

Roj: **STS 3124/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3124**Id Cendoj: **28079149912017100041**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **13/07/2017**Nº de Recurso: **2976/2015**Nº de Resolución: **623/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. Pedro José Jiménez Usán, en nombre y representación de D^a. Estibaliz „, contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, en fecha 24 de junio de 2015, [recurso de Suplicación nº nº 361/15], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Zaragoza, autos 1173/2012, en virtud de demanda presentada por Da. Estibaliz contra el demandado INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES (IASS) del GOBIERNO DE ARAGÓN, sobre CANTIDAD.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 7 de Zaragoza, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda formulada por Da. Estibaliz contra el demandado INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES (IASS) del GOBIERNO DE ARAGÓN, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al Instituto demandado de los pedimentos formulados en su contra.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **PRIMERO.-** La trabajadora Da. Estibaliz , cuyas demás circunstancias personales obran en autos, viene prestando servicios profesionales como personal laboral para el demandado INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES (IASS) del GOBIERNO DE ARAGÓN con una antigüedad de 15/11/1992, prestando tales servicios en la Residencia Cesaraugusta de Zaragoza desde el 15/02/1993 con la categoría profesional de Personal Especializado de Servicios Domésticos.- **SEGUNDO.-** El art. 10 del Convenio Colectivo del personal laboral que presta servicios en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA 20/10/1988) establecía que "en los centros en donde exista comedor todo el personal cuya jornada laboral continuada coincida con el horario de comida/cena y ocupe puestos que tengan reconocido el derecho a manutención en el año 1987 conservará este derecho mientras preste servicios en dicho Centro", reconociéndose igual derecho a los trabajadores a jornada partida y cuyo horario coincidiera con el de la comida y/o cena siempre y cuando concurren los requisitos anteriormente mencionados, concluyendo que "En cualquier otro caso no existirá derecho a manutención con carácter gratuito", redacción ésta que se mantuvo en los siguientes Convenios hasta el VI Convenio Colectivo, cuya redacción, en los apartados 1º y 2º fue la siguiente; "1. Tendrán derecho de manutención los trabajadores que cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos: -El centro de trabajo de destino del trabajador debe tener comedor, destinado a los beneficiarios específicos de la actuación de aquél, y contar con puestos de trabajo que tuvieran reconocido el derecho de manutención en el V Convenio Colectivo. -El horario del trabajador, independientemente de que su jornada sea continua o partida, debe coincidir con el horario de comida o cena que tenga establecido el centro de trabajo para el personal.- 2. En ningún otro caso existirá derecho de manutención con carácter gratuito".- El vigente VII Convenio Colectivo no contiene previsión al respecto.- **TERCERO.-** Por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de 29/06/1999, por la



que se acuerda la publicación de los acuerdos adoptados por la comisión paritaria del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Aragón, se estableció que en interpretación del art. 10.1 del IV Convenio Colectivo del personal laboral que presta servicios en la DGA en relación con el derecho a manutención, la comisión paritaria acordaba que cada vez que se crease un puesto de trabajo, si el centro contase con trabajadores que en virtud del citado artículo hiciesen uso de su derecho a manutención, debería extenderse el disfrute al resto de trabajadores en los términos del art. 10 de la norma paccionada.- **CUARTO** .- Mediante resolución de 22/11/2013 del Secretario General del IASS se acordó que los trabajadores del Instituto que figurasen adscritos y desarrollasen su función en centros residenciales de atención a menores podrían disfrutar del servicio de comedor en determinadas condiciones, siendo una de ellas la del previo pago de la cantidad económica que se determinase en cada ejercicio. Dicha resolución fue comunicada a la Residencia Cesaraugusta, la cual comenzó a aplicarla en fecha de 04/12/2013. El precio fijado para la utilización del servicio de comidas en la citada Residencia es de tres euros por uso, no existiendo en el momento actual ningún Centro adscrito al IASS cuyo personal tenga un derecho gratuito de manutención, por lo que todo el personal que hace uso del servicio de comedor abona el importe correspondiente. En la citada Residencia no hay trabajadores que ocupen puestos que tengan reconocido el derecho a la gratuidad de la manutención en el año 1987, si bien todos los trabajadores de la misma desde el inicio de la prestación de servicios se han venido beneficiando de dicha gratuidad.- **QUINTO** .- La demandante presentó en fecha de 13/01/2015 escrito de reclamación previa, que fue desestimada mediante resolución de 26/02/2015.».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a. Estibaliz , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, la cual dictó sentencia en fecha 24 de junio de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación n° 361 de 2015 / ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida».

CUARTO.- Por el Letrado D. Pedro José Jiménez Usán, en nombre y representación de D^a. Estibaliz , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 12 de abril de 2012 (R. 280/11).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de mayo de 2017, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia se suspende el mismo para su debate en Pleno el día 14 de junio de 2017, suspendiéndose el mismo y señalándose nuevamente para su deliberación el día 12 de julio de 2017, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La sentencia recurrida.- En las presentes actuaciones, la trabajadora accionante solicita frente al demandado Instituto Aragonés de Servicios Sociales [en adelante, IASS] que se declare la nulidad de la supresión de su derecho a manutención en el centro de trabajo [Residencia Cesaraugustana, de Zaragoza] y que se le indemnice con el importe abonado por el uso del comedor desde que le fue suprimido su derecho y hasta que sea repuesto en el mismo. Pretensión a la que dieron respuesta negativa, primero la sentencia dictada en 24/Marzo/2014 por el Juzgado de lo Social n° 7 de los de Zaragoza [autos 6/2014] y posteriormente la ahora recurrida STSJ Aragón 24/Junio/2015 [rec. 361/15], que basa su rechazo a la pretendida existencia de condición más beneficiosa [desde ahora, CMB] en el hecho de que no se había acreditado voluntad alguna de la Administración empleadora para atribuir un beneficio que supera los derechos establecidos en fuentes legales o convencionales de la relación contractual.

2.- El recurso formalizado.- En el recurso de casación interpuesto, la representación de la trabajadora aporta como decisión de contraste la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12/Abril/2012 [rec. 280/11] y denuncia infracción del art. 3 ET , por estar en presencia -se argumenta- de una CMB, en tanto que se trataba de una concesión unilateral y voluntaria del empleador, que por su persistencia de disfrute en el tiempo se había incorporado al nexo contractual y no podía ser suprimida o reducida unilateralmente por el empresario.

3.- La contradicción como presupuesto del recurso.- Es de constante recuerdo por la Sala que el recurso en unificación de doctrina tiene como presupuesto de admisibilidad la contradicción entre la decisión recurrida y otra de los diversos Tribunales que el art. 219 LJS enumera, y que tal exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (entres tantas anteriores, SSTS 25/01/17 -rcud 2729/15



-; 28/02/17 -rcud 3010/15 -; y 08/03/17 -rcud 2498/15 -). Requisito que entendemos concurrente en el presente caso de autos, porque si bien aparentemente media divergencia en el extremo relativo a la voluntad empresarial atributiva del beneficio, que la sentencia recurrida entiende inexistente y que la de contraste aprecia -por el contrario- concurrente, lo cierto y verdad es que tal afirmación -de una y otra sentencia- no constituye propiamente un «hecho» cuya divergencia excluya la necesaria contradicción, sino una conclusión estrictamente valorativa llevada a cabo respecto de unos «hechos» sustancialmente idénticos: a) se trata de trabajadores de una Administración pública; b) el derecho que se cuestiona es disfrutar gratuitamente los servicios de comedor; c) en uno y otro caso, el derecho no solamente carece de amparo normativo y convencional, sino que se opone -en principio- a la voluntad de los negociadores del Convenio Colectivo; y d) en ambos supuestos el disfrute, extra-normativo y extra-convencional, se produce durante años.

4.- Concurrencia de contradicción en el caso.- Pues bien, sobre la base de esa sustancial identidad fáctica: a) la sentencia recurrida entiende que esa prolongación en el tiempo no constituye acto de la «Administración empleadora... constitutivo del citado beneficio, sino tolerancia o incluso mero desconocimiento de la empresa»; y b) la referencial, llega a la conclusión contraria, razonando al efecto que la «persistencia de la conducta permisiva patronal, la frecuencia (dos veces al día), el número de trabajadores que lo disfrutaban (al menos veinte) y la notoriedad (a la vista de todos, los trabajadores, los usuarios, los familiares, el personal no dependiente de la Administración, como suministradores, los visitantes o familiares y, por supuesto, los jefes) descartan el 'error o la mera liberalidad o tolerancia' a los que alude la sentencia de instancia para no aplicar la condición más beneficiosa, por lo que se trata de un supuesto muy claro de esta particular fuente de obligaciones laborales» [CMB].

SEGUNDO.- 1.- Requisitos -generales- de la CMB.- Aunque sea de reiteración constante por parte de Sala, de todas formas no parece estar de más un recordatorio previo de la jurisprudencia dictada en orden a los requisitos para el nacimiento y efectos de una CMB. Muy particularmente: a).- La CMB requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por «un acto de voluntad constitutivo» de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo; b).- Lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporar al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, sino que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador; y c).- Así atribuido el beneficio, el mismo se incorpora como CMB al nexo contractual y no puede extraerse del mismo por la exclusiva decisión del empresario, sino que pues en cuanto tal -CMB- es calificable como un acuerdo contractual tácito amparado en el art. 3.1.c) ET y mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o en tanto no sea compensada o neutralizada por norma posterior -legal o colectivamente pactada- que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (así, entre tantas, SSTs 04/03/13 -rco 4/12-, asunto «Progres, SA »; 16/09/15 -rco 330/14-, para asunto «Alten, Soluciones »; 21/04/16 -rcud 2626/14-, asunto «Mecalux, SA »; 12/07/16 -rco 109/15 -, para «Citibank España, SA»; 19/07/16 -rco 251/15-, asunto «FGV »).

2.- Precedentes -recientes- sobre la CMB en el ámbito de las AAPP.- Con independencia de que ya en algunas ocasiones hayamos señalado que ofrece especial dificultad admitir la figura -CMB- en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas (SSTs 18/12/15 -rco 25/15 -; y 05/07/16 -rcud 3841/14 -), lo cierto es que la misma ha sido admitida por el Pleno de la Sala en sentencias de 25/06/14 [rcuds 1994/12 y 1885/13], las dos precisamente para el mismo disfrute de «comida» gratuita y además la primera de ellas confirmando la que hoy se aporta como decisión de contraste, basándose -ambas- en que el principio de legalidad al que está sometida la Administración Pública «incluye, obviamente, el más riguroso respeto a la normativa laboral cuando la administración actúa como empleadora, y entre esa normativa figura, en primer lugar, el Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 3.1,c) establece que las relaciones laborales se regulan -aparte de por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y por los convenios colectivos- por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo».

Criterio que si bien fue reiterado -formalmente- como doctrina de la Sala en la sentencia de 03/02/16 [rco 143/15], lo cierto es que en esta resolución se destaca -haciendo con ello una matización indirecta a la doctrina de Pleno- que el beneficio de que entonces se trataba había sido atribuido -y en el fondo por eso se admitía- de manera «manifiesta, explícita y emanada de órgano competente», y que se estaba ante una CMB *praeter legem* -al margen de las previsiones legales- y no *contra legem*.

TERCERO.- 1.- Replanteamiento de la cuestión.- Tras oportuna reconsideración de la materia objeto de debate, entendemos que aquellas recientes indicaciones -las de la STS 03/02/16 - deben ser no sólo reiteradas



y explicitadas como requisitos propios de una posible CMB en el marco laboral de las Administraciones Públicas, sino que incluso han de ser objeto de una adecuada ampliación expositiva que nos lleva a una generalización correctora de la doctrina mantenida por referidas sentencias de Pleno, pues aunque persistimos - ahora- en considerar teóricamente admisible que se pueda generar una CMB en el seno de relaciones laborales con la Administración pública, sin embargo hemos de hacer al respecto algunas precisiones que claramente modifican de manera significativa nuestra referida doctrina anterior, muy particularmente con la exigencia de requisitos que hacen dificultosa -excepcional, más bien- la posibilidad de adquirir una CMB frente a la Administración empleadora.

En efecto, si bien tratándose de un empresario privado el reconocimiento de una CMB no tiene más límite que el que en su caso pueda representar el respeto a la Constitución y a la ley, cuando se trata de Administraciones Públicas ese obligado acatamiento del principio de legalidad -en sentido amplio- se cualifica con el sobreañadido sometimiento a los específicos principios de competencia, de igualdad y presupuestario, que excluyen la posible obtención de CMB cuando la misma se oponga a norma legal de Derecho necesario o prohibición expresa de convenio colectivo, o cuando -por parte empresarial- se carezca de la debida competencia para atribuirlo.

2.- Contravención de norma de Derecho necesario.- Ha de rechazarse la posible CMB, en primer lugar, cuando la misma se oponga a una disposición legal de cualquier orden normativo, incluido -por supuesto y muy singularmente- el presupuestario, pero siempre que la misma ostente la cualidad de Derecho necesario absoluto y por ello no sea susceptible de ser «alterada en modo alguno ni por la negociación colectiva ni por la individual»; no así cuando se trate de norma de Derecho necesario relativo, supuesto en el que rige la opuesta regla de admitir -desde la perspectiva del trabajador- «su mejora, pero no su empeoramiento» por las referidas vías de convenio colectivo/contrato individual de trabajo (así, STS 25/01/11 -rco 216/09 -).

Digamos en explicación de lo indicado que no en vano la Administración Pública tiene una vinculación general a la Ley que se manifiesta en su obligada sujeción al principio -ya referido- de legalidad, que es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y de la que es primordial expresión -aparte de la más genérica prescripción del art. 9.1 CE - el específico mandato contenido en el art. 103.1 CE, que impone a las Administraciones Públicas una actuación «con sometimiento pleno a la ley y el Derecho»; esto es, a todas las fuentes de producción normativa. Prescripción ésta reiteradamente proclamada -también- en las Exposiciones de Motivos de las Leyes 39/2015 [1/Octubre; de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas] y 40/2015 [1/Octubre; de Régimen Jurídico del Sector Público], así como en el art. 3 de esta última, que reitera literalmente la disposición constitucional.

Precisamente por ello, porque el referido principio -de legalidad- afecta tanto a la declaración formalizada que integra el acto administrativo en sentido estricto cuanto a la mera actuación material de la Administración, y justamente al objeto de impedir que los intereses generales que las Administraciones Públicas representan puedan comprometerse por actos administrativos o actuaciones materiales opuestos a la legalidad, se proclama - art. 47.1.f) LPAC /2015- la nulidad de pleno derecho de los «actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren derechos o facultades cuando se carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición» [entre ellos, obviamente, la competencia para determinar la legalidad presupuestaria y atribuir el pretendido beneficio]. Con lo que el legislador no se hace sino corroborar -con matizaciones debidas al especial régimen jurídico administrativo- la ineficacia general del acto contrario a la norma proclamado en el básico -por supletorio- art. 6.3 CC [«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...»]. Y que no se objete que el proceso de adquisición de la CMB frente a las AAPP es ajeno a toda consideración propia del Derecho Administrativo, pues no cabe desconocer que el consentimiento válido -también por parte de la Administración Pública- sería necesario presupuesto de la perfección del acto del que se deriva la supuesta CMB, y que en su generación ha de ajustarse a los requisitos de todo orden que el referido sector del ordenamiento jurídico establezca. Y de que si bien su genuino enjuiciamiento se halla atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto que acto «separable», de todas formas también puede ser examinado por este Orden social, siquiera haya de serlo con carácter prejudicial [art. 4 LJS], tal como esta Sala ha efectuado en diversas ocasiones al enjuiciar prejudicialmente la validez -en el caso, la competencia del órgano- del acto administrativo como presupuesto de la eficacia de la decisión adoptada (así, SSTs 16/04/14 -rco 57/13 -; 24/02/ 15 -rco 165/14 -; y 16/12/16 -rco 65/15 -. Todas ellas de Pleno y examinando la competencia del órgano decisor).

3.- Expresa prohibición del convenio colectivo.- En segundo término, precisamente por el ya obligado acatamiento al principio de legalidad, tampoco cabe en el marco de relación con las Administraciones públicas la adquisición de una CMB que contraría mandato expreso del Convenio Colectivo estatutario aplicable que resulte asimilable al referido Derecho necesario absoluto, precisamente porque aquél tiene como tal - estatutario- eficacia de norma [SSTs 21/12/15 -rco 6/15 -; 18/02/16 -rco 282/14 -; 18/02/16 -rco 93/15 -; y



23/02/16 -rco 39/15 -], y por lo mismo resulta de preceptiva -y estricta- observancia para la Administración empleadora, en términos similares a la norma propiamente dicha.

Es más, la pretensión planteada -existencia de una particular CMB opuesta al Convenio Colectivo de aplicación- incluso invita a ser considerada desde la perspectiva del principio de igualdad [art. 14 CE], que vincula muy especialmente a las Administraciones Públicas y que excluiría comportamientos discrecionales injustificados, cual pudieran ser -este es el caso- tratamientos singularizados con una pretendida CMB y privilegiados respecto del restante colectivo afectado por el ámbito subjetivo del Convenio Colectivo. Pues no hay que olvidar que cuando la empleadora es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de autonomía de la voluntad, sino que debe actuar -como ya dijimos más arriba- con sometimiento a la Ley y al Derecho y con interdicción de la arbitrariedad, estando sujeta al principio de igualdad ante la Ley, que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (SSTC -entre otras- 161/1991, de 18/Junio ; 2/1998, de 12/Enero ; y 34/2004, de 08/Marzo . Doctrina recordada por la SSTS 13/10/04 -rco 132/03 -, 14/02/13 -rcud 4264/11 - y SG 23/05/14 - rco 179/13 -). Planteamiento en el que ha insistido esta Sala cuando ha afirmado que «... la prohibición de trato desigual injustificado afecta de manera especial precisamente a las Administraciones Públicas, hasta el punto de convertirse en un auténtico deber de igualdad de trato que se basa no solamente en la prohibición de discriminación sino también en el principio de igualdad ante la ley y en la interdicción de arbitrariedad» (STS 07/12/11 -rcud 4574/10 -).

4.- Imperativa necesidad de competencia para obligarse.- Finalmente, de una parte la necesidad de que para otorgar la CMB se precise la adecuada competencia orgánica y de otro lado el singular funcionamiento de las Administraciones públicas, en las que la gestión ordinaria se ejerce usualmente por delegación del órgano competente, son dos factores que prácticamente conducen a eliminar la voluntad tácita como posible fuente de la CMB, en tanto que resulta difícil imaginar de qué modo podría considerarse correctamente adoptada una decisión tácita por parte de quien ostenta la competencia para ello pero no ejerce las inmediatas facultades directivas.

5.- Sumario de exigencias para adquirir CMB en las AAPP.- Precisiones que suponen acotar la posibilidad de adquirir CMB en el marco de la relación laboral con las AAPP, subordinándola a una triple exigencia delimitadora: a) que traiga origen en voluntad inequívoca del empleador; b) que la misma sea directamente atribuible al órgano que ostente adecuada competencia para vincular a la correspondiente Administración; y c) que se trate de un beneficio «paeter legem», en tanto que no contemplado ni prohibido -de forma expresa o implícita- por disposición legal o convencional algunas de las que predicar su imperatividad como Derecho necesario absoluto. Con ello nos situamos en el marco de la jurisprudencia previa a la ahora rectificadora doctrina - sentencias dictadas por el Pleno en 25/06/14 -, volviendo -al menos en gran parte- a aquella precedente para la que los principios de competencia y legalidad impedían a gestores de entidades administrativas pactar acuerdos u otorgar condiciones laborales ajenas a la legalidad y/o al convenio colectivo de aplicación (así, SSTS 19/09/07 -rcud 3474/06 -; y 16/02/09 -rcud 1472/08 -); y que ahora matizamos como cualificadas como Derecho necesario absoluto.

CUARTO.-1.- Los datos de hecho concurrentes en autos.- Sentando ello procede recordar que conforme al relato de hechos: a).- El derecho de alimentación gratuita fue establecido por el art. 10 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la CA de Aragón [BOA 107/1988, de 20/Octubre], que lo mantiene para el trabajador que ya lo disfrutase en 1987 «mientras preste servicios en dicho centro»; b).- Por Acuerdo de la Comisión Paritaria adoptado en 1999, se interpretó que el derecho ostentado por un trabajador del centro se extendía a los restantes que cumplieren los demás requisitos; c).- El vigente VII Convenio Colectivo [BOA 95/2006, de 18/Agosto] no contiene previsión alguna al respecto; d).- Por Resolución de 22/11/13, del Secretario General del IAS, se acordó el posible disfrute del servicio de comedor previo pago de tres euros, lo que se hizo efectivo a partir del 04/12/13; e).- En la actualidad no existe trabajador alguno que «tenga derecho gratuito de manutención, por lo que todo el personal que hace uso del servicio de comedor abona el importe correspondiente».

2.- Consecuente rechazo del recurso.- Partiendo de tales datos, la doctrina expuesta en el precedente FJ -Tercero- nos lleva a rechazar el recurso interpuesto, entendiendo que la decisión ajustada a Derecho es precisamente la adoptada por el TSJ de Aragón y no la seguida por la decisión referencial del TSJ de Canarias. En efecto, mal puede calificarse de CMB la manutención gratuita de autos siendo así que: a) no consta probada voluntad empresarial alguna -ni expresa ni implícita- de mantener el beneficio en favor de los trabajadores, tras el Convenio Colectivo de 2006, y menos -tal como es necesario- que la misma pudiera atribuirse a quien tiene competencia para ello y no simplemente -que tampoco- para quien dirige la Residencia por delegación del órgano correspondiente de la Administración [IAS]; b) la única voluntad acreditada al respecto sería -en su caso- la implícita de prolongar la eficacia del Acuerdo de la Comisión Paritaria de 1999, relativo a mantener el



derecho para todos los trabajadores del centro mientras alguno de ellos persistiese en su derecho originario de comida gratuita ya en 1987 [art. 10 del Convenio de 1988], y si bien podía haber sido preterido por la dirección del centro tras el Convenio de 2006, en todo caso la inexistencia actual de algún trabajador con derecho previo al Convenio de 1988 y que éste mantuvo, hace decaer la tolerancia empresarial en tal sentido; c) en todo caso, la que muy contrariamente consta es la voluntad expresa de suprimir el beneficio, tal como se infiere de su supresión por el VII Convenio Colectivo.

QUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que - en consecuencia- la misma ha de ser confirmada, por no existir el derecho -CMB- que se reclama. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dª Estibaliz . 2º.- Confirmar la sentencia dictada por el TSJ de Aragón en fecha 24/Junio/2015 [rec. de Suplicación nº 361/15], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 24/Marzo/2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Zaragoza [autos 6/14], en reclamación de derecho e indemnización. 3º.- Sin imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jordi Agusti Julia

Voto Particular

que formula el Magistrado Excmo. Sr. D Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2976/2015 y al que se adhieren las Excmas. Sras. Magistradas Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Dª. Rosa Maria Viroles Piñol, Dª Maria Lourdes Arastey Sahun y el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agusti Julia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formulo Voto Particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2976/2015 para explicitar la tesis que sostuve en la deliberación. Considero que el debate se ha deslizado desde los presupuestos y características propias del recurso de casación unificadora (en especial, la contradicción entre sentencias) hacia lo puramente dogmático, además de rectificarse de manera innecesaria la doctrina sentada tres años atrás por esta Sala. El carácter formalmente concurrente de este Voto se explica porque el mismo también patrocina la desestimación del recurso, pero por razones del todo diversas a las acogidas en la sentencia. El presente Voto Particular no solo acepta los Antecedentes que alberga la sentencia del Pleno sino que aspira a exponer con la máxima brevedad las razones de la discrepancia, sin necesidad de ahondar en ellas.

PRIMERO.- Ausencia de contradicción. 1. Exigencia legal y jurisprudencial. A) El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013). B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al



margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013). C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; 30/01/12 -rcud 2720/10 -; y 19/03/13 -rcud 2334/12 -, entre otras). D) Como ha señalado en múltiples ocasiones la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, STC 40/2014), el recurso de casación para la unificación de doctrina constituye "un recurso extraordinario, que, aunque, (...), surta efectos sobre las singulares posiciones jurídicas de las partes presentes en el procedimiento, tiende fundamentalmente a garantizar la homogeneidad de la doctrina de los Tribunales laborales y la primacía jurisdiccional del Tribunal Supremo (art. 123 C.E.) (STC 126/1994), teniendo por objeto "garantizar la interpretación uniforme de la Ley y evitar la dispersión doctrinal derivada de la existencia de varios Tribunales Superiores (STC 89/1998). El recurso para su unificación devuelve a la casación su prístino significado, como salvaguardia de la pureza de la Ley más que en interés de los litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor, configurada constitucionalmente (art. 123 C.E.) (STC 31/1995).

2. Traslación al presente caso. A) Sin necesidad de entrar en mayores detalles, y tomando incluso los términos de la comparación que asume la sentencia del Pleno, resulta que: · La sentencia recurrida resuelve sobre un caso en el que no queda acreditada la voluntad de la Administración empleadora para atribuir un beneficio que supera los derechos establecidos en fuentes legales o convencionales de la relación contractual. · La sentencia referencial llega a la conclusión de que unos hechos análogos han generado la condición más beneficiosa.

B) No aprecio doctrinas discrepantes que debamos unificar en las dos sentencias comparadas. Simplemente, valorando los hechos acreditados una llega a la conclusión de que se ha generado el derecho alimenticio en cuestión, mientras que la otra considera que quiebra el primero de los presupuestos subjetivos para que surja (la voluntad de la empleadora). C) Al estimar esa concurrencia, asimismo, considero que el debate se ha desplazado desde el tema de la propia existencia de la CMB al de su validez o viabilidad cuando el empleador es una Administración Pública. Doctrina incontrovertida, que reproduce la sentencia del Pleno, erige la voluntad empresarial en elemento imprescindible de la CMB. Si se valora todo lo probado judicialmente en cada caso y se aboca a conclusiones diversas, no siendo idénticos los hechos, resulta difícil sostener que estamos ante sentencias contradictorias. Y si se está ante hechos idénticos (cosa que este Voto no cree) el debate versa, entonces, sobre la existencia de la CMB y no sobre su validez.

3. Conclusión. El recurso debía haberse inadmitido, en su momento, o desestimado en esta fase. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia, queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 1036/2016 de 2 diciembre ; 107/2017 de 8 febrero ; 123/2017 de 14 febrero ; 346/2017, de 25 abril ; 434/2017 de 16 mayo).

SEGUNDO.- Inecesaria rectificación de la doctrina de la Sala. Para acceder a la desestimación del recurso, la sentencia de la que discrepo opta por afrontar una rectificación de la doctrina que habían sentado nuestras SSTS de 25 junio 2014 (rec. 1994/2012 y 1885/2013). Las muy especiales circunstancias que concurren en el caso de tales sentencias explican no solo la doctrina entonces acuñada, sino también su compatibilidad con la acogida para resolver casos posteriores. Sin ánimo exhaustivo debemos recordar alguno de ellos.

1. Examen de los precedentes. A) Abandonando una anterior posición restrictiva, dos SSTS de 25 de junio de 2014 (rec. 1885/2013 y 1994/2012) reconocen una CMB en el ámbito de la Administración empleadora (los trabajadores de una residencia venían disfrutando de una comida gratis los días en que prestaban servicios). Estas sentencias proceden del Pleno de la Sala y examinan la eventual pervivencia del disfrute de derechos por encima de lo permitido en el ordenamiento jurídico, mediando una subrogación de empresa y encontrándonos en el ámbito del empleo público. En ellas se expone que la sumisión al principio de legalidad incluye, obviamente, el más riguroso respeto a la normativa laboral cuando la administración actúa como empleadora. Y entre esa normativa figura, en primer lugar, el Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 3.1,c) constituye la base de la construcción en estudio. Ello no quiere decir que dicha CMB deba perdurar eternamente: el ordenamiento jurídico laboral contiene diversos instrumentos para conseguir su eliminación, con la debida justificación y, en su caso, contrapartidas. Entre esos instrumentos, el primero de todos es el



pacto novatorio que, desde luego, excluye la voluntad unilateral del empresario. Y otro instrumento, cuando concurren las pertinentes causas justificadoras, es la modificación de condiciones de trabajo contempladas en el art. 41 ET .

B) La STS 8 junio 2015 (rec. 45/2014), sobre eliminación de la cesta de Navidad en empresas públicas catalanas, toma en cuenta la doctrina de las recién citadas y legitima la supresión de la CMB llevada a cabo por una norma posterior:

Las condiciones más beneficiosas pueden tener un contenido salarial o de mejora social, porque en esencia tienen su origen en la decisión de la empresa de conceder a sus empleados "una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales" (SS.TS. 19-12-2012 (Rcud. 209/2011), 14-5-2013 (RO 96/2012) y 25-6-2014 (Rcud. 1885/2013) entre otras en las que se admite la posibilidad de una condición más beneficiosa consistente en el reconocimiento de un beneficio social). Pues bien, el hecho de que el beneficio cuestionado, "lote de navidad", se reparta no sólo al personal en activo, sino, también, al personal jubilado y a los pensionistas de viudedad que traen causa de antiguos empleados, es revelador de que estamos ante una mejora social, no establecida en el Convenio Colectivo, que constituye una condición más beneficiosa que puede ser suprimida y suspendida por la Ley, suspensión que en el presente caso impone una interpretación lógico-sistemática de los artículos 33-1 y 38 de la Ley 1/2012 antes citados.

C) La STS 16 septiembre 2015 (rec. 233/2014) también compatibiliza la doctrina de las sentencias de 2014 con la consideración de que la CMB no concurre por falta de sus requisitos:

En el supuesto que nos ocupa no concurren las específicas circunstancias de personal transferido a una Administración, procedente de otra en la que un Convenio Colectivo reconocía un derecho cuya adaptación a las nuevas condiciones aun no ha sido negociada sino suprimida unilateralmente sin trasladar la ventaja que comporta a otros derechos asentados en las nuevas condiciones de acogida., de ahí que la doctrina de mérito no sea de aplicación a la reclamación origen de esta litis.

D) La STS 67/2016 de 3 febrero (rec. 143/2015) resume y aplica la doctrina sobre CMB a supuesto de ente adscrito a la Xunta de Galicia, que reduce drásticamente la compensación por viajes al extranjero.

El respeto a la CMB se asume porque "estamos ante surgimiento de un derecho de forma lícita, ante actos explícitos emanados de órgano competente; se está ante una CMB praeter legem (al margen de las previsiones legales) más que ante un derecho nacido contra legem (de manera contraria a lo querido por las normas); que ni siquiera se ha invocado una norma concreta que colisione con el derecho en cuestión; que tampoco se ha expuesto a partir de qué momento la condición se convierte en anómala; que no se ha seguido el camino novatorio (pactado o impuesto por la vía del art. 41 ET); que en modo alguno estamos consagrando la validez de derechos surgidos de manera anómala e ilegal".

E) La STS 106/2017 de 8 febrero (rec. 29/2016) examina los datos del caso (indemnización complementaria por jubilación en Hunosa) y armoniza la doctrina de las sentencias anteriores para concluir que no hay CMB:

En el caso aquí enjuiciado, por el contrario, como está acreditado -hecho probado sexto de la sentencia recurrida- a diferencia de otros anteriores planes de empresa, en el correspondiente al período 2013-2018, así como en el convenio colectivo de ese mismo lapso, se alcanzaron acuerdos y pactos que no contemplan la concesión de la indemnización reclamada para el colectivo de Titulares Superiores que durante su vigencia accedan a la prejubilación o a la jubilación anticipada. En definitiva, sin necesidad de examinar el contenido del artículo 36 de la Ley 36/2014. De 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado , al que se refiere -a mayor abundamiento- la sentencia recurrida en el cuarto de los fundamentos jurídicos de su resolución, y como influiría en la resolución del presente caso, el motivo, y por ende, el recurso ha de ser desestimado por falta de los requisitos que configuran el principio de "condición más beneficiosa".

F) La STS 194/2017 de 8 marzo (rec. 70/2016), sobre eliminación de póliza de seguros en empresa gallega, insiste en que la CMB requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por «un acto de voluntad constitutivo» de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sirvan de ejemplo, entre las últimas, las SSTS 05/06/12 -rco 214/11 (RJ 2012 , 9579) -; 26/06/12 -rco 238/11 (RJ 2012 , 8560) -; 19/12/12 -rco 209/11 (RJ 2013, 1102). Como advierte la STS 3 febrero 2016 (rec. 143/2015), no cabe hablar de una CMB nacida contrariando lo querido por las normas. Por tanto, con posterioridad a las normas limitativas de los derechos retributivos de empleados públicos no es posible apreciar el nacimiento de una CMB válida . El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público inauguró la lista de normas impidiendo subidas retributivas respecto del año anterior. A su vez, la Ley gallega 1/2012 asume esa



prohibición de incrementar la masa salarial del personal del sector público gallego y ello comporta que hubiera sido ilegal una CMB que surgiera al margen de tal limitación; la naturaleza salarial del importe de la póliza así lo exige. Concluye que "la conducta de la Administración empleadora no es transparente, pero tampoco comporta la MSCT que el recurso denuncia; ni hay CMB válidamente nacida, ni se está ante una decisión unilateral (sino basada en lo prescrito por la Ley)".

2. Conclusión. Todas esas sentencias muestran que la doctrina sentada por el Pleno en 2014 no ha venido a desbordar los límites legales de la CMB, sino a resolver un caso sumamente concreto y complejo. Asimismo, queda claro que siempre que aparece una prohibición frontal, una ilegalidad o cualquier ausencia de los requisitos configuradores de la CMB nuestra doctrina es invariable: la misma o no existe o se considera válidamente suprimida. En suma: se rectifica una doctrina para llegar a la misma conclusión que hemos alcanzado en las cinco ocasiones posteriores a las sentencias de 2014; y todas ellas han invocado y alineado su posición con los precedentes de referencia.

TERCERO.- Cuestiones adicionales. Ya de manera sumaria, este Voto no puede silenciar la discrepancia con algunos enfoques, explícitos o implícitos, de la fundamentación que acompaña a la sentencia, por lo demás sumamente razonada y documentada. En aras a esa deseada brevedad, más que la discrepancia concreta, parece preferible enunciar los postulados que considero debían haber presidido el estudio del mismo: A) La existencia de un presupuesto público (cifra de dinero) no puede considerarse una prohibición impeditiva de que surjan derechos por encima de lo en él previsto. B) La existencia de reglas explícitas que eliminan o prohíben la existencia de derechos por encima de lo previsto en la Ley o en el convenio colectivo impide o elimina la CMB. C) El convenio colectivo no puede dejar sin efecto el sistema de fuentes de los derechos y obligaciones legalmente diseñado, del que forma parte el artículo 3.1.c ET . D) La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos es predicable de los referidos a la formación interna de la voluntad del órgano correspondiente. Por tanto y en su caso, la CMB no sería ilegal sino inexistente. **CUARTO.- Conclusión.** Por las razones expuestas, considero que el recurso debía haberse desestimado por falta de contradicción entre las sentencias contrastadas. Subsidiariamente, partiendo de la contradicción entre las sentencias comparadas, no debía haberse rectificado la doctrina de las sentencias de 25 de junio de 2014 , sino resuelto a la vista de ella y en línea con lo que en varios casos precedentes hemos venido haciendo. Huelga reiterar que el contenido de este VP quiere ser por completo respetuoso con el criterio de la mayoría, con los argumentos de la sentencia objetada y con el excelente trabajo de su Ponente. Madrid, 13 de julio de 2017

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez y los votos particulares formulados, de una parte, por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, al que se adhieren las Excmas. Sras. Magistradas D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, D^a Maria Lourdes Arastey Sahun y el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.