



Roj: **STS 3513/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3513**

Id Cendoj: **28079140012014100463**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2014**

Nº de Recurso: **1994/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1532/2012,**
STS 3513/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Silvia García Rodríguez en nombre y representación del EXCMO. CABILDO INSULAR DE LA PALMA contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, en recurso de suplicación nº 280/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de julio de 2010 y posterior Auto Aclaratorio de la sentencia de fecha 7 de octubre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, en autos núm. 852/2009, seguidos a instancias de D./Dña. Pelayo, Otilia, Santiago, Zaira, Sixto, Jose Miguel, Luis Enrique, Angustia, Carmen, Emilia, Graciela, Marcelina, Reyes, Bienvenido, Zulima, Edmundo, Apolonia, Concepción, Eulalia, Héctor, Justo, Marisol, Olegario, Santiago, Soledad y Luis Pablo contra EXCMO. CABILDO INSULAR DE LA PALMA sobre DERECHOS.

Ha comparecido en concepto de recurrido DON Pelayo Y OTROS representados por el Letrado Don José Francisco Felipe Concepción.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de julio de 2010 el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º . Los trabajadores demandantes prestan servicios para el Cabildo Insular de La Palma, en el centro de trabajo Residencia de Pensionistas de La Palma, con las categorías profesionales y antigüedades que a continuación se detallan:

APELLIDOS NOMBRE Categoría profesional Antigüedad

Zulima Camarera Limpiadora 05/05/1999

Soledad A.T.S. 05/04/1997

Santiago Cocinero 11/12/1981

Otilia Camarera Limpiadora 13/05/1986

Olegario . Ayudante de Cocina 07/04/1986

Marisol Camarera Limpiadora 29/11/2002

Justo Ordenanza motorista 20/03/1981



Pelayo Ordenanza motorista 14/10/1981
Héctor Ordenanza motorista 27/05/1985
Eulalia Camarera Limpiadora 12/12/1981
Concepción Camarera Limpiadora 01/02/1989
Apolonia Camarera Limpiadora 01/07/2000
Jose Miguel Ayudante de cocina 01/07/1989
Edmundo . Médico 15/05/1988
Zaira Auxiliar Enfermería 20/03/1993
Luis Pablo A.T.S. 04/05/2001
Bienvenido . Ayudante 14/10/1981
Reyes Animadora 25/09/1989
Marcelina Ordenanza Conductor 14/12/1981
Graciela Camarera Limpiadora 12/12/1981
Emilia Camarera Limpiadora 14/12/1981
Carmen Camarera Limpiadora 12/12/1981
Angustia Auxiliar Enfermería 09/07/1990
Luis Enrique . Ayudante 14/10/1981
Sixto Ordenanza Motorista 01/05/1992
Santiago Camarera Limpiadora 01/10/1995

2º.- Los actores son personal transferido de la CCAA de Canarias en virtud del Decreto 196/2002 siendo de aplicación desde ese momento el Convenio Colectivo de personal laboral del Cabildo.

3º.- Cuando los actores eran personal de la comunidad autónoma les era de aplicación el III Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias que establecía un complemento en especie en su artículo 46 b) 2: "Los trabajadores afectados por el convenio que presten servicio en centros en los que exista media pensión o residencia y cuando su jornada coincida con la hora de la comida y/o cena, tendrán derecho como complemento en especie a una comida por día en que presten sus servicios. El tiempo invertido no se computará a efectos de jornada laboral."

4º.- El día 30 de abril de 2.003 se firmó entre el Cabildo Insular de La Palma y las Organizaciones Sindicales más representativas un Acuerdo de Equiparación y Homologación del personal laboral transferido de la Comunidad Autónoma de Canarias al Cabildo Insular de La Palma con los Decretos de Transferencia nº 182/02 y 196/02 ambos de 20 de diciembre. El objeto de este Acuerdo es formalizar el acuerdo sobre equiparación salarial y homologación del personal laboral transferido por la Comunidad Autónoma de Canarias al Cabildo Insular de La Palma en virtud de los Decretos 182/2002 (servicios forestales, vías pecuarias y pastos, protección del medio ambiente y gestión y conservación de espacios naturales protegidos) y 196/2002 (servicios sociales especializados a personas mayores y minusválidos) ambos de 20 de diciembre, con el personal propio del Cabildo Insular de La Palma, con el fin de adecuar a la Administración receptora (Cabildo Insular de La Palma) al personal laboral que, con uno u otro status, prestaba servicios en otra Entidad Pública con un régimen jurídico y retributivo diferente. En la cláusula CUARTA del referido Acuerdo se establece lo siguiente: Durante 2003 se procederá a adecuar los conceptos retributivos a los existentes en el Convenio Colectivo del Excmo. Cabildo Insular de La Palma, no devengándose derechos por conceptos distintos a los previstos en dicho convenio."

5º.- El 5 de noviembre de 2.008 la Consejera Delegada de Asuntos Sociales y Sanidad emite una instrucción con el fin de regularizar el servicio de comedor de la Residencia de Pensionistas de Santa Cruz de La Palma y "se dispone que a partir de la presente, los alimentos que se sirvan en la Residencia de Pensionistas en Santa Cruz de La Palma, sean únicamente destinados al consumo de los residentes, lo cual se pone en conocimiento del personal a los efectos oportunos."

6º.- Los demandantes reclaman el derecho a continuar percibiendo el complemento en especie consistente en el derecho a una comida por día en centros en los que exista media pensión o residencia y cuando su jornada coincida con la hora de la comida y/o cena por considerar que éste constituye condición más beneficiosa.



7º.- Se han interpuesto las preceptivas reclamaciones previas a la vía jurisdiccional que han sido desestimadas".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda de reconocimiento de derecho interpuesta por D. José Francisco Felipe Concepción, en su calidad de Letrado, en nombre y representación de los trabajadores relacionados en el encabezamiento de la demanda contra el CABILDO INSULAR DE LA PALMA, debo absolver y absuelvo al Cabildo demandado de las pretensiones de la parte actora".

Con fecha 7 de octubre de 2010 el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó auto de aclaración en el que se rectifica el error cometido en el hecho primero de la sentencia en el que se reflejó que el trabajador D. Simón ostentaba una categoría profesional de médico y una antigüedad de 15-05-1988 cuando lo cierto es que dicho trabajador tiene una antigüedad de 15-05-1998 tal y como consta acreditado en autos.

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Pelayo Y OTROS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, la cual dictó sentencia en fecha 12 de abril de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Pelayo, Otilia, Santiago, Zaira, Sixto, Jose Miguel, Luis Enrique, Angustia, Carmen, Emilia, Graciela, Marcelina, Reyes, Bienvenido, Zulima, Edmundo, Apolonia, Concepción, Eulalia, Héctor, Justo, Marisol, Olegario, Santiago, Soledad y Luis Pablo contra SENTENCIA del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 1 de julio de 2010, en reclamación de Derechos y en consecuencia debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en el sentido de estimar la demanda y declarar el derecho de los actores a continuar realizando la comida o la cena en la Residencia de Pensionistas, con cargo a ésta, en la que prestan sus servicios siempre que coincida con su horario efectivo de trabajo y que tales comidas se sigan sirviendo a los residentes y en iguales condiciones (menú, etc.) que éstos".

TERCERO.- Por la representación del EXCMO. CABILDO INSULAR DE LA PALMA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife el 18 de junio de 2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 15 de mayo de 2003.

CUARTO.- Con fecha 14 de marzo de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de que el recurso debe ser estimado, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2013. Dada la trascendencia y complejidad del asunto, se suspendió el trámite anterior y se acordó que para la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera por la Sala en Pleno, señalándose el día 18 de junio de 2014, en cuya fecha tuvo lugar, acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, al anunciar el anterior designado, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se trata de resolver es si existe una condición más beneficiosa de los trabajadores de una Residencia de Pensionistas, que disfrutan de un complemento salarial en especie -consistente en hacer una comida gratis en la propia Residencia en los días en que presten servicio- y si dicha condición debe ser mantenida o puede ser eliminada unilateralmente por la entidad empleadora que es una administración pública: el Cabildo Insular de la Isla de La Palma. Los trabajadores disfrutaban de esa condición porque originariamente la tenían reconocida en el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias y, posteriormente, al ser transferidos al Cabildo Insular de La Palma, momento en que ya no les era de aplicación dicho Convenio, la siguieron disfrutando durante varios años. La sentencia recurrida, que es del TSJ de Canarias (Tenerife) de 12/4/2012, ha estimado, revocando la de instancia, que dicha condición más beneficiosa existe y que no se puede eliminar unilateralmente por la entidad pública empleadora, sin apreciar que ello suponga vulneración alguna del principio de legalidad. Dicho con más precisión, lo que hace la sentencia recurrida es "declarar el derecho de los actores a continuar realizando la comida o la cena en la Residencia de Pensionistas, con cargo a ésta, en la que prestan sus servicios siempre que coincida con su horario efectivo de trabajo y que tales comidas se sigan sirviendo a los residentes y en iguales condiciones (menú, etc.) que éstos".



SEGUNDO.- Recurre en casación unificadora el citado Cabildo Insular aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 15 de mayo de 2003 . En ella también se trata de una entidad pública, el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS), dependiente de la Diputación General de Aragón (DGA), que, a partir de un determinado momento, pretende suprimir el derecho de los trabajadores transferidos desde el INSERSO a comer en su centro de trabajo por 0,75 euros al día, derecho que tiene su origen en el Convenio Colectivo del personal laboral del INSERSO -si bien con determinadas vicisitudes que son irrelevantes a efectos de contradicción, como aprecia el Ministerio Fiscal en su razonado informe- pero que dejó de ser de aplicación a los demandantes desde que fueron transferidos al Instituto Aragonés de Servicios Sociales, dependiente de la Diputación General de Aragón, cuyo Convenio Colectivo para su personal laboral no contempla ese derecho que los demandantes pretenden conservar como condición más beneficiosa. La sentencia de contraste, revocando la de instancia, desestima tal pretensión, por entender que no se dan los requisitos para apreciar la existencia de condición más beneficiosa y que dichos requisitos deben ponderarse con especial rigor cuando la empleadora es una administración pública que, por ende, está sujeta al principio de legalidad. Concurren, pues, los requisitos de procedibilidad de este recurso de unificación exigidos por el art. 219 de la LRJS .

TERCERO.- 1. Entrando en el fondo del asunto, hay tres circunstancias -que constan en los hechos probados- que merecen ser destacadas. La primera es que los actores fueron transferidos desde la Comunidad Autónoma de Canarias hasta el Cabildo Insular de La Palma en el año 2002 y continuaron disfrutando del complemento en especie objeto de discusión. La segunda es que el 30/4/2003 el Cabildo y las Organizaciones Sindicales más representativas firmaron un Acuerdo de Equiparación y Homologación del Personal transferido desde la Comunidad Autónoma en cuya cláusula Cuarta se decía: "Durante 2003 se procederá a adecuar los conceptos retributivos a los existentes en el Convenio Colectivo del Excmo. Cabildo Insular de La Palma, no devengándose derechos por conceptos distintos de los previstos en dicho convenio". Pues bien: en dicho convenio no existe el complemento en especie sobre el que se debate. Por lo tanto, parecería lógico que -a más tardar, a finales de ese año 2003- los trabajadores hubieran dejado de percibirlo. Sin embargo -y ésta es la tercera circunstancia decisiva- siguieron cobrándolo ininterrumpidamente durante cinco años más: concretamente, hasta que el 5/11/2008 la Consejera Delegada de Asuntos Sociales y Sanidad dictó una Instrucción en la que "se dispone que, a partir de la presente, los alimentos que se sirvan en la Residencia de Pensionistas en Santa Cruz de La Palma sean únicamente destinados al consumo de los residentes, lo cual se pone en conocimiento del personal a los efectos oportunos".

2. A partir de ahí se trata de interpretar el sentido de todas esas circunstancias del caso. A juicio de esta Sala, el propio texto de la citada Instrucción de 5/11/2008 revela varias cosas: primera, que durante todo ese tiempo anterior a la Instrucción los trabajadores siguieron disfrutando esa condición más beneficiosa, sin que quepa duda alguna al respecto; segunda, que ese disfrute no pudo ser indebido puesto que se dice que "a partir de ahora" se suprime esa condición (consumir gratis la misma comida de los residentes), sin hacer alegación alguna sobre su eventual carácter indebido o meramente tolerado o desconocido por la empleadora; y tercera, la existencia de tal conocimiento se reafirma por el hecho de que el Acuerdo de 2003 estaba específicamente destinado a eliminar los conceptos salariales no contemplados en el Convenio Colectivo del personal laboral del Cabildo, por lo que parece muy poco probable que la administración firmante de dicho Acuerdo no se preocupara de controlar el cumplimiento del mismo. La conclusión no puede ser otra que ésta: la administración empleadora -el Cabildo Insular- conscientemente respetó, como una excepción al citado Acuerdo de Homologación, el disfrute de este complemento en especie que los trabajadores venían disfrutando desde hacía muchos años: antes de la transferencia de ese servicio desde la Comunidad Autónoma, lo cual no es sino una consecuencia del obligado respeto a lo preceptuado por el art. 44 ET en los casos de sucesión de empresas: "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior".

No se trata de ningún ejercicio clandestino ni de una práctica ilegal que nunca podría haber sido consentida ni tolerada; y, por tanto, aquí no hay afectación alguna al principio de legalidad; ni se trata tampoco de una tolerancia indebida por parte de algún órgano inferior -por ejemplo, la dirección del centro- del que se le pudiera hacer responsable: no consta sanción alguna a ningún miembro del equipo de dirección del centro, ni es creíble que los órganos administrativos de tutela del centro, y controladores de sus presupuestos, tardaran cinco años en enterarse del disfrute de esta condición más beneficiosa por parte de los trabajadores de esta Residencia de Pensionistas de una isla que destaca por su belleza pero no precisamente por su extensión y número de pobladores.

3. Frente a esas argumentaciones de la parte recurrente y de la sentencia de contraste, es en cambio acertada la argumentación de la sentencia recurrida cuando, en primer lugar, recuerda nuestra jurisprudencia sobre los requisitos para adquirir la condición más beneficiosa, que se sintetiza en la STS de 14/3/2005 (R.C. 71/2004) que dice así: "*Subyace en toda condición más beneficiosa la existencia de una voluntad empresarial de*



otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia; condición que pervive con el alcance que derive del pacto originario, naturaleza o uso pacífico hasta que las partes no alcancen otro acuerdo, o se produzca su neutralización por mor de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado. Es cierto que, conforme un criterio interpretativo consolidado -al que se refiere la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 1989 - la condición examinada se funda en los artículos 9.2 de la Ley de Contrato de Trabajo y 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, y que, a salvo de supuestos especiales en que el propio acto de reconocimiento o las circunstancias concurrentes en el mismo conduzcan a la conclusión contraria, las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador se incorporan, por la habitualidad, regularidad y persistencia de su disfrute en el tiempo, al nexo contractual, de forma que aquella no puede ser suprimida o reducida unilateralmente por el empresario." . Y, en segundo lugar, cuando al aplicar dicha doctrina al caso de autos, concluye la sentencia recurrida: "En el caso de autos, las condiciones para el reconocimiento del derecho, como condición más beneficiosa, se dan, bastando reproducir el dato fáctico clave: los actores continuaban cenando o almorzando en la Residencia de Pensionistas siempre que coincidiera el horario de la comida en su turno de trabajo, mucho después (más de cinco años) de suscrito el Acuerdo Administración-Sindicatos que permitía suprimir este derecho. 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".

4. Esta conclusión no puede alterarse, como ya hemos indicado antes, por el hecho de que la empleadora sea una administración pública sometida, como tal, al principio de legalidad en todas sus actuaciones. Porque la sumisión a tal principio 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. Pues bien, hace ya muchos años que la doctrina y la jurisprudencia residencian el denominado principio de condición más beneficiosa en dicho precepto estatutario, como hemos visto en la citada STS DE 14/3/2005 . Es decir, el origen de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, si bien el acuerdo entre ellas no necesariamente tiene que ser expreso sino que, con mucha frecuencia, es tácito y su existencia se demuestra por la permanencia continuada en el tiempo del disfrute de esa condición por parte del trabajador o los trabajadores que la tengan reconocida. Pero ese carácter tácito, basado además en la doctrina de los actos propios, en modo alguno significa que dicha condición se efectúe *donandi causa* -por mera liberalidad del empresario- y que, por lo tanto, éste la puede suprimir por su propia voluntad unilateral en el momento que desee. El contrato de trabajo tiene naturaleza onerosa y la prestación de trabajo y la contraprestación salarial son obligaciones recíprocas: una es siempre causa de la otra y al revés. Por decirlo sintéticamente, "laboralidad" y "liberalidad" son términos antagónicos y recíprocamente excluyentes. Por ello, el socorrido argumento de la "tolerancia" que, en definitiva, es una suerte de liberalidad, tampoco puede aceptarse por mera afirmación de parte y, menos aún, cuando de una administración pública se trata, pues la tolerancia en tal caso puede deslizarse hacia la figura delictiva de la malversación de fondos públicos.

Dicho lo cual, es obvio que el acuerdo de voluntades -expreso o tácito- que da origen a la condición más beneficiosa puede verse afectado por algún vicio en el consentimiento que, quien lo alegue, habrá de demostrarlo. Y, por otra parte, es posible que, en algún caso excepcional, se pueda considerar que el empresario ha hecho un regalo a los trabajadores sin voluntad alguna de obligarse a su repetición: es el caso de la cesta de Navidad contemplado en la STS de 31/5/1995 (RCUD 2384/1994). Pero ni una cosa ni otra aparece en nuestro caso. Lo que tenemos en nuestro caso es, simplemente, el respeto a un complemento en especie que tenían los trabajadores procedentes de otra administración pública y que se les ha querido conservar pese al Acuerdo de Homologación de condiciones pactado en su día, como una excepción al mismo: de ahí su carácter de "condición más beneficiosa", en relación con los trabajadores que nunca han disfrutado de ese complemento. Lo cual es perfectamente legal puesto que, como hemos dicho, no es sino una conducta ajustada al mandato del art. 44 ET . Ello no quiere decir que dicha condición más beneficiosa deba perdurar eternamente: el ordenamiento jurídico laboral provee de 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 .

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 la Letrada Doña Silvia García Rodríguez en nombre y representación del EXCMO. CABILDO INSULAR DE LA PALMA contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, en recurso de suplicación nº 280/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de julio de 2010 y posterior Auto Aclaratorio de la sentencia de fecha 7 de octubre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, en autos núm. 852/2009, seguidos a instancias de D./Dña. Pelayo, Otilia, Santiago, Zaira, Sixto, Jose Miguel, Luis Enrique, Angustia, Carmen, Emilia, Graciela, Marcelina, Reyes, Bienvenido, Zulima, Edmundo, Apolonia, Concepción, Eulalia, Héctor, Justo, Marisol, Olegario, Santiago, Soledad y Luis Pablo contra EXCMO. CABILDO INSULAR DE LA PALMA sobre DERECHOS. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formulan el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Miguel Angel Luelmo Millan y D. Jesus Souto Prieto de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 1994/2012.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso nº 1994/2012, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

1. La discrepancia con el criterio mayoritario de la Sala radica en que desconoce la doctrina sentada por nuestras sentencias de 19 de septiembre de 2007 (R. 3474/2006) y 16 de febrero de 2009 (R. 1472/2008) que recayeron en supuestos de hecho similares y se aparta de ella sin explicar las razones de esa decisión, incongruencia omisiva contraria al art. 24 de la Constitución.

2. La doctrina de la Sala se resume diciendo que el reconocimiento de una condición más beneficiosa requiere la existencia de "una voluntad inequívoca de su concesión", "un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" y que se pruebe "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social", requisito al que se añade, cuando se trata de una Administración Pública, la necesidad de que la condición más beneficiosa se haya "establecido por órgano de la Administración Pública que tenga competencia para ello. De forma más detallada, en la sentencia de 16 de febrero de 2009 (R. 1472/2008) se dice: "Las competencias de la Gerencia, son fundamentalmente de propuesta de los incentivos del personal y la ordenación de los pagos dentro de su presupuesto de gastos. Por tanto, el compromiso al que se llegó en 1995 con la Gerencia del complejo hospitalario, se encuentra fuera de las competencias del referido órgano en cuanto otorga el referido complemento al actor como personal laboral y no estatutario, por lo que se trata de supuesto en que la Gerencia desborda su competencia y, en consecuencia carece de eficacia para obligar".

"En todo caso, con respecto al principio de condición más beneficiosa, la doctrina de esta Sala ha declarado en Sentencia de 29-marzo-2002 (rec. 3590/1999), <<que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16-septiembre-1992, 20-diciembre-1993, 21-febrero-1994, 31-mayo-1995 y 8-julio-1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho (sentencias de 21-febrero-1994, 31-mayo-1995 y 8-julio-1996) y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sentencia de 25-enero, 31-mayo y 8-julio de 1996)>>. Circunstancias éstas que no concurren en el supuesto de autos por las razones anteriormente expresada".

"En consecuencia, se hace necesario para la incorporación al nexo contractual de ese beneficio, que haya sido establecido por órgano de la Administración pública que tenga competencia para ello, lo que también es requisito para que pueda mantenerse en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas. Pues solo así configurada la condición más beneficiosa, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud



de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente-, más favorable que modifique el status anterior en materia homogénea".

3. En el presente caso no ha existido un acto expreso de reconocimiento de la condición más beneficiosa consistente en comer o cenar gratis en la Residencia de Pensionistas donde los trabajadores afectados prestaban sus servicios, sino todo lo contrario: tras la transferencia de la Residencia al Cabildo Insular de la Palma expresamente se suprimió ese beneficio, mediante acuerdo colectivo de 2003 en el que se pactó la homologación de las condiciones laborales de todo el personal laboral del Cabildo recurrente, que el Convenio Colectivo para el personal laboral del Cabildo se aplicaría a todo el personal dependiente del mismo y que no se devengarían "derechos por conceptos distintos a los previstos en dicho Convenio", acuerdo aplicable a todo el personal transferido de la Comunidad Autónoma Canaria destinado en actividades de Medio Ambiente y Servicios Sociales especializados en personas mayores y discapacitadas.

El reconocimiento expreso de la condición más beneficiosa no se ha producido, ni, menos aún, el mismo ha sido reconocido por persona con facultades o poderes para obligar a la Administración recurrente.

La mayoría desconoce nuestra doctrina y la cambia (al admitir el reconocimiento tácito del derecho por quien no tiene poderes al efecto) sin razonar los motivos con base en meras hipótesis, conjeturas y suposiciones sobre los hechos acaecidos o que debieron suceder. Así dice "parecería lógico que ... los trabajadores, a finales del año 2003, hubieran dejado de percibirlo" (se refiere al beneficio alimenticio); "parece muy poco probable que la Administración firmante de dicho Acuerdo no se preocupara de controlar el cumplimiento del mismo"; "No se trata de ningún ejercicio clandestino ni de una práctica ilegal que nunca podría haber sido consentida ni tolerada; y, por tanto, aquí no hay afectación alguna al principio de legalidad; ni se trata tampoco de una tolerancia indebida por parte de algún órgano inferior -por ejemplo, la dirección del centro- del que se le pudiera hacer responsable: no consta sanción alguna a ningún miembro del equipo de dirección del centro, ni es creíble que los órganos administrativos de tutela del centro, y controladores de sus presupuestos, tardaran cinco años en enterarse del disfrute de esta condición más beneficiosa por parte de los trabajadores de esta Residencia de Pensionistas de una isla que destaca por su belleza pero no precisamente por su extensión y número de pobladores".

4. La sentencia de la que se discrepa se funda en que el reconocimiento de la cuestión más beneficiosa puede ser presunto y no expreso, en que cabe un tácito reconocimiento con base en las presunciones que hace. Pero olvida que, aunque se aceptara ello, aunque se admitiera que son correctas las presunciones que hace, lo que se rechaza, resulta que ninguna autoridad con poderes para obligar al Cabildo reconoció el derecho, ni tuvo conocimiento de su ejercicio. La permisividad del Director de la Residencia, primer beneficiario de la comida gratis, no podía obligar al Cabildo y el hecho de que no conste que se le sancionara por ello no permite presumir, indefectiblemente, que la recurrente toleró su actuación y supo de ella desde el primer momento, ni, menos aún que consintiera el uso desviado de fondos públicos que llevaba a cabo quien no tenía poderes.

5. Finalmente, la mayoría comete otro error, al decir que quien alegue un vicio en el consentimiento debe probarlo, pues no era el Cabildo quien tenía que probar la inexistencia de la condición más beneficiosa, sino los demandantes quienes tenían que probar, ex art. 217 de la L.E.C., los hechos constitutivos de su pretensión, esto es que la condición más beneficiosa les había sido reconocida por persona facultada al efecto de forma expresa. El director de la Residencia no tenía poderes, ni la facultad de obligar a la recurrente, y, por ende, su más que dudosa actuación no pudo dar lugar al nacimiento de una condición más beneficiosa de la que el primer agraciado era él.

Porque, no hay que olvidarlo, el beneficio se declara frente a una Administración Pública (el Cabildo Insular), y así como el empresario privado o quien por delegación tenga facultades al efecto (STS 08/07/96 -rcud 3875/95 -) no tiene en la materia de que tratamos -reconocimiento de una CMB- más límite que el que en su caso pueda representar el respeto a la Constitución, a la ley y al Convenio Colectivo, cuando se trata de Administraciones Públicas (en las que tiene muy difícil encaje la cuestionada CMB), ese obligado acatamiento del principio de legalidad -en sentido amplio- se cualifica con el añadido sometimiento a los específicos principios de competencia, de igualdad y presupuestario, ampliamente conculcados cuando -como en el caso que examinamos- la mayoría de la que se discrepa viene a atribuir la facultad generadora de una CMB -si excluimos toda suposición carente de valor probatorio- a quien no sólo carece de la adecuada competencia para crearla (el Director de la Residencia), sino que con su acto también vulnera el principio de igualdad (frente a los restantes trabajadores de la misma empleadora pública en otros centros de trabajo del Cabildo) y el presupuestario (por superar el costo reglamentariamente fijado para el personal), así como la propia negociación colectiva (el Acuerdo Administración-Sindicatos en orden a la homologación salarial tras la transferencia y a la concreta supresión de la ayuda por comedor). Con lo que habría que concluir -con la ya citada STS 08/07/96 rcud 3875/95 - que «[a]l no haber condición más beneficiosa, sino práctica desviada del ordenamiento, cualquier ocasión es útil para reconducir la situación a la norma, que es, en este caso», el



Convenio Colectivo del Cabildo Insular de la Palma y el Acuerdo suscrito en 30/04/03 por la referida entidad y las Organizaciones Sindicales más representativas, al objeto de lograr la Equiparación y Homologación del personal laboral transferido, tal como en 05/11/08 ordenó la Consejera Delegada de Asuntos Sociales y Sanidad del Cabildo.

6. Por todo ello, el recurso debió ser estimado, lo que habría conllevado casar y anular la sentencia de suplicación y la confirmación de la sentencia de instancia que desestimó las demandas.

Madrid, 25 de junio de 2014

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel , así como el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Miguel Angel Luelmo Millan y D. Jesus Souto Prieto, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO