



Roj: **STS 6310/2004 - ECLI:ES:TS:2004:6310**

Id Cendoj: **28079140012004101253**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2004**

Nº de Recurso: **2182/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Octubre de dos mil cuatro.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE FREILA, defendido por el Letrado Sr. Clements Sánchez.-Barranco, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 24 de Febrero de 2003, en el recurso de suplicación nº 2970/02, interpuesto frente a la sentencia dictada el 17 de Julio de 2002 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada, en los autos nº 695/01, seguidos a instancia de DOÑA Diana contra el expresado recurrente, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido DOÑA Diana representada por la Procuradora Sra. Ruiz Bullido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO GARCÍA SÁNCHEZ

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 24 de Febrero de 2003 la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Granada, en los autos nº 695/01, seguidos a instancia de DOÑA Diana contra el AYUNTAMIENTO DE FREILA sobre reclamación de cantidad. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía es del tenor literal siguiente: " Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Ayuntamiento de Freila contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Granada en fecha diecisiete de Julio de dos mil dos, en Autos nº 695/01 seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Diana en reclamación sobre contrato de trabajo contra la Entidad recurrente, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. "

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 17 de Julio de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La actora, D<sup>a</sup>. Diana, mayor de edad, con DNI núm. NUM000, viene prestando servicios por cuenta del Ayuntamiento de Freila, como trabajador fijo discontinuo, con la categoría profesional de Maestra y antigüedad de 5.03.93, para atender la Guardería Infantil durante el periodo escolar....2º.- La actora ha devengado y no percibido las siguientes cantidades, por los conceptos que se indican:

COBRO DEBIO COBRAR DIFERENCIA

MAYO/00 (6 días):

Salario base: 26.300 32.819 6.519

PPP 4.383 5.470 1.087

Trienio - 835 835



JUNIO/00

Salario base: 134.100 164.097 29.997

PPP Extras: 22.350 27.349 4.999

Trienio: - 4.176 4.176

OCTUBRE/00

Salario base 134.100 164.097 29.997

PPP Extras: 22.350 27.349 4.999

Trienio: - 4.176 4.176

NOVIEMBRE/00:

Salario base: 134.100 164.097 29.997

PPP Extras: 22.350 27.349 4.999

Trienio: - 4.176 4.176

DICIEMBRE/00:

Salario base: 134.100 164.097 29.997

PPP Extras: 22.350 27.349 4.999

Trienio: - 4.176 4.176

ENERO/01:

Salario base: 136.782 169.348 32.566

PPP Extras: 22.797 28.224 5.427

Trienio: - 4.176 4.176

FEBRERO/01:

Salario base: 136.782 169.348 32.566

PPP Extras: 22.797 28.224 5.427

Trienio: - 8.352 8.352

MARZO/01:

Salario base: 136.782 169.348 32.566

PPP Extras: 22.797 28.224 5.427

Trienio - 8.352 8.352

ABRIL/01:

Salario base: 136.782 169.348 32.566

PPP Extras: 22.797 28.224 5.427

Trienio: - 8.352 8.352

TOTAL.....349.366 pts.

...3º.- En 25.05.00 se planteó reclamación previa que fue desestimada, habiéndose presentado la demanda de autos en 2.07.01. ...4º.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Ambito Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil (Código 9905612)."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Con rechazo de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y conociendo del fondo del asunto, estimando parcialmente la demanda deducida por D<sup>a</sup>. Diana , contra el AYUNTAMIENTO DE FREILA, debo condenar y condeno a dicha demandada a abonar a la actora la suma de 2.099,73 ?."

TERCERO.- El Letrado Sr. Clements Sánchez-Barranco, mediante escrito de 23 de Abril de 2003, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 21



de Febrero de 2000. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 3, letras b) y c), 82.3, 83.1 y 87 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 27 de Mayo de 2003 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 1 de Abril de 2004.

SEXTO.- Dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera en Sala General, fijándose para el día 23 de Junio de 2004, acto que fué suspendido, señalándose de nuevo para la Sala General del día 29 de Septiembre de 2004, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia hoy recurrida en casación para la unificación de doctrina fue dictada el día 24 de Febrero de 2003 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, confirmando la del Juzgado, que había sido estimatoria de la demanda interpuesta por una trabajadora contratada como maestra al servicio de una Guardería Infantil que regentaba un Ayuntamiento andaluz. Ante la inexistencia de convenio colectivo propio de la Corporación municipal y sus trabajadores, el Juzgado aplicó el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil y, conforme a las tablas salariales de éste, estimó la demanda en la que la trabajadora reclamaba diferencias de salarios en cuantía de 349.366 pesetas.

Como resolución de contraste aporta la Corporación recurrente la Sentencia dictada el día 21 de Febrero de 2000 por la homónima Sala del Tribunal de Extremadura, firme ya al recaer la recurrida. Enjuició esta resolución referencial el supuesto de un trabajador al servicio de un Ayuntamiento, en la actividad de jardines, careciendo la Corporación de convenio colectivo propio. En el contrato se había pactado que la retribución sería la establecida en cada momento "por el convenio colectivo del sector" o en su defecto el salario mínimo interprofesional. Al resolver la demanda que el trabajador interpuso en reclamación de diferencias salariales, el Juzgado de lo Social aplicó el Convenio Estatal para las Empresas de Jardinería; pero la Sala de suplicación revocó en este trámite la decisión de instancia, y entendió que, al carecer el ente empleador de convenio propio, no era aplicable ningún otro.

A la vista de lo relatado, ha de concluirse, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal y en contra de la opinión de la parte recurrida, que entre ambas resoluciones concurre la contradicción requerida como condición de procedibilidad por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL ), porque en dos supuestos de hecho sustancialmente iguales, como también lo eran los pedimentos y las respectivas causas de pedir, recayeron, pese a ello, decisiones divergentes. No obsta a la contradicción el hecho de que se trate de actividades diferentes en cada caso y, consiguientemente, también fueran distintos los convenios de ámbito estatal respectivamente aplicados, pues lo verdaderamente trascendente es que ambos Ayuntamientos demandados carecían de convenio colectivo propio, como consecuencia de lo cual lo debatido fue si, en vista de ello, resultaba o no aplicable en cada caso el convenio de ámbito estatal llamado a regular la actividad concreta que cada uno de los demandantes desempeñaba, y a este respecto existieron decisiones contrapuestas.

Así pues, procede entrar en el estudio y decisión de la controversia que con el recurso se nos plantea.

SEGUNDO.- El art. 3.1, letras b) y c) del Estatuto de los Trabajadores (ET ) establece que son fuentes de la relación laboral, inmediatamente después de la normativa estatal, los convenios colectivos y la voluntad de las partes, pero, respecto de ésta última, se cuida de puntualizar la citada letra c) que en ningún caso podrán pactarse con carácter individual condiciones menos favorables que las establecidas en las normas estatales y también en las convencionales.

Dicho lo anterior, conviene ahora hacer referencia a que el Convenio Colectivo que la Sentencia recurrida aplicó, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 21, correspondiente al 25 de Enero de 2000, establece que el mismo es de aplicación en todo el territorio del Estado español (art. 1), quedando afectados por él, entre otros, las Guarderías Infantiles y los Jardines de Infancia que atiendan preferentemente las cuestiones de custodia, atención y asistencia (art. 2), así como que dicho Convenio afecta (art. 3) "al personal en régimen de contrato de trabajo que preste sus servicios en los Centros reseñados en el artículo anterior". Así pues, está claro que la Guardería Infantil en la que la actora prestaba sus servicios es uno de los centros de trabajo afectados por el convenio que nos ocupa y que dicha actora está también comprendida en el ámbito de dicha norma paccionada.



Por otra parte, el Ayuntamiento demandado, en tanto en cuanto explota o regenta (es inoperante a estos efectos si persigue o no lucro) la Guardería Infantil de referencia, tiene la consideración de empresario respecto de la misma, pues así resulta con toda claridad de lo establecido en el apartado 2 en relación con el 1 del art. 1º del ET, ya que emplea en la repetida Guardería a personas que voluntariamente y mediante una retribución prestan sus servicios en aquélla, por lo que a estos efectos la Corporación hoy recurrente no está dotada del "imperium" que con carácter general es predicable de los Entes públicos a cuya clase pertenece, sino que tiene meramente el carácter de empleador o patrono, sujeto, por lo tanto, a la normativa que regula la relación laboral. Tal como razonaba nuestra Sentencia de 3 de Junio de 1994 (Recurso 2562/92), votada en Sala General, <<el Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 205/1987 de 21 de Diciembre ha declarado que "en cuanto parte de relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que las demás empleadoras", invocando al efecto su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que le impone el artículo 103,1 de la Constitución. Doctrina que también ha seguido esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 18 de Mayo de 1.991 y de 7 de Octubre de 1.992, expresando que "cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo ..... deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula tal contratación en el Derecho del Trabajo">>.

TERCERO.- El hecho de que la Corporación municipal demandada -hoy recurrente- carezca claramente de la cualidad de "empresa" conforme a la significación que este vocablo alcanza en el Derecho Mercantil (ni su cometido ni su finalidad consisten en generar bienes o prestar servicios con destino a clientes o consumidores, para conseguir un lucro con su actividad), ello no la priva sin embargo de su condición de empleadora conforme al Derecho Laboral, pues, como acabamos de decir, la relación con sus trabajadores no funcionarios se incardina en el art. 1º del ET, quedando de esta forma asimilada a cualquier otra empresa a todos los efectos contemplados en el Derecho del Trabajo. Así lo ha considerado esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 15 de Julio de 1996 (Recurso 1089/96), cuando señala (F.J. 2º), con respecto a si un Ayuntamiento puede tener o no la cualidad de empresario en el sentido que a ésta asigna el ET, que "dicha expresión ha de entenderse como sinónima de empleador, tal como desvela el art. 1.2 del propio Cuerpo legal en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja, en tanto que entiende por tal al que reciba prestación de servicios de quien sea trabajador, concurriendo en la relación que les vincula las notas que configuran al contrato de trabajo. La expresión empresario.....no ha de entenderse limitada, por tanto, a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil".

Y así lo ha señalado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su Sentencia 16 de Octubre de 2003 (caso Comisión-Italia), que condena al Gobierno de Italia por adaptación incompleta del Derecho interno a la Directiva 98/59, al dejar el Código Civil italiano fuera del concepto de empresario a aquellos empleadores que no tienen ánimo de lucro, ya que dicho Código considera únicamente empresario "a toda persona que ejerza a título profesional una actividad económica organizada con el fin de producir o intercambiar bienes y servicios".

Finalmente y para despejar definitivamente cualquier duda que pudiera abrigarse al respecto, cabe señalar que, refiriéndose en concreto a los Ayuntamientos, existe en nuestra legislación positiva un precepto del que con toda claridad se desprende la sujeción al ordenamiento laboral de las relaciones de esta índole existentes entre las Corporaciones locales y sus trabajadores: se trata del art. 177.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de Abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que establece: "La contratación laboral puede ser por tiempo indefinido, de duración determinada, a tiempo parcial, y demás modalidades previstas en la legislación laboral.- El régimen de tales relaciones será, en su integridad, el establecido en las normas de Derecho Laboral".

CUARTO.- Procede atender ahora al problema relativo a si el Ayuntamiento, en cuanto empresario que es según el alcance antes visto de esta expresión, queda o no vinculado por el Convenio Colectivo de referencia en tanto en cuanto regenta una guardería infantil a cuyo servicio emplea trabajadores asalariados.

Sostiene el recurrente la solución negativa, con base en que, según afirma, ni dicho Ayuntamiento estuvo representado como empresario en la gestación de ese Convenio ni, en su opinión, podía legalmente estarlo. A este respecto hemos de señalar que, si bien no parece existir norma legal alguna que de manera clara prohíba a las Corporaciones municipales formar parte de organizaciones empresariales a efectos de poder participar en la negociación de aquellos convenios colectivos que a dichos entes públicos pudieran afectarles en su condición de posibles empleadores, es lo cierto sin embargo que, al parecer, es práctica consolidada que tales organizaciones no están dispuestas a admitir entre sus integrantes a ninguna Administración pública, por lo que, en realidad, la situación de hecho existente es la que el recurrente alega: el mismo no ha podido formar parte de ninguna organización empresarial en la que pudiera haberse visto representado a la hora de negociar el convenio del que tratamos.



No obstante, el hecho de no poder formar parte de ninguna organización empresarial relacionada con sus actividades regidas por el Derecho Laboral no constituye obstáculo bastante para que el recurrente deba resultar vinculado por el convenio que nos ocupa, tal como a continuación hemos de ver, aparte de la posibilidad que se le ofrece de negociar un convenio propio, como después diremos.

El criterio de considerar que únicamente se ve vinculado por un convenio colectivo de los comprendidos en el Título III del ET aquel empresario que, o bien forma parte de una organización empresarial de las que participaron en la gestación del pacto, o bien simplemente ha podido formarla, supone concebir a este tipo de convenios (comúnmente llamados "estatutarios") con un criterio exclusivamente iusprivatista, que no corresponde a su verdadera naturaleza, y que únicamente resulta predicable respecto de los convenios "extraestatutarios" regidos por el Código Civil, ante la ausencia de regulación en el ET.

La doctrina más autorizada distingue claramente dos tipos de convenios colectivos, a saber: por un lado, los de eficacia limitada (éstos son los extraestatutarios), que, habida cuenta de que encuentran su única regulación en el Código Civil, necesariamente han de ajustarse a los principios que disciplinan los contratos en este Cuerpo legal, y obligan de manera exclusiva a quienes de forma personal y directa los habían pactado, y a aquéllos que estaban directamente representados por los negociadores. Ello es consecuencia de que aquí la única fuente obligacional, de entre todas las contempladas en el art. 1.089 del Código Civil, es el contrato, y que para la existencia de éste se precisa la concurrencia de las voluntades de todos cuantos se obligan (art. 1.254 del propio Cuerpo legal).

Pero los convenios estatutarios -cuya existencia encuentra su asiento y garantía en el art. 37.1 de la propia Constitución española - no corresponden a la categoría antes expresada, sino que constituyen convenios "de eficacia general" o erga omnes, porque alcanzan fuerza normativa y constituyen la segunda fuente de la relación laboral en el orden jerárquico que de tales fuentes suministra el art. 3.1 del ET. La eficacia normativa de estos convenios es una eficacia privilegiada, pues llegan a formar parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que obligan no solo a los negociadores y a los representados por ellos, sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores. Así resulta sin lugar a dudas del art. 82.3 del ET: "los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia". El precepto es rotundo y no admite dudas ni hace distinciones de ningún género acerca de que los obligados sean únicamente quienes estuvieron representados en la negociación, o pudieron estarlo. El ET selecciona previamente a los sujetos legitimados para negociar, regulando esta materia en el art. 87, y también exige (art. 88.1) determinadas mayorías para formar parte de la comisión negociadora, tanto por parte de los trabajadores como de los empresarios, pero, una vez que ha sido aprobado el convenio, éste obliga "erga omnes" en los términos en los que, como ya vimos, se pronuncia el art. 82.3.

QUINTO.- Habría sido perfectamente posible que el Ayuntamiento recurrente hubiera gestado un convenio colectivo propio para regular las condiciones en las que se desarrollaría la relación laboral con todos sus trabajadores (abarcando así las distintas clases de actividad para las que este empleador necesitara contratar empleados en régimen laboral), pues el convenio de empresa es, sin duda alguna, uno de los que vienen comprendidos en la permisión de los arts. 82 y siguientes del ET y la experiencia demuestra que con mucha frecuencia los Entes públicos tienen su propio convenio. Pero, al no existir un convenio de este ámbito específico, lo lógico es -conforme a lo antes razonado- que la relación laboral de la que aquí tratamos quede sujeta al Convenio que, con carácter general, resulta aplicable a todas y cada una de las empresas que se dedican a la misma actividad de Guardería Infantil en la que prestaba sus servicios la demandante de origen. Si así no fuera, se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los Ayuntamientos, y quebraría el principio de igualdad que consagra el art. 14 de la Constitución española y también acoge el art. 17 del ET, resultando indebidamente perjudicados los trabajadores que prestaran servicios para el Ayuntamiento con respecto a los que los prestaran en la misma actividad para otra empresa en la que no concurría la cualidad de Ente público.

Podría pensarse que, al no estar comprendida la prestación del servicio de guardería infantil entre las funciones y finalidades concretas que los Ayuntamientos tienen legalmente asignadas, no pueden equipararse estos empleadores a los "empresarios" (según el alcance de este concepto conforme al Derecho mercantil) de guarderías en lo relativo a la aplicación del convenio colectivo del sector. Sin embargo, es un hecho cierto e indiscutible que este servicio se viene realmente prestando (igual que otros muchos que aquí no interesan, y que tampoco les están legalmente encomendados como obligatorios) por muchas de estas Corporaciones en beneficio de los ciudadanos del municipio, y que para ello el empleador necesita contratar trabajadores, de tal suerte que la relación de trabajo así creada deberá regirse, conforme a lo antes razonado, por la normativa (tanto legal como paccionada) reguladora de la actividad de que se trate. Cuando estas actividades sean varias, ciertamente puede resultar incómodo al Ente público empleador cumplir la normativa resultante de tantos



convenios como actividades, pero este inconveniente puede fácilmente obviarse acudiendo a la solución, ya antes apuntada, de gestar un convenio colectivo propio o "de empresa", en el que se regulen las condiciones de trabajo de todos sus asalariados, solución ésta a la que acude un gran número de Ayuntamientos, tal como la experiencia revela. Lo que no resulta admisible es que el empleador decida prescindir de un convenio "de empresa", y a la vez pretenda no someterse a aquél o aquéllos convenios que regulen cada una de las actividades en cuyo desarrollo el empleador contrate trabajadores asalariados, pues esto crearía un injustificado vacío normativo, productor de una situación caótica en algunos aspectos, como en el caso presente ha acontecido en el plano retributivo, en el que el Ayuntamiento recurrente pretende retribuir con el salario mínimo interprofesional a todos los empleados de la guardería, sean cuales fueren las diferencias existentes entre funciones a desarrollar y preparación, formación o titulación requeridas para el desempeño de cada una de ellas.

Aun cuando no lo especifica así de manera expresa, sí parece dar a entender el escrito de interposición del recurso que si el Ayuntamiento hubiera de satisfacer los salarios establecidos en el convenio, quizá no pudiera seguir prestando a los ciudadanos el servicio del que se trata, al resultarle excesivamente gravoso en relación con sus disponibilidades económicas. A ello debe responderse poniendo de manifiesto una vez más la posibilidad de haber negociado -o hacerlo en lo sucesivo- un convenio propio, aparte de la posibilidad de pretender el "descuelgue" que, en consonancia con lo normado en el art. 82.3 del ET, ofrece el Convenio que nos ocupa en su art. 53 (no vamos a examinar si en este caso tal posibilidad era o no real, por no constituir ello motivo del recurso). Pero lo que no resulta ajustado a derecho es dejar de aplicar, sin más, una normativa convencional que está llamada a regular a escala nacional la actividad de la que tratamos.

. SEXTO- Lo razonado pone de manifiesto que la Sentencia recurrida se atuvo a la doctrina correcta, por lo que, de conformidad con lo preceptuado por el art. 226.3 de la LPL y de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, sin acordar cosa alguna acerca de depósito ni de consignación, por no haberse constituido, y con la condena en costas al recurrente, a tenor de lo dispuesto en el art. 233.1 del citado texto procesal.

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

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE FREILA contra la Sentencia dictada el día 24 de Febrero de 2003 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de suplicación 2970/02, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 17 de Julio de 2002 pronunció el Juzgado de lo Social número tres de Granada en el Proceso 695/01, que se siguió sobre reclamación de cantidad, a instancia de DOÑA Diana contra el expresado recurrente, al que condenamos en costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Francisco García Sánchez y el Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Benigno Varela Autran, D. Manuel Iglesias Cabero y D. Luis Gil Suárez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## Voto Particular

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE SALA GENERAL DICTADA EN EL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN, QUE SUSCRIBE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. GONZALO MOLINER TAMBORERO, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. BENIGNO VARELA AUTRAN, D. MANUEL IGLESIAS CABERO Y D. LUIS GIL SUÁREZ.

Por medio del presente voto particular manifestamos, con todos los respetos a la decisión de la mayoría, nuestra discrepancia con el fallo de la sentencia de unificación dictada en las presentes actuaciones, la cual basamos en los siguientes argumentos jurídicos:



PRIMERO.- No nos cabe duda alguna acerca de la condición de empleador del Ayuntamiento demandado y condenado, ni tampoco que como tal empleador debe cumplir la normativa laboral vigente, así como tampoco hacemos cuestión del hecho de que la falta de afiliación de dicho empleador a la organización patronal que negoció el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil resulta indiferente en ese caso, con lo que manifestamos nuestra conformidad con todos los argumentos genéricos que se contienen en los fundamentos jurídicos primero al quinto de la sentencia, y los hacemos nuestros.

SEGUNDO.- 1.- Nuestra discrepancia con la opinión mayoritaria de la Sala expresada en dicha sentencia radica en que consideramos que el Ayuntamiento demandado no puede aceptarse incluido dentro del ámbito de aplicación de aquel Convenio Colectivo, a pesar de que en el art. 2 se establezca como ámbito funcional el de todas las guarderías infantiles y jardines de infancia de todo el territorio nacional.

2.- El citado art. 2 dispone, como ya se refleja en el cuerpo de la sentencia que "quedarán afectados por este Convenio los Centros de Educación Infantil no integrados y parvularios no integrados, cualesquiera que sea el carácter y nacionalidad de la entidad titular. Igualmente quedan afectados por este Convenio las Guarderías Infantiles y los Jardines de Infancia que atenderán preferentemente las cuestiones de custodia, atención y existencia.

3.- La razón fundamental por la que creemos que a pesar de lo acordado por los negociadores del Convenio éste no afecta al Ayuntamiento demandado ni a ningún Ayuntamiento se basa en la condición pública de estas corporaciones que, en cuanto integrantes de la organización del Estado, con fines dirigidos a la satisfacción de intereses generales, y con una autonomía reconocida en el art. 140 de la Constitución, consideramos que no pueden estar sujetos a normas convenidas por agentes sociales privados - organizaciones patronales y sindicales -, necesariamente guiados por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que tales corporaciones están llamadas a desempeñar, y por ello entendemos que carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades.

4.- A partir de esta primera apreciación consideramos que no se puede sostener que la unidad en la que se negoció el Convenio en cuestión, referida al subsector de Centros de Asistencia Infantil estuviera regulando o pudiera regular otra cosa que los intereses específicos de las empresas privadas y los trabajadores incluidos en dicho ámbito, del que según nuestro criterio debe quedar excluida cualquier corporación pública. A cuyo efecto procede recordar que esta Sala ha mantenido tradicionalmente de que todo Convenio exige un mínimo de homogeneidad entre las empresas a las que pretende ser aplicado cual puede apreciarse en SSTs como las de 15-6-1994 (Rec.-2149/93), 19-12-1995 (Rec.-34/95) o 30-6-1997 (Rec.-2935/96) en unos casos para entender que esa homogeneidad se producía (supuestos de la primera y la segunda de las sentencias citadas), y en otros para estimar que no concurría tal exigencia y por lo tanto no podía admitirse como aplicable el Convenio, cual ocurrió en la segunda de dichas sentencias en las que se entendió no aplicable el Convenio de hostelería a las residencias de ancianos. En relación con ello estimamos que, aun cuando un Ayuntamiento como el demandado preste un servicio de guardería en el pueblo no puede afirmarse la existencia de esa homogeneidad de intereses entre esa guardería y las que se hallan movidas por intereses privados.

TERCERO.- 1.- Con independencia del citado argumento, pero en relación con él, la segunda cuestión que se plantea es la de determinar hasta que punto el servicio de guardería que presta el Ayuntamiento demandado constituye un centro de educación infantil o guardería, dado que no consta en autos que tuviera el mínimo de autonomía u organización necesarios como para poder calificarlo como tal a los efectos de poder entender aplicable al mismo el Convenio Colectivo invocado.

2.- Aceptar en tales condiciones la aplicación a un Ayuntamiento del Convenio de guarderías porque tiene una, lleva implícito que habrá que aplicarle igualmente el de limpieza de locales si tiene una limpiadora a su servicio, el de la construcción si tiene un peón dedicado a este menester, el de jardinería si tiene un encargado de cuidar las flores que adornen el pueblo, el de oficinas y despachos en su caso, etc... Esta posibilidad, con independencia de lo hasta ahora indicado, pugna con la previsión estatutaria en relación con la negociación colectiva en cuanto que, prevista para empresas, grupos de empresas o sectores productivos - arts 82 y sgs ET -, hace difícil sostener que una misma empresa - en este caso el Ayuntamiento demandado -, se rija por tan diversos Convenios. No se trata de defender la necesidad imperiosa de la unidad de empresa, pues sabemos que es posible negociar convenios de centro o de franja y por lo tanto de ámbito inferior al de la empresa, sino de no aplicar los convenios más allá de lo que constituya su ámbito estricto de aplicación acordado conforme a derecho.

CUARTO.- En su consecuencia estimamos que este Convenio no le era aplicable al Ayuntamiento demandado, por lo que habría de regirse por las demás fuentes reguladoras de la actividad laboral, sin olvidar las posibilidades que ofrece el contrato individual en este tipo de relaciones (procede señalar que a la actora



se le abonaba un salario convenido entre las partes que doblaba el salario mínimo interprofesional), las posibilidades que ofrece la extensión de los convenios a partir de otros existentes en otros Ayuntamientos - art. 92.2 ET -, o la propia posibilidad de negociar un Convenio Colectivo propio que cualquiera de las partes pudo y puede iniciar.

Madrid, 7 de octubre de 2.004

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ