



Roj: **STS 3365/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3365**

Id Cendoj: **28079140012018100804**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2018**

Nº de Recurso: **111/2017**

Nº de Resolución: **677/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 54/2017,**
STS 3365/2018

CASACION núm.: 111/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 677/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada Sra. Mora Díaz, en nombre y representación del Sindicato UGT Canarias, contra la sentencia de 23 de enero de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento núm. 20/2016 seguido a instancia de UGT Canarias contra la Empresa de Transformaciones Agrarias SA (Grupo Tragsa), UTE Aguas del Suroeste de Gran Canaria, Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria y el Cabildo Insular de Gran Canaria, sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de parte recurrida, el Cabildo Insular de Gran Canaria, Tragsa y Consejo Insular de Aguas de Gran Canarias representados respectivamente, por el letrado del Cabildo, el Abogado del Estado y la letrada Sra. Sanchez Reyes García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de UGT Canarias, se presentó demanda de conflicto colectivo contra la Empresa de Transformaciones Agrarias, S.A. (TRAGSA), U.T.E. Aguas del Suroeste de Gran Canaria, Consejo



Insular de Aguas de Gran Canaria y Cabildo Insular de Gran Canaria, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: «... con la íntegra estimación de la presente demanda, declare el derecho del colectivo de trabajadores afectados por el presente conflicto a que se les aplique en todos sus términos el Convenio Colectivo del Sector vigente en el momento de la subrogación suscrito por la Comisión Negociadora del mismo en fecha 22 de julio de 2015, con todos los pronunciamientos legales inherentes, incluidos los económicos, desde el día en que se produjo la subrogación, 1 de agosto de 2015, condenando a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración, y a hacer efectivo dicho derecho».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 23 de enero de 2017, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que previa estimación de la excepción de Falta de legitimación pasiva del CABILDO DE GRAN CANARIA, desestimamos la demanda planteada por UGT Canarias frente a la Empresa de Transformaciones Agrarias SA (Grupo Tragsa), UTE Aguas del Suroeste de Gran Canaria, Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria y el Cabildo Insular de Gran Canaria absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos de la demanda. Sin costas».

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **1º PRIMERO.-** El personal afectado por el presente Conflicto Colectivo son la totalidad de los trabajadores (11 personas), adscritos al Centro de Trabajo de Gestión de Depuradoras C.I.A.G.C. Lote 5-(Suroeste Gran Canaria) de la empresa TRAGSA y que realiza la gestión de las Plantas depuradoras de Aguas residuales de Arguineguin, Mogán, Las Casillas, Veneguera Tasarte y la Aldea de San Nicolás, así como las EBAR de la Charca de Arguineguin y del Puerto de Mogán.- **SEGUNDO.-** El Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria (CIAGC) tiene suscritos con los Ayuntamientos correspondientes, convenios en virtud de los cuales ceden al CIAGC la competencia para ejercer directamente o mediante otra forma de gestión legalmente admitida, la gestión del Servicio de instalaciones para la depuración de aguas residuales y terciarios del CIAGC de los lotes 1 (Zona las palmas), 2 (Zona Norte),3 (Zona Noroeste), 4 (Zona centro), y 5 (Zona Suroeste) de la Isla de Gran Canaria.- Habiéndose acordado por razones de interés público gestionar mediante concesión del Servicio referido.- En base a lo anterior, El CIAGC es titular del Servicio si bien ha venido contratando la gestión del citado Servicio.- Según el pliego de condiciones técnicas del Servicio, Las instalaciones objeto del concurso son aportados por el CIAGC (anexo 3).- De acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares del concurso para la concesión del Servicio, el contratista queda obligado al cumplimiento de las disposiciones en materia de legislación laboral y de Seguridad Social, vigentes durante la ejecución del contrato.- De igual modo en el apartado 2.7.13º del pliego de prescripciones técnicas particulares para la contratación de la Gestión del Servicio de las Instalaciones Depuradoras y tratamientos terciarios del Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria, se establece: " *Todo el personal que emplee el adjudicatario para la prestación de los Trabajos de mantenimiento, deberá percibir, como mínimo, los haberes o jornales fijados en los correspondientes convenios y reglamentaciones laborales y estará en todo momento al corriente de los pagos de las cuotas de la Seguridad Social y demás cargas sociales establecidas (...)*".- **TERCERO.-** Los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo prestaron Servicios para la empresa demandada UTE AGUAS DEL SUROESTE DE GRAN CANARIA como personal adscrito al Servicio referido (lote 5- Suroeste Gran Canaria), que tenía contratado con el CIAGC el Servicio de instalaciones para la depuración de aguas residuales y terciarios, hasta el día 31 de julio de 2015, fecha en la que la UTE referida cesó en la actividad.- **CUARTO.-** Con efectos a partir del **1 de agosto de 2015** , el CIAGC encomendó la gestión de las Depuradoras y Terciarios de la zona Suroeste a la empresa TRANSFORMACIÓN AGRARIA SA (TRAGSA), mediante Encomienda directa aprobada por Decreto 2015/157 de fecha 28 de julio de 2015 del Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria, al tratarse de una empresa pública integrada por sociedades mercantiles estatales cuya función consiste en la prestación de Servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medio ambiente, atención a emergencias y otros ámbitos conexos.- De acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto , por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales, la demandada TRAGSA y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de aquella y de éstas. Las citadas entidades podrán encomendar a TRAGSA o a sus filiales los trabajos y actividades que, encontrándose dentro del marco funcional de los apartados 1 , 4 y 5 de la disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del objeto social de las mismas, precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como los que resulten complementarios o accesorios, de acuerdo con el régimen establecido en este real decreto. El régimen previsto en este apartado será de aplicación a los Cabildos y Consejos Insulares y a las Diputaciones Forales del País Vasco, en su condición de



instituciones integrantes de sus respectivas comunidades autónomas.- QUINTO.- A los trabajadores afectados por este conflicto les fueron abonados por parte de la UTE AGUAS DEL SURESTE DE GRAN CANARIA los atrasos salariales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio 2015 derivados de la tabla salarial prevista en el V Convenio Colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales suscrito el 22 de julio de 2015 y publicado en el BOE de 4 de noviembre de 2015. No obstante, los trabajadoras no han percibido las diferencias salariales derivadas del citado convenio desde el 1 de agosto de 2015.- SEXTO.- En fecha 4 de noviembre de 2015, fue publicada en el BOE, la Resolución de 22 de octubre de 2015 de la Dirección general de Empleo por la que se registra y publica el V Convenio Colectivo Estatal de las Industrias, de captación, elevación, conducción tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales , en cuyo artículo 6 se establece: *"El convenio entrará en vigor a la fecha de su firma , sin perjuicio de la aplicación de las tablas salariales y el resto de materias que expresamente lo señales , que será desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2017"*.- SÉPTIMO.- Se realizó el intento de conciliación previa, "sin avenencia", ante el tribunal Laboral Canario».

CUARTO.- Por la representación del Sindicato UGT Canarias, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formulan cinco motivos de casación, al amparo de lo dispuesto en los apartados c) y e) del art. 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar la desestimación del recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de junio de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada el 23 de enero de 2017 , en los autos 20/2016, por la Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, previa estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva del Cabildo de Gran Canaria, ha desestimado la demanda planteada por el Sindicato UGT Canarias frente a la empresa Transformaciones Agrarias SA (Grupo TRAGSA), UTE Aguas del Suroeste de Gran Canaria, Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria y el Cabildo Insular, absolviendo a las codemandadas de todos los pedimentos de la demanda.

Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte demandante recurso de casación en el que, al amparo del apartado c) del art. 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , como primer motivo, a fin de examinar el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, denuncia la infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, al no entrar a conocer sobre la aplicación al colectivo afectado por el conflicto de la prohibición de cualquier incremento de las retribuciones del personal al servicio del Sector público, establecida en el RDLey 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

El segundo motivo, con amparo en el apartado e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia la infracción, por no aplicación del artículo 6 del V Convenio colectivo estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, para el periodo 2015-2017, suscrito el 22 de julio de 2015 y publicado en el BOE de 4 de noviembre de 2015, en relación con el artículo 90.4 del ET 2015, a fin de poner de manifiesto que a la fecha de la subrogación -1 de agosto de 2015- ya era de aplicación el V Convenio Colectivo sin que la falta de publicación prive de efectividad a la vigencia pactada (STS 10/07/2010).

El tercer motivo, con igual amparo procesal que el anterior, denuncia la infracción del mismo precepto del Convenio colectivo, en relación con el art. 3 y 4 del CC y arts. 1281 a 1289 del mismo texto legal en orden a la interpretación de los convenios colectivos, y aplicación indebida del artículo 2 del CC y 9.3 de la CE . En este motivo se vuelve a insistir en que la fecha de entrada en vigor de la norma colectiva es desde su firma por disponerlo así la propia norma pactada.

El cuarto motivo denuncia la interpretación errónea del artículo 53 del V Convenio colectivo, en relación con lo dispuesto en el artículo 44.4 del ET 2015. Este motivo rechaza la aplicación del IV Convenio colectivo al no ser el vigente al momento de la subrogación.

En el quinto motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 3.d) del XVII Convenio colectivo de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), en relación con el art. 53.1 del V Convenio colectivo estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales para el periodo 2015-2017, así como del art. 44.1 del ET 2015, para poner de manifiesto



que no es posible hacer un espiguelo de normas, inaplicando su propio convenio y, por el contrario, oponiendo limitaciones retributivas que afectan al sector público.

SEGUNDO.- Las partes recurridas han impugnado el recurso. Así, por el Cabildo Insular, ante la estimación por la sentencia recurrida de su falta de legitimación pasiva, insiste en la misma sin entrar en la cuestión de fondo.

Por el Abogado del Estado, en la representación de la empresa pública demandada, se plantea como cuestión previa la inadmisión del recurso por falta de contenido casacional al formularse en él las mismas cuestiones suscitadas en la instancia, con cita de las SSTS de 10 de diciembre de 2015, R. 356/2014, y 8 de julio de 2015, R. 248/2014. En cuanto a los motivos del recurso interesa la desestimación del primero, al haber dado respuesta la sentencia al hecho octavo de la demanda, resaltando que su petitum no contiene petición subsidiaria; en el segundo y tercer motivo se pide su desestimación invocando la doctrina en materia de interpretación de los contratos y convenios colectivos y las facultades que al respecto ostentan los órganos de instancia; en el cuarto y quinto motivo impugnado pide su desestimación por hacer supuesto de la cuestión, al no ser aplicable el V Convenio colectivo.

El Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria se adhiere al escrito de impugnación del recurso del Abogado del Estado, haciendo hincapié, en todo caso, en que en el supuesto de estimarse el recurso, el fallo debería ser declarativo o de reconocimiento de derechos.

Finalmente, el Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que, respecto del primer motivo, considera que debe rechazarse por no existir incongruencia omisiva al no haberse formulado en demanda petición subsidiaria. Respecto del segundo motivo, sostiene que el convenio colectivo aplicable al momento de la subrogación era el fijado en la sentencia recurrida, por lo que interesa la desestimación de lo planteado por la recurrente. Lo mismo se informa respecto del tercer motivo, del que interesa su rechazo por no afectar a terceros. En relación con el cuarto y quinto motivos, se remite a lo informado al segundo motivo al no añadirse nada nuevo invocando otros preceptos, siendo la legislación vigente el art. 44 ET.

TERCERO.- Antes de pasar a resolver los motivos del recurso, debemos dar respuesta a la causa de inadmisibilidad del recurso que se ha alegado por la empresa recurrida.

Dicha causa de inadmisibilidad debe ser rechazada porque no concurre en este caso la falta de contenido casacional que se denuncia, con base en que la parte demandante realiza, en este momento procesal, una reproducción o reiteración de lo suscitado en la instancia.

La cuestión de admisibilidad del recurso planteada debe ser rechazada porque el recurso tiene interés casacional al tratarse de la determinación de la norma aplicable a las relaciones laborales objeto de la subrogación y que la sentencia recurrida ha resuelto en el sentido desestimatorio de la demanda por lo que, en este momento procesal, la parte recurrente debe combatirlo intentando traer al recurso las infracciones normativas que estima oportunas para casar el pronunciamiento, en lógica correspondencia con lo que en la instancia se suscitó. A tal fin ha formulado los distintos motivos con identificación de la normativa que entiende infringida, razonando y argumentando la misma, al margen de que algunos de los motivos vengan a descomponer artificialmente la controversia, como más adelante se indicará. Por tanto, el recurso no carece de contenido casacional.

Lo anteriormente decidido no está afectado por lo que se haya resuelto en las SSTS de 10 de diciembre de 2015, R. 356/2014, y 8 de julio de 2015, R. 248/2014, que se citan por la parte recurrida. En efecto, tanto la primera como la segunda de dichas resoluciones judiciales tan solo hacen mención de la doctrina tradicional en orden a las reglas de interpretación de los convenios colectivos, sin referencia alguna a la falta de contenido casacional del recurso que aquí se alega por la parte recurrida. La segunda resolución, además, se refiere a la negociación de buena fe, cuestión que es ajena al presente proceso.

CUARTO.- Entrando ya a conocer del recurso, en el primer motivo se denuncia incongruencia omisiva por no haberse pronunciado la sentencia sobre la aplicación del RDL 20/2012. Según la parte demandante, la negativa de la empresa al abono a los trabajadores afectados por el conflicto del incremento salarial pactado en el V Convenio Colectivo estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales para el periodo 2015-2017 no está vinculada a la normativa aplicable al momento de la subrogación sino a la directa aplicación de la prohibición que se recogía en el RDLey. Por ello, considera que, con base en que la empresa entrante, TRAGSA, había asumido al colectivo de trabajadores bajo la vigencia del V Convenio Colectivo, debía entenderse que no se producía incumplimiento alguna de la norma legal sino, simplemente, asunción de un colectivo de trabajadores en determinadas condiciones retributivas fijadas por el convenio colectivo. Esto es, la sentencia tendría que haberse pronunciado sobre las limitaciones retributivas impuestas al Sector público.

Este motivo debe ser rechazado por las razones que pasamos a exponer.



Como recuerda esta Sala, con base en la doctrina constitucional, en nuestra sentencia 454/2018, de 26 de abril, "La incongruencia omisiva o ex silentio, que es la que aquí se está invocando, según doctrina constitucional, se produce cuando "el órgano judicial deja sin respuesta lo pretendido" y para llegar a tal conclusión se requiere que esa omisión afecte al fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial o, lo que es lo mismo, a la respuesta judicial y no a la motivación de esta o los fundamentos que justifican la respuesta a las alegaciones de las partes. Como dice el TC, " la incongruencia omisiva o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales" [STC 178/2014].

Conforme a dicha doctrina es necesario distinguir entre las alegaciones de los litigantes y las verdaderas pretensiones que se deben reflejar en el fallo de la resolución judicial que son las que pueden evidenciar el desajuste en el que aquélla puede incurrir. Así lo recuerda la STC 152/2015 al decir que "Es esencial, en este punto, la distinción efectuada en nuestra doctrina entre las meras alegaciones de los litigantes, que sólo pueden afectar a la motivación de la resolución, y las auténticas pretensiones formuladas, que son las únicas que pueden determinar un desajuste del fallo con aquellas -y, por ende, un vicio de incongruencia omisiva- (SSTC 174/2004 , de 18 de octubre , FJ 3 ; 36/2006 , de 13 de febrero , FJ 3 , y 25/2012 , de 27 de febrero , FJ 3)".

Siendo ello así y a esos efectos, el análisis de la existencia o no de incongruencia omisiva se desarrolla en los siguientes pasos "en primer lugar, si estamos ante verdaderas pretensiones (y no ante meras alegaciones), para dilucidar después, sólo si la respuesta al primer interrogante es afirmativa, si el silencio judicial puede interpretarse como un supuesto de desestimación tácita (STC 8/2004 , de 9 de febrero , FJ 4)" [STC 152/2015]".

La aplicación de tales criterios doctrinales hace necesario recoger el contenido de la demanda para poder conocer si se ha producido la omisión que se invoca y que debería provocar un determinado efecto procesal -ya el de nulidad de lo actuado, para que la Sala de instancia se diera respuesta a la pretensión omitida o, con base en lo dispuesto en el art. 215 b), párrafo segundo de la LRJS , resolver el debate dentro de los términos en que aparezca planteado -.

Pues bien, el hecho probado sexto de la demanda expone la petición de los representantes legales de los trabajadores y la respuesta dada por TRAGSA a la petición de revisión salarial, según el V Convenio Colectivo, que la demandada negó con base en la regulación contenida en el RDLey 20/2012. El hecho séptimo de la demanda indica la necesidad de respetar las condiciones retributivas ya asumidas por la empresa al momento de la subrogación, no afectadas por aquella norma legal. El hecho siguiente de la demanda dice que "Subsidiariamente" si se está ante un Convenio colectivo de sector, lo que debe realizar la empresa pública que se ve afectado por él -si éste incurre en contradicción con una norma legal-, es descolgarse de determinadas materias del citado Convenio. En el siguiente hecho, se expresa el objeto de la demanda, indicando que se pide la aplicación del V Convenio colectivo del sector y, por tanto, la actualización de las nóminas de acuerdo a las tablas salariales del mismo. El suplico de la demanda pedía que "se declare el derecho del colectivo de trabajadores afectados por el presente conflicto a que se les aplique en todos sus términos el Convenio Colectivo del Sector vigente en el momento de la subrogación, suscrito por la Comisión Negociadora del mismo en fecha 22 de julio de 2015, con todos los pronunciamientos legales inherentes, incluidos los económicos, desde el día en que se produjo la subrogación, 1 de agosto de 2015, condenando a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración, y a hacer efectivo dicho derecho".

La sentencia recurrida, tras declarar los hechos probados, recoge en el fundamento jurídico segundo la pretensión de la demanda, así como las alegaciones de las partes demandadas. Seguidamente, resuelve las excepciones procesales planteadas y en el fundamento jurídico cuarto entra a resolver la cuestión de fondo comenzando por el alcance de la subrogación legal, siguiendo en el fundamento jurídico quinto y sexto con la regulación de los Convenios Colectivos objeto de debate, entendiéndolo que, según el Convenio Colectivo de TRAGSA, al personal subrogado que tenga convenio colectivo propio les será de aplicación éste. A continuación, se remite al Convenio colectivo del personal afectado, en cuyo art. 53 se regula la subrogación con expresa mención a las obligaciones de las empresas o entidades públicas. Tras ello, define el momento a tener en cuenta para conocer las condiciones laborales que debe asumir la empresa entrante (F.j. sexto B) y la determinación del convenio vigente a ese momento (F.j. sexto C) para, con cita de la STS de 12/04/2011 , afirmar que las condiciones laborales que debía asumir TRAGSA eran las establecidas en el IV Convenio Colectivo del Sector por ser las que mantenían los trabajadores a 1 de agosto de 2015 ya que el V Convenio



Colectivo no se publicó hasta el 4 de noviembre de 2015. Respecto a la incidencia del RD Ley 20/2012, se indica que al no contener petición expresa en el suplico de la demanda no se hace ningún análisis del mismo.

A la vista de la doctrina antes expuesta y de los hechos procesales que hemos recogido es evidente que la sentencia recurrida no ha incurrido en la incongruencia omisiva que se denuncia.

En efecto, si la parte pretende hacer del hecho octavo de la demanda una pretensión autónoma, pero vinculada a la aplicación del V Convenio Colectivo, debemos rechazar que tales alegaciones puedan ser resueltas en la sentencia si las mismas no están expresamente recogidas en el suplico de la demanda, como concreta pretensión.

En todo caso, aunque se entendiera que la misma está comprendida en la propia petición de aplicación de las tablas salariales del V Convenio Colectivo, la incongruencia omisiva no se había producido en tanto que la sentencia rechaza que ese convenio colectivo fuera el aplicable al momento de la subrogación con lo cual huelga cualquier consideración sobre la incidencia en el mismo del Real Decreto Ley 20/2012.

Si, como dice la parte recurrente, aquí se estimase que el V Convenio Colectivo era el de aplicación, el debate en orden a posibles límites en la retribución del personal al servicio de empresas del sector público, consecuencia del RD Ley 20/2012, no sería subsidiario sino correlativo, referido a la incidencia de aquella norma sobre las retribuciones que vienen impuestas por vía de subrogación convencional. Por eso, la sentencia recurrida no ha podido ni tan siquiera solventar tal cuestión al negar que la subrogación de los trabajadores fuera bajo las condiciones salariales del V Convenio Colectivo, al margen de haber entendido que ese otro debate no está configurado como pretensión de la demanda. Además, debería ser la propia parte demandada la que tuviera que apoyar en tales argumentos y norma su oposición a la pretensión y hacerlos valer en la impugnación del recurso para el caso de que pudiera ser estimada la demanda, lo que en este caso no consta que se haya suscitado por la parte recurrida.

QUINTO.- Los restantes motivos del recurso deben ser examinados conjuntamente porque todos ellos giran sobre la misma y única cuestión, relativa a la determinación del Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación y al momento en el que ésta se produjo. Por tanto, la descomposición artificial del sentido de la controversia en la que incurre el recurso debe reconducirse a sus exactos términos, a pesar de las distintas perspectivas de análisis que se introducen en los respectivos motivos. Como dice esta Sala, en doctrina que es aplicable al caso, "no puede desconocerse la unidad de la cuestión debatida para introducir diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión (como la jurisdicción, la caducidad o el problema de fondo), que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario (sentencias de 5 de marzo y 21 de abril de 1.998)" [STS 20/07/2004, R cud 540/2003].

La sentencia recurrida debe ser revocada porque ha incurrido en las infracciones normativas y convencionales que se denuncian.

Los hechos relevantes para poder resolver la cuestión suscitada en el recurso son los siguientes: el Consejo Insular de Gran Canaria tiene suscrito con los Ayuntamientos convenios por los cuales el citado Consejo asume la competencia en la gestión del servicio de instalaciones para la depuración de aguas residuales y terciarios, ya directamente o mediante otras formas de gestión legalmente admitidas. Así, el citado Consejo ha venido contratando la gestión del servicio público mediante concurso, resultando adjudicatarias la UTE Aguas del Sureste de Gran Canaria que cesó en el servicio hasta que, con efectos de 1 de agosto de 2015, el Lote 5 fue adjudicado a la empresa TRAGSA, mediante encomienda directa, aprobada por Decreto 2015/157, de fecha 28 de julio de 2015.

Los trabajadores que atendían el servicio contratado se regían por el Convenio Colectivo Estatal de las Industrias, de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, siendo publicado el IV Convenio en el BOE de 21 de octubre de 2013, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014. En su art 6 disponía un plazo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014 y establecía que "Denunciado en su caso el Convenio colectivo, éste permanecerá ultraactivo hasta el plazo máximo de 3 años desde la fecha de expiración de la vigencia del mismo, con las retribuciones definitivas establecidas correspondientes al año de expiración".

El V Convenio colectivo estatal fue suscrito el 22 de julio de 2015, siendo publicado en el BOE el 4 de noviembre de 2015. El art. 6.1 de este convenio colectivo dispone que "El presente Convenio colectivo entrará en vigor a la fecha de su firma, sin perjuicio de la aplicación de las tablas salariales y el resto de materias que expresamente lo señalen que será desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2017". En materia de subrogación convencional, su art 53 dispone que "En las empresas o entidades públicas afectadas por el



presente convenio colectivo, cuando la actividad en un centro de trabajo cese, por finalización o modificación total o parcial de contrato de explotación, arrendamiento, gestión, etc., y sea adjudicataria o nueva prestataria de dicha explotación o servicio otra empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores y trabajadoras adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan, respetándoles y conservando en su integridad, con carácter personal e irrenunciable, su antigüedad, salario y demás derechos laborales y sindicales reconocidos en convenio, pactos de empresa y condiciones personales"

El XVII Convenio Colectivo de la Empresa TRAGSA, publicado en el BOE de 11 de marzo de 2011, señala en su art. 3 d) que "Asimismo, se exceptiona del ámbito de aplicación del presente Convenio el personal laboral de TRAGSA que, por la naturaleza de su prestación, esté incluido en el ámbito de aplicación de un Convenio específico, salvo el personal de campo y forestal, que en todo caso se incluirá en el ámbito de aplicación del convenio de TRAGSA. Aquellos trabajadores que entren a formar parte de la plantilla de TRAGSA como consecuencia de una subrogación y que tengan convenio propio se estará a la legislación vigente aplicándoles su convenio propio"

Partiendo de estos hechos y regulaciones convencionales, las normas legales a considerar son, por un lado, el art. 90 del Estatuto de los Trabajadores que, en materia de validez de los convenios colectivos, dispone en su apartado 3 que es obligatoria la publicación del Convenio colectivo en el Boletín oficial que se corresponda con su ámbito territorial. Por su parte, su apartado 4 señala que el convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes, lo que debe ponerse en relación con el art. 86.1 del citado ET donde se señala que "Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio". En relación con estas previsiones legales, se debe señalar que la exigencia de publicidad, por medio de la cual el contenido del convenio colectivo, no solo es conocido por terceros sino que, esencialmente, alcanza validez, no puede confundirse con el de vigencia del mismo ya que, desde la fecha que las partes hayan pactado como momento de entrada en vigor, sus condiciones se incorporan a las relaciones laborales incluidas en su ámbito de aplicación, cualquiera que sea el momento de su publicación ya que ésta determina su eficacia pero no fija el momento a partir del cual debe aplicarse, siendo las partes negociadoras las que la establecen.

Por otra parte, si bien es cierto que, en relación con el art. 44 del ET que se cita en la sentencia recurrida y en el presente recurso, se establece un : "1) ... un deber de mantenimiento de las condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo de aplicación a la empresa en el momento de la transmisión, deber que puede extenderse hasta el vencimiento de dicho convenio, salvo norma más favorable del convenio aplicable en la nueva empresa (art. 3.3 del ET) o negociación colectiva de condiciones distintas; ; 2) el alcance del deber de mantenimiento de las condiciones convencionales existentes en el momento de la transmisión puede ser limitado por el propio convenio colectivo de aplicación en la empresa transmitente, siempre que la limitación no rebase el marco de actuación de la autonomía colectiva [STS 22/07/1999, Rcdud 1492/1998) , en materia de contratos o concesión administrativa de un servicio público, se ha dicho que: " una contrata o una concesión administrativa de un servicio público de aguas no es, en principio, una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura o de la organización de trabajo básica para la explotación; 2) no obstante, la subrogación en los contratos de trabajo de la contratista o concesionaria saliente por parte de la contratista o concesionaria entrante puede ser establecida por vía de negociación colectiva, como ha ocurrido en Convenio Colectivo de la industria del agua (2007); 3) la aplicación de estas cláusulas convencionales de subrogación está condicionada al cumplimiento de los deberes instrumentales de comunicación y/o documentación establecidos en la negociación colectiva" [STS de 19 de septiembre de 2012, Rcdud. 3056/2011 , 4 de julio de 2013, Rcdud 366/2012 , entre otras]

A tenor de lo expuesto, es evidente que a la fecha de efectos de la subrogación, 1 de agosto de 2015, ya se encontraba en vigor el V Convenio Colectivo dado que fue firmado el 22 de julio de 2015, con lo cual esta última fecha -fijada por las partes negociadoras del convenio colectivo- es la que debe regir para determinar las condiciones laborales que mantenían los trabajadores afectados por el conflicto colectivo al momento de la subrogación, producida con posterioridad, por lo que la empresa entrante estaba obligada a asumir las que ya ostentaban aquellos y que la empresa saliente ya tuvo que asumir antes de concluir la gestión del servicio público. Por tanto, las condiciones salariales que correspondían a los trabajadores, desde el día 1 de enero de 2015, no eran los fijados en el IV Convenio Colectivo, cuya vigencia finalizó el 31 de diciembre de 2014.

Y tales consideraciones no entran en contradicción con lo que dispone el art. 9.3 de la Constitución Española ni con el art. 2 del Código Civil porque, si bien es cierto que en ellos se dispone que "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" y que "Las leyes entrarán en vigor



a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa", como garantía del principio de publicidad de las normas para que obliguen a terceros, es lo cierto que en este caso, y en materia de negociación colectiva, existe una previsión específica en la norma estatutaria en virtud de la cual las partes negociadoras del convenio pueden establecer el momento de entrada en vigor del mismo y ese pacto obliga a las partes que se encuentra sometidas a su ámbito de aplicación, que es lo que aquí sucede cuando la empresa TRAGSA, incluso por disposición de su propia norma colectiva, que excluye de su regulación a los trabajadores que tengan un convenio colectivo específico, se obliga a regular esas relaciones laborales excluidas de su propio convenio por el convenio que traigan, de forma que cuando asumió a los trabajadores de la UTE lo hizo con asunción de su norma colectiva que en ese momento era la del V Convenio colectivo al estar ya vigente. Esto es, la propia empresa entrante deja de ser tercero cuando, excluyendo de su norma colectiva a determinados colectivos, asume que estos se rijan por sus convenios específicos siguiendo tras la subrogación bajo su cobertura, convirtiéndose así, respecto de dichos trabajadores, en destinataria de las normas convencionales que regula sus relaciones laborales.

El convenio colectivo obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que solo pueden estar comprendidos quienes formal o institucionalmente, estuvieren representados por las partes intervinientes en la negociación, según reiterada doctrina de esta Sala [SSTS 28/10/1996 -R. 566/1996 -; 15/12/97 -Rcud 184/1997 -; 14/2003 / 2005 -R 6/2004 -; 26/04/2006 -rco 38/2004 -; 10/12/08 -Rcud 2731/07 -; 17/06/2011 -Rcud 2855/2010 -; y 11/07/11 -rcud 2861/10]. Ahora bien y como se ha indicado anteriormente, aquí no se trata de aplicar un convenio colectivo a un tercero, ajeno al ámbito de su negociación y de aplicación, sino que nos encontramos ante una peculiar regulación de la propia empresa entrante que, en materia de subrogación, se somete a otros convenios específicos que puedan traer los trabajadores afectados.

Respecto de la STS de 12/04/2011, R. 132/2010 , que se cita en la sentencia recurrida, debemos indicar que la doctrina que en ella se contiene, precisamente, se viene a aplicar un convenio colectivo que fue publicado con posterioridad a la fusión y que vino a sustituir al que era aplicable al momento de la misma. Así es, la sentencia confirma la dictada en la instancia que había estimado la demanda, condenando a la empresa a pagar un trienio desde el 1 de enero de 2010 -fecha de devengo- a los empleados procedentes de la empresa absorbida por fusión cuando esta tuvo lugar con efectos de 1 de octubre de 2007. Dicho derecho estaba recogido en el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría que se publicó en el BOE de 4 de mayo de 2009 y vino a sustituir al prorrogado Convenio de Azertia que dejó de aplicarse al publicarse aquél. Este nuevo convenio vino a introducir un nuevo plus de antigüedad salarial, aplicable desde el 1 de octubre de 2007, siendo por ello por lo que se entendió computable el trienio desde la entrada en vigor, a pesar de que su publicación lo fuera con posterioridad.

Es cierto que en dicha sentencia se dice que "a) la subrogación empresarial solo abarca "aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras " Sentencias 5 de diciembre de 1992 ; y 20 de enero de 1997 " y que, con cita de la sentencia de 22 de marzo de 2002, R. 1170/2001 , "Por consiguiente, el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de "aplicación de otro convenio colectivo", no se refiere al que ya estaba vigente "ex ante" la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria"- Ahora bien, tales consideraciones se realizan atendiendo a las circunstancias del caso que no son las que aquí concurren, como que la empresa entrante asume a los trabajadores subrogados con el convenio colectivo que les era aplicable en la empresa saliente, siendo que al momento de la subrogación ya se encontraba vigente el V Convenio Colectivo, lo que hace desaparecer cualquier expectativa de derecho al haberse incorporado a las relaciones laborales las condiciones del V Convenio colectivo que empezaron a regir con anterioridad a la subrogación sin que en aquella sentencia se tuviera que analizar el alcance de la publicación del convenio y su repercusión sobre la fecha de entrada en vigor del mismo, pactada por los negociadores.

SEXTO.- Todo lo anterior implica, oído el Ministerio Fiscal, que el criterio alcanzado en la sentencia recurrida deba ser casado sin que con ello estemos alterando el criterio general que se viene adoptando en materia de interpretación de los convenios colectivos ya que el amplio margen de apreciación que se atribuye a los órganos jurisdiccionales de instancia en ese campo cede cuando la conclusión a la que se llega pone de manifiesto la infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual [SSTS 12/07/2012, R. 130/2011 ; 17/07/2012, R. 36/2011 ; 20/07/2012, R. 196/2011 y 17/2/2012, R. 8/2012].

En materia de costas se estará a lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS .



FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato UGT Canarias, representado por la letrada Sra. Mora Díaz frente a la sentencia de 23 de enero de 2017, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, sede Las Palmas, en los autos 20/2016 .
2. Casar parcialmente la sentencia recurrida y estimar la demanda declarando el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a que, desde el 1 de agosto de 2015, fecha de la subrogación empresarial, se les aplique en todos sus términos el V Convenio colectivo estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales para el periodo 2015-2017, suscrito el 22 de julio de 2015 y publicado en el BOE de 4 de noviembre de 2015, condenando a la demandada Transformaciones Agrarias, SA (Grupo TRAGSA) a estar y pasar por tal declaración, absolviendo al resto de codemandadas, confirmando la falta de legitimación pasiva apreciada en la sentencia recurrida respecto del Cabildo de Gran Canaria.
3. Cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEN