

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 368/2021, de 7 de abril de 2021

Sala de lo Social

Rec. n.º 44/2020

**SUMARIO:**

**Negociación de un convenio colectivo sectorial. Determinación del momento y modo de acreditar la representatividad sindical que abre las puertas de la comisión negociadora. Legitimación de FETICO para negociar el IV Convenio Colectivo de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.** La legitimación para negociar viene dada en función de la mayor representatividad que se ostente en la RLT, siendo exigible a las centrales sindicales un mínimo del diez por ciento. El momento para determinar la legitimación inicial va referido a la fecha de constitución de la mesa negociadora y no a otra posterior, pues de atender al resultado de posteriores elecciones - tratándose del banco social- se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación. Cuando se negocia un convenio colectivo sectorial la representatividad sindical abarca la de aquellas empresas con convenio propio, ya que las reglas sobre legitimación inicial no especifican que estas deban excluirse del requisito de implantación previsto en el artículo 87.2 c) del ET. No hay que olvidar que la incidencia del convenio sectorial respecto de las empresas con convenio propio pero incluidas en la unidad de negociación no es teórica, sino posible, cuando tras la ultraactividad se desencadene la consecuencia prevista en el artículo 86.3 del ET («se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación»). Por ello, la exclusión de tales empresas comportaría 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), lo que no es el caso. En definitiva, la unidad de negociación se delimita por quienes, en su conjunto, poseen la triple representatividad (art. 83.1 ET) y sus confines no se ven alterados por el hecho de que alguna empresa inmersa en ella posea convenio propio.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 83, 86, 87.2 c) y 88.  
Constitución Española, arts. 28.1 y 37.1.

**PONENTE:**

*Don Antonio Vicente Sempere Navarro.*

Magistrados:

Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL  
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO  
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO  
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA  
Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

**CASACION núm.: 44/2020**

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 368/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 7 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical independiente FETICO (anterior Federación de Trabajadores Independientes de Comercio FETICO), representada y defendida por la Letrada Sra. Ortega Ferrero, contra la sentencia nº 397/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Valladolid), de 28 de febrero de 2020, en autos nº 1/2020, seguidos a instancia de dicha recurrente contra los Sindicatos Comisiones Obreras (CC.OO.), Unión General de Trabajadores (UGT), Asociación Patronal de la Mediana Distribución y Supermercados de Castilla y León (PAMEDISCALE), Asociación para el Desarrollo de la Distribución de Castilla y León (ADD), sobre Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

Han comparecido en concepto de recurridos los sindicatos Comisiones Obreras (CC.OO.) (Unión Sindical de CC.OO. de Castilla y León), representado y defendido por el Letrado Sr. Galache Sabugo, Unión General de Trabajadores de Castilla y León (UGT), representado y defendido por la Letrada Sra. hernández Calderón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

La Confederación Sindical independiente FETICO (anterior Federación de Trabajadores Independientes de Comercio FETICO) interpuso demanda de Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la existencia de vulneración del Derecho Fundamental de FETICO a la libertad sindical, ex art. 28.1, así como se declare la legitimidad del sindicato FETICO para formar parte de la mesa negociadora del IX Convenio Colectivo de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, anulando el acto de constitución de la mesa negociadora del convenio referido, así como cualquier acto posterior, retrotrayendo la negociación del convenio antedicho al momento de la constitución de la mesa negociadora, condenando a las partes a estar y pasar por dicha declaración.

#### **Segundo.**

Admitida a trámite la demanda de Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

#### **Tercero.**

Con fecha de 28 de febrero de 2020 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda interpuesta por la letrada D<sup>a</sup>. MARIA JESUS ORTEGA FERRERO, en nombre y representación de CONFEDERACION SINDICAL INDEPENDIENTE FETICO, contra COMISIONES OBRERAS (CC.OO), UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), ASOCIACION PATRONAL DE LA MEDIANA DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS DE CASTILLA Y LEON (PAMEDISCALE), ASOCIACION PARA EL DESARROLLO DE LA DISTRIBUCION DE CASTILLA Y LEON (ADD), y el Ministerio Fiscal, sobre DERECHOS FUNDAMENTALES y LIBERTADES PUBLICAS, absolviendo a las codemandadas de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas".

#### **Cuarto.**

Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

"1º.- El sindicato demandante Confederación Sindical Independiente, antes Federación de trabajadores independientes de comercio (FETICO) a fecha 20 de septiembre de 2019 en las elecciones celebradas a los órganos de representación de los trabajadores de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación en Castilla y León, con exclusión de los obtenidos en el Centro del Grupo el Árbol de Ribaseca en León, obtuvo veintiún elegidos de un total de doscientos sesenta y tres. En las elecciones con el ámbito de dicho centro de León obtuvo seis de un total de nueve. En fecha 11 de diciembre de 2019 tenía veintitrés de un total de doscientos sesenta y cinco con la misma exclusión. El centro de trabajo del Grupo El árbol de Ribaseca se rige por Convenio Colectivo del grupo de empresas Día SA y Twins Alimentación S.A., conocido como Grupo el Árbol.

2º.- Con fecha 25 de octubre de 2019 se reúnen los sindicatos CCOO, UGT y FETICO y las patronales ADD y PAMEDISCALE al objeto de proceder a la constitución de la mesa negociadora del Convenio Colectivo de Medianas superficies de distribución de alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

3º.- Antes de comenzar la reunión los representantes de los sindicatos CCOO y UGT solicitan un receso a la parte empresarial para debatir con la representante de FETICO su representatividad. Tras debatir la cuestión los primeros solicitan a ésta que abandone la reunión por entender que no acredita la representatividad necesaria para negociar el convenio.

4º.- Ante tal manifestación procedió la representante de FETICO a abandonar la reunión solicitando que constara en acta que ostentan la representatividad necesaria para estar en la mesa".

#### **Quinto.**

Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Confederación Sindical independiente FETICO (anterior Federación de Trabajadores Independientes de Comercio FETICO). Su Letrada Sra. Ortega Ferrero, en escrito de fecha 1 de abril de 2020, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (Hecho Probado 1º). SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (Fundamento de Derecho 3º). TERCERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (Hecho Probado 4º). CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (Fundamento de Derecho 3º). QUINTO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 87.2 ET

#### **Sexto.**

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

#### **Séptimo.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. Antecedentes relevantes.**

Al hilo de la negociación de un convenio colectivo sectorial se discute sobre el momento y modo de acreditar la representatividad sindical que abre las puertas de la Comisión Negociadora. También se cuestiona si han de contabilizarse las representaciones unitarias de aquellas empresas del sector que poseen convenio propio.

#### **1. Demanda de conflicto colectivo.**

Con fecha 24 de enero de 2020 la Confederación Sindical Independiente FETICO interpone demanda de Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Protesta por su exclusión de la Comisión Negociadora

del IX Convenio Colectivo de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En esencia:

A) Considera vulnerada su libertad sindical porque los sindicatos UGT y CCOO no le permitieron intervenir en esa negociación con fundamento en que carecía de la necesaria representatividad.

B) Sostiene que al constituirse ese órgano aportó documentación acreditativa de su implantación, llegando al 10% de los miembros de comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional (en concreto, un 10,58%).

C) Expone que para tal cálculo no debe excluirse a quienes están dentro del ámbito aplicativo del convenio aunque pertenezcan a empresas con convenio propio.

D) Solicita que reconozcamos su derecho a integrarse en la referida Comisión Negociadora, declarando que se ha vulnerado su libertad sindical y retrotrayendo a ese momento el procedimiento negociador.

#### 2. Hechos probados iniciales.

El relato de hechos probados no es pacífico, como luego veremos. recordemos, de forma sucinta, los tomados en cuenta por la sentencia ahora recurrida.

A) Obviando un centro de trabajo (de Ribaseca) incluido en la unidad de negociación pero que posee convenio propio, existen 263 personas que tienen la condición de representantes legales de quienes trabajan (RLT). Si se incluye ese centro, hay que añadir nueve.

B) El 20 de septiembre de 2019 FETICO tenía 21 RLT si se excluye el citado centro de trabajo con convenio propio. Seis más si se incluye.

C) El 25 de octubre de 2019 se constituye la comisión negociadora del convenio. Los sindicatos UGT y CCOO solicitan a FETICO que abandone la reunión por entender que no acredita la representatividad necesaria.

D) El 11 de diciembre la representatividad de FETICO era de 23 RLT sobre un total de 265, aplicando la citada exclusión.

#### 3. Sentencia recurrida.

La STSJ Castilla y León (Valladolid) 397/2020 de 28 de febrero desestima la demanda, tras reprocharle su imprecisión por no contener los números que permitan concluir sobre la representatividad de FETICO. Además de advertir la anomalía que supone acreditar la representatividad del 25 de octubre con una certificación de 11 de diciembre, expone dos argumentos que abocan a ese resultado.

Primero, para evitar la doble representatividad, hay que excluir del cómputo de RLT a las empresas con convenio propio pues no se ven afectados por el sectorial.

Segundo, con los datos de 20 de septiembre, FETICO no alcanza el 10% de implantación ni siquiera sumando su RLT en el centro de Ribaseca (tendría 27 de un total de 274).

#### 4. Recurso de casación.

Con fecha 1 de abril de 2020 la Abogada y representante de FETICO formaliza su recurso de casación.

Dedica sus primeros tres motivos a instar sendas revisiones de los hechos declarados probados, ora como tales, ora en la fundamentación de la sentencia de instancia.

El cuarto aduce vulneración de la jurisprudencia con arreglo a la cual el momento en que ha de acreditarse la representatividad es el de la constitución de la Comisión Negociadora. El último de los motivos denuncia la infracción del artículo 87.2.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) porque en él no aparece diferencia alguna respecto de la RLT de empresas incluidas en el ámbito del convenio por el hecho de que posean un convenio propio.

#### 5. Impugnación del recurso.

Con fecha 15 de abril de 2020 el Abogado y representante de Comisiones Obreras (Unión Sindical de CC.OO. de Castilla y León) formaliza su impugnación al recurso. Sostiene que la solicitud de revisión de los hechos no cumple las exigencias legales y jurisprudenciales; que el cuarto de los motivos está deficientemente formulado y que el quinto defiende una interpretación errónea de la norma.

La Abogada y representante de la Unión General de Trabajadores de Castilla y León (UGT) formaliza su impugnación al recurso en la misma fecha de 15 de abril. Rechaza la pretendida revisión de la prueba desarrollada en la instancia y reafirma que en el momento de constituirse la Comisión Negociadora FETICO no acreditó suficiente representatividad. Advierte que la jurisprudencia invocada por el cuarto motivo de recurso concuerda con el criterio aplicado por la sentencia recurrida y defiende el acierto de la interpretación normativa acogida por ésta.

#### 6. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 25 de junio de 2020 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS, considerando que las revisiones de hecho instadas no cumplen con las exigencias legales y jurisprudenciales, además de no haberse infringido las normas o doctrina aducida en el resto de motivos.

### **Segundo. Presupuestos procesales de la casación.**

#### 1. Planteamiento.

A) El recurso de casación formalizado por FETICO se ha canalizado a través de dos aperturas distintas del artículo 207 LRJS.

En primer término, el apartado d) posibilita la casación fundada en el motivo de "Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

En segundo término, el motivo e) permite formalizarla con fundamento en "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

Recordemos también que el art. 210.2 LRJS dispone lo siguiente: "En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el art. 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada...".

B) Sin perjuicio de que el recurso haya sido admitido a trámite, en esta fase procesal no solo nos corresponde comprobar el acierto de esa decisión interina sino también el de resolverlo con arreglo a los términos en que se ha formalizado, dada su naturaleza extraordinaria.

Adicionalmente, tanto los escritos de impugnación cuanto el Informe del Ministerio Fiscal han manifestado que algún motivo adolece de defectos procesales que deberían impedir su examen, además de pretender una revisión de hechos probados sin ajustarse a lo pedido por la norma y la jurisprudencia.

C) Por tanto, debemos recordar las exigencias legales y jurisprudenciales para que consideremos concurrente un error en la valoración de la prueba; también las referidas al referido escrito de formalización. Por descontado dado su carácter extraordinario, solo nos corresponde el examen de los motivos suscitados; quedan, por tanto, fuera de nuestra atención cualesquiera otras cuestiones.

#### 2. Tutela judicial y acceso al recurso.

A) Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a evitar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho. Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación.

B) Por un lado, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial, como recalcan las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998, entre otras muchas. No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

C) Por otro lado, surge la necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos. El principio pro actione no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción ( STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación ( SSTC 211/1996 y 258/2000). Respecto de la casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal.

D) Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal ( STC 17/1985).

#### 3. Exigencias para que proceda la revisión interesada.



El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican las limitaciones legales y jurisprudenciales existentes en orden a la revisión de hechos probados. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo. La revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, "la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes" ( STS de 27 de marzo de 2000, rcud 2497/1999 ). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente, pues, reiteramos, el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida ( STS 11 de febrero de 2014, rec. 27/2013 ).

#### 4. Requisitos del escrito interponiendo el recurso.

Como recuerdan, entre otras muchas, las SSTS 172/2020 de 26 febrero (rec. 160/2019) y 596/2020 de 2 julio (rec. 247/2018), la doctrina de esta Sala sobre las exigencias del escrito de interposición del recurso de casación viene insistiendo en la necesidad de que el escrito cumpla de modo razonable con los requisitos formales que impone el trascrito artículo 210.2 LRJS.

Debe desestimarse cualquier defectuoso escrito que incumpla de forma grave e insubsanable la obligación de expresar por separado cada uno de los motivos de casación así como de exponer con el necesario rigor y claridad las causas de impugnación de la sentencia, razonado la pertinencia y fundamentación de cada motivo, con argumentación y alusión suficiente al contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, y mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas ( STS 23 septiembre 2014, rec. 66/2014).

Esa exigencia no pretende aplicar al recurrente un rigorismo puramente formal, que sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE, sino, bien al contrario, garantizar ese mismo derecho a los recurridos, en tanto que la estimación de un recurso que ha sido defectuosamente planteado supone dejar en indefensión a la parte contraria, en cuanto obliga al Tribunal a adoptar postura de parte para subsanar de

oficio los defectos en los que haya podido incurrir el recurrente, viéndose obligado a identificar las normas legales que no han sido invocadas en el recurso cuya posible infracción dé lugar a casar la sentencia, y al hilo de ello construir los argumentos jurídicos que conducen a su vulneración que no fueron articulados por la recurrente, privando de esta forma a la recurrida de la posibilidad de defenderse de unas alegaciones que ni tan siquiera habían sido esgrimidas en el escrito de recurso.

### **Tercero. Normas y doctrina relevantes.**

#### **1. Preceptos cuya infracción se denuncia.**

El sindicato recurrente, al igual que en su demanda, invoca como precepto relevante de su petición el tenor del artículo 28.1 CE ("Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato"), en conexión con el artículo 37.1 de la propia Ley Fundamental ("La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios").

El artículo 87 ET ("Legitimación"), ubicado en la Sección 2ª ("Disposiciones generales") del Título III ("De la negociación colectiva y de los convenios colectivos") del ET dispone en su número 3 que, cuando se trata de convenios colectivos sectoriales, están legitimados para negociar en nombre de los trabajadores no solo los sindicatos más representativos de nivel estatal o sus adheridos [apartado a)] y los más representativos autonómicos para ámbitos no superiores al de su implantación [apartado b)] sino también, y ello es lo importante a nuestros efectos, "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" [apartado c)]. Es la que suele identificarse como legitimación (o representatividad) inicial.

Por su lado, el artículo 88 ET ("Comisión negociadora") dispone en su apartado primero que "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". En el segundo establece la que suele denominarse legitimación (o representatividad) plena: "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".

#### **2. Doctrina básica sobre tales preceptos.**

A) El sindicato FETICO considera vulnerada su libertad sindical por no haberle permitido intervenir en la negociación del convenio colectivo de referencia. Ese planteamiento inicial concuerda con la doctrina conforme a la cual el 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). Pero 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 (por todas, STC 98/1985) de 29 julio.

B) La legitimación para negociar viene dada en función de la mayor representatividad que se ostente en la RLT, siendo exigible a las centrales sindicales un mínimo del diez por ciento, como recuerda STS 548/2017 de 21 junio (rec. 136/2016), entre otras muchas.

C) En numerosas ocasiones hemos explicado que el ET configura un sistema de triple legitimación: la legitimación inicial (para negociar); la llamada legitimación complementaria, plena o deliberante (para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio colectivo de eficacia general); y, finalmente, la legitimación decisora (o negociadora), 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). Por todas, SSTS 5 noviembre 2002 (rec. 11/02) y 20 de junio de 2006 (rec. 189/2004).

D) El momento para determinar la legitimación inicial va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora y no a otra posterior, pues de atender al resultado de posteriores elecciones -tratándose del banco social- se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación (por todas, SSTS 11 diciembre 2012, rec. 229/2011, Notarías Madrid y 25 noviembre 2017, rec. 63/2014, Mercancías por carretera). Con cita de abundantes precedentes, la STS 439/2020 de 11 junio (rec. 138/2019) precisa que el momento en que ha de existir y probarse la legitimación es el

del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye la mesa negociadora, por lo que hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores.

E) Cuando se negocia un convenio estatal, el argumento de la supuesta duplicidad injustificada en la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores de las Comunidades Autónomas con convenio colectivo propio no es atendible. La participación de los mismos en dos negociaciones responde a la existencia efectiva de dos convenios colectivos de distinto nivel, sin que la vigencia atenuada que implica la supletoriedad pueda tener una trascendencia en la proporción representativa en el banco social de la comisión negociadora que el legislador no ha previsto ( STS 1 octubre 1998, rec. 3114/1997, Enseñanza concertada).

#### **Cuarto. Revisiones fácticas interesadas.**

Cada uno de los tres primeros motivos del recurso persigue la revisión de un hecho probado (HP). Los analizamos seguidamente

##### 1. Rectificación del HP Primero (Motivo 1º del recurso).

###### A) Formulación del recurso.

Interesa el recurso la revisión del HP Primero, porque considera erróneas sus afirmaciones y propone la siguiente redacción:

"El sindicato demandante FETICO a fecha de 25 de octubre de 2019, fecha de constitución de la mesa negociadora del IX convenio colectivo de medianas superficies de distribución de alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en las elecciones celebradas a órganos de representación de los trabajadores de Medianas Superficies de Distribución de Castilla y León, obtuvo veintitrés representantes de un total de doscientos sesenta y cinco y en las elecciones del centro de trabajo de Grupo El Arbol en Ribaseca (León) obtuvo seis representantes de un total de nueve".

El recurrente fundamenta este motivo en la documentación que aportó, de fecha 11 de diciembre de 2019, alegando que carece de relevancia a efectos probatorios la representatividad que ostentaran los diferentes sindicatos en fecha 20 de septiembre de 2019 que aparece en el citado hecho probado de la sentencia que recurre. El documento en que basa su pretensión es el certificado de representatividad emitido por la Consejería de Empleo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, obrante en autos y cuya autenticidad nadie cuestiona.

###### B) Consideraciones específicas.

El HP, tal y como aparece redactado por la sentencia recurrida posee tres incisos, que debemos abordar separadamente.

A) El primero de ellos deja constancia de la representatividad de FETICO, en el ámbito del convenio colectivo, a fecha 20 de septiembre. Del mismo se desprende que es inferior al 10% de la RLT tanto si omitimos el centro de trabajo de Ribaseca (tendría 21 sobre un total de 263) cuanto si lo contabilizamos (obtendría 27 de un total de 272).

Este inciso en modo alguno constituye un error patente del Tribunal de instancia, ni aparece combatido por el recurrente, que se limita a silenciarlo, siendo así que se trata de datos relevantes y derivados de certificación oficial obrante en autos. El recurso sostiene que carece de relevancia, cuando lo cierto es que se trata de los datos derivados de la única certificación existente en la referida coyuntura constitutiva.

B) El segundo inciso da cuenta de la representatividad de FETICO en un momento posterior: 23 representantes de un total de 265 excluyendo el centro de trabajo de Ribaseca y 29 de un total de 272 si se incluye. El HP indica que ello sucede "en fecha 11 de diciembre de 2019".

Se trata de un error evidente del juzgador de instancia, toda vez que esa data concuerda con la de emisión del certificado y este, a su vez, da cuenta de los resultados electorales "desde el 26/10/2015 Hasta el 25/10/2019". En este pasaje apreciamos una flagrante equivocación de la sentencia, que debe rectificarse, pues así deriva directamente del tenor del documento reseñado.

C) El tercer inciso deja constancia del convenio colectivo aplicado en el centro de trabajo del Grupo "El Árbol" de Ribaseca. Carece de trascendencia para la resolución del litigio que sea como indica el HP o que se trate de uno diverso (como pretende el recurrente, sin apoyo en documento indubitado); lo relevante es que quienes prestan sus servicios en ese lugar vienen regidos por un convenio propio.

###### C) Valoración.



Sin perjuicio de la trascendencia que ello posea en orden a la decisión sobre el resto de motivos, vamos a estimar parcialmente el motivo de recurso, de modo que el HP queda con la siguiente redacción:

El sindicato demandante Confederación Sindical Independiente, antes Federación de trabajadores independientes de comercio (FETICO) a fecha 20 de septiembre de 2019 en las elecciones celebradas a los órganos de representación de los trabajadores de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación en Castilla y León, con exclusión de los obtenidos en el Centro del Grupo el Árbol de Ribaseca en León, obtuvo veintiún elegidos de un total de doscientos sesenta y tres. En las elecciones con el ámbito de dicho centro de León obtuvo seis de un total de nueve.

Según certificación emitida en fecha 11 de diciembre de 2019, los resultados electorales en el sector de "medianas Superficies de Distribución de Alimentación" FETICO tenía veintitrés representantes de un total de doscientos sesenta y cinco con la misma exclusión.

El centro de trabajo del Grupo El árbol de Ribaseca se rige por Convenio Colectivo del grupo de empresas Día SA y Twins Alimentación S.A., conocido como Grupo el Árbol.

## 2. Rectificación del Fundamento de Derecho Tercero (Motivo 2º del recurso).

### A) Formulación del recurso.

El segundo motivo combate la valoración fáctica del Fundamento de Derecho Tercero, conforme al cual "y antes de entrar a valorar si en el porcentaje se han de incluir los representantes de trabajadores de centros de trabajo que tienen convenio de empresa se ha de indicar que el día de la reunión, difícilmente podían conocer la representatividad que en el acto del juicio se esgrime con una certificación fechada el 11 de diciembre de 2019, es decir casi dos meses después de que se adoptara la decisión que se denuncia como vulneradora de la libertad sindical y se indica esto porque si tenemos en cuenta los datos numéricos del mes anterior a la reunión ni aun sumando los 6 elegidos del supermercado de Ribaseca se alcanza el 10% pues 27 no alcanza el mínimo del 10% de 274 que sería el total con inclusión de los nueve de dicho centro leonés".

Sostiene que el día 25 de octubre la representante del Sindicato conocía su propia representatividad aunque no aportase un certificado y que el documento oficial aportado a los autos (aunque expedido el 11 de diciembre) así lo acredita.

### B) Consideraciones específicas.

El sindicato recurrente pretende que eliminemos una consideración argumental de la sentencia, siendo así que la revisión de hechos probados no puede abocar a esa meta. La lectura reposada del fragmento transcrito muestra que no estamos ante una afirmación con valor fáctico, sino ante una argumentación.

Por lo demás, el silogismo posee una contundencia irrefutable: con la certificación de diciembre no podía conocerse en octubre la propia representatividad. Puesto que la certificación disponible en el momento de constituirse la comisión negociadora no acreditaba la suficiente implantación, lo que la sentencia muestra es que con una certificación muy posterior a la constitución de la comisión negociadora "difícilmente podía conocer la representatividad que en el acto del juicio se esgrime".

La línea argumental de la sentencia indica que la representatividad de FETICO no solo debe conocerla su representante sino también el resto de interlocutores sociales; que es en el acto de constitución de la comisión negociadora cuando debe acreditarse; que en ese momento no se pudo acreditar con documentos posteriores.

### C) Decisión.

A la vista de cuanto antecede, el segundo motivo de los encauzados a través del artículo 207.d) LRJS no puede prosperar.

## 3. Rectificación del HP Cuarto (Motivo 3º del recurso).

### A) Formulación del recurso.

Entiende el sindicato recurrente que el HP Cuarto comporta una valoración errónea de la prueba practicada porque ignora que su representante aportó en el acto de constitución de la mesa los documentos de que disponían en ese momento y que acreditaban la representatividad alegada.

Interesa que a la redacción de tal HP ("Ante tal manifestación procedió la representante de FETICO a abandonar la reunión solicitando que constara en acta que ostentan la representatividad necesaria para estar en la mesa") se añada el inciso "y para ello aportan documentación a la mesa".

Invoca al efecto el tenor del acta de la comisión negociadora obrante en autos.

### B) Consideraciones específicas.

El sindicato recurrente considera esta corrección "determinante para la resolución del pleito", porque permite conocer que FETICO aportó al acto de constitución de la mesa los documentos de que disponía en ese momento.

Con independencia de que el tenor del Acta concuerde con lo pretendido, la rectificación no puede estimarse por las razones que hemos expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo.

No solo es que el documento invocado ya ha sido tomado en cuenta por el Tribunal para redactar su relato, sino que el recurso no razona en qué han consistido las infracciones que denuncia, sin hacer mención precisa de las infracciones cometidas, ni combatir los concretos argumentos que da la sentencia recurrida sobre el tema objeto de demanda, ni aportar dato alguno del que pudiera inferirse el error del juzgador en la apreciación de la prueba que pudiera tener incidencia en el resultado del pleito.

### C) Decisión.

A la vista de cuanto antecede, el tercer motivo de los encauzados a través del artículo 207.d) LRJS no puede prosperar.

**Quinto.** *Infracción de la jurisprudencia sobre momento de determinar la representatividad (Motivo 4º del recurso).*

#### 1. Formulación del motivo.

Al amparo del artículo 207.e) LRJS denuncia el recurso la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate.

Se refiere a la doctrina de esta Sala relativa al momento que debe tomarse en cuenta para determinar la representatividad de un sindicato a la hora de formar parte de la comisión negociadora del convenio. Cita al respecto una decena de sentencias, aunque sin analizar en concreto ninguna de ellas, exponiendo que se trata de precisar el momento que se debe tener en cuenta para determinar la representatividad de un sindicato a fin de formar parte de la mesa negociadora de un convenio colectivo sectorial (al constituirse la misma).

Alega que la valoración jurídica que efectúa la Sala es errónea porque se esgrime una certificación de 11 de diciembre de 2019 pero en ella se certifica el periodo comprendido entre el 26 de octubre de 2015 y el 25 de octubre de 2019 con independencia de la fecha de expedición de la certificación.

#### 2. Consideraciones específicas.

Tiene razón el Informe del Ministerio Fiscal cuando advierte que el motivo está deficientemente construido, porque se limita a citar diversas sentencias de esta Sala Cuarta conforme a las cuales la representatividad de un sindicato para formar parte de la mesa negociadora de un convenio colectivo sectorial se mide en el momento de constitución de la mesa negociadora. Pero no especifica el modo en que la sentencia recurrida ha infringido la jurisprudencia que cita, ni razona en qué han consistido las infracciones denunciadas, ni combate la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida para resolver la cuestión litigiosa planteada en la demanda.

Por otro lado, es seguro que la infracción de referencia no concurre porque la sentencia recurrida erige el momento de constitución de la comisión negociadora en el verdadero eje cronológico de su decisión. A tal fecha entiende que debe referirse no solo la implantación del sindicato, sino también su acreditación.

Podrá haber errado la sentencia al tomar unos u otros datos sobre la implantación de FETICO, pero en modo alguno ha desconocido el criterio jurisprudencial que invoca ahora.

#### 3. Decisión de la Sala.

A la vista de cuanto antecede, el primer motivo de los encauzados a través del artículo 207.e) LRJS no puede prosperar.

**Sexto.** *Infracción de normas (Motivo 5º del recurso).*

#### 1. Formulación del motivo.

Alega que la sentencia ha infringido el artículo 87.2.c) ET, en conexión con los preceptos constitucionales sobre negociación colectiva (art. 37.1) y libertad sindical (art. 28.1), al excluir del cómputo de la representatividad de FETICO a la RLT del Grupo El Árbol.

Sostiene que las normas no excluyen a quienes son RLT incluidos en el ámbito funcional y territorial del convenio a negociar, aunque hayan negociado o estén afectados por el ámbito de aplicación de un convenio de empresa, que es compatible con el convenio regional y que actúa como Derecho supletorio del mismo.

#### 2. Consideraciones procesales.

El motivo concuerda con la fundamentación de la demanda. Pretende que en la negociación del convenio colectivo sectorial se tengan en cuenta (a efecto del cómputo del artículo 87.2.c ET) los representantes del supermercado El Árbol en Ribaseca, que se rige por convenio de empresa. Sin embargo, hemos de advertir que ni siquiera el éxito de este motivo sería suficiente para que prosperase el recurso.

La sentencia recurrida desestima la demanda porque entiende que en el momento pertinente, al constituirse la Comisión Negociadora, FETICO no ha aportado acreditación de su suficiente implantación en el ámbito del convenio. Se trata de una razón de decidir no combatida eficazmente a lo largo del recurso, ni siquiera en este último motivo.

La sentencia recurrida contiene un segundo eje argumental de igual valor decisivo: con los datos que deben tomarse en cuenta (los de la certificación de septiembre) FETICO no alcanza el 10% de implantación sobre la RLT del sector, tanto si se incluye como si se excluye el centro de trabajo de Ribaseca.

### 3. Recapitulación.

Teniendo en cuenta la rectificación de hechos probados que hemos aceptado y los razonamientos previos, podemos concluir lo siguiente:

\* La representatividad acreditada por FETICO al momento de constituirse la Comisión Negociadora del convenio en ningún caso alcanza el 10% sobre el total de la RLT, se excluya (21/263) o se incluya (27/272) la del dentro de trabajo de Ribaseca.

\* Al acto del juicio FETICO aporta una certificación de representatividad emitida mucho después (11 diciembre) de haberse constituido la Comisión Negociadora (29 octubre).

\* Con los datos de esta certificación postrera FETICO no alcanza el 10% de implantación si se considera que la RLT tomada en cuenta es la de los centros de trabajo afectados por el convenio (23/265).

\* Si se considera que, aunque posea convenio distinto, el centro de trabajo de Ribaseca también debe computar sí alcanzaría la implantación de referencia (29/274).

La sentencia recurrida desestima la demanda porque en el momento de constituirse la comisión negociadora no ha acreditado FETICO su legitimación para negociar el convenio colectivo de referencia. El recurso afirma que difícilmente podía presentar FETICO una certificación con la representatividad coetánea cuando se constituye la Comisión Negociadora, pero ni expone las razones (legales o fácticas) de ello, ni invoca documentos concretos que acrediten que utilizó las actas electorales necesarias para acreditarlo, ni hay tampoco constancia de que adoptara iniciativa posterior alguna para intentar su admisión en la citada Comisión con base en certificación adecuada. La lesión de la libertad sindical, en esas condiciones, no es en absoluto clara.

Este último motivo del recurso argumenta en favor de la toma en cuenta de esa RLT, presuponiendo que ello aboca a la casación de la sentencia. Pero tal planteamiento es erróneo, porque lo que afirma la STSJ recurrida es que los datos válidos al momento de constituirse la citada comisión son los de la certificación existente entonces y, como queda expuesto, ni siquiera la interpretación que del artículo 87.2.c) ET sostiene el recurso permite entender que FETICO alcanzaba la implantación suficiente.

El empeño de FETICO es demostrar que en el momento de constituirse la comisión negociadora tenía la suficiente representatividad, partiendo de varias premisas encadenadas: que no era preciso acreditarla mediante certificación oficial de los resultados electorales; que es válida la certificación aportada en sede judicial; que a efectos del cómputo hay que incluir a la RLT de los centros de trabajo con convenio propio. Las dos primeras premisas chocan con postulados contrarios de la sentencia recurrida y no han sido eficazmente combatidas. Así las cosas, no posee relevancia decisiva la interpretación que se sostenga sobre el tema.

PEse a ello, advirtamos que la doctrina de la sentencia recurrida sobre este particular no concuerda con lo que sostuvimos en la STS 1 octubre 1998 (rec. 3114/1997), antes recordada, y que ahora reafirmamos por varios motivos: 1º) Porque las reglas sobre legitimación negocial no especifican que las empresas con convenio propio deban excluirse del requisito de implantación previsto en el artículo 87.2.c ET. 2º) Porque la incidencia del convenio sectorial respecto de las empresas con convenio propio pero incluidas en la unidad de negociación no es teórica, sino posible cuanto tras la ultraactividad se desencadene la consecuencia prevista en el art. 86.3 ET ("se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación"). 3º) Porque la exclusión de tales empresas comportaría 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), lo que no es el caso. 4º) Porque la unidad de negociación se delimita por quienes, en su conjunto, poseen la triple representatividad ( art. 83.1 ET) y sus confines no se ven alterados por el hecho de que alguna empresa inmersa en ella posea convenio propio.

**Séptimo. Resolución.**

Como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional y esta Sala del Tribunal Supremo, la exclusión de un Sindicato de la Comisión Negociadora supone, únicamente, un atentado a la libertad sindical cuando la decisión expulsadora sea contraria a la Ley o claramente arbitraria e injustificada (por todas, STS 21 enero 2010, rec. 21/2008). Ello no ocurre en el presente supuesto.

FETICO no acreditó suficiente representatividad en el momento de constituirse la Comisión negociadora del convenio colectivo. Es en el acto del juicio cuando aporta un certificado demostrativo de que sí alcanza el 10% de implantación, siempre que a tales efectos se contabilice la RLT del centro de trabajo que cuenta con convenio colectivo propio, línea argumental que consideramos acertada pero que resulta insuficiente para casar la sentencia de instancia.

Con arreglo a cuanto queda expuesto, el recurso formalizado contra la sentencia de instancia no puede prosperar. De acuerdo con el Informe del Ministerio Fiscal, se impone su desestimación, al no apreciarse las infracciones denunciadas, con la consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida.

La cualidad subjetiva del recurrente vencido en su recurso ( art. 235.1 LRJS) comporte la imposibilidad de imponer las costas originadas por su recurso a FETICO, de modo que cada parte se hará cargo de las causadas a su instancia.

### FALLO

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

:

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical independiente FETICO (anterior Federación de Trabajadores Independientes de Comercio FETICO), representada y defendida por la Letrada Sra. Ortega Ferrero.

2) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia nº 397/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Valladolid), de 28 de febrero de 2020, en autos nº 1/2020, seguidos a instancia de dicha recurrente contra los Sindicatos Comisiones Obreras (CC.OO.), Unión General de Trabajadores (UGT), Asociación Patronal de la Mediana Distribución y Supermercados de Castilla y León (PAMEDISCALE), Asociación para el Desarrollo de la Distribución de Castilla y León (ADD), sobre Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

3) Disponer que cada parte asuma las costas procesales causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.