

DEMANDA N°: Instancia 19/2017
NIG PV: 00.01.4-17/000118
NIG CGPJ: 48020.34.4-2017/0000118

SENTENCIA N°: 2085/2017

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 26 de octubre de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes autos nº 19/2017 sobre CONFLICTO COLECTIVO, en los que han intervenido, como parte demandante FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS y FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT, y como parte demandada CONFEDERACION EMPRESARIAL VASCA CONFEBASK, FEDERACION ESPAÑOLA DE HOSTELERIA, FEDERACION DE HOSTELERIA DEL PAIS VASCO, MINISTERIO FISCAL, CONFEDERACION SINDICAL ELA, CONFEDERACION ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURISTICOS y LAB.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21-9-17 tuvo entrada en este Tribunal la demanda de conflicto colectivo, formulada por el letrado D. Armando García López en nombre y

representación de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras y D. Bernardo García Rodríguez en nombre y representación de la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores, frente a los sindicatos ELA, LAB, la FEDERACION DE HOSTELERIA DEL PAIS VASCO y la CONFEDERACION EMPRESARIAL VASCAS, siendo partes interesadas la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURISTICOS y la FEDERACION ESPAÑOLA DE HOSTELERIA, e interesando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del I Acuerdo Marco CAPV en el ámbito de la Hostelería o subsidiariamente su inaplicación.

SEGUNDO.- El día 3-10-17 se dictó Decreto por el que se admitía a trámite la demanda interpuesta y se acordó el señalamiento de la vista oral para el día 24-10-17.

TERCERO.- Se celebró el acto de vista el día señalado, 24-10-17, con el resultado que obra en autos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La presente impugnación de convenio colectivo lo es del I Acuerdo Marco de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el ámbito de hostelería (BOPV 16 de marzo de 2017, aunque consta suscrito el 9 de enero de 2017 pero se requirió de subsanación el 17 de febrero con cumplimentación el 21 de febrero de 2017) que obra en autos y damos por reproducido, con un ámbito personal y funcional que se recoge en el art. 1, un ámbito territorial en el art. 2 y una vigencia que refleja el art. 3 desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2020 y cuatro años de ultraactividad posibles.

SEGUNDO.- Mediante Resolución de 6 de mayo de 2015 se registró y publicó el quinto Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V, publicado en el BOE de 21 de mayo de 2015), que consta en autos y damos por reproducido. Tiene naturaleza de acuerdo marco tal y como recoge su preámbulo y el art. 10, con un ámbito funcional el art. 4, un ámbito territorial en el art. 5 y finalmente una vigencia de 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2019, según su art. 6.

TERCERO.- El art. 10 del ALEH V regula la estructura de la negociación colectiva del siguiente modo:

"1. El presente Acuerdo, además de su condición de convenio colectivo sobre materias concretas, tiene naturaleza de acuerdo marco y de estructura, de los regulados en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.

2. Este Acuerdo ostenta una posición de renovada preeminencia en el sistema de negociación colectiva en el sector de hostelería, siendo el mismo el único con competencia

en todo el sector en la determinación de la estructura de la negociación colectiva, las reglas para resolver los conflictos de concurrencia de convenios de distinto ámbito, y las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores.

3. Las materias contenidas y reguladas en el presente Acuerdo quedan reservadas al ámbito estatal sectorial, salvo que expresamente la Comisión negociadora del Acuerdo establezca lo contrario, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Los textos articulados de los convenios colectivos de ámbito inferior o específico no podrán en ningún caso reproducir literalmente los contenidos del presente Acuerdo cuando se trate de artículos o materias regulados en el mismo, debiendo limitarse los otorgantes de tales acuerdos a hacer, en su caso, una remisión al mismo.

4. Cuando se revisen o negocien nuevas materias y se incorporen al contenido del presente Acuerdo, las partes determinarán en cada caso si las mismas quedan reservadas al ámbito del mismo, no pudiendo negociarse en consecuencia en otros ámbitos inferiores ni distintos, o si su regulación puede resultar complementada por otras disposiciones convencionales en otras unidades de negociación colectiva, en los términos que se establezca por la Comisión negociadora de este Acuerdo.

5. Las partes establecen la estructura de la negociación colectiva en todo el sector de hostelería en base al presente Acuerdo, los convenios colectivos subsectoriales estatales específicos que, en su caso, se acuerden, y los convenios colectivos sectoriales de ámbito de comunidad autónoma o provincial, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 8 del presente artículo,

A tal efecto, se definen los ámbitos y niveles convencionales siguientes:

a) Ámbito sectorial estatal. Comprende todo el ámbito territorial español y es de aplicación a todas las empresas y personas trabajadoras comprendidas dentro de sus ámbitos funcionales y personales.

b) Ámbito sectorial autonómico y provincial. Comprende únicamente estos ámbitos de negociación los convenios colectivos sectoriales y subsectoriales actualmente vigentes en estos niveles convencionales, por lo que no se podrán crear nuevos ámbitos, salvo acuerdo en el seno de la Comisión paritaria del presente Acuerdo.

c) Ámbito de empresa. Comprende los convenios colectivos estatutarios, que afecten al ámbito de empresa, empresas, grupos de empresas o pluralidad de empresas vinculadas a los que se refiere el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores, cuyas actividades estén incluidas en el ámbito funcional de este Acuerdo.

En los ámbitos de negociación descritos en las letras b) y c), podrán establecerse las materias objeto de negociación que no concurran con las del presente Acuerdo, sin

perjuicio de los establecido en el párrafo in fine del apartado 2 del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

6. *Cuando se revisen o negocien nuevas materias y se incorporen al presente Acuerdo, las regulaciones sobre las mismas contenidas en convenios colectivos de ámbitos inferiores o distintos se mantendrán en vigor hasta la finalización inicial de su ámbito temporal, salvo que por pacto de las partes legitimadas en dichos ámbitos decidieran acogerse a las nuevas regulaciones pactadas en este Acuerdo.*

7. *En la actualidad son materias reservadas al ámbito sectorial estatal, que no pueden ser negociadas en ámbito distintos y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del presente artículo: estructura de la negociación colectiva; clasificación profesional; movilidad y polivalencia funcional; promoción profesional; periodo de prueba; contratos formativos; formación profesional en el ámbito estatal; régimen disciplinario laboral; normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito estatal; solución autónoma de conflictos laborales en el ámbito estatal; y subrogación empresarial en el subsector de colectividades.*

8. *Asimismo, en este marco de negociación estatal, se podrán regular criterios generales de otras materias distintas de las enunciadas anteriormente, los que habrán de ser complementados y desarrollados en los niveles inferiores de negociación.*

Son materias de este Acuerdo, aunque no reservadas en exclusiva al mismo, los criterios generales que se establezcan o estén establecidos sobre las materias que se relacionan a continuación:

- a) Solución autónoma de conflictos laborales de ámbito inferior al estatal.*
- b) Igualdad efectiva de oportunidades y no discriminación de mujeres y hombres.*
- c) Movilidad geográfica.*
- d) Medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.*
- e) Derechos sindicales y régimen de información y consulta en las relaciones laborales.*

9. *Con el objeto de realizar y mantener un mapa de la negociación colectiva en el sector de hostelería, que refleje de forma sistemática y detallada la totalidad de los convenios existentes en el sector, obteniendo información útil y actualizada sobre su vigencia, efectos, contenidos y evolución, cuando se trate de establecer un nuevo ámbito de negociación o renovarlo, dentro de los enumerados en el presente artículo, en forma de convenio colectivo estatutario, se deberá comunicar, con carácter previo, a la Comisión paritaria del presente Acuerdo".*

CUARTO.- El art. 4 del I Acuerdo Marco del País Vasco regula su estructura de negociación colectiva en los siguientes términos:

"a) (sic) Negociación colectiva sectorial y prioridad aplicativa de los convenios colectivos provinciales en el ámbito de la CAPV.

Los firmantes del presente Acuerdo Marco consideran que los actuales Convenios Colectivos territoriales de carácter provincial de Hostelería suscritos en la CAPV, o aquellos que puedan suscribirse en renovación de los actuales, vigentes o no, por las partes legitimadas y dentro del mismo ámbito de negociación, tienen que tener, a tenor del artículo 83.2 del ET, preferencia aplicativa sobre cualquier otro Convenio o Acuerdo de carácter estatal vigente o que pueda firmarse.

Por ello, el objetivo básico de este acuerdo es el de establecer en el sector de Hostelería de la CAPV la prevalencia de los Convenios Colectivos Provinciales sobre aquellos otros convenios o Acuerdos de carácter estatal o autonómicos concurrentes, entendiendo el sector de Hostelería como los sectores o el conjunto de actividades incluidos dentro del ámbito funcional de los convenios colectivos provinciales de Hostelería de la CAPV que bien estén vigentes o bien habiendo perdido vigencia por aplicación del apartado 3.0 del artículo 86 del ET se sigan negociando o cuya negociación se retome o inicie con posterioridad a esa pérdida de vigencia.

Se acuerdan por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 83.2 del ET, las siguientes reglas:

1.- Acuerdo Marco de Hostelería en el ámbito de la CAPV.

El presente Acuerdo Marco tendrá preferencia aplicativa sobre cualquier otro Acuerdo Marco sectorial o interprofesional concurrente de carácter estatal, así como sobre lo dispuesto en cualquier otro Convenio Colectivo sectorial del mismo ámbito con respecto a la estructura de la negociación colectiva en cualquier Sector de la Hostelería, tanto cuando éstos sean pre-existentes como cuando sean posteriores a la firma de este Acuerdo.

2.- Prioridad aplicativa.

Las partes firmantes entienden que la negociación sectorial en la Hostelería debe estructurarse a través de los Convenios Colectivos Provinciales que tradicionalmente han atendido a las peculiaridades de cada Territorio histórico.

El presente Acuerdo Marco garantiza, al amparo de lo establecido en el artículo 83.2 del ET, la preferencia aplicativa de los convenios colectivos territoriales provinciales suscritos en la CAPV y que actualmente estén vigentes en todas sus materias, sobre cualquier otro convenio o acuerdo colectivo sectorial de ámbito estatal o autonómico, preexistente o posterior a la firma de este Acuerdo. A estos efectos las materias reguladas por los convenios colectivos provinciales de Hostelería se consideran materias propias y exclusivas del ámbito provincial y, en consecuencia, reservadas a dicho ámbito, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.4 del ET en relación al ámbito estatal y en el 84.2 del ET respecto a los convenios de empresa.

Los convenios colectivos de Hostelería que se firmen a futuro dentro de su mismo ámbito de negociación en sustitución de los actualmente vigentes, o en sustitución de los convenios colectivos de hostelería que han perdido vigencia conforme al artículo 86.3 del ET pero que se han seguido negociando o que habiéndose interrumpido la negociación esta se reinicie, tendrán una vez firmados la misma prioridad aplicativa del párrafo anterior.

Por mismo ámbito de negociación se entiende el convenio colectivo provincial que sustituye al anterior con un mismo ámbito funcional en cuanto a sectores o subsectores afectados.

Los futuros convenios colectivos provinciales de Hostelería que puedan suscribirse en nuevos ámbitos de negociación, tendrán también desde su firma la misma preferencia aplicativa que se establece en el párrafo primero, pero siempre que sea así acordado por unanimidad de las partes legitimadas para su negociación.

Por nuevo ámbito de negociación se entiende aquel que de origen a un convenio colectivo provincial de hostelería con un nuevo ámbito funcional, pero que incluya, total o parcialmente, a sectores, subsectores o empresas de hostelería que con anterioridad estaban incluidos en el ámbito funcional de alguno de los convenios colectivos provinciales actualmente existentes, tanto vigentes, como que hayan perdido vigencia como consecuencia de lo establecido en el artículo 86.3 del ET pero continúen negociándose o se reinicie su negociación.

En cualquier caso, la promoción por los sujetos legitimados por la legislación laboral vigente de la negociación en nuevos ámbitos de negociación sectorial, provincial o autonómica, incluidos en el ámbito funcional de este Acuerdo Marco, deberá comunicarse a la Comisión Mixta del presente Acuerdo".

Del mismo modo en el Anexo de dicho I Acuerdo Marco Autonómico que vuelve a detallar la estructura de la negociación colectiva:

"ANEXO RELATIVO AL SUBSECTOR DE LA RESTAURACIÓN COLECTIVA.

En lo que al específico subsector de la Restauración Colectiva se refiere, -las partes acuerdan la prioridad aplicativa de los últimos convenios colectivos de hostelería provinciales suscritos en los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Fecha de publicación: Araba BOTHERA 05-07-2013, Bizkaia BOB de 28-01-2016 y Gipuzkoa BO de Gipuzkoa de 05-02-2009) en todas sus materias sobre cualquier otro convenio o acuerdo colectivo sectorial de ámbito estatal preexistente o posterior a la firma de este Acuerdo. A estos efectos las materias reguladas por los convenios colectivos provinciales de hostelería que actualmente se aplican a la Restauración colectiva en la CAPV se consideran materias propias y exclusivas del ámbito provincial y, en consecuencia, reservadas a dicho ámbito, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.4 del ET en relación al ámbito estatal y en el 84.2 del ET respecto a los convenios de empresa.

Los convenios colectivos que regulen la Restauración Colectiva que se firmen a futuro dentro de su mismo ámbito de negociación en sustitución de los actualmente vigentes, o en sustitución de los convenios colectivos que han perdido vigencia conforme al artículo 86.3 del ET pero que se han seguido negociando o habiéndose interrumpido la negociación esta se reinicie, tendrán una vez firmados, la misma prioridad aplicativa del párrafo anterior.

Por mismo ámbito de negociación se entiende el convenio colectivo que sustituye al anterior con un mismo ámbito funcional en cuanto a sectores o subsectores afectados.

Asimismo gozarán de la misma prioridad aplicativa aquellos nuevos convenios que las partes decidieran crear y que hagan referencia al subsector de la restauración."

QUINTO.- Los demandantes UGT y CCOO, habiéndose adherido a su posición la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) la Federación Española de Hostelería (FEHR), han petitionado de manera principal la declaración de nulidad de ese I Acuerdo Marco en el País Vasco, por contravenir los arts. 83 y 84 del Estatuto de los Trabajadores, y subsidiariamente su inaplicación por concurrencia con el ALEH V. La asociación empresarial adherida FEHR entiende que sólo procede en su caso la nulidad, y no la petición subsidiaria.

SEXTO.- Por Resolución de 16 de febrero de 2017, publicado en el BOPV de 3 de marzo de 2017, se dispuso el registro publicación y depósito del Acuerdo Interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la comunidad autónoma del País Vasco, suscrito en este caso por las representaciones de CONFEBASK, ELA, LAB, CCOO y UGT, firmado el 17 de enero de 2017 y con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, cuyo texto consta en autos y damos por reproducido.

SÉPTIMO.- Se aporta sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2016, rec. 211/16 (al parecer pendiente de casación rec. 144/16), en materia de impugnación de convenio colectivo, siendo demandante el sindicato ELA y demandados la Federación Española de Asociaciones dedicadas a la Restauración Social (FADRS), CCOO y UGT, donde se impugna el convenio colectivo estatal del Sector de Colectividades con la resultancia del texto obrante en autos y que damos por reproducido.

OCTAVO.- No hay exigencia de requisito de agotar el trámite previo de intento de conciliación y mediación en las presentes actuaciones de procedimiento de impugnación de convenio colectivo, según el art. 64 de la LRJS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión en materia propia de impugnación de convenio colectivo que deducen las sindicales UGT y CCOO, a la que se adhieren las asociaciones empresariales CEHAT y FEHR, consiste en que se declare de forma principal la nulidad del I Acuerdo Marco autonómico vasco en el ámbito de la hostelería por contravenir los arts. 83 y 84 del Estatuto de los Trabajadores, y sólo subsidiariamente su inaplicación por concurrencia con el ALEH V.

Las sindicales demandadas ELA y LAB se han opuesto a tal pretensión e inicialmente han invocado las excepciones de defectuoso planteamiento de la demanda con incongruencia y contradicción, por cuanto entienden que no se ha impugnado el Acuerdo Interprofesional en relación con la estructura de negociación colectiva en el País Vasco (BOPV 3 de marzo del 2017), entendiendo que se corresponde, tal actuar, igualmente, con una falta de acción, y finalmente una falta de litisconsorcio pasivo necesario para con los firmantes del Acuerdo Interprofesional, en doctrina que relacionan con los actos propios. A dicho posicionamiento, inicialmente de excepción, se han adherido las asociaciones empresariales que se posicionan como demandadas (CONFEBASK y Federación de Hostelería del País Vasco), añadiendo CONFEBASK la excepción de litispendencia en relación a la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2016, rec. 211/16 que se dice encontrarse pendiente de resolución respecto del recurso de casación 144/2016 ante el Tribunal Supremo.

Del mismo modo, y en cuestionamiento de fondo sustancial y de derecho, las codemandadas han defendido la vigencia y aplicación no solo del I Acuerdo Marco Autonómico en el ámbito de la hostelería, que se impugna directamente, sino también el del Acuerdo Interprofesional publicado en el BOPV de 3 de marzo de 2017, entendiendo que el acuerdo marco de hostelería debe tener una preferencia aplicativa sobre cualquier otro acuerdo marco sectorial o interprofesional concurrente de carácter estatal, así como sobre cualquier otro convenio colectivo sectorial del mismo ámbito con respecto a la estructura de la negociación colectiva en el sector de la hostelería, tanto cuando estos sean preexistentes como cuando sean posteriores a la firma de este acuerdo, pretendiendo una prioridad aplicativa a través de los convenios colectivos territoriales de carácter provincial de hostelería suscritos en la comunidad autónoma del País Vasco, o que puedan suscribirse en renovación de los actuales, vigentes o no, por las partes legitimadas y dentro del mismo ámbito de negociación, por entender que tienen preferencia aplicativa en atención al art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Todo ello porque entender lo contrario, tal cual afirman los demandantes y dar preferencia aplicativa y prioridad temporal al Acuerdo Marco Estatal (ALEH V de 2015), supondría gráficamente un vaciamiento de la negociación colectiva que perdería capacidad y utilidad, y haría desmerecer la representación, no solo sindical sino empresarial, con los acuerdos marco ya firmados.

Con todo, consideran que de conformidad con la doctrina jurisprudencial que citan los mismos demandantes (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2015, rec. 349/2014) difícilmente se puede hablar de nulidad y a lo sumo estaríamos ante una ineficacia aplicativa.

Los hechos declarados probados, según lo establecido en el art. 97.2 de la LRJS, son reflejo de la papeleta de demanda, de las documentales aportadas, así como del interrogatorio de las asociaciones empresariales adheridas, además de las contestaciones de las codemandadas, donde no ha existido controversia explícita sobre los hechos presentados por cada una de las partes, habiendo esta Sala reproducido parte de alguno de los artículos o normas de los Acuerdos Marco porque constituyen un elemento crucial para poder entender el debate procesal planteado entre las partes, y aun cuando venimos a considerar superflua su constitución fáctica, por no puesta, en tópico recurrente de los operadores jurídicos laborales, por su doble condición de pacto y norma, manifestando habitualmente que al ser normas publicadas oficialmente no deben de ser incluidas con sus contenidos en la relación de hechos declarados probados en las sentencias laborales (sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre y 24 de marzo de 2011, recs. 216 y 73/10)

El Ministerio Fiscal ha entendido que procede la estimación de la demanda y que considera que el acuerdo autonómico contraría el estatal.

SEGUNDO.- Abordamos inicialmente la contestación a las variadas excepciones presentadas por las demandadas y sus adheridos, comenzando por la alusión a un defecto en la presentación de la demanda, falta de acción y litisconsorcio pasivo necesario, al convenir las codemandadas que no existe impugnación del Acuerdo Interprofesional (BOPV 3 de marzo de 2017), y que ello deviene necesario en tanto en cuanto se relaciona con el Acuerdo Marco aquí impugnado, y es consecuencia y origen del mismo, en referencia a la estructura de la negociación colectiva, habiendo exigido por ello igualmente el codemandar (litisconsorcio pasivo necesario) al resto de partes integrantes de su firma, en una dualidad o situación excepcional en la que los demandantes se convertirían también en demandados.

Y es que si bien en el art. 416.1.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se recoge el defecto legal en el modo de proponer la demanda (o en su caso la reconvencción), por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca, como una verdadera cuestión de excepción procesal, lo cierto es que en nuestro orden jurisdiccional social no tiene encaje esa excepción debido a la obligación judicial de advertir al demandante de los defectos de la demanda, a fin de que los corrija con antelación a su admisión a trámite, incluso en el acto del juicio, con la posibilidad de subsanación completa y declaración de nulidad de actuaciones (art. 81 de la LRJS). Por ello las consecuencias no son las previstas para una excepción procesal sino en su caso la

nulidad de actuaciones para su subsanación (sentencia del Tribunal Supremo 27-12-1988. El deber judicial de advertencia se convierte en una auténtica obligación legal de las exigencias del principio de tutela judicial efectiva que consagra nuestro tribunal constitucional (sentencia del Tribunal Supremo 5-5-2000 y sentencia del Tribunal Constitucional 16/99)

Además, en el supuesto de autos, no existen defectos propiamente en el escrito de pretensión articulada, que deban ser subsanados o que en su caso puedan producir indefensión, que impidan la continuación del procedimiento, por cuanto las advertencias que hacen parte de los demandados vienen referidas a las exigencia de una impugnación del Acuerdo Interprofesional Autonómico, que no es el objeto de la pretensión que articulan los demandantes en su papeleta de demanda, y que tan solo por relación proponen los demandados, en su ámbito de discusión jurídica controvertida y teórica.

De ahí que tampoco observemos una falta de acción en una modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo (arts. 163 y siguientes de la LRJS), máxime cuando la falta de acción no tiene un estatuto procesal definido, que resulta impreciso y busca la evidencia de ausencia de un conflicto real y actual, hasta a veces como falta de fundamento de la pretensión o cierta contradicción. Tal cual reflejan la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/13, y nuestra sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de octubre de 2013, rec. 1724/13.

Parecen presentar los demandados una defensa para entender que los promotores de la impugnación del convenio colectivo (Acuerdo Marco de Hostelería) demuestran un interés baldío o inexigible, en atención a la ausencia de impugnación del paralelo Acuerdo Interprofesional, que sostiene es base y columna que deben impugnar directamente. Sin embargo esta Sala no puede apreciar que exista una falta de interés en la acción, o que esta no sea jurídicamente merecedora de protección, ni tampoco puede negarse un interés real y actual de la acción jurídicamente protegible, que lo es en referencia directa a la impugnación de este I Acuerdo Marco Autonómico en el ámbito de la Hostelería. Muy al contrario, advertimos la exigencia de un interés actual concreto y efectivo, un interés legítimo, jurídicamente protegible, para con la problemática aquí esbozada sobre la estructura de la negociación colectiva, y en concreto determinadas reglas incluidas en lo que denominaremos la concurrencia conflictiva para con la aplicación de acuerdos y convenios vigentes, y predisposición de criterios de ordenación que nos reflejan los arts. 82, 83, 84 y 85 del Estatuto de los Trabajadores.

Por ello, e igualmente, debemos rechazar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya no solo porque no existe la impugnación directa y expresa del Acuerdo Interprofesional con los legitimados y representados en el mismo, sino que además no se debe confundir la mera eficacia o conveniencia y utilidad para con exigencias de pretensión, que no se esbozan, ni del mismo modo podemos advertir un defecto de legitimación de los codemandados, ni siquiera la exigencia de traída a colación de otros distintos. Por cuanto la pretensión queda invocada por la articulación de los demandantes, que ciertamente delimitan su papeleta de demanda con un suplico que atiende a un

procedimiento de impugnación del I Acuerdo Marco de la comunidad autónoma del País Vasco en el ámbito de hostelería (BOPV 16 de marzo de 2017) y no otro.

Para finalizar la contestación judicial a la oposición de excepciones procesales, y en lo que concierne a la invocada de litispendencia, en relación a la sentencia de la Audiencia Nacional citada y obrante en autos, de 28 de septiembre de 2016, que claramente se conjuga de su lectura que no son cumplidas las tres clásicas identidades que hubieran ser apreciables incluso de oficio (sentencia del Tribunal Supremo 11 de abril de 1991 y 18 de enero de 2000). Por mucho que haya flexibilidad en la concurrencia de las identidades fundamentales, siempre persiguiendo evitar sentencias contradictorias, en supuestos de futuribles cosas juzgadas, que difícilmente acontecen en el caso de autos. Ni que decir tiene que en el litigio presentado ante la Audiencia Nacional, que se dice en casación ante el Tribunal Supremo rec. 144/16, va a declarar ese Tribunal ajustado a derecho un convenio colectivo sectorial estatal, cual es el del sector de colectividades, en demanda presentada por el sindicato ELA, respecto a una problemática similar de regulación de la estructura de negociación colectiva y de las reglas de resolución de conflictos de concurrencias y materias concretas, primando finalmente el ámbito estatal. Pero la única alusión coincidente al Acuerdo ALEH V resulta no extrapolable con el resto de identidades subjetivas, puesto que como demandados tan solo están la Federación Española de Asociaciones dedicadas a la Restauración Social, CCOO y UGT. En resumidas cuentas no coinciden las identidades subjetivas, objetivas y causales, por mucho que rezume la pretensión y el estudio litigioso cierta coincidencia en la regulación estatutaria de la estructura de la negociación colectiva y de la estructura y reglas de concurrencia de convenios, en interpretación de los arts. 82, 83, 84 y 85 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo mencionado procede desestimar las excepciones presentadas.

TERCERO.- Queda por abordar el meollo de la cuestión y el planteamiento jurídico que efectúan los demandantes en relación a la pretensión de impugnación de este I Acuerdo Marco Autonómico vasco en el ámbito de hostelería, que dicen contrariar el Acuerdo Estatal ALEH V en las redacciones de preceptos que hemos expuesto en el relato fáctico. No en vano el acuerdo estatal aparenta una preferencia de aplicación temporal en criterio de solución de concurrencia conflictiva congruente con la regla general de "prior in tempore" (art. 84.1 ET); y por otro lado el Acuerdo Marco Autonómico pretende igualmente la prevalencia de los convenios colectivos territoriales provinciales sobre cualesquiera otros de carácter estatal vigente o que puedan firmarse, en prevalencia para con el sector de la hostelería, también en aplicación del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, con reglas que para resolver el conflicto aplicativo de ordenación de los convenios colectivos entienden que atribuye capacidad ordenadora al marco autonómico, por mucho que exista otro estatal concurrente y conflictivo.

Es aquí donde esta Sala debe ya anunciar, como por otro lado ya conocen las partes, que ciertamente la actual negociación de la negociación colectiva supone una compleja estructura que preconiza un universo de convenios colectivos ordenados a partir

de determinadas reglas que se estructuran mediante un sistema de ordenación de convenios colectivos (arts. 82 y 83 ET) y de concurrencia conflictiva con reglas de aplicación principales y subsidiarias (art. 84 ET), que no solo atribuyen unas determinadas capacidades ordenadoras para con acuerdos interprofesionales estatales (83.2 párrafo 1) o de ámbito autonómico (82.3 párrafo 1), sino que también para los convenios estatales (art. 83.2.2. y los convenios autonómicos 82.3.2. ET) que a su vez tienen unos límites de capacidad ordenadora para con los convenios de empresa (art. 84.2 ET) convenios de grupos de empresa (art. 84.2 ET) e igualmente convenios de empresas vinculadas (art. 84.2 ET).

No se puede ocultar que este régimen jurídico legal de negociación colectiva en nuestro Estatuto de los Trabajadores (art. 2, 82, 85 ET), que, aparentemente, a partir de la nueva redacción reglada en el Real Decreto Ley 7/2011, introdujo lo que la doctrina considera una posibilidad de centralización de la negociación colectiva, que ya mantenía inicialmente el texto del Estatuto de los Trabajadores previo de 1980, y se vió alterada también de forma radical y directa como consecuencia de la reforma habida por Ley 11/94.

No en vano a partir de 1994 se habla de esa descentralización de la negociación colectiva, y hasta la reforma del Real Decreto Ley 7/2011, permitió a los negociadores de los acuerdos del anterior art. 83.2 ET, que establecieran distintas unidades de negociación, generalmente provinciales, que unidos a las ausencias de normas de conexión entre los distintos niveles de negociación, con problemas de reconocimiento recíproco del poder convencional respecto de los sujetos colectivos que participaban en la negociación, provocaban problemas de coordinación procedentes en distintos niveles, estructuras de negociación y resoluciones no siempre convenientes y compaginables (véase nuestra S TSJPV 8-1-2013 rec. 2649/12)

Es por ello que el Real Decreto Ley 7/2011, modificando la regla anterior del art. 84.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores (actual art. 84.3 y 4), introdujo una excepción a la regla general, permitiendo la aplicación concurrente de un convenio colectivo autonómico que afectaba a lo dispuesto en los de ámbito estatal, siempre SALVO PACTO EN CONTRARIO O NEGOCIADO, según el anterior art. 83.2 de Estatuto de los Trabajadores, y que hubiera sido acordado por sujetos legitimados (art. 87 del Estatuto de los Trabajadores), y que cumpliera los requisitos de mayoría exigidos en el art. 88 ET para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Añadiendo del mismo modo una serie de limitaciones de contenido material, y siempre a salvo de que se estableciese mediante acuerdo convenio colectivo de ámbito estatal negociado, según el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto no podían ser objeto de negociación a los referidos convenios autonómicos determinadas materias que lista de forma exclusiva y excluyente el párrafo cuarto del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Se dice por la mejor doctrina que la anterior regla buscaba un proceso de articulación de la negociación y estructura colectiva que pasase de la negociación colectiva estatal, o en su caso autonómica, vertebrada a su vez, por convenios inferiores de empresa,

de un modelo distanciado en articulación de unidades intermedias de negociación y por lo tanto intentando evitar a veces los convenios provinciales, que se habían demostrado problemáticos.

De ahí que el art. 84 ET establece unas dobles excepciones a las reglas de concurrencia, atribuyendo el papel de posibles convenios o acuerdos autonómicos, sometiéndoles al poder de los acuerdos y convenios ex art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, siempre con el “salvo pacto en contrario negociado”, según el art. 83.2, y también el art. 84.3 del Estatuto de los Trabajadores, y “salvo que resultara de aplicación a un régimen distinto establecido mediante acuerdo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2” (art. 84.4 del Estatuto de los Trabajadores). Con ello, la lectura del art. 84 ET pretende una clara prevalencia absoluta de las reglas sobre concurrencia establecida por los acuerdos y convenios estatales negociados de acuerdo con las citadas especificaciones, y siempre sin perjuicio de la excepción de "salvo pacto en contrario negociado", aunque lo mismo podrá decirse a la inversa, prevalece el autonómico frente al estatal, si es previo en el tiempo.

Es cierto que esta habilitación legal permite regular Acuerdos Marco que materialicen un sistema o estructura de negociación colectiva ordenado competencialmente y pretendiendo restringir determinada autonomía colectiva de unidades inferiores (provinciales) sin perjuicio de la excepción de los convenios de empresa, grupo o empresas vinculadas, lo cual supone "per se" una limitación relativa a la autonomía colectiva para aquellos sujetos legitimados para negociar convenios colectivos inferiores, cuales pueden ser los provinciales, con las problemáticas de ejercicios negociados o normativos por exceso, defecto o concurrencia, que las partes conocen y aquí se presentan.

Para los efectos clarificadores reproduciremos parte de la sentencia de 1-4-14, rec. 1720/14 que parafrasea la de 8-3-13, rec. 317/13.

" La cuestión planteada se refiere a la llamada “conurrencia de convenios”, situación que puede darse dado que la libertad de las partes negociadoras de un convenio colectivo puede provocar que dos o más convenios concurran o se encuentren en la regulación de unas concretas relaciones laborales. Dicho de otro modo, es posible que los ámbitos territorial, funcional y temporal de dos o más convenios resulten coincidentes.

El principio general que recoge el artículo 84 ET es el de que un convenio no puede venir afectado por otro de ámbito distinto, lo que está en íntima relación con la representatividad de las organizaciones sindicales y patronales firmantes, según la STS de 26 de enero de 2012 – A. 2463 -. Ahora bien, este principio general no nos resuelve el problema a la hora de decidir cuál sea el concreto convenio aplicable a las relaciones laborales de referencia.

Pues bien, esta prohibición de concurrencia de convenios opera en el tiempo de vigencia de éstos, pero no para el tiempo de ultraactividad, tal como estableció la STAS de 2 de febrero de 2004 – A. 1069 -.

Ha de repararse que, en la concurrencia de convenios – estatutarios, claro está – no hay cuestión de jerarquía normativa. Por otra parte, resulta claro también que, en caso de coincidencia de su ámbito, se está al tradicional principio de prioridad en el tiempo del convenio posteriormente negociado sobre el anterior y de derogación del convenio anterior por el posterior, en regla que pervive en el artículo 86.4 ET.

De ahí que la prohibición de concurrencia de convenios del precitado artículo 84 ET sólo tiene sentido cuando nos hallamos ante convenios de ámbitos territorial y funcional distintos. Asimismo es de resaltar que tal concurrencia prohibida es la que se produce cuando el roce entre los convenios es un roce conflictivo, de modo que habría cláusulas superpuestas y no coincidentes.

Las partes pueden autorregular esta cuestión de la concurrencia de convenios, tal como el legislador lo tiene previsto en los artículos 84.2 y 83.2 ET. Pero, a falta de autorregulación por las partes, se contemplan también normas en los apartados 3 y 4 del citado artículo 84 ET. Se quiere así impulsar o reforzar la regulación de condiciones de trabajo en convenios de un determinado ámbito funcional – el sector de producción – y de un determinado ámbito territorial – el de Comunidad Autónoma y el estatal -. Se ha querido posibilitar que un convenio de ámbito autonómico afecte a lo ya regulado en un convenio estatal, siempre que ello no venga impedido por un acuerdo interprofesional autonómico o estatal del artículo 83.2 ET y que las partes negociadoras reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 ET y que los acuerdos se adopten con las mayorías reforzadas exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación del artículo 84.3 ET. A estos requisitos ha de unirse el de que la regulación autonómica convencional no puede afectar a determinadas materias que estuvieran ya reguladas en el convenio estatal – período de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, jornada máxima anual, régimen disciplinario, normas mínimas sobre prevención de riesgos y movilidad geográfica -, materias en las que prevalece siempre, sin que quepa concurrencia, lo pactado para un sector concreto en el ámbito estatal.

Por su parte, el artículo 84.2 ET prevé una excepción a la regulación general de la prohibición de concurrencia, excepción que, en la normativa hoy vigente, es un pilar fundamental para la comprensión de la estructura de la negociación colectiva, cual es el de la prioridad aplicativa del convenio de ámbito empresarial – o de grupo de empresas o pluralidad de empresas identificadas y vinculadas organizativamente -. Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, de modo que esta prioridad aplicativa se produce en todo caso, aunque sólo en determinadas materias que hayan sido pactadas en norma convencional de ámbito empresarial – cuantía del salario base y de los complementos salariales, abono o compensación de las horas extras, horario, distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos y planificación de las vacaciones, adaptación del sistema de clasificación profesional, adaptación de las modalidades de contratación en la medida permitida por el ET, y medidas para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral,

así como cualesquiera otras materias atribuyan al ámbito de la empresa los acuerdos marco del artículo 83.2 ET -."

Y es que denuncian los demandados el vaciamiento que supone una interpretación estricta de la normativa de concurrencia conflictiva, con las reglas de aplicación de convenios vigentes, en ausencia de otros criterios de ordenación, y sobre todo por la regla general del criterio temporal, que ciertamente pueden contener numerosas disfunciones al introducir limitaciones de capacidad de ordenación de forma directa o indirecta (art. 84.2 Estatuto de los Trabajadores). Es verdad que la proposición normativa previene de forma confusa e indirecta (a través de una regla de aplicación con excepciones) el posible conflicto competencial que se da entre los convenios colectivos estatales y los convenios colectivos autonómicos, dando una prioridad aplicativa que aparenta regirse por la regla general "prior in tempore" (potior in iure). No en vano el art. 84.4 del Estatuto de los Trabajadores restringe la capacidad otorgada en el propio art. 84 párrafo 3º al convenio autonómico frente al estatal (y viceversa), aun cuando formalmente se encuentre ubicado entre las reglas establecidas para resolver conflictos de aplicación de concurrencia conflictiva, otorgándose como una norma ordenadora de la estructura negocial que puede presentar visiones potenciales en supuestos, como el presente, no solo de acuerdos interprofesionales o de acuerdos marcos.

Sin embargo, como luego veremos finalmente, los conflictos entre acuerdos interprofesionales, o en su caso entre acuerdos marco, deberán solucionarse por la existencia de una regla general de aplicación que refleja el art. 84.1 ET y que se resume en el criterio "prior in tempore" (potior in iure), sin más matizaciones que las posibles excepciones o salvaguardas negociadas al caso, y que cumplan el aserto "salvo pacto en contrario negociado", teniendo sujeción no solo del Acuerdo Estatal al Autonómico, sino también a la inversa.

Ni que decir tiene que esta apoyatura legal ha tenido acomodo en la normativa constitucional, que en otros casos preconizan las partes (art. 7, 28, 37 y 137 de la Constitución relacionados a los art. 2 2 6 1 y 3 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), e incluso en otros textos internacionales (convenios de la OIT 87 y 98; art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; art. 11.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y arts. 5 y 6 de la Carta Social Europea de 1961), por cuanto el ámbito de la regulación española del derecho a la negociación colectiva, en acomodo al ordenamiento constitucional de los arts. tantas veces citados 83 y 84 ET, ha quedado ambientado convenientemente en las sentencias del Tribunal Constitucional 119/14 y 8/15, asumiendo que el derecho a la negociación colectiva es un derecho de configuración legal y que no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, por lo que el legislador tiene esa libertad para fijar la estructura y ordenación, que pueda deducirse de las reglas y de la complejidad invocada y que puede llevar irremisiblemente a que siempre haya una prioridad absoluta de la negociación colectiva estatal frente a la autonómica, salvo pacto en contrario negociado, pero donde nosotros podemos afirmar que también puede ser a la inversa si la prioridad temporal

acontece.

Ya hemos detallado que nuestra estructura de negociación colectiva deviene plural y heterogénea (no solo los contextos territoriales, productivos, tecnológicos, políticos, mercado de trabajo, forma de organización o convivencia) pero que la imagen del legislador buscando una paulatina tendencia a la homogeneización de las condiciones laborales, con progresiva centralización, mediante convenios estatales (y autonómicos), se antoja una herramienta de contexto actual en una articulación de ámbitos de negociación que pretenden amalgamar la negociación colectiva con reglas de concurrencia que se regulan en los arts. 83 y 84 ET y que permiten la negociación reconocida a los sindicatos más representativos tanto de ámbito estatal o autonómico en los términos del articulado que damos por reproducidos.

Si ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2013, rec. 110/12 se ha venido a reconocer que tanto las normas de estructura de negociación colectiva, como las reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, podían establecerse mediante acuerdos interprofesionales o mediante acuerdos colectivos sectoriales, tanto de ámbito estatal como autonómico, más sin otras limitaciones que sus representación y negociación, a veces denominados acuerdos mixtos (sentencias del Tribunal Supremo 3 de mayo de 2000, 19 de julio de 2007 y 12 de mayo de 2015), por ello no debemos de olvidar que cuando aparentemente no se priorice entre los ámbitos estatal y autonómico (art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores) por cuanto la diferenciación de modelos de ordenación, caso de que coexistan, deben estar coordinados entre si (coletillas de salvo pacto encontrado negociado), la realidad es que las reglas para resolver los conflictos de concurrencia que recoge el legislador, al menos entre los acuerdos estatales y autonómicos negociados (art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores), suponen generalmente que el acuerdo estatal negociado puede afectar durante su vigencia los convenios de ámbito inferior, incluyendo los convenios autonómicos o provinciales, según el art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores, salvo la prioridad aplicativa de las materias recogidas en el art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, de los convenios de empresa, grupos de empresa o empresas vinculadas, siendo que los acuerdos autonómicos solo podrán afectar a los convenios provinciales, y a los convenios de empresa, en las materias no reguladas en el art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto la prioridad aplicativa de esas materias en los convenios colectivos de empresas, grupos de empresa o empresas vinculadas, no pueden verse limitadas por los acuerdos y convenios del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores (sentencia del Tribunal Supremo 23 de marzo de 2014, rec. 129/13). Pero todo ello modulado con el preponderante principio temporal del "prior in tempore" (potior in iure), de donde sonsacamos que cualesquiera acuerdos o convenios, estatales o autonómicos, desplazan a sus recíprocos, en función de su prioridad de vigencia (art. 84.1 ET).

Por ello se viene a manifestar que los acuerdos autonómicos, pactados conforme al art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, no pueden afectar sobre su vigencia a los acuerdos estatales existentes, puesto que el art. 84.3 del Estatuto de los Trabajadores no les permite tal negociación y se han constituido comisiones correspondientes en unidades

previo pacto que solo cabe si está negociado en el acuerdo de ámbito estatal, y a partir del mismo modo, solo si existe dicha autorización o salvo pacto en contrario negociado, el convenio de ámbito autonómico podrá afectar a determinadas materias estatales, que a su vez deberán contar con la excepción de las materias y normas mínimas que establece el 84.4 del Estatuto de los Trabajadores, de ahí que se entienda por esta Sala que la negociación el ámbito autonómico solo se da salvo autorización del propio acuerdo estatal, pero que otro tanto de lo mismo ocurriría si el autonómico fuese previo al estatal, donde condicionaría de igual modo y a la inversa.

Ni que decir tiene que con esta configuración legal de la estructura negociadora colectiva, en aplicación estricta de la regla temporal "prior in tempore" (potior in iure) del art. 84.1 ET, vemos que en el ámbito estatal y autonómico las posibilidades de negociación solo se dan cuando previamente tenemos un acuerdo marco estatal, autonómico negociado y autorizante. Lo cual no viene a representar sino una realidad histórica y política de incentivación desmesurada de fórmulas que tienen que ser llamadas centralizadoras de la negociación colectiva (ya estatales y autonómicas), y que al fin y a la postre suponen la disminución de la negociación provincial, pero que tienen la última excepción de los convenios de empresas, grupos o vinculados.

Y todo ello en una regulación vigente que delimita las excepciones, tanto en acuerdos estatales como autonómicos interprofesionales sectoriales, bajo la sujeción de pactos en contrario que a su vez tienen que ser negociados conforme al art. 83 del Estatuto de los Trabajadores, y que en la actualidad no aparentan cierta contrariedad frente a los principios constitucionales, por cuanto su justificación objetiva y razonable que configura la normativa, despliega unos modelos estatal y autonómico de articulación de la negociación colectiva con reglas para resolver los conflictos de concurrencia que pretende garantizar los intereses legítimos buscando fórmulas de coordinación teóricas que, en la práctica, van a ser difícilmente asumibles o reconocidos, pues el que acuerda previamente condicionará a los posteriores (ya sea el estatal sobre el autonómico o viceversa).

Deviene ingenuo concluir con la posibilidad de una estructura racional y armónica de la negociación colectiva donde se garanticen todos los intereses legítimos, estatales, autonómicos, y hasta de empresa, con fórmulas de coordinación cuya operativa exige un pacto en contrario de intervención recíproca y limitada a materias, máxime cuando se corre el peligro de que los representantes abandonen determinadas unidades de negociación, sobre todo la estatal, y no siempre la autonómica (experiencia de lo acontecido hasta ahora), y aún cuando se admitan mejor las de empresa, grupos y vinculados.

En resumidas cuentas, y al margen de las oportunidades de las distintas negociaciones y estructuración colectiva, la promoción por el legislador del actual modelo basado en elementos de libertad de elección de unidades de negociación (art. 83.1 del Estatuto de los Trabajadores), preconizando el reconocimiento de la igualdad entre convenios colectivos como instancias autónomas de regulación o con reglas de criterios preferenciales de competencia, según materias y criterios de excepción (salvo pacto en contrario negociado), ciertamente suponen no solo dificultades de promoción de acuerdos

estatales y autonómicos, sino sobre todo de pacífica convivencia, tanto en cuanto los mismos enderezan su disposición y aplicación, para las concurrencias conflictivas, a través de una prioridad temporal indestructible e insoslayable, fruto de la oportunidad y el ventajismo, con salvaguardas de excepción (salvo pacto en contrario negociado) principales y derivadas que hacen harto difícil su articulación plausible.

Luego, si entendemos que el Acuerdo Marco Estatal ALEH V, y en concreto su artículo 10, encuentran acomodo en los preceptos estatutarios expresados (art. 83, 84.1.2. 3 y 4 y 85.3 del Estatuto de los Trabajadores), pues son fruto de un acuerdo de ámbito estatal válidamente negociado, en una regulación apropiada de la estructura de negociación colectiva, que no contiene reglas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y sus materias concretas, donde los negociadores, gozando de representatividad, han dado por oportuno un contexto que preconiza una progresiva desaparición del ámbito provincial (cuando no el autonómico, por cuanto creemos que no había acuerdos autonómicos de hostelería anteriores pero que hubieran sido posibles y vinculantes), la realidad es que el derecho de configuración legal de nuestro legislador y las formulas preceptuales de ordenación de negociación colectiva, que hemos ido comentando, suponen no solo un reto que preconiza la búsqueda de soluciones imaginativas de conflictos de competencia en materias de la negociación colectiva sino también la exigencia de una verdadera negociación efectiva y priorizante, donde la temporalidad apremiante del acuerdo conseguido con antelación desbancará a los posteriores. Creemos que es posible la existencia de dos modelos de negociación, estatal y autonómico, con reglas de ordenación y estructura, incluso posiblemente contradictorios e incompatibles, pero que para su interesada armonización y coordinación no rigen jerarquías mal entendidas sino criterios de prioridad temporal, en este supuesto de autos.

Por mucho que haya reserva de materias o reglas de solución de concurrencia, éstas no deberían impedir la negociación colectiva que se considera útil y capaz, a la vista de la doctrina constitucional, en una opción legislativa, olvidando la descentralización de la estructura en la regulación de 1994, y que ha superado la atomización de que hablaba el preámbulo del Real Decreto Ley 7/2011, con una nueva regulación colectiva que continúa en el Real Decreto Ley 3/12, actualmente Ley 3/12, donde las posibilidades de cualquier inaplicación de la regla tempestiva, y aquí todo poderosa, cual es la de "prior in tempore" (potior in iure) del art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores, y en concreto respecto del caso de autos, del Acuerdo Estatal en relación al impugnado de ámbito autonómico, es la única y posible interpretación judicial que puede esperarse (lo mismo hubiese sido a la inversa si el autonómico fuese previo al estatal).

Creemos que esta es la postura que viene entendida y defendida por la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2016, rec. 211/16, desde la interpretación corregida, pues la llamada a la posibilidad de negociar acuerdos o convenios autonómicos, desde estructuras de negociaciones colectivas que vengan a su vez autorizadas por convenios estatales, devienen ciertamente irreales. Puesto que ya no solo las unidades sino las posibilidades de coordinación y participación que pueden ser deseables, no suponen un modelo de negociación práctica colectiva en la actualidad. Con todo, distintos

interlocutores sociales, empresariales y sindicales, al igual que este ámbito judicial, difícilmente pueden dejar de aplicar la normativa legal vigente, al margen de intentar buscar imperiosas soluciones imaginativas, y que la intención, las piruetas interpretativas o el "buenismo" no pueden imperar por encima de la dura realidad normativa. Por mucho que se reproche de los preceptos que, aplicados a rajatabla, impiden una negociación en ámbitos inferiores, evidentemente las razones de oportunidad llevan irremisiblemente al distanciamiento en los distintos ámbitos de la negociación colectiva, diferente del de empresa, grupo o vinculados que gozan de preferencia aplicativa limitada (art. 84.2 ET y sentencia del Tribunal Supremo del 9-5-17, rec. 115/16).

Es por ello que podemos concluir que el Acuerdo Marco Autonómico impugnado realmente contradice el clausulado del Acuerdo Marco Estatal (art. 10 y anexo) que es previo en el tiempo, el cual viene fundamentado en los arts. 83.2, 84.3 y 84.4 del Estatuto de los Trabajadores y conlleva la posibilidad de la estimación de la pretensión de los demandantes con la matización positiva y judicial que abordamos en el siguiente fundamento jurídico.

CUARTO.- Y es que esta Sala no puede permanecer impertérrita a las exigencias primigenias de petición directa de nulidad del Acuerdo Marco Autonómico en el ámbito de la hostelería, por cuanto, como por otro lado los mismos demandantes reconocen, al articular la petición subsidiaria aplicativa y exquisita, nuestra doctrina jurisprudencial, amparada también por la doctrina legal, ha venido a manifestar que la sanción correspondiente a una prohibición de concurrencia no puede ser el predicamento de la nulidad (absoluta) de dicho acuerdo marco o convenio colectivo que concurre conflictiva y negativamente, sino que en atención al art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores impera la declaración de su inaplicación. En tanto en cuanto no solo las normas constitucionales sino las estatutarias no pueden prohibir cualquier tipo de negociación de convenios colectivos concurrentes, por mucho que existan con anterioridad otros ámbitos ocupados y advertencias de un universo ordenado de reglas ya incluidas previamente, el principio de concurrencia del art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores debe de ser interpretado bajo el imperio de que la existencia de dos convenios simultáneos, sucesivos, concurrentes, pero válidamente negociados, que coinciden en el tiempo, y de alguna manera deben obtener en su regla de solución de conflicto aplicativo un otorgamiento modulado a la regla general atinente al criterio "prior in tempore", o convenio previo o anterior, pero que solo conlleva que ante la invasión del segundo convenio colectivo, o acuerdo marco posterior, éste devenga en ineficacia aplicativa o inaplicación, pero que por ende no queda anulado, pues si ha sido válidamente negociado, por mucho que afecte o invada a un convenio colectivo o acuerdo marco previo, deberá tener un sentido y realidad no prohibidos. Así se contiene la advertencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2015, rec. de casación 349/2014 (FJ 4º in fine), que los mismos demandantes precisan, y que también se obtiene de otros pronunciamientos (STS 31-5-2017, rec. 234/16, 9-5-17 rec. 115/16, 1-4-16 rec. 147/15 y 18-2-15 rec. 18/14)

Por todo lo manifestado esta Sala deberá estimar parcialmente la pretensión de los

demandantes, entendiendo que el Acuerdo Marco Autonómico del ámbito de la hostelería concurre indebidamente con el Acuerdo Marco Estatal ALEH V, y al ser éste de vigencia previa en su negociación y publicación, deviene el segundo inaplicable por concurrencia prohibida de conformidad con lo establecido en el art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores, al no existir la excepción asumible prevista en los puntos 3 y 4 del mismo art. 84 ET.

QUINTO.- No procede condena en costas en esta instancia al no haberse apreciado temeridad o mala fe en ninguna de las partes (art. 235.2 de la LRJS).

FALLAMOS

Que desestimando las excepciones formuladas en el acto de juicio referidas tanto a la forma de plantear la demanda, falta de acción, litisconsorcio pasivo necesario y litispendencia formuladas por los demandados, declaramos la estimación parcial de la pretensión de los demandantes FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS y FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT, entendiendo inaplicable el Acuerdo Marco Autonómico en el ámbito de la hostelería en tanto en cuanto concurre indebidamente con el Acuerdo Marco Estatal ALEH V.

Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación ordinario en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe **recurso de casación ordinario** que podrá plantearse en el plazo de cinco días hábiles siguientes al de su notificación. Se considerará preparado por la mera manifestación de la parte, de su abogado, graduado social o por su representante, al ser notificada la sentencia, o bien mediante comparecencia ante esta Sala o por escrito presentado ante la misma.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia**, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de **600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0019-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0019-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre en sus artículos 2 y 5 apartado 3º, en relación con la Orden HAP/2262/2012 de 13 de diciembre que la desarrolla, será igualmente necesario para todo el que recurra en Casación para la Unificación de Doctrina haber ingresado, a través del modelo 696, la TASA en la cuantía correspondiente a que hace referencia el artículo 7 apartados 1 y 2 de la mencionada Ley. El justificante de pago deberá aportarse junto con el escrito de interposición del recurso (artículo 5 apartado 3º de la Ley).

Estarán exentos del abono de la TASA aquellos que se encuentren en alguna de las

situaciones y reúnan los requisitos, que deberán acreditar en su caso, recogidos en el artículo 4 apartados 1 y 2 de la Ley.