

CASACION núm.: 239/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 706/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 23 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D^a. Mercedes Bellera Vía, en nombre y representación de la Associació Catalana d'Empreses de Restauració Colectiva (ACERCO), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha

25 de mayo de 2018, procedimiento 2/2018, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la patronal autonómica, Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Cataluña (AERCOCAT) contra la Associació Catalana d'Empreses de Restauració Colectiva (ACERCO) y contra los sindicatos Federació de Serveis, Mobilitat, i Consum de Catalunya (FesMC-UGT), antes (FCTCHTJ-UGT) y Federació de Serveis de CC.OO. Catalunya (antes CC.OO.- FECOHT), sobre impugnación de convenio colectivo, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Cataluña (AERCOCAT), representada y asistida por el letrado D. Salvador Navarro Martín y los sindicatos Federació de Serveis, Mobilitat, i Consum de Catalunya (FesMC-UGT) y Federació de Serveis de CC.OO. Catalunya.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la Patronal autonómica, Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Cataluña (AERCOCAT), se presentó demanda de impugnación de convenio colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia que estime la demanda y, en definitiva, declare: «La nulidad del acuerdo modificación del convenio colectivo vigente para Cataluña en el sector de colectividades».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- En fecha 25 de mayo de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que consta el siguiente fallo: «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 Aa 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».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«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 trabajadore/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 trabajadore/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.

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 periodos 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 trabajadore/as y comunicaría el resultado a la mesa negociadora antes del 10 de julio de 2017.

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 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 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)».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la Associació Catalana d'Empreses de Restauració Colectiva (ACERCO), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso, por la representación letrada de AERCOCAT, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que el recurso debe ser considerado improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos. Por providencia de fecha 29 de mayo de 2020 y por necesidades de servicio se designó como

nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Molins García- Atance, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 9 de julio de 2020.

SÉPTIMO.- Por providencia de 9 de noviembre de 2018 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado para ese día, trasladando el mismo para el día 15 de julio actual, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La controversia litigiosa radica en determinar si debe declararse nulo el acuerdo de 26 de junio de 2017 que modificó el II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña. La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por la Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Catalunya (AERCOCAT), declarando la nulidad del citado acuerdo. Contra ella recurre en casación ordinaria la Associació Catalana d' Empreses de Restauració Colectiva (ACERCO).

2. Los hechos esenciales para el examen de la controversia litigiosa son los siguientes:

- 1) El 15 de junio de 2017 ACERCO convocó a los sindicatos Federació de Serveis, Mobilitat, i Consum de Catalunya (FesMC-UGT) y Federació de Serveis de CC.OO. Catalunya a una reunión a fin de negociar la modificación de los arts. 5 y 36 del citado convenio colectivo.
- 2) El 26 de junio de 2017 se constituyó la comisión negociadora del referido convenio colectivo. A dicha reunión comparecieron ACERCO y ambos

sindicatos. Fue la única reunión celebrada para la modificación de esa norma colectiva.

3) AERCOCAT, constituida en fecha 17 de noviembre de 2015, tuvo conocimiento de dicha convocatoria y acudió a la citada comisión negociadora. Su representante se personó en la reunión, acompañado por un Notario, a quien requirió para que entregase determinadas cartas a D^a. Mercedes Bellera, D. Moisés Berruezo, y D. Esteban Sanabria. En ellas se les comunicaba la condición de asociación empresarial de AERCOCAT, alegando no haber sido convocada a la mesa de negociación, y añadiendo la relación de trabajadores de las empresas asociadas, a efectos de determinar la representatividad de la misma, caso de que se constituyera la precitada mesa de negociación.

4) El servicio de seguridad impidió tanto al representante de AERCOCAT como al Notario el acceso a la sala de reunión, al no estar en la lista de convocados o invitados a la misma. El Notario le entregó un ejemplar de la citada carta a un miembro de la comisión negociadora y representante de CC.OO. La Jefa de Coordinación accedió a hablar con los destinatarios de las cartas. Posteriormente les comunicó que los destinatarios de las cartas manifestaban «no recibir las cartas hasta que, al menos, acaben la reunión».

5) Durante la reunión 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.

6) En dicha reunión se modificaron los arts. 5 (relativo al ámbito temporal, ampliando la duración del convenio a ocho años) y 36 (referente a la retribución) del II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña. El acta de modificación fue firmada por ACERCO y FeSMC-UGT. Por su parte CC.OO. manifestó que sometería el acuerdo a la asamblea de trabajadores y comunicaría el resultado a la mesa negociadora.

7) Dicha modificación fue inscrita en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y publicado en el DOGC de 11 de diciembre de 2017.

SEGUNDO.- 1. En el escrito de impugnación del recurso de casación presentado por AERCOCAT se alega que el escrito de interposición del recurso incumple los requisitos formales exigidos por la doctrina constitucional

y por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS). El art. 210.2 de la LRJS exige que se expresen «con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 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 [...]».

2. La sentencia del TS de 18 de octubre de 2018, recurso 163/2017, explica el alcance de las exigencias formales del escrito de interposición del recurso de casación. Dicho medio de impugnación tiene naturaleza extraordinaria. La doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal, debiendo distinguir entre el rigor formal, que viene 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 (sentencia del TC 17/1985). Por ello, esta Sala argumentó:

«No caben formalismos excesivos, pero tampoco desconocimientos de que hay que cumplir de modo razonable cuanto la norma procesal pide [...] el actual art. 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias: 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación. 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad. 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207. 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo. 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas. 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas. 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido».

3. La lectura del escrito de interposición del recurso de casación revela que la parte recurrente no ha incumplido los requisitos esenciales de dicho medio de impugnación. La parte recurrente articula motivos separados de revisión fáctica casacional y de infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, siguiendo el orden del art. 207 de la LRJS, en los que razona la pertinencia y fundamentación de cada motivo. Esta parte procesal invoca las

concretas normas jurídicas e identifica las sentencias cuya doctrina considera vulnerada, lo que obliga a entrar en el examen de los motivos del recurso.

TERCERO.- La parte recurrente formula tres motivos al amparo del apartado d) del art. 207 de la LRJS en los que solicita la revisión de los hechos probados tercero, quinto y undécimo. Los requisitos de la revisión fáctica casacional son los siguientes:

«a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia» (sentencia del TS de 19 de febrero de 2020, recurso 169/2018, y las citadas en ella). Además, «la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" [...] Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor. En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador *a quo* ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario [...] en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente» (sentencias del TS de 6 de junio de 2012, recurso 166/2011; 19 de febrero de 2020, recurso 183/2018 y 17 de marzo de 2020, recurso 136/2018, con cita de otras muchas).

CUARTO.- 1. Las pretensiones revisoras de los hechos probados tercero y quinto se sustentan, entre otros medios de prueba, en los correos electrónicos obrantes a los folios 730, 731 y 505 de las actuaciones. Las sentencias de este Tribunal de 16 de junio de 2011, recurso 3983/2010 y 26 de noviembre de

2012, recurso 786/2012, afirmaron que los medios probatorios enumerados en el art. 299.2 de la LRJS (medios audiovisuales y soportes electrónicos) tienen naturaleza autónoma: no se trata de prueba documental, por lo que no tiene eficacia revisora casacional. Posteriormente la sentencia de este Tribunal de 18 de septiembre de 2018, recurso 69/2017, estimó una pretensión revisora casacional basada en un correo electrónico. Y las sentencias de esta Sala de 29 de enero de 2019, recurso 12/2018 y 12 de febrero de 2013, recurso 254/2011, en ningún momento cuestionan la idoneidad de unos correos electrónicos para sustentar una pretensión revisora casacional, aunque finalmente desestiman la solicitud. Este Tribunal va a proceder a examinar la naturaleza de dichos correos electrónicos.

2. Hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas (art. 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante LEC). La LEC sanciona el carácter de *númerus apertus* de las fuentes de prueba, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC. La controversia radica en determinar si la concisa regulación de estos medios probatorios establecida en la LEC (arts. 299.2 y 382 a 384) configura unos medios de prueba autónomos, es decir, unos complejos normativos completos, o si dichas normas no constituyen medios de prueba independientes sino que deben ponerse en relación con la prueba documental.

3. La LEC contiene preceptos favorables al concepto amplio de prueba documental: arts. 326.3, 327, 333 y 812.1.1º. A juicio de este Tribunal, la LEC no regula dos medios de prueba nuevos sino únicamente unas fuentes de prueba. Los arts. 299.2, 382.1 y 384.1 de la LEC se limitan a enumerar diferentes instrumentos y actividades. Se trata de una regulación brevísima: la LEC se ha limitado a establecer las peculiaridades de estas fuentes de prueba porque, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de

estas pruebas a la parte contraria sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo. Pero los medios de prueba son los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un *númerus clausus*.

4. Dicho concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos, es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico, con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC. En ese sentido puede citarse el art. 26 del Código Penal; el art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el art. 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; el art. 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el art. 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; el art. 76.3 *in fine* del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; el art. 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre; y el art. 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

5. El avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo. En consecuencia, debemos atribuir la naturaleza de prueba documental a los citados correos electrónicos obrantes a los folios 730, 731 y 505 de las actuaciones. Ello no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia.

QUINTO.- 1. La parte recurrente quiere añadir al hecho probado tercero el texto siguiente:

«Las empresas SERUNION, EUREST, ISS y HOSTESA fueron convocadas a la Junta General de ACERCO de 7 de junio de 2017 en la que se debía tratar la propuesta de los sindicatos de modificación del convenio colectivo.

En dicha Junta General se aprobó por 7 votos a favor y 2 en contra (SERUNION y HOSTESA) la modificación del convenio de acuerdo con la propuesta presentada por los sindicatos.

En AERCOCAT hay 22 empresas socias, 5 de ellas pertenecen al Grupo Eurest y 10 al Grupo Serunión y también es miembro ISS Facility Services SA».

2. Esta pretensión revisora se sustenta en los documentos obrantes a los folios 729 a 731, 983 a 1019, 339 a 341, 306, 1025, 54, 347 a 350, 344, 345 y 732 a 735 de las actuaciones. La aplicación de la citada doctrina jurisprudencial, que solo permite la revisión fáctica cuando el documento en que se apoya tenga «una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas» obliga a concluir que los citados documentos no demuestran por sí solos, de forma clara, directa y patente, que la sentencia de instancia haya incurrido en error probatorio. Sí que es cierto que la prueba documental obrante a los folios 339 a 341, 54, 347 a 350, 344 y 345 y 732 a 735 de la causa, acredita la veracidad de parte de la adición fáctica propuesta por esta parte procesal, lo que permite completar el relato histórico de la sentencia recurrida, por lo que procede adicionar el texto siguiente: «En dicha Junta General se aprobó por 7 votos a favor y 2 en contra (SERUNION y HOSTESA) la modificación del convenio de acuerdo con la propuesta presentada por los sindicatos. En AERCOCAT hay 22 empresas socias, 5 de ellas pertenecen al Grupo Eurest y 10 al Grupo Serunión y también es miembro ISS Facility Services SA».

SEXTO.- 1. En el hecho probado quinto se declara probado que «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.» La parte recurrente niega que la asociación AERCOCAT se enterase de dicha reunión. Sostiene que quien es enteró fue el abogado de esa asociación pantalla D. Salvador Navarro, solicitando una revisión fáctica en dicho sentido.

2. Este motivo se sustenta en los documentos obrantes a los folios 505 y 506 de las actuaciones. En el folio 505 aparece un correo electrónico aportado al proceso por AERCOCAT y en el folio 506 un escrito remitido por la Presidenta de dicha asociación. Dichos documentos no demuestran, de forma clara, directa y patente, la veracidad de la modificación histórica propuesta por esta parte procesal, lo que impide estimarla.

SÉPTIMO.- En el hecho probado undécimo se afirma que, 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. La parte recurrente, con apoyo en el citado documento obrante al folio 753, pretende añadir a este ordinal que entre esas empresas se encontraban Hostelería de Servicios Colectivos SA, Serunión SA, Eurest Colectividades SL e ISS Facility Services SA.

La adición fáctica es intrascendente. El hecho probado combatido se remite expresamente al citado documento, incorporando su contenido al relato histórico, lo que hace irrelevante este motivo.

OCTAVO.- 1. En el siguiente motivo del recurso, amparado en la letra e) del art. 207 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 165.1.a) de la LRJS y de los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, alegando que AERCOCAT es una asociación aparente cuya única finalidad es revertir fraudulentamente el acuerdo de modificación del convenio colectivo. Esta parte procesal sostiene que AERCOCAT estaba inactiva y comparte con ACERCO el 75% de los asociados, postulando la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo.

2. En el escrito de impugnación del recurso se insiste en que el escrito de interposición del recurso de casación incumple los requisitos legales. Sin embargo, la parte recurrente alega la existencia, a su juicio, de una conducta fraudulenta y abusiva de la asociación demandante que conduce a la desestimación de la demanda. La recurrente invoca los preceptos legales así

como la doctrina jurisprudencial que considera vulnerados, razonando la pertinencia y fundamentación del motivo, lo que obliga a entrar en su examen.

NOVENO.- 1. La parte recurrente invoca tanto el art. 6.4 del Código Civil, que regula el fraude de ley, como el art. 7.2, relativo al abuso del derecho, y denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo. Se trata de instituciones jurídicas distintas.

1) El fraude de ley «es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (SSTS de 04/07/94 -rcud 2513/1993-, 16/01/1996 -rec. 693/1995-, y 31/05/07 -rcud 401/2006-), siendo suficiente la existencia de datos objetivos que pongan de manifiesto el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (STS 23/12/2014, -rec. 109/2014-). El fraude de ley, al igual que el abuso del derecho, no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca, lo que puede hacerse mediante pruebas directas o indirectas, como la de presunciones (SSTS de 17-02-2014, -rec. 142/2013-, y 26-03-2014, -rec. 158/2013)» (sentencia del TS de 13 de mayo de 2019, recurso 246/2018).

2) El abuso de derecho «comporta una actuación que sobrepasara el límite normal del ejercicio de un derecho con el exclusivo propósito de dañar a un tercero, lo que implica que su apreciación exige unos hechos probados que pongan de manifiesto tanto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) como las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)» (sentencia del TS de 13 de mayo de 2019, recurso 246/2018).

3) La teoría del «levantamiento del velo de la persona jurídica» permite «penetrar en el 'substratum' personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto–, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude» (sentencia de la Sala Civil del TS número 392/2006, de 19 abril, y las citadas en ella).

2. Las alegaciones de la parte recurrente carecen de sustrato fáctico. El recurso sustenta sus razonamientos en unos datos de hecho que no vienen avalados en la sentencia, para incurrir de esta forma en el rechazable vicio

procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (sentencia del TS de 14 de mayo de 2020, recurso 214/2018 y las citadas en ella). En efecto, ni se ha acreditado que AERCOCAT sea una asociación aparente o ficticia, ni su inactividad, ni la existencia de conducta fraudulenta o constitutiva de abuso de derecho por su parte. Y en modo alguno concurren los requisitos que justifican el levantamiento del velo. Por el contrario, se ha probado que AERCOCAT se constituyó el 17 de noviembre de 2015, efectuándose el depósito y registro de dicha asociación mediante resolución de 21 de diciembre de 2015, publicada en el DOGC el día 14 de enero de 2016. Entre los socios de AERCOCAT se encuentran los grupos Eurest, ISS, Serunión o Mediterránea de Catering, entre otros. AERCOCAT es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar que tiene la legitimación inicial para la negociación del convenio colectivo sectorial exigida por el art. 87.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET): se ha acreditado que da ocupación al quince por ciento de los trabajadores afectados. El ámbito de la norma colectiva impugnada coincide con el de la mayor parte de las empresas integrantes de ACERCO. Es cierto que algunas de las empresas asociadas a ACERCO en fecha 30 de junio de 2017 también estaban asociadas a AERCOCAT. Pero dicha coincidencia parcial de empresas asociadas no excluye la legitimación inicial para negociar el convenio colectivo de AERCOCAT, a la que se impidió el acceso al local donde se iba a celebrar la negociación, lo que obliga a desestimar este motivo.

DÉCIMO.- 1. En el siguiente motivo, formulado con idéntico amparo procesal, se denuncia la infracción de los arts. 28.1 y 37 de la Constitución y de los arts. 87.2 y 3.c) del ET, alegando que la estimación de la demanda vulnera el derecho a la negociación colectiva del sindicato mayoritario FesMC-UGT y de ACERCO al dejar sin efecto un acuerdo válido de modificación de un convenio colectivo. Esta parte procesal sostiene que las empresas que perdieron la votación en la Junta General de ACERCO celebrada el 7 de junio de 2017 (Grupo Eurest, Grupo Serunión e ISS) mediante una asociación de sustrato aparente (AERCOCAT) han conseguido que se estime su derecho a estar en

la mesa de negociación. Asimismo argumenta que el 75% de la base asociativa de AERCOCAT comprende los mismos sujetos que en ACERCO, lo que supone «clonar» asociaciones empresariales neutralizando la negociación colectiva.

2. La parte recurrente sostiene que la sentencia de instancia vulnera el derecho a la negociación colectiva del sindicato mayoritario FesMC-UGT. Sin embargo, esa organización sindical no ha recurrido la sentencia de instancia. Respecto de la asociación ACERCO, es cierto que Serunión y Hostesa acudieron a la Junta General de ACERCO celebrada el 7 de junio de 2017 y votaron en contra de la aprobación del acuerdo de modificación del convenio colectivo, pese a lo cual se aprobó por siete votos contra dos. Pero ello no impide que otra asociación distinta: AERCOCAT, que está integrada por 22 empresas, pueda impugnar dicho acuerdo, al no haberse acreditado que se trate de una asociación aparente ni fraudulenta. La recurrente incurre nuevamente en el vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», lo que impide estimar este motivo.

UNDÉCIMO.- 1. En el último motivo del recurso, formulado con el mismo amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 323.6, C del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, alegando que establece como deber de los asociados respetar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de la asociación, lo que no hicieron las mercantiles Serunión, Eurest, ISS y Hostesa, que formaban parte de ACERCO, por lo que tenían la obligación de cumplir los acuerdos adoptados en el seno de dicha asociación.

2. En el escrito de impugnación del recurso se alega que se trata de una cuestión nueva, suscitada por primera vez en casación. Sin embargo, el examen de la grabación del juicio oral revela que sí que fue alegada por esta parte procesal.

3. Las asociaciones empresariales se rigen por la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical; y por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Por su parte,

el art. 111-4 de la primera Ley del Código Civil de Cataluña establece la aplicación supletoria de dicha norma: «Las disposiciones del presente Código constituyen el derecho común en Cataluña y se aplican supletoriamente a las demás leyes».

El art. 323.6, C del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña establece:

«Los asociados tienen los siguientes deberes:

- a) Comprometerse en las finalidades de la asociación y participar en su consecución.
- b) Contribuir a pagar los gastos de la asociación con el pago de cuotas y derramas y con las demás aportaciones económicas que establezcan los estatutos y que se aprueben de acuerdo con estos.
- c) Respetar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de la asociación.
- d) Cumplir las demás obligaciones que establezcan los estatutos.»

4. La sentencia recurrida no ha vulnerado el citado precepto legal. El hecho de que las mercantiles Serunión, Eurest, ISS y Hostesa formaran parte de ACERCO no impide que AERCOCAT, que es otra asociación, pueda impugnar el citado acuerdo, careciendo de sustrato fáctico las alegaciones de la parte recurrente, que incurre nuevamente en el vicio procesal consistente en «hacer supuesto de la cuestión».

5. Las precedentes consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso de casación ordinario. Sin pronunciamiento sobre costas. Se acuerda la pérdida de los depósitos y el mantenimiento de las consignaciones para recurrir (art. 228.3 de la LRJS).

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 ordinario interpuesto por la representación de la Associació Catalana d'Empreses de Restauració Colectiva contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Cataluña en fecha 25 de mayo de 2018, procedimiento 2/2018, confirmando la citada sentencia.

2. Decretar la pérdida de los depósitos y el mantenimiento de las consignaciones para recurrir. Sin pronunciamiento sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

