

**LUIS FERNANDO LUJÁN DE FRÍAS**  
**ABOGADO**  
**Calle Miguel Ángel, 18, Esc. Int, 1-D**  
**Teléfonos: 913082262 y 913195160**  
**Fax: 913190371**

**FAX**

**REMITENTE.- DESPACHO DE ABOGADOS**

**DESTINATARIO: D. JUAN CARLOS CONDE**

**NUM. DE HOJAS.- Carátula + 7**

**NUM. DE FAX.- 914466987**

**FECHA.- 21/07/2008**

**NOTA.- Adjunto envío sentencia de FENOFAR.**

Un saludo.

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Social

**Núm. de Procedimiento:** 0000211/2007  
**Tipo de Procedimiento:** DEMANDA  
**Índice de Sentencia:**  
**Contenido Sentencia:**  
**Demandante:** FENOFAR  
**Codemandante:**  
**Demandado:** FEFE, CEAF AEF, CC.OO Y FED. SERVICIOS PÚBLICOS UGT

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. JUAN JOSE NAVARRO FAJARDO

### SENTENCIA Nº: 0046/2008

**Ilmo. Sr. Presidente:**  
D. ENRIQUE FÉLIX DE NO ALONSO-MISOL

**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D. JUAN JOSE NAVARRO FAJARDO  
D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN ROSARIO URESTE GARCÍA

Madrid, a ocho de julio de dos mil ocho.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

Ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el procedimiento 0000211/2007 seguido por demanda de FENOFAR contra FEFE, CEAF AEF, CC.OO y FED. SERVICIOS PÚBLICOS UGT sobre conflicto colectivo .Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN JOSE NAVARRO FAJARDO



## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Según consta en autos, el día 22 de noviembre de 2007, se presentó demanda por FENOFAR contra FEFE, CEFAEF, CC.OO y FED. SERVICIOS PÚBLICOS UGT sobre conflicto colectivo

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 5 de febrero de 2008, para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados, en el acto del juicio, la Sala acordó la suspensión de las actuaciones, señalándose como nueva fecha de juicio el día 16 de abril de 2008.

**Cuarto.-** Por providencia de 21 de febrero de 2008, cuyo contenido literal consta en autos, se acuerda señalar la Audiencia Preliminar, para el día 4 de marzo de 2008. En esta misma fecha, se celebra la Audiencia Preliminar solicitada respecto a la adopción de la medida cautelar, dictándose en su virtud auto nº 12/08, desestimando la pretensión de la medida cautelar instada.

**Quinto.-** Con fecha 16 de abril de 2008, se procede a la celebración del acto del juicio, acordándose por la Sala la suspensión del mismo, señalándose como nueva fecha de juicio el día 3 de julio de 2008.

**Sexto.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto. En dicho acto la Sala comunicó a las partes el cambio de Ponente siendo sustituida la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. María Paz Vives Usano, por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan José Navarro Fajardo, no oponiéndose ninguna de las partes.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.** La Federación Nacional de Oficinas de Farmacia (FENOFAR), demandante en los presentes autos, es una asociación de empresarial de ámbito nacional del sector de Farmacia. (Hecho no controvertido).

**SEGUNDO.** Esta asociación es una escisión de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), asociación empresarial mayoritaria en el sector, según resulta de las alegaciones coincidentes de las partes que intervienen en este litigio.

**TERCERO.** Previamente, con fecha de 15 de enero de 2007, en los locales de UGT, de la Avenida de América, 25, de Madrid, tuvo lugar una reunión de representantes de organizaciones sindicales y empresariales del sector a fin de constituir la mesa negociadora del mismo convenio. A esta reunión asistieron UGT y CO.OO, por la parte sindical, y exclusivamente FENOFAR, por la parte empresarial.



En esta reunión, las representación de las referidas organizaciones sindicales reconocieron a FENOFAR como interlocutor válido, una vez revisada la documentación aportada; indicándose que, conforme a la misma, esta asociación empresarial representaba 5792 farmacias y un número aproximado de 17.000 trabajadores (folio 5 del ramo de prueba de UGT). La mesa negociadora constituida entonces, quedó a la espera de que FEFE se incorporara al banco patronal, a cuyo efecto esta asociación fue citada a una nueva convocatoria (folio 6).

**CUARTO.** El día 28 de marzo de 2007 se constituyó la Mesa de Negociación del XIII Convenio Nacional de Oficinas de Farmacia para los años 2007-2010 en reunión convocada a ese efecto en la sede de la Organización empresarial FEFE. El banco social quedó constituido por nueve miembros de la representación sindical distribuidos del siguiente modo: 4 de CEAFSAEF, 3 de CCOO y 2 de UGT. La parte empresarial estaba constituida por la Federación FEFE en solitario. (Hecho conforme).

**QUINTO.** La asociación FENOFAR intentó formar parte de la expresada mesa de negociación, pero no fue admitida por las demás organizaciones al no haber acreditado –en opinión de estas- la representación o legitimidad exigida por el art. 87.3 del Estatuto de los Trabajadores.

**SEXTO.** Puede considerarse probado, como consecuencia de la prueba testifical practicada, que, el citado día 28 de marzo, la asociación empresarial demandante, en la reunión celebrada al efecto, no exhibió en ningún momento la certificación acreditativa de su propia representatividad.

Tampoco la exhibió en el plazo que le fue concedido por unanimidad por las demás partes negociadoras para que el día 20 de abril, inclusive, acreditase la representatividad que alegaba (folio 406, en el que figura el documento nº 2 del ramo de prueba de FEFE).

La razón aducida entonces por FENOFAR para no exhibir la documentación acreditativa de su condición representativa fue que ya la había acreditado en la reunión del 15 de enero de 2007, que las organizaciones sindicales que acudieron a esa reunión ya tenían copias de tal documentación ( extremo acreditado por la prueba de confesión de UGT y CC.OO ), no pareciéndole lógico ni exigible imponerle acreditar una representación ya acreditada suficientemente, mientras a FEFE no se le imponía la misma justificación.

**SÉPTIMO.** En la ya referida reunión de 28 de marzo de 2007, que obra al citado folio 406 y documento 2 y se da por reproducido en lo menester, se acordó por los integrantes de la mesa negociadora "declarar nula y sin efecto el acta de la constitución de la mesa negociadora de 15 de enero de 2007".

En esta reunión se determinó por las partes negociadoras el universo del sector de farmacias, dejando constancia de que el número de farmacias con empleados era de 20.579, y el de trabajadores, de al menos 60.000.

**OCTAVO.** Con fecha de 15 de marzo de 2008 se dictó sentencia por esta Sala, en proceso de tutela de derechos fundamentales, instado por la organización sindical FETRAFA. La parte dispositiva de esta sentencia decía así:

"Que en la demanda promovida por el sindicato FETRAFA por el cauce procesal de tutela de derechos fundamentales contra D. Juan Francisco (PTE. MESA NEGOCIADORA); FEFE; CCOO, UGT-FSP; CEAFSAEF, oído el Ministerio Fiscal:

1º Estimamos la demanda y declaramos la vulneración de la libertad sindical del sindicato demandante realizada por los componentes de la mesa de negociación del Convenio Colectivo de Oficinas de Farmacia 2007 demandadas.

2º Declaramos la nulidad de la actuación de D. Juan Francisco... , la asociación empresarial FEFE, los sindicatos CCOO, UGT, y CEAFÁEF, y en consecuencia la nulidad de composición de la Mesa Negociadora del 23 Convenio Colectivo Nacional de Oficinas de Farmacia.

3º Reconocemos el derecho del sindicato FETRAFA a formar parte de la comisión negociadora del 23 Convenio Colectivo de Oficinas de Farmacia por poseer la legitimación exigida legalmente para participar en ella, comisión que debe ser constituida de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

4º Condenamos a los demandados al cese inmediato de dicha conducta y a atribuir al sindicato demandante el derecho a participar en la mesa negociadora del Convenio Colectivo Nacional de Oficinas de Farmacia".

Todos los expresados demandados, aceptando lo dispuesto en esta sentencia, dieron entrada a FETRAFA en la comisión negociadora del convenio, que introdujo algunas modificaciones en el texto definitivo del convenio aprobado.

**NOVENO.** Enterada de la anterior sentencia, el 6 de mayo de 2008 (documento 35 de su ramo de prueba y 334 de las actuaciones ), la asociación demandante dirigió sendos burofaxes a las organizaciones integrantes de la que podemos denominar segunda comisión negociadora, expresándoles, entre otras cosas, que "como quiera que la Mesa Negociadora del XXIII convenio se debe, obligatoriamente, volver a constituir y como quiera que deseamos formar parte de esa nueva constitución, les requerimos expresa y fehacientemente para formar parte de la negociación del Convenio".

No consta que las organizaciones requeridas dieran respuesta alguna a estos burofaxes.

**DÉCIMO.** Finalmente (folio 406, documento 35), el convenio así negociado -con intervención de FETRAFA y sin la de FENOFAR, fue aprobado y suscrito con fecha de 12 de junio de 2008, como el XXIII Colectivo Marco para Oficinas de Farmacia de Farmacia (oficio de 25 de junio de 2008 del Director General de Trabajo, que ordena su inscripción y publicación).

Se han cumplido las previsiones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** En la demanda de conflicto colectivo rectora de este proceso se solicitaban de esta Sala los siguientes pronunciamientos:

- 1).- Que se reconociera que FENOFAR cuenta con la representación legalmente exigida para formar parte de la mesa negociadora del Convenio Colectivo de Farmacia.
- 2).- Que se ordene el inmediato cese de las negociaciones llevadas a cabo por las demandadas.
- 3).- Que se anulen los posibles acuerdos alcanzados en tal negociación.



4).- Que se condene a los demandados a la inclusión de FENOFAR en la composición de la Mesa Negociadora del Convenio por parte de la patronal con arreglo al número de asociados con que cuente cada una de las asociaciones.

A excepción de UGT (que no firmó el expresado convenio, y simplemente solicitó una sentencia ajustada a Derecho), las demás organizaciones empresariales y sindicales demandadas se han opuesto a las pretensiones deducidas en la demanda, alegando esencialmente dos razones complementarias. La primera, que la organización empresarial demandante no ha acreditado su representatividad para ostentar legitimación inicial para formar parte del banco empresarial en la negociación del Convenio de Farmacia. La segunda, que cuente o no con la representatividad necesaria, la demandante no se avino a su acreditación en el momento oportuno de la constitución de la comisión negociadora del convenio.

**SEGUNDO.** Dados los términos en que ha quedado planteada la presente controversia judicial, los dos problemas que la Sala debe abordar consisten en determinar, por un lado, si asociación patronal demandante agrupa el 10% de las farmacias españolas que ocupen al menos el 10% de los trabajadores afectados por el convenio; y por otro, si puede considerarse que esta asociación acreditó oportunamente frente a las demás organizaciones integrantes de la comisión negociadora esa legitimación inicial para formar parte del banco empresarial.

La prueba de la legitimación negocial de las organizaciones empresariales presenta dificultades prácticamente insuperables. Como se señala en la STS de 25 de enero de 2002, "la justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial. La disposición adicional sexta del ET no arroja demasiada luz sobre el problema para disipar las dudas que plantea, pues se limita a fijar los topes mínimos de representatividad de las asociaciones empresariales a distintos niveles, pero no señala los medios para cuantificar tal representatividad"

Para allanar esta dificultad se ha acudido frecuentemente por la jurisprudencia a la técnica de presumir que, en principio, quienes hayan negociado un convenio colectivo, reconociéndose recíprocamente como interlocutores, gozan de la representatividad y legitimación suficientes para negociar en los respectivos ámbitos, invirtiéndose así la carga de la prueba, de manera que quien niegue alguna de esas cualidades habrá de demostrar que carece de ellas la asociación empresarial de que se trate, y no pesa sobre esta el gravamen de probar la representatividad que se le niega."

Es cierto que esta técnica o presunción no es plenamente aplicable al caso, puesto que la asociación empresarial demandante no llegó a negociar el convenio aprobado; pero la premisa en que se basa tal técnica o presunción es la misma que se da en el supuesto enjuiciado, en el que, del mismo modo, dos de las organizaciones sindicales (que unidas alcanzan una representación mayoritaria en el sector), en la primera reunión habida el 15 de enero de 2007 para la constitución de la comisión negociadora del convenio, reconocieron a la asociación profesional demandante como interlocutor válido por acreditar la representatividad suficiente.

**TERCERO.** A la vista de lo que resulta de la documentación aportada, especialmente de las actas de las sucesivas reuniones habidas para la constitución de la comisión negociadora del convenio, puede considerarse fuera de cualquier duda razonable que la asociación profesional demandante superaba ampliamente el límite del 10% de oficinas de farmacia y de trabajadores empleados en ellas. Basta para ello comparar los datos relativos a la representación que se le atribuye en aquella primera reunión ( 5792 farmacias y un número aproximado de 17.000 trabajadores), con los datos referentes al denominado universo de sector en la segunda reunión de 28 de marzo (20.579 el número de farmacias con empleados, y de al menos 60.000 el de trabajadores).

Es cierto que el método de cálculo seguido por la asociación empresarial demandante para determinar su representatividad en relación con los trabajadores del sector (acudiendo al promedio estadístico de empleados por cada oficina de farmacia agrupada en la asociación, no permite establecer con total seguridad el número de trabajadores, pero tampoco es una técnica estimativa desdeñable, habida cuenta de que, en la práctica, no hay medios ni procedimientos alternativos de fácil acceso y comprobación para alcanzar una exactitud absoluta e incontestable al respecto.

Por esta razón, y partiendo del hecho incontestable de que, en la reunión inicial para la constitución de la comisión negociadora del convenio, las organizaciones asistentes, tras examinar la documentación exhibida, se reconocieron como interlocutores válidos por contar con la representatividad suficiente (hecho probado tercero), el requisito de la legitimación inicial de la patronal demandante debe entenderse cumplido iuris tantum, correspondiendo, por ello, a las demás organizaciones sindicales y patronales, que se incorporaron después, la carga de la prueba tanto de su propia condición representativa como de la falta de representatividad de las organizaciones sindicales y empresariales que concurrieron a aquella la primera reunión.

**CUARTO.** No habiéndose producido esa prueba negativa, que realmente no es posible alcanzar, ni tan siquiera de forma indiciaria, a través del examen de la voluminosa documental aportada, debe estimarse que la injustificada exclusión de la asociación patronal demandante de la comisión negociadora del convenio vulneró su derecho fundamental a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 de la Constitución Española, y, en consecuencia, las sucesivas comisiones negociadoras del expresado convenio estuvieron viciadas de nulidad, por lo que, asimismo, el XXIII Colectivo Marco para Oficinas de Farmacia nació viciado de ilegalidad, por lo que procede declarar su nulidad como convenio de eficacia general o estatutario, sin perjuicio de su posible valor como pacto extraestatutario, cuestión sobre la que no se pronuncia la Sala al no haber sido objeto de debate.

Consecuentemente, por todo cuanto se deja razonado, procederá la estimación sustancial de la demanda, aunque acomodando los pronunciamientos solicitados, para su encaje lógico con los hechos y las situaciones sobrevenidas a la presentación de la demanda.



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

### FALLAMOS

Estimando substancialmente la demanda de conflicto colectivo interpuesta, declaramos el derecho de la organización empresarial demandante a formar parte de la mesa negociadora del Convenio Colectivo Nacional de Farmacia; declaramos la nulidad del denominado XXIII Colectivo Marco para Oficinas de Farmacia como convenio colectivo estatutario de eficacia general, condenando a las organizaciones demandadas a estar y pasar por estas declaraciones; comuníquese esta sentencia a la Autoridad Laboral, conforme determina el artículo 164.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

Al tiempo de personarse ante la Sala del Tribunal Supremo, el Recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 300,51 Euros previsto en el art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la cuenta corriente del Tribunal Supremo Sala de lo Social número 2410, del Banco Español Crédito, oficina de la C/ Urbana Barquillo, 49 - 28004 Madrid.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.