

Roj: **STS 3609/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3609**Id Cendoj: **28079140012016100530**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/06/2016**Nº de Recurso: **17/2015**Nº de Resolución: **590/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2825/2014,**  
**STS 3609/2016**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 30 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada y asistida Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 25 de junio de 2014, en actuaciones seguidas por dicho recurrente, contra CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT), FEDERACIÓN ESTATAL DE TRABAJADORES DE COMERCIO, HOSTELERÍA-TURISMO Y JUEGO DE UGT (CHTJ-UGT), FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOSTELERÍA (FEHR), FEDERACIÓN .ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO (FECOHT-CC.OO) y MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. Han comparecido ante esta Sala en concepto de partes recurridas la Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras, representada y defendida por el Letrado Don Ángel Martín Aguado, la Federación Española de Hostelería, representada y defendida por el Letrado Don Eriz Ruíz Zarraga, la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT), representada y defendida por la Letrada Doña Ángela Salvador Rubio, la Federación Estatal de Trabajadores de comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores, representada y defendida por el letrado Don Bernardo García Rodríguez y Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre impugnación de convenio colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: que el apartado número 4 del Anexo que se acuerda incorporar por la Comisión Negociadora del IV Acuerdo laboral de Ambito Estatal para el Sector de Hostelería en el Capítulo V de dicho Acuerdo, en lo que se refiere al establecimiento de aportaciones obligatorias a cargo de los trabajadores y trabajadoras del sector para la financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo, conculca la legalidad vigente.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**TERCERO.-** Con fecha 25 de junio de 2014, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: «FALLAMOS: Desestimar la demanda presentada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social contra Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT), Federación Española de Hostelería



(FEHR), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores (CHTJ-UGT) y Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CC.OO.) sobre impugnación de convenio colectivo».

**CUARTO** .- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería -ALEH IV- (Código de Convenio n.º 9910365) fue suscrito, con fecha 27 de julio de 2010, de una parte, por las asociaciones empresaria les Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) y Federación Española de Hostelería (FEHR), en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de UGT (CHTJ-UGT) y Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT-CC.OO.), en representación del colectivo laboral afectado. Se trata de un convenio colectivo estatutario cuyo ámbito funcional son las empresas y los trabajadores y trabajadoras del sector de Hostelería, que incluye a las empresas, cualquiera que sea su titularidad y objeto social, que realicen en instalaciones fijas o móviles, ya sea de manera permanente, estacional o temporal, actividades de alojamiento de clientes en hoteles, hostales, residencias, apartamentos que presten algún servicio hostelero, balnearios, albergues, pensiones, moteles, alojamientos rurales, centros de camping y, en general, todos aquellos establecimientos que presten servicios de hospedaje a clientes; asimismo, se incluyen las empresas que presten actividades de servicio de comida y bebida para su consumo por el cliente, en restaurantes, catering, comedores colectivos, locales de comida rápida, pizzerías, hamburgueserías, bocadillerías, creperías; cafés, bares, cafeterías, cervecerías, tabernas, freidurías, chiringuitos de playa, pub, terrazas de veladores, quioscos, «croissanterías», heladerías, chocolaterías, locales de degustaciones, salones de té, «cybercafés», ambigús, salas de baile o discotecas, cafés-teatro, tablaos, así como los servicios de comidas o bebidas en casinos de juego, bingos, billares y en toda clase de salones recreativos. La citada relación no es exhaustiva, por lo que es susceptible de ser ampliada o complementada con actividades no incluidas en ella que figuren en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas actual o futura. La inclusión requerirá pacto previo de la Comisión Negociadora de este Acuerdo.

El Acuerdo es de aplicación en todo el territorio español, aplicándose asimismo a los trabajadores y trabajadoras contratados en España por empresas españolas para prestar servicios en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. La vigencia del Acuerdo se extiende desde el día 1 de enero de 2010 y hasta el día 31 de diciembre del año 2014. Se prevé que durante la vigencia se incorporen al texto articulado del Acuerdo los pactos que se alcancen en el procedimiento de revisión y negociación continua consensuado entre las partes representativas de este ámbito estatal sectorial de Hostelería. El acuerdo fue registrado y depositado ante el Ministerio de Trabajo e Inmigración como convenio colectivo estatutario y está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre de 2010.

SEGUNDO.- El 26 de noviembre de 2013 las mismas partes negociadoras del convenio colectivo suscribieron un acuerdo dando nueva redacción al capítulo II y modificando el capítulo V del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería -ALEH IV-, procediendo a remitir el texto acordado al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para su registro, depósito y publicación. La modificación del capítulo V consiste en añadir un anexo denominado "Fundación Laboral Hostelería y Turismo" y cuyo texto literal es el siguiente:

"1. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo es el instrumento paritario del sector constituido por los firmantes del Acuerdo Laboral de ámbito Estatal del sector de Hostelería (ALEH) para la prestación de servicios de fomento de la formación profesional, de la investigación y de la mejora del empleo, de promoción y desarrollo de acciones de mejora de la salud laboral y la seguridad en el trabajo, de impulso y desarrollo de las relaciones sociolaborales en el sector de la hostelería y el turismo, contribuyendo a la mejora del diálogo social en todos los ámbitos de negociación colectiva en el sector, y de promoción general del sector de la hostelería y el turismo.

2. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo se encuentra inscrita en el Registro de Fundaciones Laborales dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, mediante Orden ESS/1970/2012, de 2 de agosto (BOE de 19 de septiembre de 2012).

3. El ámbito de actuación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo se corresponde con el ámbito de aplicación del ALEH, que se extiende al sector de la Hostelería de España, de conformidad y en los términos contenidos en sus Estatutos.

4. La financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo se nutre de las aportaciones iniciales desembolsadas por las partes firmantes del ALEH, de las aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH en cuantía del 0,10 por 100 de la base de cotización de contingencias comunes a cargo de la empresa y del 0,10 por 100 de la base de la misma



base (sic) de cotización a cargo del trabajador o trabajadora, de conformidad con los vigentes Estatutos; así como de las ayudas públicas de las que pudiera resultar beneficiaria en su caso".

TERCERO.- En fecha 26 de noviembre de 2013 la persona designada por la Comisión Negociadora del ALEH IV para realizar los trámites correspondientes de inscripción y depósito, presentó al Ministerio de Empleo y Seguridad Social la documentación relativa a la solicitud de registro y publicación en el BOE del acuerdo de modificación del Capítulo V "Formación Profesional" del citado ALEH IV -solicitud que dio lugar al expediente nº 89/2014 -EA- REGCON 99/01/0039/2014-.

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, tras analizar el texto del convenio colectivo, dictó resolución el 20 de diciembre de 2013 requiriendo la subsanación del texto del convenio para suprimir del mismo la obligación de aportación de un 0,1% de su base de cotización por contingencias comunes por los trabajadores bajo su ámbito de aplicación, por entender dicha obligación contraria a Derecho.

El 30 de diciembre de 2013 el representante de la comisión negociadora presentó alegaciones ante el Ministerio defendiendo la legalidad de dicha previsión convencional y solicitando que si el Ministerio de Empleo no la admitiese y fuese a impugnarla, registrase cuando menos el nuevo capítulo II del convenio colectivo, respecto al cual ningún reparo ponía.

El 16 de enero de 2014 el Ministerio de Empleo y S.S. dictó nuevo acto reiterando la ilegalidad del contenido convencional indicado y señalando que para registrar el capítulo II habría de presentarse como un acuerdo separado, razón por la cual la comisión negociadora se volvió a reunir el 29 de enero de 2014, procediendo a separar los dos capítulos en acuerdos diferentes para su registro, depósito y publicación. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social registró y acordó el depósito del relativo al capítulo II del ALEH IV, que fue publicado en el BOE de 14 de marzo de 2014. En cambio el capítulo V del acuerdo relativo a la Formación Profesional fue objeto de demanda de oficio instando su nulidad, en concreto en lo que se refiere al establecimiento de aportaciones obligatorias a cargo de los trabajadores y trabajadoras del sector para la financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo, por conculcar la legalidad vigente».

**QUINTO** .- En el recurso de casación formalizado por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se consigna el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los arts. 1.1 , 34.1 y 53.1 de la Constitución Española , en relación con los arts. 35.1 del mismo texto legal y art. 4.2.f) del Estatuto de los Trabajadores y con los arts. 35.1 y 1257 del Código Civil .

**SEXTO**.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar procedente el recurso.

**SEPTIMO**.- En Providencia de fecha 7 de marzo de 2016, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el 27 de abril de 2016.

**OCTAVO**.- En Providencia de fecha 27 de abril de 2016, se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día 27-04-2016, trasladando el mismo para el día **quince de Junio de dos mil dieciséis** , para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La demanda de oficio de la Dirección Gral de Empleo del Mº de Empleo y SS que da origen a las presentes actuaciones va dirigida a la impugnación parcial de acuerdo modificativo del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (convenio colectivo estatutario). En concreto se combate, por considerar que conculca la legalidad vigente, la aportación establecida en aquél del 0,10% de la base de cotización de contingencias comunes por los trabajadores/as a la Fundación Laboral de Hostelería y Turismo, organismo que se constituye en instrumento paritario para la prestación de servicios de fomento de la formación profesional, entre otros extremos. La sentencia de la Sala de lo Social de la AN desestima la demanda y recurre en casación la Abogacía del Estado.

**SEGUNDO**.- El único motivo que formula la parte actora considera conculcados los arts 1.1 , 34.1 y 53.1 de la Constitución Española (CE ) en relación con los arts 35.1 de la CE y 42f) del Estatuto de los Trabajadores (ET ) y con los arts 35.1 y 1257 del Código Civil (CC ), citando más adelante otras normas y preceptos. Argumenta, en sustancia, que aunque no discute la aptitud jurídica de un convenio colectivo para crear una fundación con la finalidad que lo ha sido en este caso, "no puede imponer obligaciones pecuniarias a los trabajadores afectados por el convenio consistentes en sufragar económicamente a la Fundación surgida del convenio sino

que esas aportaciones pecuniarias sólo pueden ser voluntarias", citando al respecto los arts 21.2 y 27.2 (en realidad, 27.1 segundo párrafo) de la Ley reguladora del derecho de fundación (Ley 50/2002, 26 de diciembre, de Fundaciones ) que dicen:

*"Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una **declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria** a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados" (art 21.2)*

*"En el cálculo de los ingresos no se incluirán **las aportaciones o donaciones recibidas** en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior, ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concorra dicha circunstancia" (art 27.1, segundo párrafo).*

De ambos preceptos extrae dicha parte que cada aportación ha de ser voluntaria y que se equipara a una donación.

A ello añade que el Reglamento ejecutivo de desarrollo de dicha Ley (Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal) dice en su art 16.b ) que *" El patrimonio de la fundación está formado por los siguientes bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica:.....*

*.....b) Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, **por declaración expresa de su aportante** ....."*

Sigue razonando que existe una libertad de fundación y de aportación económica en sentido negativo consistente en el derecho a no formar parte o no quedar vinculado a una fundación y a no sufragarla económicamente conforme a la jurisprudencia constitucional que cita y que si la aportación coactiva no viene dada por ninguna ley sino por un mero convenio colectivo, con mayor razón ha de negarse virtualidad al efecto a este último, siendo indispensable en el ámbito del derecho laboral el consentimiento del trabajador para realizar tales aportaciones en pro de terceros porque ello, a pesar de lo que sostiene la sentencia recurrida, vulnera el derecho al salario rectamente entendido.

A cuanto antecede se han opuesto, en escritos de impugnación independientes, los sindicatos CCOO y UGT, la Federación Española de Hostelería y la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT), a los que se une el Mº Fiscal en su preceptivo informe ante esta Sala, que se manifiesta proclive al acogimiento del recurso.

**TERCERO.-** La sentencia de instancia argumenta, en esencia, a lo largo de su extenso razonamiento contenido en doce fundamentos de derecho (en realidad, del tercero al undécimo, inclusive), que al igual que no existe ningún precepto general que prohíba que de un convenio colectivo nazcan obligaciones pecuniarias para los trabajadores incluidos bajo su ámbito de aplicación, tampoco existe norma que prohíba que el convenio sea fuente de obligaciones pecuniarias para las empresas sujetas al ámbito del mismo y ajenas a las concretas personas de los negociadores, como es propio de un convenio estatutario supraempresarial.

Añade que se está en presencia de una obligación pecuniaria civil derivada de una norma, como es el convenio colectivo, no de una exacción de Derecho Público y que en cuanto contrato colectivo, el convenio tiene capacidad suficiente por sí mismo para ser fuente de obligaciones para las partes y sus representados, sin necesitar de una previa ley habilitante, llegando a la conclusión de que el texto del convenio impugnado no es ilegal, aún cuando pudieran producirse después irregularidades si la Fundación asumiese acciones formativas cuya financiación correspondiese a las empresas y apoyase las mismas con cargo contablemente a aportaciones de los trabajadores, lo que podrá ser objeto de control e inspección por la Administración competente.

Precisa que debe dejar imprejuzgada, ante la falta de los elementos informativos necesarios al respecto, si la Fundación se acomoda, o no, en cuanto a su estructura y gestión, a los requisitos establecidos para considerarla sujeto representativo de los propios trabajadores y empresas del sector y que en cuanto a la detracción económica que se le asigna, el único límite que el artículo 9 del Convenio 95 de la OIT impone a los descuentos en los salarios es la prohibición de aquellos descuentos que se efectúen para garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante o a un intermediario cualquiera con objeto de obtener o conservar un empleo, que es una prohibición que no se vulnera en el presente caso, finalizando que conforme a la nueva redacción del art 41.2 del ET resultante del RDL 3/2012 ha quedado a disposición de la negociación colectiva incluso la rebaja de la cuantía salarial resultante de pactos individuales manifestados en los contratos de trabajo.



La Sala dirimiente entiende que la redacción actual de este último precepto y norma considera de carácter colectivo una modificación de condiciones de trabajo que afecte a un determinado número de trabajadores y ello aunque el origen de esa condición sea el contrato de trabajo o pacto individual si la modificación presenta una homogeneidad que haga que afecte de manera uniforme a los pactos individuales en un número superior a los umbrales de lo colectivo, sosteniendo que esa afectación plural y uniforme es la que determina la competencia de los negociadores colectivos y su capacidad para imponer su decisión sobre los sujetos individuales porque el legislador de la reforma laboral de 2012 ha dado competencia y poder a los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores para negociar con la empresa sobre las condiciones pactadas individualmente por los trabajadores, aun cuando no estén afiliados a los sindicatos negociadores o incluso si se hallan en desacuerdo con la acción de los mismos, reforzando así el poder de los sujetos colectivos en detrimento de la autonomía individual de los concretos trabajadores. Por ello, ante la ausencia de una norma que regule este tipo de cláusulas convencionales de las que nacen obligaciones pecuniarias para el trabajador pero que no son por sí mismas ilícitas, la solución que se impone, según dicha Sala, es desestimar la demanda, al no poder asumir ésta el papel de legislador.

**CUARTO.**- Sobre la base de cuanto queda resumidamente expuesto, hay que partir de lo que dice el IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería (BOE de 21/5/2015) cuya Disposición adicional única, relativa a la Fundación Laboral Hostelería y Turismo establece:

*"1. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo es el **instrumento paritario del sector constituido por los firmantes del presente Acuerdo**, para la prestación de servicios de fomento de la formación profesional, de la investigación y de la mejora del empleo, de promoción y desarrollo de acciones de mejora de la salud laboral y la seguridad en el trabajo, de impulso y desarrollo de las relaciones socio laborales en el sector de hostelería y el turismo, contribuyendo a la mejora del diálogo social en todos los ámbitos de negociación colectiva en el sector, y de promoción general del sector de la hostelería y el turismo.*

*2. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo se encuentra inscrita en el Registro de Fundaciones Laborales dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, mediante Orden ESS/1970/2012, de 2 de agosto (BOE de 19 de septiembre).*

*3. El ámbito de actuación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo se corresponde con el ámbito de aplicación del presente Acuerdo, que se extiende al sector de Hostelería de España, de conformidad y en los términos contenidos en sus Estatutos.*

*4. El sistema de financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo, en relación con las aportaciones, se acordará por las partes cuando el Tribunal Supremo resuelva el recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2014 (autos 103/2014). "*

En desarrollo de dicha previsión y conforme al documento nº 2 de los aportados por la parte actora con su demanda, titulado "**NUEVO CAPITULO II Y MODIFICACION DEL CAPITULO V DEL ACUERDO LABORAL DE AMBITO ESTATAL PARA EL SECTOR DE HOSTELERIA (ALEH IV)**" se introduce un "Anexo al capítulo de formación Fundación Laboral Hostelería y Turismo", que tras reproducir los tres primeros números de la misma, dice así:

*" .....4. La financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo **se nutre de las aportaciones iniciales desembolsadas por las partes firmantes del ALEH, de las aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH, en cuantía del 0,10 por 100 de la base de cotización de contingencias comunes a cargo de la empresa y del 0,10 por 100 de la base de la misma base de cotización a cargo del trabajador o trabajadora**, de conformidad con los vigentes Estatutos; así como de las ayudas públicas de las que pudiera resultar beneficiaria en su caso. "*

En efecto, por Resolución de 7 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Acuerdo de modificación del IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que contiene esa modificación, circunscrita al último de los ordinales (4) referidos y que es objeto del litigio que da origen a las presentes actuaciones.

**QUINTO.**- Como se ha visto, a lo que alude el reiterado punto 4 del Acuerdo modificativo que se viene de transcribir es a las "**aportaciones** a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH". No se trataría, pues, en principio y desde dicha dicción textual, ni de deducciones *stricto sensu*, ni cotizaciones, exacciones, ni ninguna otra clase de obligado desplazamiento económico desde el salario del trabajador, teniendo como significado tal acción (la de aportar) la de "contribuir, añadir, dar" según el Diccionario de la Lengua Española, todas ellas expresiones verbales de claro contenido personal en cuanto revelan una voluntad del sujeto manifestada en tal sentido, de tal modo que, tratándose concretamente de la aportación a una fundación, como organización constituida, según la expresión legal, sin fin de lucro y afectando de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general ( art



2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre ), puede equipararse -o incluso identificarse- con la donación, que conforme a la definición que de ella da el art 618 del CC , consiste en un "acto de liberalidad por el cual **una persona** dispone gratuitamente de una cosa a favor de **otra** que la acepta", es decir, que se trata de un acto personalísimo que, como regla general y en principio, no admite sustitución en el proceso volitivo ni en su exteriorización.

Esa "otra" persona, en este caso, es, como se ha dicho, una fundación, que en cuanto tal, es persona (jurídica), que no puede identificarse o coincidir con sus fundadores ni sus bienhechores, teniendo establecido, por otra parte, la normativa reguladora de esta clase de entidades -la mencionada Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones- en su art 3.1 *que las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios , laborales .....*" y en su número 2 que *"la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares."*

A partir de ahí y sobre la base también de los arts 2 y 8 de esa misma norma , es perfectamente posible la creación de una fundación en los términos en que en este caso se ha hecho, lo que, por otro lado, no se discute, pudiéndose suscitar únicamente la cuestión de si las aportaciones a una fundación de las características de la contemplada en este caso constituyen también donación, en tanto en cuanto, en principio, podría entenderse que va dirigida a cubrir unos fines cuyos destinatarios últimos podrían ser los propios trabajadores/as aportantes, lo que, no obstante, tendría probablemente cabida entre las donaciones modales en cuanto subcategoría de las onerosas del art 619 del CC , por tratarse de donaciones en las que se impone al donatario el cumplimiento de una prestación, si bien parece que puede eludirse tal cuestión desde el momento en que es posible entender que los fines de la fundación no van tanto dirigidos a los trabajadores/as aportantes en su concreta individualidad cuanto al colectivo empresarial y a sus intereses generales ("prestación de servicios de fomento de la formación profesional, de la investigación y de la mejora del empleo, de promoción y desarrollo de acciones de mejora de la salud laboral y la seguridad en el trabajo, de impulso y desarrollo de las relaciones socio laborales en el sector de hostelería y el turismo, contribuyendo a la mejora del diálogo social en todos los ámbitos de negociación colectiva en el sector, y de promoción general del sector de la hostelería y el turismo" ya mencionados), de tal manera que el sujeto aportante (trabajador/a) no es el destinatario directo de la obra fundacional, al menos en los términos concretos y específicos de cada caso, siendo de tener en cuenta, por otro lado, que fines como el primero y tercero referidos (formación y salud y seguridad en el trabajo) incumben de antemano *ex lege* al empresario en cuanto correlativos derechos de los trabajadores/as ( art 4.2.b ) y d ) y 25 del ET ) y en términos de cobertura exclusiva o compartida pero desde la ley, sin que ni siquiera la previsión de su fomento o mejora dé pie suficiente a entender que ello permite la coaportación adicional de la parte social, en tanto en cuanto, desde el propio principio, no se trata de cumplir unos mínimos legales al respecto sino de abarcar el completo contenido de tales deberes por quien corresponda en evitación de las consecuencias negativas que lo contrario pueda suponer.

No cabe olvidar, en fin, que conforme al art 68.3.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, se parigualan los donativos y las aportaciones a entidades sin fines lucrativos, entre las cuales, según la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, se cuentan las fundaciones, conforme a su art 2 a ).

En estas condiciones, debe repararse igualmente que la capacidad exigible para hacer donaciones no se reduce a la de contratar sino que también requiere la libre disposición de los bienes conforme al art 624 del CC , y aunque nada impide que se hagan donaciones por medio de apoderado, es necesario que éste posea un poder especial para ello, siendo, en fin, distinto que sea dicho apoderado quien las haga o ejecute de quien las decida, de todo lo cual se deduce que o la donación o aportación se acuerda por el titular del bien o cosa donada-aportada, o se requiere un título especial en tal sentido, lo que no puede hallarse en el principio general que sustenta la negociación colectiva.

**SEXTO.-** Por otro lado, la financiación de la fundación por la vía de las aportaciones, supone, como se ha indicado, algo diferente de la deducción salarial propiamente dicha que se practica por la empresa a fin de cumplir algunos de los siguientes fines: efectuar las retenciones por IRPF, cubrir la cuota del trabajador a la Seguridad Social (ambas cargas de éste conforme al art 26.4 del ET ), la cuota sindical de los afiliados previa conformidad de cada trabajador ( art 11.1 de la LOLS ), el canon de negociación para atender económicamente la gestión de los sindicatos de la comisión negociadora también con la conformidad (escrita) del trabajador ( art 11.2 de la LOLS ), y, en fin, compensar ( art 1156 del CC en relación con los arts 1195 - 1202 de dicho



texto legal ) los anticipos o los productos recibidos en especie en cuanto modo de extinguirse obligaciones recíprocas.

Lo sindical, en concreto, tiene su apoyo en el art 28 de la Constitución Española (CE) y en el derecho de todos a sindicarse libremente, lo que implica asimismo, y de adverso, el derecho a no hacerlo, todo lo cual se enmarca entre los derechos fundamentales y las libertades públicas, sin que a ello pueda parangonarse el derecho de fundación del art 34 de la Norma Suprema, que figura entre los derechos y deberes, sin adjetivar, de la misma, por lo que no es posible entender la existencia del derecho a no fundar a los efectos litigiosos y en los términos de comparación que pretende la parte recurrente.

No obstante ello, ha de tenerse en cuenta que, según ha quedado ya expresado, la Fundación Laboral Hostelería y Turismo es el instrumento paritario del sector constituido por los firmantes del Acuerdo, es decir, por la representación empresarial y la de los trabajadores, que ostentan, respectivamente, las asociaciones empresariales y las organizaciones sindicales suscribientes de dicho instrumento jurídico, de tal modo que por lo que respecta a los representantes de los trabajadores/as, que es lo que aquí interesa, puede presentarse un teórico conflicto de intereses, en tanto que se identifican los firmantes del texto con quienes cogestionan las aportaciones de aquéllos.

La representatividad, pues, está limitada por su ámbito y por su alcance, que no incluye la financiación de la fundación, sobre todo cuando, como aquí sucede, los fines de la misma son muy genéricos y no concretan beneficios reales y efectivos a los trabajadores/as mientras que la aportación de los mismos constituye, por el contrario, una inversión específica en los términos porcentuales prefijados en el Acuerdo, impuesta por sus representantes.

**SÉPTIMO.-** Los amplios términos en que se expresan el art 82.2 del ET respecto de la negociación colectiva y el 85 respecto de su contenido, permiten, en principio, el establecimiento de estructuras estables de gestión en materia laboral, pero, como indica el Mº Fiscal en su informe con alusión al recurso de la Abogacía del Estado, ello no impide que el convenio se halle sometido a la ley, "de modo que la misma no pueda ser vulnerada en la negociación colectiva", y no existe precepto legal que autorice ese desplazamiento económico individual y obligatorio para todos los trabajadores afectados por el ALEH IV.

En el caso enjuiciado las aportaciones de los trabajadores/as se contemplan desde el Anexo del mencionado Acuerdo como evidentes detracciones salariales periódicas y concretas a practicar por la empresa, cuando dice que se trata, como ya se ha expresado, de "aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH, en cuantía del 0,10 por 100 de la base de cotización de contingencias comunes a cargo de la empresa y del 0,10 por 100 de la base de la misma base de cotización a cargo del trabajador o trabajadora". Se trata, pues, de una concreta obligación de tracto sucesivo en pro de un genérico e hipotético beneficio derivado de la realización de los fines de la fundación y cuyo cumplimiento comportaría, teóricamente, el sostenimiento en el tiempo de los fines fundacionales formulados en abstracto o de un modo solamente general, sin que tampoco se conozcan la estructura y funcionamiento de la propia fundación, que serán materia de sus estatutos, de modo que el aportante se vincula de antemano por decisión exclusiva de sus representantes y sin conocer los términos concretos de dichos fines, tratándose, en definitiva, del establecimiento de un continuado desplazamiento económico obligatorio, que no posee ni un apoyo en el consentimiento expreso del individuo ni en una norma con rango de Ley y sin que no sólo no se cuente con la aquiescencia previa individual al desembolso personal previsto sino sin que tampoco se prevea ningún tipo de mecanismo por el que el trabajador pueda apartarse, antes o después, de dicha aportación.

En tales condiciones, resulta evidente que no se pueden establecer tampoco términos comparativos con otras deducciones o reducciones económicas, cual las penalizadoras acordadas en vía convencional para otro tipo de casos (como la falta de preaviso del trabajador en su apartamiento de la empresa) ni, en fin, es suficiente dicha vía para instaurar esa aportación por el hecho de que el art 8 del Convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario, ratificado por España el 24 de junio de 1958, disponga que "los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral" y que únicamente "se deberá indicar a los trabajadores, en la forma que la autoridad competente considere más apropiada, las condiciones y los límites que hayan de observarse para poder efectuar dichos descuentos", porque, como ya se ha expresado, no se trata, en realidad, de un descuento salarial propiamente dicho sino de una aportación, aun cuando sea lógico entender que se utilice para ello el recurso al descuento en nómina, lo que, por otra parte, no consta en el Acuerdo, donde únicamente se precisa la cuantía de dicha aportación, resultando, de cualquier modo, distinta la capacidad para decidir una aportación de cada trabajador/a a un determinado fin, de la capacidad para negociar los descuentos que procedan en el salario, que sería, en este caso, consecuencia de la anterior.

Por cuanto antecede y de conformidad con la propuesta del Mº Fiscal, procede la estimación del recurso.



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 Estimar el recurso de casación interpuesto por la DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 25 de junio de 2014 , en actuaciones seguidas por dicho recurrente, contra CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT), FEDERACIÓN ESTATAL DE TRABAJADORES DE COMERCIO, HOSTELERÍA- TURISMO Y JUEGO DE UGT (CHTJ-UGT), FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOSTELERÍA (FEHR), FEDERACIÓN .ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO (FECOHT-CC.OO) y MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y en consecuencia estimamos la demanda en los propios términos de su suplico. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia **PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan 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.