formalmente, sino que incumbía a quien alega el fraude haber acreditado éste, de conformidad con la reiterada doctrina jurisprudencial en la materia.

De este modo, tal como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016 (recurso 259/2015), "para resolver la cuestión planteada hay que partir, como con acierto hace la sentencia recurrida, del hecho de que la demandante es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, conforme al art. 3 de la Ley 19/1977, de 1 de abril, al no constar que se haya anulado o impugnado la inscripción, como señaló esta Sala en su sentencia de 2 de marzo de 2007 (Rec. 131/2005), en la que se afirma que si «no se impugna judicialmente la licitud de una asociación empresarial, esta adquiere plena capacidad de obrar, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda solicitarse y decidirse judicialmente su ilegalización».

Y tampoco obsta a la conclusión anteriormente expuesta el que en fecha 29 de septiembre de 2017, se

CVE-DOGC-B-18183013-2018

celebrase Junta extraordinaria en AERCOCAT, aprobándose el acta fundacional de 2015, cursando alta en el ISS, y modificando los estatutos, en los términos obrantes a los folios 979 a 981 de las actuaciones, que damos por reproducidos; por cuanto tal circunstancia no acredita, por sí misma, la inexistencia real o falta de actividad de la asociación empresarial en el ínterin transcurrido entre su acta fundacional y la citada junta extraordinaria.

Cabría añadir que tampoco resultaría acreditativa de la ausencia de actividad de AERCOCAT el "pantallazo notarial" de la página web de FEADRS aportado como documento 307 por la parte codemandada ACERCO, conforme se expuso en el fundamento primero de esta resolución, por cuanto ni aquél es acreditativo de la ausencia de pertenencia a FEADRS (véase que la propia ACERCO aduce que es precisamente su pertenencia a esta última la que justifica su creación), ni de la falta de actividad invocada.

Por todo ello, procede desestimar la primera de las excepciones opuestas por la codemandada ACERCO, al resultar acreditada la personalidad jurídica de la entidad actora, y, consecuentemente, su legitimación activa formal para la interposición de la demanda.

CUARTO.- Aduce, asimismo, la codemandada ACERCO, como cuestión previa, que la actora carecería de acción, ante la ausencia de interés jurídicamente protegible, dado que dieciséis de las veintidós empresas que formarían parte de la actora eran, a su vez, integrantes de aquélla, por lo que, no habiendo sido alegada tal doble condición en las reuniones celebradas con la codemandada, habría concurrido mala fe y fraude de ley, al amparo del artículo 6.4 del Código Civil.

Opuso la parte actora, al contestar a las excepciones formuladas de contrario, que de su condición de asociación empresarial deriva su interés en la acción ejercitada.

Nótese, como aclaración preliminar, que, pese a alegarse como dos excepciones adicionales (falta de acción, y concurrencia de mala fe y fraude de ley), ambas cuestiones han de ser dirimidas de forma conjunta, al compartir idéntico fundamento.

No habiendo sido controvertido que el ámbito del convenio coincida con la de la mayor parte (resultando controvertido si la totalidad) de las empresas integrantes de la asociación empresarial demandante, la circunstancia aludida por la parte demandada ACERCO, atinente a que dieciséis de las veintidós empresas que conformaban la actora, formaban parte, a su vez, de la negociación colectiva, al encontrarse asociadas a ACERCO (extremo fáctico conforme) no conduce, tal como se pretende, a considerar que la actora tiene falta de interés en el ejercicio de la acción.

De este modo, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017 (recurso 127/2016) que "a tenor del precepto legal antes citado, no todas las asociaciones empresariales están legitimadas activamente, sino solo aquellas en las que concurra la cualificación de "interesadas". Sobre cuya nota, esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1993 (recurso 715/91), ha indicado que "está desde luego interesada en la impugnación por quedar sus representados incluidos en el campo de aplicación del Convenio y por afectar el mismo a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia demandante". En esta línea, la sentencia de 15 de octubre de 1996 (recurso 1883/95), reconoce legitimación activa "a aquellas Asociaciones de empresas interesadas en la impugnación por estar sus representados incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio".

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

En aplicación de esta doctrina, de conformidad con el artículo 87.3 del Estatuto de los Trabajadores, en representación de lo/as empresario/as estarán legitimados para negociar: c) en los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2, y siempre que estas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al quince por ciento de lo/as trabajador/as afectados; añadiendo, en el número 5 de idéntico precepto, que toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora.

Con independencia de que las codemandadas no hayan cuestionado que la actora cumpla con el requisito de dar ocupación en el ámbito del convenio colectivo a un porcentaje del quince por ciento de lo/as trabajador/as afectados (llegando a afirmarlo la codemandada ACERCO al contestar al hecho quinto de la demanda), se

CVE-DOGC-B-18183013-2018

aduce que en el listado de empresas que integran AERCOCAT, se incluirían empresas cuya actividad no se encuentra vinculada con la restauración. Ahora bien, no estimamos que tales extremos hayan quedado acreditados, por cuanto no consideramos dotados de la literosuficiencia probatoria pretendida a los informes Axesor aportados (documentos 266 a 302), tal como se expuso en el primer fundamento de esta resolución, frente a los certificados de la Tesorería General de la Seguridad Social obrantes al documento número 6 (folios 34 a 132) acompañados a la demanda, que en el relato fáctico hemos tenido por reproducidos.

Insiste la parte codemandada ACERCO en que la actora no tendría existencia real, por lo que el hecho de que la mayor parte de las sociedades que la integran ya se encontrasen presentes en la negociación de la modificación del Convenio colectivo objeto de impugnación conduciría a concluir sobre la ausencia de interés en la impugnación de aquél. Ahora bien, procede estar a la conclusión alcanzada en el anterior fundamento de esta resolución para aseverar el interés legítimo de la asociación para sostener su pretensión, sin que los hechos aducidos por la parte codemandada como sustentadores de la mala fe hayan sido objeto de acreditación, ni consideremos como constitutivos de aquélla la mera coincidencia en la asociación en las entidades ACERCO y AERCOCAT de parte de las empresas, que no se encontraban obligadas, en modo alguno, a comunicar dicha circunstancia en las reuniones celebradas con anterioridad a la atinente a la modificación convencional que nos ocupa.

De este modo, en relación a que no fue comunicado a ACERCO que se negociaba un convenio estatal en que se incluía el ámbito autonómico, además de no haber resultado acreditado, no obstaría a la legitimación negocial de AERCOCAT, al no resultar -tampoco- probado que sea una mera pantalla, o asociación ficticia en el ámbito autonómico, de FEADRS. Y otro tanto ha de concluirse en relación a la ausencia de comunicación a ACERCO de la constitución de AERCOCAT hasta el momento de perder la votación, extremo éste que resulta desvirtuado por la comparecencia de AERCOCAT a las dependencias en que se constituyó la mesa negocial, en fecha 26 de junio de 2017, en que por esta última se intentó la acreditación de la representatividad, sin lograrlo, por expreso impedimento de las partes negociadoras, tal como se desprende del relato fáctico.

Así, en fecha 26 de junio de 2017, AERCOCAT, a través de su representante don Salvador Navarro Martín, se personó, a las 16:55 horas, a la reunión convocada, a fin de participar en la mesa de negociación, en las oficinas del C. E. M. A. C. sitas en la calle Alvareda, número 2 de Barcelona, en compañía de Notario, a quien requirió para que entregase determinadas cartas a doña Mercedes Bellera, don Moisés Berruezo, y don Esteban Sanabria. El servicio de seguridad impidió tanto al Sr. Navarro Marín como al Notario actuante, el acceso a la sala de reunión, al no estar en la lista de convocados o invitados a la misma. A las 17:05 horas, encontrando en la recepción a don Esteban Sanabria Garnica, miembro de la comisión negociadora y representante de CC.OO., al que se manifestó por el Notario actuante su condición, y objeto de su presencia, y se le entregó un ejemplar de la mencionada carta. A las 17:15 horas, y ante las protestas de don Salvador Navarro Martín, intervino la Jefa de coordinación doña Lidia Frías Forcada, a quien manifestó el Notario su condición, accediendo aquélla a hablar con los destinatarios, reunidos en ese momento en una sala, al objeto de entrar en la misma para entregarles las cartas, o en su caso para que saliesen a la recepción para efectuar dicha entrega. A las 17:25 horas, salió nuevamente doña Lidia Frías Forcada, quien trasmitió al Sr. Navarro Martín y al Notario actuante que los destinatarios manifestaban "no recibir las cartas hasta que, al menos, acaben la reunión". A las 17:30 horas tanto el requirente, Sr. Navarro Martín, como el Notario actuante, abandonaron las dependencias del C. E. M. A. C.

Los hechos descritos determinan la improsperabilidad de la mala fe aducida por la parte codemandada, dado que, con independencia de que no hubiera sido comunicado con anterioridad a este momento la constitución de AERCOCAT, en cualquier caso, y con carácter previo a la negociación de la modificación convencional, se intentó, sin éxito, acreditar la representatividad a efectos de formar parte de la mesa negociadora, lo que se impidió.

Ninguna otra de las alegaciones efectuadas en el escrito de contestación a la demanda para sustentar el fraude de ley, y mala fe, así como ausencia de interés, resultan sustentadas por la prueba aportada a la litis, lo que impide su toma en consideración en esta sede.

A mayor abundamiento, procede subrayar, frente a la alegación de que la mayor parte de las empresas que conforman AERCOCAT se encontraban asociadas a ACERCO, lo que habría posibilitado su intervención (de facto, o implícita) en la negociación, que la personalidad jurídica de la asociación ha de diferenciarse de la de cada una de las entidades que la integran. Dicho de otro modo, el hecho de que determinadas empresas pertenecientes a AERCOCAT hubiesen anteriormente participado en reuniones de ACERCO, conforme se desprende de los folios 1074 a 1085 de las actuaciones (cuyo cotejo con los originales se produjo, tras la impugnación de la parte actora), así como 1099 a 1106, no obsta a que la asociación empresarial, con distinta personalidad jurídica de la de cada uno de sus componentes, pudiese negociar la modificación del Convenio Colectivo, atendiendo a sus propios intereses.

Por todo ello, ha lugar a desestimar la excepción de falta de acción, considerándose que la actora ostenta legítimo interés en sostener su pretensión, así como la de fraude de ley y mala fe (causa de oposición que

CVE-DOGC-B-18183013-2018

anuda a aquella excepción, si bien no tendría esta cualidad), al no haberse acreditado circunstancias que así lo acrediten.

QUINTO.- Centrándonos en el derecho a la legitimación negociadora de la parte actora, conviene recordar, tal como efectuamos en nuestra anterior sentencia de 9 de diciembre de 2013 (demanda 41/2013), la doctrina jurisprudencial en la materia.

De este modo, expusimos en la citada sentencia:

"La Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido distinguiendo la "triple legitimación" contemplada por nuestro ordenamiento en materia de negociación de convenios colectivos: la "legitimación inicial" para negociar, la "legitimación complementaria, plena o deliberante, para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio de eficacia general" , y la "legitimidad negociadora, que es la cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones" (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2.009 y 1 de marzo de 2.010). Comenzando por la legitimación inicial, prevista en los artículos 37.1 de la Constitución , 82 y 87 del Estatuto de los Trabajadores y 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical , puede ser entendida como la "cualidad que ostentan los sujetos que acrediten la representatividad de empresarios y trabajadores como presupuesto necesario para negociar, pero que no resulta suficiente por sí solo, en tanto nuestro sistema positivo se sustenta sobre la base de la representación proporcional" . Por su parte, la legitimación "plena" se determina en cada caso por el grado de representatividad acreditada para el supuesto concreto, "en función de los ámbitos del convenio a negociar y de la composición de la comisión negociadora " , por lo que sólo los legitimados inicialmente pueden ocupar algún puesto en la mesa de negociación, efectuándolo en proporción a su representatividad real (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2001 , y 21 de enero de 2.010).

En relación a la legitimación para negociar, la Jurisprudencia ha reiterado que ha de concurrir en la fecha de constitución de la Mesa Negociadora, sin que pueda considerarse un momento posterior tal como el resultado de las elecciones, lo que lo dotaría de incertidumbre. Así, se ha estimado que el momento en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1.993 , 9 de marzo de 1.994 , 25 de mayo de 1.996 y 23 de noviembre de 2.009 , entre otras), y que en caso de impugnarse un convenio colectivo por falta de legitimación de los negociadores, tal hecho ha de ser acreditado por el impugnante, dada la apariencia de validez de los convenios colectivos (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1.995 , en Pleno, reiterada por las de 14 de febrero de 1.996 , 15 de marzo de 1.999 , y 25 de enero de 2.001), habiendo sido esta última presunción ha sido asimismo objeto de análisis por la Jurisprudencia.

Cabe destacar asimismo en esta sede, por haber sido objeto de doctrina jurisprudencial, las dificultades para acreditar el nivel de representatividad de las asociaciones empresariales, al no contar con la garantía de datos fiables incorporados a registros oficiales, cual ocurre en el caso de los trabajadores en relación con los datos obtenidos de las elecciones sindicales. Tras la reforma operada por la Ley 11/1994, la legitimación inicial (artículo 87.3 del Estatuto de los Trabajadores) requiere que cada asociación -y no el conjunto de las que concurren- cumpla la doble exigencia de formar parte de ella el diez por ciento de los empresarios del sector, y ocupar al diez por ciento de los trabajadores afectados, en tanto la legitimación plena va referida al conjunto de todas las asociaciones, y no a cada una de ellas (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1.996 , 19 de septiembre de 2.001 , 2 de noviembre de 2.002 , 20 de junio de 2.006 , y 3 de diciembre de 2.009). Al respecto, la doctrina jurisprudencial ha determinado que para la concreta legitimación, se ha de computar no sólo a los empresarios que ejercen su actividad en la totalidad del ámbito funcional y geográfico, sino también la de cualquier empresario que en el ámbito territorial se dedique a alguna de las actividades que integran el marco funcional del convenio (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1998 , y 21 de noviembre de 2005)". A mayor abundamiento, no resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa la doctrina jurisprudencial relativa a la distribución de la carga de la prueba en las reclamaciones jurisdiccionales sobre representatividad de las partes de los convenios colectivos, conforme a la cual se presume que quienes participan en la negociación y conclusión de un convenio colectivo tienen representatividad suficiente, mientras que corresponde a quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación acreditar tanto su propia condición representativa como la falta de representatividad de quienes participaron en la negociación colectiva impugnada (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1.994 , 5 de octubre de 1.995 , 14 y 27 de febrero de 1996 , 25 de enero de 2001 , 21 de marzo de 2002 , 21 de noviembre de 2005 , y 11 de noviembre de 2009), dado que no nos encontramos ante una impugnación de convenio colectivo, sino ante la fase inicial de constitución de comisión negociadora".

En aplicación de esta doctrina, dado que, de conformidad con lo expuesto en el anterior fundamento de esta resolución, no resulta negado que la asociación patronal demandante incluye un número superior al 15% de lo/as trabajador/as afectados por el ámbito de la normativa convencional, y resultando así del relato fáctico

CVE-DOGC-B-18183013-2018

(hecho probado décimo), y siendo así que ha resultado acreditado que, de conformidad con la doctrina jurisprudencia en la materia (sentencias de 23 de noviembre de 1.993 -rec. 1780/1991-, 9 de marzo de 1.994 -rec. 1535/1991-, 25 de mayo de 1.996 -rec. 2005/1995, y de 25 de mayo de 2.006 -rec. 20/2005 -), la legitimación de la actora concurría en el momento de iniciarse las negociaciones, que se produjeron en el propio acto de 26 de junio de 2017, al no haberse visto esta reunión precedida por negociación alguna, procedía reconocer a la actora su legitimación y consecuente derecho a la negociación colectiva, como integrante de la mesa negociadora.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de tratarse de un hecho incontrovertido la superación del 15% de porcentaje de trabajadore/as del ámbito del convenio por parte de la actora, tal como expusimos en el fundamento primero de esta resolución, resulta llamativo que el número de aquéllos/as en el sector de colectividades, con el código convenio número 791000055012013, sea inferior al de los que prestan servicios por cuenta de entidades asociadas a AERCOCAT, según los datos de la TGSS. Ahora bien, concurren varias circunstancias que hacen que ello no obste al reconocimiento de la legitimación negocial, en el concreto supuesto que nos ocupa:

a) Así, en primer lugar, partiendo de los datos ofrecidos por la Tesorería General de la Seguridad Social, no ha podido deslindarse, ante la ausencia de acreditación por las codemandadas, cuáles de tales empresas no pertenecerían al sector de colectividades; por cuanto no estimamos dotados de valor probatorio a los informes de Axesor aportados por la asociación codemandada (documentos 266 a 302), al no contener justificación alguna sobre la exclusión pretendida, ni constar su autoría.

Ello sin perjuicio de que, obviamente, el mayor número de empresas que integran AERCOCAT respecto al total de las inscritas con código convenio número 791000055012013, conduzca a concluir sobre que parte de aquéllas no se encuadrarían en el sector de colectividades, al menos con actividad de carácter principal.

b) Ahora bien -y éste es el argumento que comporta que concluyamos sobre la legitimación negocial de la actora, pese a concurrir la anterior circunstancia-, a los meros efectos dialécticos, aún admitiendo que detrajésemos del número de trabajadore/as de AERCOCAT aquéllos que la codemandada ACERCO considera que prestan servicios por cuenta de empresas no integrantes del sector de colectividades de Cataluña (documento 266 aportado por ACERCO), la suma de todo/as ello/as ascendería a cuatro mil ciento noventa y cuatro (4.194) trabajadore/as, por lo que restaría un número que, nuevamente, superaría sobradamente, el porcentaje del 15% requerido normativamente para ostentar la legitimación negocial.

Por todo lo expuesto, procede desestimar la falta de legitimación negocial opuesta por la codemandada ACERCO, en oposición a que se adhirió el codemandado sindicato UGT.

SEXTO.- Desestimadas las excepciones opuestas por las codemandadas, y acreditada la legitimación negocial de la parte actora, procede dirimir sobre la vulneración del derecho a la negociación colectiva alegada en la demanda. Ello no sin antes advertir que la supuesta vulneración se habría producido con carácter previo al examen de la propia legitimación negocial de la actora por la mesa negociadora, que se negó a su práctica con carácter previo a la celebración de la reunión.

Encontrándonos ante la legitimación inicial para negociar el convenio, en aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, compendiada en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2014 (recurso 63/2014), procede estar al momento de constitución de la mesa negociadora para determinar su concurrencia. Partiendo de que, tal como, asimismo, ha sido desarrollado anteriormente, la asociación empresarial ostentaba aquélla en el citado momento, procede dirimir sobre la vulneración alegada. Al respecto, hemos de precisar que el derecho a participar en la negociación se configura como un derecho subjetivo a formar parte de la comisión negociadora, que incluye el derecho a no ser rechazado si se pretende esa participación, pero no el derecho a ser llamado en tanto en cuanto, tal como explica la doctrina jurisprudencial, "si el legislador hubiera querido que ese fuera su contenido habría tenido que establecer quién de los partícipes en la negociación debía de hacer ese llamamiento y cómo" (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998 -recurso 5037/1997-, y de 25 de noviembre de 2014 -recurso 63/2014-).

En el supuesto que nos ocupa, con independencia de que no consta que la actora comunicase a ninguno de los integrantes de la mesa negociadora del II Convenio Colectivo de colectividades de Cataluña su constitución, con carácter previo a la convocatoria para celebrar la reunión del 26 de junio de 2017 -extremo éste que, manifestado por la parte codemandada ACERCO en el acto de la vista, no resultó controvertido-, lo que llevaría a concluir sobre la ausencia de obligación de quien convocó la mesa de proceder a su llamamiento, los actos obstativos del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de la actora derivaron de su solicitud de participación en la misma, tanto con carácter previo como durante la celebración de la reunión, con arbitraria negativa por parte de quienes la integraban.

CVE-DOGC-B-18183013-2018

De este modo, del relato de hechos probados se desprende que, reuniéndose la comisión negociadora del II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña en fecha 26 de junio de 2017, a las 17 horas, en los locales de la calle Albareda, número 2, de Barcelona, a la que no fue convocada la parte actora, y teniendo conocimiento de la referida convocatoria, su representante Sr. Navarro Martín se personó en el lugar indicado, acompañado de Notario, a fin de participar en la mesa de negociación. A tal efecto, previamente al inicio de la reunión, intentó entregar determinadas cartas a los partícipes, en que, en síntesis, se comunicaba la condición de asociación empresarial de AERCOCAT, alegando no haber sido convocada a la mesa de negociación, y añadiendo la relación de trabajador/as de las empresas asociadas, a efectos de determinación de representatividad y distribución de la misma, caso de que se constituyera la precitada mesa de negociación.

Dado que el servicio de seguridad impidió tanto al Sr. Navarro Marín como al Notario actuante, su acceso a la sala de reunión, al no estar en la lista de convocados o invitados a la misma, a las 17:05 horas, encontrando en la recepción a don Esteban Sanabria Garnica, miembro de la comisión negociadora y representante de CC.OO., por el Notario actuante se le manifestó su condición, y objeto de presencia, y se le entregó un ejemplar de la mencionada carta. Asimismo, a las 17:15 horas, y ante las protestas de don Salvador Navarro Martín, intervino la Jefa de coordinación doña Lidia Frías Forcada, a quien manifestó el Notario su condición, accediendo aquélla a hablar con los destinatarios, reunidos en ese momento en una sala, al objeto de entrar en la misma para entregarles las cartas, o en su caso para que saliesen a la recepción para efectuar dicha entrega. A las 17:25 horas, salió nuevamente doña Lidia Frías Forcada, quien trasmitió al Sr. Navarro Martín y al Notario actuante que los destinatarios manifestaban "no recibir las cartas hasta que, al menos, acaben la reunión". A las 17:30 horas tanto el requirente, Sr. Navarro Martín, como el Notario actuante, abandonaron las dependencias del C. E. M. A. C.

De tales hechos se colige que los integrantes de la mesa negociadora tuvieron conocimiento, tanto previamente como durante la reunión, de que AERCOCAT pretendía participar en la misma, así como acreditar su representatividad al efecto. Asimismo, de la declaración testifical del Sr. Sanabria Garnica, que intervenía en la reunión en representación de CC.OO., resultó probado que durante la reunión manifestó que AERCOCAT se encontraba en la puerta, si bien ello no se hizo constar en el acta.

Tales hechos constituyen una vulneración del derecho a la negociación colectiva, previsto en el artículo 37 de la Constitución, frente a los que únicamente se ha invocado la ausencia de constancia por la parte empresarial ACERCO de la existencia de AERCOCAT; desconocimiento éste que, huelga decir, hubiera podido desvirtuarse con el acceso de esta última a la reunión, en caso de que tal fuera la aducida la real causa de su exclusión de la participación en la misma.

Aún tras la celebración de la reunión, AERCOCAT remitió burofaxes a la Federació de Serveis, Mobilitat i Consum, UGT Catalunya (que lo recibió en la misma fecha), y a ACERCO (que lo recibió el 3 de julio de 2017), en que expresó que con efectos de las 17 horas del día anterior, se denunciaba el convenio colectivo de colectividades de Cataluña, código de convenio 79100055012013, instándoles a la acreditación de la representatividad ante cualquier nueva cuestión que se suscitase y pudiese afectar al meditado convenio colectivo. La única respuesta recibida por ACERCO fue la remisión de burofax en fecha 19 de julio de 2017 a la entidad AERCOCAT, manifestando negar los hechos aducidos, así como haber sido llevadas a cabo las actuaciones en virtud del acuerdo adoptado en Asamblea General de 7 de junio de 2017 "en las que sus clientes eran socios activos de ACERCO".

En definitiva, resulta patente la vulneración invocada en la demanda, al ser reiterada la doctrina constitucional al tildar de inconstitucional, por contraria al derecho a la negociación colectiva, de cualquier actividad o decisión consistente en que se rechace arbitrariamente la participación en el proceso de negociación colectiva de quien se encuentra legalmente legitimado para ello (SSTC 73/1984, de 27 de junio, 187/1997, de 24 de noviembre, y 184/1991, de 30 de septiembre), por vulnerar lo dispuesto en el artículo 87.5 del Estatuto, al disponer que "todo sindicato, federación, o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora".

Ello conduce a la estimación de la demanda, declarando la nulidad del acuerdo de 26 de junio de 2017, por el que se acordó la modificación del II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña, (código de convenio 79100055012013), con los efectos inherentes tal declaración, al haberse vulnerado el derecho de la demandante a la negociación colectiva, sin perjuicio de los porcentajes de representatividad que se acuerden entre las asociaciones patronales que concurran a la misma.

Restaría precisar, en relación a la, aducida por la codemandada CC. OO., vulneración del convenio estatal por la modificación del convenio autonómico, que, además de no integrar el objeto de la litis, las normas sobre concurrencia previstas en aquél no obstan a la vigencia del convenio autonómico, sin perjuicio de lo que proceda dirimir, en su caso, en los supuestos de concurrencia convencional.

CVE-DOGC-B-18183013-2018

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 166.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, habiendo sido publicada la modificación del convenio colectivo anulada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, procede la publicación de esta sentencia en el mismo medio.

OCTAVO.- No procede efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas, en aplicación del artículo 235.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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

FALLAMOS

Estimamos la demanda interpuesta por la Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Catalunya (AERCOCAT) contra la Associació Catalana d' Empreses de Restauració (ACERCO), la Federació de Serveis, Mobilitat, i Consum de Catalunya (FesMC-UGT, antes FCTCHTJ-UGT), y la Federació de Serveis de CCOO Catalunya (abans CCOO-FECOHT), habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, declarando la nulidad, por vulneración del derecho a la negociación colectiva de la parte actora, del acuerdo de 26 de junio de 2017, por el que se acordó la modificación del II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña, (código de convenio 79100055012013), con los efectos inherentes tal declaración. Sin costas.

Publíquese la presente en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, a los efectos legales pertinentes.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado, Graduado Social colegiado o representante y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 208 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

CVE-DOGC-B-18183013-2018

Publicación. - La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe."

De conformidad con el artículo 166.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, habiendo sido publicada la modificación del convenio colectivo anulada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, procede la publicación de sta sentencia en el mismo medio

Barcelona, 26 de junio de 2018

Rosa Egea Gras

Letrada de la Administración de justicia

(18.183.013)