



Roj: **STS 1977/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1977**

Id Cendoj: **28079149912019100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **06/05/2019**

Nº de Recurso: **409/2018**

Nº de Resolución: **335/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 10641/2017,**
STS 1977/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **409/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 335/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 6 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Octavio Polo Arribas, en nombre y representación de D.^a Amelia , contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 556/2017 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de



Granada, de fecha 19 de enero de 2017 , recaída en autos núm. 1009/2015, seguidos a su instancia contra el Excmo. Ayuntamiento de Monachil, en reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de Monachil, representado por la procuradora D.^a María Moreno de Barreda Rovira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 2017 el Juzgado de lo Social nº 6 de Granada dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º. -La demandante D^a Amelia , mayor de edad, titular del DNI núm. NUM000 , ha prestado servicios como peón para el AYUNTAMIENTO DE MONACHIL entre el 01/11/2014 y el 30/04/2015, en virtud de contrato de trabajo temporal, a tiempo completo, eventual por circunstancias de la producción y cuya duración prevista coincidió con el tiempo de prestación de servicios antes indicado. Para la determinación de la duración de la jornada completa, horario, retribución, duración de las vacaciones anuales y demás circunstancias de la relación laboral, el contrato incluía la referencia "s/resolución" o "según resolución". Consta en la cláusula específica de eventualidad: "Atender a las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en PROGRAMA EMPLEO JOVEN 2014 S/Decreto Ley 6/2014 de 29 de abril -Junta Andalucía-, aún tratándose de la actividad normal de la empresa". Como cláusula adicional se incluyó una referencia a que el contrato se suscribía "dentro del programa de empleo joven aprobado por Decreto Ley 6/2014 de 29 de abril de la Junta de Andalucía, regulándose el mismo por dicho Decreto".

2º. - Por la prestación de servicios referida en el anterior ordinal, el Ayuntamiento demandado ha abonado al actor cada mes de prestación de servicios (entre noviembre de 2014 y abril de 2015 incluidos), la cantidad de 943,40 € brutos, por todos los conceptos incluidos, sin que a la finalización del contrato se hiciera ningún pago en concepto de indemnización por finalización del contrato temporal.

3º. - El demandante disfrutó de vacaciones entre el 16/04/2015 y el 30/04/2015, ambos inclusive.

4º.- Previa solicitud formulada por el Ayuntamiento demandado, la Dirección Provincial de Granada del Servicio Andaluz de Empleo dictó resolución de 30/09/2014, para la concesión de ayuda para la ejecución de la iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el Impulso del Empleo Joven, en su convocatoria 2014, regulado mediante Decreto-Ley 6/2014, de 29 de abril, por el que se aprueba el programa "Emple@joven" y la "Iniciativa @mprende+". La resolución indicada concedió al AYUNTAMIENTO DE MONACHIL la cantidad de 167.270 € para la realización de actividades incluidas en la Iniciativa de Cooperación social y Comunitaria. Al Anexo de la indicada resolución se incluía el desglose presupuestario según el tipo de obra o servicio para el que se aprobaba la ayuda económica.

5º.- El actor vino empleado en la realización de trabajos de construcción incluidos en el anexo de la resolución que se acaba de mencionar.

6º.- Se ha agotado la vía administrativa previa.

7º. - El Juzgado de lo Social núm. 3 de Granada ha dictado sentencias en procedimientos seguidos bajo los números 1087/2015, de fecha 27 de diciembre de 2016 y en procedimiento seguido bajo el número 1031/2015, ha dictado sentencia número 478/16 de fecha 27 de diciembre de 2016, estimatoria en parte de la pretensión actora, condenando al abono de la cantidad de 172,88 € en concepto de indemnización por finalización de contrato. Se argumenta que dicha cantidad lo es en atención a lo dispuesto por el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo dispuesto en la Disposición Transitoria decimotercera de la misma norma .

8º. - La parte actora en demanda interpuesta el 24 de noviembre de 2015, solicita se dicte sentencia por la que se condene al Ayuntamiento demandado al abono de la cantidad de 5.152,65 € en concepto de diferencias salariales en el periodo de prestación de servicios desde noviembre de 2014 a abril de 2015, por entender de aplicación el Convenio Colectivo de la Construcción de la provincia de Granada".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "estimo en parte la demanda interpuesta por D^a Amelia , siendo demandado el Ayuntamiento de Monachil, y en consecuencia, condeno a la demandada a abonar al actor la cantidad de 172,88 € en concepto de indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo temporal que vinculó a la partes entre el 1/11/2014 y el 30/04/2015 y absuelvo a la parte demandada de las restantes peticiones deducidas en su contra".



SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la demandante ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Amelia contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 DE GRANADA, en fecha 19 de enero de 2017, en Autos núm. 1009/15, seguidos a instancia de D^a Amelia, en reclamación de MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES, contra AYUNTAMIENTO DE MONACHIL debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida".

TERCERO.- Por la representación procesal de la parte demandante se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primer motivo se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 7 de octubre de 2004 (rcud. 2182/2003).

Por lo que se refiere al segundo motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cantabria, en fecha 27 de enero de 2017 (RSU 989/2016).

El recurso se funda en el artículo 224 de la LRJS, en relación con el art. 207 e) del mismo texto legal, por infracción de lo dispuesto en los arts. 14 y 103.1 de la CE, y en los arts. 3.1, 17 y 28 del ET, y jurisprudencia que la aplica.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio 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. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso formalizado debe ser desestimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de marzo de 2019. Por providencia de la misma fecha, se acordó suspender el señalamiento anterior y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y la trascendencia del asunto, se acordó que la deliberación y fallo del mismo se hiciera por el Pleno de la Sala, señalándose el día 24 de abril de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. - La cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar cuál debe ser la fuente reguladora de las condiciones de trabajo, singularmente del salario, de una trabajadora dedicada a las labores de construcción que ha sido contratado temporalmente por un ayuntamiento que carece de convenio propio.

Problemática que resulta idéntica a la suscitada en los recursos 406; 608/2018 y 4452/2017, deliberados en el día de hoy, y en los que hemos de aplicar la misma solución.

2. - La trabajadora demandante fue contratada por el Ayuntamiento de Monachil, dentro del "Programa de empleo joven 2014" aprobado por el Decreto Ley 6/2014, de 29 de abril, de la Junta de Andalucía.

El contrato se celebró para el periodo de 1 de noviembre de 2014 al 30 de abril de 2015, con arreglo a la modalidad de contrato eventual por circunstancias de la producción, para la realización de trabajos de construcción, constandingo en el mismo que se regularía por lo previsto en dicho Decreto Ley. A su extinción la actora no recibió ningún pago en concepto de indemnización por finalización de contrato temporal ni por pagas extraordinarias.

La sentencia de instancia estimó en parte la demanda y condenó a la demandada a abonar a la actora la indemnización prevista para la extinción de los contratos temporales en el art. 49.1.c) ET, que asciende a 172,88 €, desestimando el resto de peticiones de la demanda.

La trabajadora solicitaba, además, el reconocimiento del derecho a percibir los salarios establecidos en el convenio colectivo sectorial provincial de la construcción, por lo que reclamaba la suma de 5.152,65 euros en concepto de diferencias salariales.

3. - La sentencia de suplicación ahora impugnada confirma dicha resolución siguiendo el criterio sentado por la propia Sala en asuntos anteriores, en el sentido de que no resulta de aplicación el convenio colectivo en cuestión porque eso supondría utilizar la "técnica del espiguelo", pues el ayuntamiento carece de convenio colectivo propio y la actora fue contratada con arreglo a un programa destinado a un determinado colectivo (jóvenes sin experiencia de edad comprendida entre 19 y 29 años), sujeto a subvenciones públicas, debiendo por ello estar a las condiciones de retribución establecidas en el mismo. Sin que por ello se vulnere el derecho de igualdad del actor, pues no puede pretenderse la aplicación del convenio provincial sectorial de

la construcción a una relación laboral que se regula por un sistema privilegiado de acceso al empleo en una administración pública, en la que tal acceso debe basarse en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

SEGUNDO . 1. - Recurre la demandante en casación para la unificación de doctrina alegando dos puntos de contradicción.

En el primero insiste en la aplicabilidad del convenio colectivo de la construcción de la provincia de Granada, invocando de contraste la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2004 (R. 2182/2003), dictada en un procedimiento sobre reclamación de cantidad seguido a instancia de una trabajadora fija discontinua contratada como maestra en la guardería infantil regentada por un Ayuntamiento.

El problema planteado en la sentencia referencial es que el Ayuntamiento carecía de convenio colectivo propio y la reclamación de la actora se basaba en lo dispuesto por el convenio colectivo estatal de centros de asistencia de educación estatal, debiendo decidirse por tanto si tal convenio resultaba de aplicación al Ayuntamiento.

A juicio de la sentencia, la relación laboral entre las partes debía regirse por dicho convenio - o por el regulador de la actividad de que se tratara - porque en caso contrario se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los Ayuntamientos, vulnerándose el principio de igualdad respecto de los trabajadores que prestan servicios para dichas entidades locales.

2. - Debe apreciarse la existencia de contradicción, porque los supuestos son sustancialmente idénticos en los términos exigidos en el artículo 219 LRJS y las sentencias en comparación han alcanzado un resultado contradictorio que es necesario unificar.

Así, en la recurrida el ayuntamiento demandado carece de convenio colectivo propio y el contrato celebrado entre las partes es un contrato previsto en el Estatuto de los Trabajadores -contrato eventual por circunstancias de la producción-, en el que el Ayuntamiento empleador le abona su salario por debajo de las previsiones del convenio sectorial.

En la sentencia de contraste el ayuntamiento tampoco cuenta con convenio propio y el contrato de trabajo también está previsto en el Estatuto de los Trabajadores abonando la administración demandada al trabajador el salario mínimo interprofesional, menos que el convenio sectorial de aplicación por la actividad laboral desempeñada.

Las pretensiones son las mismas y los fundamentos idénticos. Sin embargo, en la sentencia recurrida se acepta como bueno el pago de un salario inferior al del convenio, que en la de contraste se niega afirmando que, a los efectos retributivos, si la administración local demandada carece de convenio propio hay que estar al convenio sectorial que resulte de aplicación.

3. - No obsta a la existencia de contradicción el hecho de que el contrato de la trabajadora de la sentencia recurrida se enmarca en el programa de empleo joven aprobado por decreto autonómico 6/2014 y que, por tanto, su relación quedaba sujeta a lo establecido en dicha norma, lo que no ocurría en la sentencia referencial, por tratarse de un elemento que resulta irrelevante para la contradicción.

En efecto, por un lado, la norma autonómica citada establece unas medidas cuya finalidad es favorecer y potenciar la mejora de la empleabilidad de la persona joven de manera que se facilite el tránsito al mercado laboral a través de un tratamiento integral y personalizado; la adquisición de experiencia laboral con la realización de prácticas profesionales, incluidas las realizadas en el ámbito de la investigación y el desarrollo y la contratación, bien para el desarrollo de proyectos específicos que tienen un interés social, bien a través de su incentivación a través del Bono de Empleo Joven lo que nada añade al examen de la contradicción pues tal dato es irrelevante respecto del salario al que se tenga derecho.

Por otro, la citada norma no establece condiciones de trabajo y si equivocadamente las estableciese, tales condiciones serían inaplicables, habida cuenta de la competencia exclusiva del Estado en materia laboral tal cual establece el artículo 149.7 CE . Tampoco resulta relevante que en la resolución administrativa por la que se concedió la subvención al Ayuntamiento de Monachil se estableciese como módulo por trabajador la cantidad de 1300 Euros, porque tal establecimiento fue unilateral respecto del trabajador, sin que pudiera considerarse sanado por la remisión del contrato al marco establecido por el mencionado DL 6/2014, de la Junta de Andalucía.

La Sala tiene en cuenta que, mediante Auto de 16 de mayo de 2018, rcud. 4454/2017, en un asunto sustancialmente igual al presente, entre otro trabajador y el mismo Ayuntamiento, inadmitió el recurso por falta de contradicción. Sin embargo, un ulterior estudio por parte de la Sala ha llevado a la reconsideración



del problema y ha estimado, en atención a los argumentos antes expresados que, apreciando la existencia de contradicción, procede resolver el fondo del asunto.

4. - Tampoco obsta a la existencia de contradicción lo manifestado por nuestra STS de 6 de julio de 2016 (Rcud. 1942/2014), en un asunto similar, en el que negamos la contradicción entre la misma sentencia ahora traída como referencial y la entonces recurrida, en la que se trataba de un operario contratado por obra o servicio determinado como herrero forjador.

En aquel caso, sobre la base de entender que la guardería venía a constituir una especie de unidad productiva y el puesto de trabajo del recurrente era aislado e independiente de la actividad normal del Ayuntamiento, negamos la concurrencia de contradicción.

Situación distinta a las que se nos presente en el caso de autos, en el que estamos ante la contratación por parte del ayuntamiento de un total de 21 trabajadores a cargo del mismo programa de empleo joven, de los que más de una docena lo han sido con la misma categoría que el ahora recurrente y todos ellos destinados a la actividad de construcción para la realización de diferentes obras en el municipio.

A diferencia de aquel otro supuesto, no se trata de una actividad puntual y realizada de manera aislada por un determinado trabajador, sino inserta en la normal y habitual de cualquier Ayuntamiento en la realización de obras de reparación, mantenimiento o reforma, que se llevan a cabo a través de la existencia de una brigada de obreros que se encarga de las mismas y dispone a tal efecto de una cierta infraestructura estable con tal finalidad, más o menos relevante en función de la naturaleza y volumen del tipo de obras que debe afrontar, pero perfectamente identificada en cualquier caso, y que viene a constituir una unidad productiva autónoma que resulta sin duda equiparable a estos efectos a la situación existente en la sentencia de contradicción en la que se trataba de una guardería municipal.

TERCERO. 1.- En el segundo motivo del recurso se alega que la contratación temporal vinculada a una subvención no justifica la inaplicación del convenio sectorial. Se invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 27 de enero de 2017 (R. 989/2016), que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Piélagos y confirmó la sentencia de instancia, que había estimado la demanda del trabajador y condenó al ayuntamiento demandado a abonar a aquel la cantidad de 4.227,17 €.

En ese caso el actor prestaba servicios para el Ayuntamiento de Piélagos desde el 15 de febrero de 2015 hasta el 14 de agosto de 2015, con la categoría de peón, mediante contrato de obra o servicio determinado de interés social, sujeto a subvención. El actor reclamaba las diferencias retributivas devengadas por aplicación de lo establecido en el convenio colectivo para el personal laboral del ayuntamiento demandado. La sala de suplicación desestima el recurso del ayuntamiento, porque en la condición de empleador que éste tiene, el hecho de que dicho ente perciba una subvención determinada legal y reglamentariamente no justifica una diferencia retributiva, porque la subvención es una cantidad con la que se subviene o ayuda, pero no con la que se paga, pudiendo haber negociado el ayuntamiento, además, una cláusula de descuelgue del convenio de aplicación.

Considera la sentencia que el convenio colectivo del ayuntamiento no puede excluir al personal laboral temporal, por el hecho de no percibir su salario con cargo al capítulo de los presupuestos de dicha entidad local o por no venir relacionado en los puestos de trabajo de la entidad, ya que de ser así se estaría sometiendo a un nivel de empleo más precario y vulnerable, a aquellos trabajadores que contrata de forma temporal, con justificación en un alegado interés social, pues tampoco la entidad justifica la diferencia retributiva, exclusivamente porque el contrato del actor esté, en parte, subvencionado con cargo a presupuestos ajenos a la entidad.

2.- Para este motivo, no puede apreciarse la contradicción porque en el caso de la sentencia de contraste la norma de referencia sólo es el convenio colectivo del ayuntamiento demandado, y lo que se discute es únicamente la aplicación o no a un trabajador concreto de ese ayuntamiento del propio convenio colectivo de la entidad empleadora, concluyendo la Sala que al persistir la condición de empleador del ayuntamiento respecto del trabajador, y teniendo aquél un convenio propio que contempla la categoría contratada, no se justifica la diferencia retributiva por el hecho de que el ente perciba subvención determinada legal y reglamentariamente.

Ni los hechos ni el debate coinciden con el de la sentencia recurrida por lo que la Sala entiende que en este segundo motivo no se produce la identidad sustancial en hechos fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219 LRJS .

CUARTO. 1.- En el único motivo admitido, denuncia el recurrente infracción de los artículos 14 y 103.1 CE , de los artículos 3.1 , 17 y 28 ET , así como de la jurisprudencia que cita. Sostiene el recurrente que el Decreto Ley 6/2014 de la Junta de Andalucía no puede interferir en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo



establecido en el artículo 3 ET, dado que ni se trata de una norma que establezca condiciones de trabajo ni podría hacerlo en virtud de la reserva que la CE realiza en su artículo 149.7 en favor del estado al considerar la materia laboral competencia exclusiva del Estado.

El recurso no debe prosperar. Ninguna de las dos doctrinas comparadas se ajusta plenamente a derecho. Así, respecto de la sentencia recurrida hay que reseñar en primer lugar, que el RDL 6/2014, de la Junta de Andalucía ni es fuente de la relación laboral, ni podría serlo, aunque tuviera tal vocación, que no la tiene, dada la reserva que a la legislación estatal confiere el artículo 149.7 CE.

Tampoco la sentencia referencial se ajusta plenamente a las previsiones del ordenamiento jurídico. Conforme a ella, en supuestos en los que una administración, en este caso local, no cuente con convenio propio, habrá que aplicar el convenio sectorial, al menos en aquellos supuestos en los que exista la realización habitual y constante encuadrable en el ámbito de aplicación de un convenio sectorial, lo que choca frontalmente con la doctrina que hemos mantenido en múltiples ocasiones a propósito de la no aplicación del convenio sectorial cuando éste ordena la subrogación en la posición de empresario por parte de la administración en supuestos de sucesión o reversión de contratos (Por todas SSTs de 17 de junio de 2011, Rjud. 2855/2010; de 21 de abril de 2015, Rec. 91/2014 y de 19 de mayo de 2015, Rjud. 385/2014).

En esta última sentencia dijimos: "Aunque está claro que la regulación convencional mejora -y mucho- las prescripciones estatutarias, de todas formas no cabe olvidar, como regla general y sin perjuicio de excepcionales irrupciones en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él que el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así se infiere del art. 82.3 ET, al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio. Y en caso de autos, entre los pactantes de la normativa de cuya aplicación se trata fueron diversas asociaciones empresariales de hostelería y varias organizaciones sindicales, estando ausente representación alguna de las Administraciones Públicas, que obviamente no pueden quedar vinculadas por los pactos y acuerdos a que aquellas partes hubiesen llegado".

2.- Lo expuesto obliga a recordar que las doctrinas contrapuestas no constituyen un dilema puro que obligue a optar entre las posiciones comparadas. Cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas", sino que "debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada". Así se dice, por ejemplo, en SSTs 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno). Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. "Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores", siempre que resuelva "el debate planteado en suplicación" (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

En consecuencia, de conformidad con lo reseñado en el número anterior de este fundamento, resulta claro que una Administración Pública -que no tienen convenio colectivo u otro específicamente aplicable-, no puede quedar afectada por lo dispuesto en un convenio sectorial del que no ha formado parte ni está representada por las Asociaciones empresariales firmantes del mismo. Las Administraciones Públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que, como ocurre en este caso concreto, los Ayuntamientos están llamados a desempeñar, y por ello entendemos que las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades.

Ello obliga a modificar la doctrina contenida en la sentencia referencial y declarar que la que se acaba de exponer constituye la doctrina correcta, en primer lugar, porque resulta la adecuada en función de las previsiones del ET sobre el ámbito de aplicación de los convenios. En segundo lugar, porque permite unificar la posición de la Sala respecto de la aplicabilidad de los convenios sectoriales en el ámbito de las administraciones públicas en el sentido de rechazar tal aplicación cuando en el convenio sectorial no ha tenido participación el ente público afectado. Y, finalmente, porque las administraciones públicas no concurren en el mercado en el espacio sectorial en el que lo hacen las empresas afectadas por el convenio colectivo, sino que,



generalmente, realizan actividades de naturaleza similar, normalmente de carácter instrumental, al servicio del interés público.

3.- Como decimos en la sentencia de contraste, es indudable que los convenios colectivos estatutarios -cuya existencia encuentra su asiento y garantía en el art. 37.1 de la propia Constitución española - constituyen convenios "de eficacia general" o *erga omnes*, y disponen de una eficacia normativa privilegiada que alcanza y obliga "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".

Reiterando lo que también decimos en aquella sentencia, este "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". Pero su eficacia jurídica no puede trascender los límites que establece el propio art. 82.3 del ET - que es precisamente el que le atribuye la naturaleza jurídica que le permite desplegar esos efectos-, y en el que se señala que "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". Lo que impide que un determinado convenio colectivo sectorial pueda extender sus efectos a las empresas que no están incluidas en su ámbito de aplicación.

Es verdad que el caso que nos ocupa el Convenio General de la Construcción al definir en su artículo 3 su ámbito funcional, no lo hace con las expresiones habituales (empresas que se dediquen a la actividad de.), sino que se refiere, directamente, a las actividades a las que resulta de aplicación el convenio, explicando que son las propias de construcción y remitiendo al Anexo I del Convenio donde se detallan ampliamente tales actividades.

Ello no tendría mayor relevancia si no fuera porque en el apartado 1 del artículo 4 establece que "la normativa de este convenio será de obligada y general observancia para todas las empresas, entidades públicas y trabajadores de las actividades enumeradas en el artículo anterior", comprendiendo en su ámbito personal no a las empresas o entidades que se dediquen principal o fundamentalmente a la construcción, sino que realicen dichas actividades, incluyendo genéricamente a las entidades públicas. Razón por la que habrá que entender que esa regla no puede interpretarse en el sentido de considerar incluidas de manera indiscriminada en el ámbito de aplicación del convenio a cualquier entidad pública que pudiere desarrollar- entre muchas otras- actividades de construcción, como es el caso habitual de las entidades locales, municipios y diputaciones provinciales, que ni han participado, ni han estado representadas en la negociación del convenio, por lo que resultaría ilegal y contraria a las previsiones del artículo 82 ET la extensión a las mismas de sus efectos.

Dejando al margen la posibilidad - sobre la que no debemos pronunciarnos- de que dicho convenio colectivo pudiere ser eventualmente aplicable a otro tipo de entidades públicas dedicadas específicamente a la actividad de construcción, no son necesarias especiales disquisiciones para afirmar que los Ayuntamientos no tienen como actividad principal o específica la de la construcción y no se encuentran por lo tanto comprendidos dentro del sector cuyo ámbito de aplicación delimita dicho convenio.

QUINTO.- 1.- La expuesta doctrina y su aplicación al caso que nos ocupa debe conllevar la desestimación del recurso, pues el Ayuntamiento empleador, aunque contratase en el marco de una normativa que tenía por objeto promover el empleo joven, tuvo que recurrir a alguna de las modalidades contractuales establecidas en el ET y a esta norma hubo de atenerse para establecer los derechos y obligaciones de la relación laboral, que, como se ha visto impedían la aplicación del referido convenio sectorial.

Partiendo de la realidad de que los ayuntamientos realizan actividades de muy diversa naturaleza y que aisladamente consideradas se corresponderían con las de muy diferentes convenios colectivos sectoriales, en la sentencia de contraste ya apuntamos -y ahora ratificamos-, que "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 previsión de los arts. 82 y siguientes del ET y la experiencia demuestra que con mucha frecuencia los Entes públicos tienen su propio convenio".

Ninguna duda cabe que la formalización por los ayuntamientos de un convenio colectivo propio es la herramienta jurídica más adecuada para dar solución a esta problemática, en tanto que permite regular unitariamente las relaciones laborales de todos sus empleados y de todas las diferentes actividades que pudiere desarrollar en la prestación del servicio público. Igualmente, la ausencia de convenio colectivo podría



ser solucionada mediante el recurso a los mecanismos previstos en el artículo 92 ET , bien mediante la adhesión a otro convenio, bien mediante la extensión de otro convenio colectivo en vigor .

Pero lo cierto es que en este caso nos encontramos ante una entidad local que carece de convenio colectivo propio - sin que tampoco conste que estuviere aplicando un determinado convenio al resto de sus empleados-, y debemos ofrecer una respuesta a la situación que se presenta en este tipo de supuestos, nada infrecuentes en aquellos municipios que no disponen de un elevado número de habitantes. Respuesta que no puede ser la de aceptar la aplicación de todos y cada uno de los distintos convenios sectoriales que pudieren corresponderse con todas y cada una de las diferentes actividades que pudiere desarrollar el Ayuntamiento.

Ya hemos expuesto los argumentos jurídicos que conducen a esta conclusión, a los que debemos añadir los gravísimos efectos distorsionadores que para el ente municipal y para sus propios trabajadores supondría la gestión y aplicación de diferentes convenios colectivos a cada uno de sus empleados en razón de la actividad a la que están adscritos, porque no se trata solo de que eso de lugar a un régimen salarial distinto, sino también a unos sistemas diferentes de jornada, categorías, vacaciones, etc...

Ante la inexistencia de un convenio colectivo propio en este tipo de entidades públicas que desarrollan varias actividades, nuestro ordenamiento jurídico ofrece otras soluciones que no pasan por la extraña y distorsionadora aplicación de varios convenios colectivos a una misma empleadora, principalmente, que las partes (Ayuntamiento y trabajador) pudieran pactar -como así lo hicieron en este caso- lo que tuvieran por conveniente dentro del respecto a la ley y a los mínimos de derecho necesario (artículo 3.1.c ET). Y respecto del salario, pactaron el abono de la cantidad prevista como subvencionable por tal concepto en las instrucciones de la Junta de Andalucía, que resultaba ser sensiblemente superior a lo previsto para el Salario Mínimo Interprofesional vigente.

2.- De cuanto se lleva expuesto se desprende, tal como informó el Ministerio Fiscal, aunque por razones distintas, la necesidad de desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Amelia , contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 556/2017 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Granada, de fecha 19 de enero de 2017 , recaída en autos núm. 1009/2015 , seguidos a su instancia contra el Excmo. Ayuntamiento de Monachil, para confirmarla en sus términos y declarar su firmeza. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D.^a Maria Luz Garcia Paredes

D.^a Concepcion Rosario Ureste Garcia

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Fernando Salinas Molina, AL QUE SE ADHIEREN LAS EXCMAS. SRAS. MAGISTRADAS DOÑA Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa María Virolés Piñol Y DOÑA Concepcion Rosario Ureste Garcia.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina **409/2018**, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.



Entiendo que la sentencia recurrida por la trabajadora demandante debería haber sido revocada, y que la doctrina unificada establecida por esta Sala de casación tendría que haber sido la misma que la ya establecida en Pleno en su STS/IV 07-10-2004 (rcud 2182/2003), seguida por STS/IV 01-06-2005 (rcud 2474/2004). En ellas se estimaron las demandas interpuestas por trabajadoras contratadas como maestras al servicio de una guardería Infantil regentada por un Ayuntamiento y que, ante la inexistencia de convenio colectivo propio de la Corporación municipal y sus trabajadores, la Sala confirmó la aplicación del Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil y, conforme a las tablas salariales de éste, estimó las respectivas demandas en las que las trabajadoras reclamaban diferencias de salarios; rechazando la pretensión del Ayuntamiento que pretendía << 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 >>.

Sin embargo, en la sentencia mayoritaria de la que se discrepa, en un supuesto sustancialmente igual (como se reconoce al aceptar la existencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219.1 LRJS), llega a distinta solución y con respecto a una trabajadora, integrada en el grupo de otros 21 trabajadores contratados temporalmente para realizar trabajos de albañilería por un Ayuntamiento que carece de convenio colectivo propio. En la sentencia ahora cuestionada, a los efectos salariales discutidos, no aplica el correspondiente convenio colectivo sectorial de la construcción, sino que estima correctas legalmente las cantidades salariales fijadas por la Administración Autonómica en la norma que establecía subvenciones para efectuar diversos tipos de contrataciones temporales por los Ayuntamientos con condiciones inferiores a las del referido Convenio; y con la consecuencia, que se trasluce de la doctrina que sienta, que, de no de haber existido esas normas administrativas, se aplicaría el salario mínimo interprofesional. Se afirma que, ante la ausencia de convenio por parte del Ayuntamiento, hay que estar a lo establecido en el contrato de trabajo ya que no resulta aplicable el convenio de la construcción, habida cuenta de que el referido Ayuntamiento ni fue parte ni estuvo representado en la negociación de aquél convenio y no puede estar incluido en el ámbito de aplicación del mismo. Afirmando, por otra parte, -- pareciendo establecer una norma especial para los empleadores públicos --, que << las administraciones públicas no concurren en el mercado en el espacio sectorial en el que lo hacen las empresas afectadas por el convenio colectivo, sino que, generalmente, realizan actividades de naturaleza similar, normalmente de carácter instrumental, al servicio del interés público >> y, además, que << los Ayuntamientos no tienen como actividad principal o específica la de la construcción y no se encuentran por lo tanto comprendidos dentro del sector cuyo ámbito de aplicación delimita dicho convenio >> y, finalmente, -- con olvido, considero, de los derechos de los trabajadores afectados y con preminencia del interés empresarial --, adiciona a los razonamientos jurídicos reflexiones respecto a <<... los gravísimos efectos distorsionadores que para el ente municipal y para sus propios trabajadores supondría la gestión y aplicación de diferentes convenios colectivos a cada uno de los empleados en razón de la actividad a la que están adscritos, porque no se trata solo de que eso de lugar a un régimen salarial distinto, sino también a otros sistemas diferentes de jornada, categorías, vacaciones, etc. ...>>.

Entiendo que la solución adoptada supone un importante retroceso en las condiciones de trabajo del personal laboral que preste sus servicios en los distintos Ayuntamientos y en las diversas actividades que éstos realizan, cuando dicha Entidad pública no tenga convenio colectivo propio, remitiéndolos a las condiciones mínimas del Estatuto de los Trabajadores; incidiendo directamente en la precariedad en el empleo y en la desigualdad respecto a los trabajadores que efectúen la misma actividad para una empresa que no tenga la condición de Ayuntamiento (art. 14 CE y 17 ET), e incluso al no "pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución" (art. 28 ET) si los afectados coinciden con otros trabajadores que a través de contratos o concesiones prestaran servicios para el Ayuntamiento realizando análogos trabajos de albañilería.

La referida interpretación la fundamento, en lo esencial, directa e indirectamente, en los siguientes argumentos:

I.- En las líneas esenciales de la doctrina contenida en la STS/IV 07-10-2004 (rcud 2182/2003, dictada en Pleno), seguida por STS/IV 01-06-2005 (rcud 2474/2004), cuya tesis se comparte y que no debería haber sido modificada. - Destacar, en cuanto son modificados por la sentencia mayoritaria a la que se formula el presente voto particular, los siguientes puntos:

a) << El art. 3.1, letras b) y c) del 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 >>.

b) <<... 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 1º 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 >> y que << 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 ">>.

c) <<... 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 >> y que << 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 ... aparte de la posibilidad que se le ofrece de negociar un convenio propio ...>>.

d) << 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 >>.

e) <<... Pero los convenios estatutarios -cuya existencia encuentra su asiento y garantía en el art. 37.1 de la propia CE - 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 ... se pronuncia el art. 82.3 >>.

f) <<... 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 ... 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 CE 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 >>; y

g) << 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 >> y que << 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 ... 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 >>.

II.- En la aplicabilidad, por analogía, de la doctrina no modificada de esta Sala de casación, recaída especialmente con relación a los centros especiales de empleo y su actuación en sectores como limpieza o vigilancia de párquines en cuyos convenios colectivos se pacta la subrogación empresarial, y se consideran aplicables a dichas empresas los referidos convenios en tal concreto extremo cuando realizan tal actividad, argumentándose que << deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo >>; por lo que si el Ayuntamiento carente de convenio colectivo propio asume integrarse en la actividad propia de la construcción para realizar las funciones objeto del convenio del sector, podría entenderse que ese convenio debería serle aplicable a esas actividades. Así, entre otras sentencias, se ha declarado por esta Sala:

a) En la STS/IV 21-10-2010 (rcud 806/2010), con doctrina seguida en STS/IV 04-10-2011 (rcud 4597/2010), se afirma que aunque la empresa adjudicataria de una contrata de limpieza esté catalogada como centro especial de empleo se le puede aplicar la cláusula de subrogación prevista en el convenio colectivo de limpieza de aplicación a la empresa saliente si actúa en el sector de limpieza; y que << En definitiva, si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, ... las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de limpieza >>.

b) En la STS/IV 10-02-2014 (rco 93/2013) se establece, en el supuesto de una contrata para realizar servicios en aparcamientos, que aunque la empresa saliente sea un centro especial de empleo y la entrante no, debe aplicarse la cláusula de subrogación prevista en el Convenio Colectivo del sector de aparcamientos y garajes y debe obligarse a la nueva adjudicataria a subrogarse en el personal de la empresa saliente, aunque esta estuviese catalogada como centro especial de empleo; aplicando la doctrina que se contiene, entre otras, en las SSTs/IV 9-octubre-2012 (rcud 3667/2011, voto particular), 10-octubre-2012 (rcud 3803/2011, voto particular), 10-octubre-2012 (rcud 3471/2011, voto particular), 10-octubre-2012 (rcud 4016/2011, voto particular), 12-diciembre-2012 (rcud 750/2012, voto particular), 18-diciembre-2012 (rcud 414/2012), 17-abril-2013 (rcud 710/2012) y 22-abril-2013 (rcud 748/2012).

c) En la STS/IV 09-12-2015 (rco 135/2014) se reitera que <<... la subrogación que imponen los convenios colectivos de este último sector opera aunque la nueva adjudicataria sea un Centro Especial de Trabajo que se rija por Convenio Colectivo propio, pues tales empresas pueden desarrollar cualquier actividad "en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado", con el objeto de "integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella", de forma que "si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a la que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, en el presente caso las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de limpieza" (SSTs/4ª de 21 octubre 2010 -rcud 806/10-; 4 octubre 2011 -rcud 4597/10; 7 febrero y 4 octubre 2012 - rcud. 1096/11 y 3163/11; 20 febrero y 9 abril 2013 - rcud. 3081/11 y 304/12)>>; y

d) En la STS/IV 02-02-2017 (rcud 2012/2017) se refleja la doctrina de la Sala sobre la subrogación en contratos de limpieza, destacando que <<... A) Al hilo de litigios sobre la existencia de subrogación empresarial, en numerosas ocasiones hemos defendido la aplicación del convenio sectorial de limpieza a los CEEs que realizan esa tarea, incluso aunque no vengán comprendidos dentro de su ámbito aplicativo por disponer de convenio



propio o por dedicarse a varias actividades, es decir, por no tratarse de empresas de limpieza >>; que << B) De este modo, si una empresa reconocida como CEE concurre a una contrata de limpieza, actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, debe someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la cláusula de subrogación de contratas prevista en el convenio de limpieza, aunque ello implique la adscripción de trabajadores no discapacitados de la empresa saliente que no tenía la condición de centro especial de empleo. Entre otras, así lo postulan las SSTs 21 de octubre de 2010 (Rcud. 806/2010), 4 de octubre de 2011 (Rcud. 4597/2010), 7 de febrero de 2012 (Rcud. 1096/2011), 9 octubre 2012 rec. 3667/2011), 10 (2) octubre 2012 (rec. 3471/2011 y 4016/2011), 12 diciembre 2012 (rec. 750/2012), 18 diciembre 2012 (rec. 414/2012), 20 de febrero de 2013 (rcud. 3081/2011), 9 , 17 y 22 abril 2013 (rec. 304/2012 , rec. 710/2012 y rec. 748/2012). Como allí se dice: "En tales supuestos rige el criterio funcional que determina la aplicación de la norma convencional de las empresas de limpieza, actividad que realizan los trabajadores, en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa fuera un centro especial de empleo, puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas (aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad) subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean éstos o no personas con discapacidad, sin que todo ello entrañe trato discriminatorio alguno respecto a los trabajadores discapacitados que puedan prestar servicios en las mismas ">>.

III.- En la aplicabilidad, por analogía, de la doctrina unificada de esta Sala y no modificada, relativa a que, aunque para determinar el convenio colectivo aplicable en una empresa debe atenderse a su actividad real principal o preponderante, –entre otras, SSTs/IV 17-03-2015 (rcud 1464/2014) y 06-04-2017 (rcud 2398/2015) – , ello no obsta a que la realización de diversas actividades en una misma empresa pueda justificar en determinados casos la coexistencia en la misma de varios convenios colectivos .

En la antes citada STS/IV 09-12-2015 (rco 135/2014) se establece que << La determinación de cuál de los convenios colectivos haya de aplicarse a las relaciones de la empresa con sus trabajadores en atención al ámbito funcional y personal exige atender a la actividad principal de la empresa, con independencia de las tareas de cada uno de los trabajadores (así, en STS/4ª de 21 octubre 2010 -rec. 56/2010 -y 4 noviembre 2010 -rec. 9/2010 -); sin que ello impida la realización de diversas actividades en una misma empresa que en determinados casos justifiquen la coexistencia de varios convenios atendida la inclusión de tales actividades en ámbitos funcionales distintos >>.

IV.- En no compartir plenamente la afirmación que se efectúa en la sentencia mayoritaria en pretendida interpretación de la doctrina de esta Sala en el sentido de que << hemos mantenido en múltiples ocasiones a propósito de la no aplicación del convenio sectorial cuando éste ordena la subrogación en la posición de empresario por parte de la administración en supuestos de sucesión o reversión de contratas (Por todas SSTs de 17 de junio de 2011, Rcud. 2855/2010 ; de 21 de abril de 2015, Rec. 91/2004 y de 19 de mayo de 2015, Rcud. 385/2014) >>; puesto que de dichas sentencias no parece deducirse que establezcan un régimen singular o especial para los empresarios públicos . Así:

a) En el propio texto transcrito en la sentencia mayoritaria respecto de la STS/IV 19-05-2015 (rco 358/2014 , Pleno), – en la que, en despido colectivo, declara nula la decisión empresarial de cesar a los trabajadores de la contrata de servicios de hostelería en un centro público tras dar la empresa por concluido el acuerdo de forma unilateral, si todavía no se habían adjudicado a nueva empresa y si el organismo público no se hizo cargo de los mismos –, se afirma "ab initio", sobre la posible irrupción en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él, que << Aunque está claro que la regulación convencional mejora -y mucho- las prescripciones estatutarias, de todas formas no cabe olvidar, como regla general y sin perjuicio de excepcionales irrupciones en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él [supuestos -por ejemplo- como el de las SSTs 21/10/10 -rcud 806/10 - ... 23/09/14 -rco 50/13 -], que el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación >>; añadiendo la referida STS/IV 19-05-2015 en otro de sus fundamentos jurídicos que <<... indiquemos -en lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 ET - que: a) cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal (SSTs 06/02/97 -rec. 1886/96 -; ... 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 30/05/11 -rcud 2192/10 -; 11/07/11 -rcud 2861/10 -; SG 23/09/14 -rco 231/13 -, FJ 8.C ; SG 17/11/14 -rco 79/14 -); b) siguiendo la misma doctrina hemos mantenido -tratándose de Administraciones Públicas- que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de



continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET (SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos ; 26/01/12 -rcud 917/11 -, para servicio público asistencial); c) pero que mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas -tratándose de contrataciones administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues "esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET " que pueda imputarse a la Administración Pública (STS 21/04/15 -rco 91/14) >>.

b) En la también citada en la sentencia mayoritaria, la STS/IV 21-04-2015 (rco 91/2014 , Pleno) aplica la misma doctrina que la STS/IV 19-05-2015 , – en un despido colectivo, declarando nula la decisión empresarial de dar de baja a los trabajadores al extinguirse la contrata de servicios de cafetería en un organismo público, si en el convenio colectivo aplicable está prevista la subrogación por parte de la nueva contratista, si la administración no se hizo cargo de los servicios y si dos meses y medio después todavía no se habían adjudicado a nueva empresa –, añadiendo argumentos sobre la posibilidad de sucesión de empresas aun tratándose de organismos públicos, añadiendo que <<... Entrando ya en el apartado de examen del Derecho, se coincide plenamente con el Ministerio Fiscal respecto de que tampoco puede acogerse la común denuncia que llevan a cabo ambos recursos. Conclusión ésta a la que llevan numerosas consideraciones jurisprudenciales, normativas y, de hecho, tanto si atendemos a la posible aplicabilidad del art. 44 ET , cuanto si la referimos a los arts. 43 del Convenio Colectivo y 59 del ALEH. Y ello partiendo en todo caso de la indicación previa de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva [TJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33]; y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva [SSTJCE 99/1992, de 19/Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09 , apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines] (SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10 -; 26/01/12 -rcud 917/11 -; 11/06/12 -rcud 1886/11 -; y SG 23/09/14 -rco 231/13 -, FJ 8.C) >> y que <<... Asimismo sostenemos con reiteración que cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal (SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96 ; 27/06/08 -rcud 4773/06 ; 30/05/11 -rcud 2192/10 ; 11/07/11 -rcud 2861/10 ; SG 23/09/14 -rco 231/13, FJ 8.C ; SG 17/11/14 -rco 79/14). Y siguiendo la misma doctrina hemos mantenido -tratándose de Administraciones Públicas- que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET (SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos ; 26/01/12 -rcud 917/11 - JAJ, para servicio público asistencial) >>.

V.- Conclusión : En definitiva, por todo lo expuesto, directa o indirectamente, entiendo que la sentencia recurrida por la trabajadora demandante debería haber sido revocada, y que la doctrina unificada establecida por esta Sala de casación tendría que haber sido la misma que la ya establecida en Pleno en su STS/IV 07-10-2004 (rcud 2182/2003), seguida por STS/IV 01-06-2005 (rcud 2474/2004).

Madrid, 6 de mayo de 2019

Voto Particular

que formula el Magistrado Excmo. Sr. D Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia de 6 de mayo de 2019, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº **409/2018**.

De conformidad con lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formulo Voto Particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 608/2018 para explicitar algunos argumentos que sostuve en la deliberación, así como para separarme de ciertos pasajes de la resolución definitiva.

El carácter formalmente concurrente de este Voto se explica porque el mismo también patrocina la desestimación del recurso, aunque con los matices que seguidamente aparecen indicados.



El presente Voto Particular acepta sin reserva los Antecedentes que alberga la sentencia del Pleno y el grueso de su argumentación, por lo que aspira a exponer con la máxima brevedad las razones de la discrepancia, sin necesidad de ahondar en ellas.

1. La rectificación de la doctrina sentada.

La STS 7 octubre 2004 (rec. 2182/2003) alberga doctrina que ahora hemos procedido a rectificar, creo que de manera acertada.

A) Desde mi punto de vista, el principal error de la misma estriba en el diagnóstico que asume respecto del problema abordado. En concreto, cuando afirma "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".

Pero lo cierto es que la Guardería no deja de ser una parte de la entidad empleadora (Ayuntamiento de Freila), que el convenio sectorial de guarderías afecta a las empresas que poseen tal actividad como principal y que la referida Administración Local no es una de ellas. Segmentar en franjas de personas empleadas, en centros de trabajo o en cualquier otra forma lo que no pasa de ser una pieza de empresa compleja implica desconocer el modo en que los convenios sectoriales se gestan, redactan y aplican.

Con ese criterio, en un hospital habría que aplicar el convenio de hostelería a quienes están en cocina el de limpieza a quienes se ocupan de tal actividad, el de oficinas y despachos al personal administrativo y así sucesivamente.

B) El segundo error aparece en el denso Fundamento Quinto, cuando deriva de la ausencia de convenio propio o sectorial la aplicación del convenio de guarderías porque ello es "lo lógico" y porque lo contrario supondría 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 concurriera la cualidad de Ente público".

Sin embargo, creo que: 1) Una cosa es la interpretación lógica de las previsiones normativas, y otra la asunción de consecuencias que el raciocinio aconseja, pero que la Ley no permite. 2) El eventual "vacío" no puede conducir a violentar las normas, de orden público, sobre ámbito aplicativo de los convenios colectivos. 3) No cabe hablar de discriminación cuando comparamos personas al servicio de empresas diversas (en su condición, principal o auxiliar, en su naturaleza pública o privada, en su ámbito geográfico de actuación, etc.).

2.La línea argumental dudosa de nuestra nueva doctrina.

Creo equivocada la argumentación que alberga el Fundamento Cuarto de nuestra sentencia sobre la naturaleza de las Administraciones Públicas cuando expone que sus peculiares fines impiden que puedan estar sujetas al mismo convenio colectivo que empresas mercantiles con ánimo de lucro. En este pasaje la sentencia referencial acoge doctrina que sigo considerando acertada.

La renuencia normativa a abordar las numerosas peculiaridades del empleo público de régimen laboral están en la base de debates como el presente. Pero la equiparación de derechos y obligaciones debiera ser el norte interpretativo con el que orientarnos, salvando solo las peculiaridades que la propia Constitución o normas con rango de Ley incorporan.

Dicho abiertamente: el convenio sectorial de construcción es inaplicable al caso que abordamos ahora, pero no por el carácter del empleador (Administración Pública), sino porque su actividad principal es ajena a la Construcción. El cálculo de mayorías empleadoras y asalariadas que son precisas para entender bien conformada la correspondiente comisión negociadora es decisivo para encontrarnos ante convenio de eficacia general, como quiere el legislador, y ahí solo operan las magnitudes de verdaderas empresas de la construcción.

No se trata de un problema asociativo (del Ayuntamiento a una patronal del sector) o representativo (de los trabajadores a los sindicatos negociadores) sino de otro previo, su adecuado encuadramiento. Si, llegado el caso, un Ayuntamiento acaba teniendo como actividad principal la explotación de un yacimiento petrolífero, no cabe duda de que le correspondería aplicar la norma sectorial para el sector de hidrocarburos.

3.La evitación de vacíos.

Comprendo que se acuda al concepto de "vacío" para aludir a un problema de insuficiencia retributiva, pero técnicamente parece poco adecuado, máxime cuando la cuestión que el presente caso pone sobre el tapete dista mucho de circunscribirse a la remuneración, pues acaba refiriendo al convenio aplicable.



Aunque la existencia del salario mínimo interprofesional pudiera cumplir con las exigencias internacionales y constitucionales de remuneración suficiente, ello no descarta que algunos supuestos de cobro por encima del mismo choquen con otros valores o principios (buena fe, equivalencia de las prestaciones, enriquecimiento injusto, abuso de derecho, indignidad relativa de la compensación, etc.). Ahora bien, el modo de salir al paso de esas situaciones no puede ser el de forzar el ámbito aplicativo de un convenio colectivo.

Por lo demás, si se habla de verdadera ausencia reguladora, es claro que nuestro ordenamiento contempla varias vías para remediarla, como en buena parte recuerda la sentencia del Pleno y conviene subrayar:

A) Primero: la promoción de un convenio colectivo específico. No se trata solo de una posibilidad sino que estamos ante un verdadero derecho, que genera el correlativo deber de negociar (art. 89.1 ET).

B) Segundo: la adhesión a un convenio colectivo que se considere adecuado a las características de la respectiva unidad de negociación (art. 92.1 ET).

C) Tercero: la extensión de un convenio colectivo por parte de la Autoridad Laboral competente (art. 93.1 ET).

D) Cuarto: la regulación gubernamental para un sector y demarcación carente de convenio colectivo (Disposición Adicional Séptima ET).

E) Quinto: la suscripción de un Acuerdo Interconfederal de cobertura de vacíos (art. 83.3 ET).

En consecuencia, el desbordamiento del ámbito aplicativo de un convenio sectorial para abarcar fragmentos empresariales en que se desarrolla esa actividad pero en el marco de otra principal colisiona no solo con las coordenadas que presiden la representatividad de quienes negocian, la racionalidad y ontología de la unidad de negociación o el modo en que se articula nuestra práctica negocial sino también con los caminos previstos normativamente para atenuar problemas de ausencia de norma convencional.

4.La conveniente claridad de una cuestión crucial.

Determinar el convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales que discurren en el seno de la empresa constituye una operación de primera magnitud y que, quizá por el principio autonomista que preside su regulación (art. 83.1 ET y concordantes), apenas aborda el legislador.

Por eso posee singular relevancia la doctrina que a lo largo de los años se ha ido acuñando: a cada empresa se le aplica, como regla general y primera, el convenio que corresponde a su actividad principal. Es posible que una empresa posea varias actividades independientes, pero ello ha de ser una realidad y no un formalismo. Que una brigada, grupo de personas, o unidad productiva se dedique funcionalmente a actividad de construcción o guardería, desde luego, no implica que estemos ante actividades independientes de la principal pues ello requiere contabilidad, organización, autonomía, dinámica y gestión separadas, no solo especificidad productiva.

Es verdad que, a veces, por razones de orden público o para evitar engorrosos problemas, algunas sentencias han abierto excepciones (en transmisión de contratos, por ejemplo) pero se trata de casos extraordinarios que no cabe extender. Además, para asumir la solución convencional bien podrían haber asumido pilares argumentales diversos (distorsión de la competencia) al de extender las normas de un convenio colectivo a quienes están al margen y sin seguirse los caminos habilitados al efecto.

5.Conclusión.

En definitiva, comparto la decisión a que accede la sentencia del Pleno, aunque considero que estos matices podrían haber contribuido a minorar problemas interpretativos de futuro.

Solo por ello he considerado conveniente formular este Voto Particular, sin que ello comporte un ápice de menoscabo a quienes la han suscrito, comenzando por quien ha asumido la tarea de redactar el sentir del Pleno.

Madrid a 6 de mayo de 2019