



Roj: **STS 4922/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4922**

Id Cendoj: **28079140012000101482**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2000**

Nº de Recurso: **4006/1999**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **BARTOLOME RIOS SALMERON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D^a Penélope contra sentencia de 23 de septiembre de 1999 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la actora contra la sentencia de 4 de febrero de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social de Vitoria nº 1 en autos seguidos por D^a Penélope frente a la mercantil Asesoramiento y Gestion Inmobiliaria Vitoria, S.L. sobre cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de febrero de 1.999, el Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda de reclamación de cantidad formulada por D^a. Penélope frente a la empresa ASESORAMIENTO Y GESTIÓN INMOBILIARIA VITORIA, S.L. debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones frente a ella ejercitadas".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La demandante D^a. Penélope prestó sus servicios por cuenta de la empresa Asesoramientos y Gestión Inmobiliaria Vitoria, S.L., con la categoría profesional de auxiliar administrativo, desde el 22 de febrero de 1.995, fecha en la que suscribió contrato de trabajo por lanzamiento de nueva actividad celebrado al amparo del RD 2546/1994, de 29 de diciembre (unido al fol. 20 de los autos que se dan por reproducidos), en cuya cláusula segunda se estableció que la cuantía de la retribución será "según Convenio", y que fué objeto de cuatro prórrogas sucesivas, con una duración cada una de seis meses, extinguiéndose la relación laboral el 21-2- 1998, el 24-2-1998, la actora firmó el recibo de finiquito que consta unido al documento nº 25 del ramo de prueba de la parte demandada (fol. 119 de los autos) cuyo contenido se da por reproducido.- 2º.. La sociedad demandada tiene como objeto social el siguiente: 'a) La realización a través, o en colaboración con Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, expertos inmobiliarios o Gestores intermediarios en promoción de edificios, en operaciones de mediación por orden y/o por cuenta de terceros.- b) La promoción, estudio, asesoramiento y gestión de toda suerte de proyectos inmobiliarios, de urbanización, de modificación y de construcción.- c) El arrendamiento, adquisición y enajenación de inmuebles y de fincas rústicas y urbanas.- d) La promoción y construcción de toda clase de edificios por cuenta propia o de terceros, incluida la construcción de viviendas de protección oficial; la demolición de edificaciones, la excavación, urbanización, parcelación y reparcelación de terrenos, la rehabilitación de edificios y cualquier actividad inmobiliaria en general.- e) La compra y venta de toda clase de fincas rústicas y urbanas y su explotación en forma de arriendo o cualesquiera otras admitidas en derecho'.- 3º. No obstante dicho objeto social, la empresa demandada no se ha dedicado a dichas actividades, sino que se ha limitado a la intermediación inmobiliaria, a la mediación y corretaje en operaciones de compraventa de fincas.- 4º. La demandante considera aplicables a la relación laboral que le unía con la empresa los convenios colectivos de construcción y obras públicas de Alava de 1.996 (publicado en el BOTA el 22-7-96) y 1.998 (publicado en el BOTA de 11-5-1998), reclamando la suma de 946.603 pts. (más 94.660 ptas. por intereses



moratorios) por las diferencias entre los salarios que percibió y los que debería haber cobrado conforme a dichos convenios en el periodo del 22 de febrero de 1.997 al 21 de febrero de 1.998 y según en el detalle y cálculo realizado en el hecho cuarto de la demanda, cálculo que la empresa demandada ha admitido expresamente como correcto para el caso de que se estimen aplicables los convenios de la construcción y obras públicas de Alava de 1.996 y 1.998.- 5º. Con fecha 5-3-1998 se celebró el acto de conciliación, instado el 23-2-1998, terminando sin avenencia".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Penélope , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia con fecha 23 de septiembre de 1.999, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por D. Javier Elvira Gómez de Liaño, abogado, actuando en nombre y representación de D^a. Penélope contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 1.999, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Araba-Alava en el proceso 341/99, en el que también es parte Asesoramiento y Gestión Inmobiliaria Vitoria, S.L., confirmamos la misma, sin que proceda pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales causadas en éste recurso".

CUARTO.- Por la representación procesal de D^a. Penélope se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de mayo de 1.999. El motivo de casación denunciaba la infracción de lo dispuesto en el artículo 82.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el Acuerdo Sectorial Nacional para el Sector de la Construcción y Obras Públicas de 4 de junio de 1.996, el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción de 4 de mayo de 1.992 y el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de Alava, de 11 de mayo de 1.998.

QUINTO.- Por providencia de fecha 28 de febrero de 2.000, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de junio de 2.000, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La trabajadora doña Penélope dedujo demanda frente a su empleadora "ASERORAMIENTO Y GESTION INMOBILIRIA VITORIA S.L.", para la que había prestado servicios como auxiliar administrativo. Perseguía el abono de una diferencia salarial, ascendente a 1.041.263 pesetas, producida en el periodo que va desde 22 febrero 1997 hasta 21 febrero 1998; en esta fecha se extinguió el contrato por finalización del plazo estipulado. Tal diferencia derivaría de la aplicación del Convenio Colectivo de la Construcción, en el caso, el vigente en la provincia de Alava, al que se encontraba sujeto dicho contrato. Conoció del asunto el Juzgado social núm. 1 de Alava (con sede en Vitoria). Su sentencia de 4 febrero 1999 (autos 341/98) fue desestimatoria, y por tanto absolvía a la empleadora de la pretensión deducida.

2. La accionante entabló suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo social, la cual dictó su sentencia de 23 septiembre 1999 (rollo 1377/99), mediante la cual se desestimaba el recurso y se confirmaba el pronunciamiento de instancia.

3. Contra esta última resolución interpone la trabajadora recurso de casación para la unificación de doctrina. Propone como pronunciamiento de contraste la sentencia dictada por el mismo TSJ en 11 mayo 1999 (rollo 104/99). La empresa produjo escrito de impugnación. El Ministerio Fiscal, en su informe preceptivo, propone la desestimación del recurso; primero, por ausencia del requisito de la contradicción; y en todo caso, por falta de fundamentación en cuanto al fondo.

SEGUNDO.- 1. Ha de constatar, ante todo, si concurre el presupuesto procesal de la contradicción, en el sentido que lo describe el art. 217 de la LPL, es decir, que ante hechos, fundamentos y pronunciamientos sustancialmente iguales, las sentencias objeto de comparación, hayan dispensado pronunciamientos diferentes. Este es el caso.

2. La sentencia recurrida parte de los inalterados hechos probados que estableció el juez social de instancia. Es decir, hubo una prestación de servicios, por trabajadora que ostentaba categoría de auxiliar administrativo, desde 22 febrero 1995, en que suscribió un contrato temporal para lanzamiento de nueva actividad, ulteriormente renovado; su cláusula segunda establecía que la cuantía del salario sería "según Convenio"; la relación concluyó, como se dijo, en 24 febrero 1998; se suscribió un finiquito. La empleadora tiene como objeto social, entre otros, la promoción y construcción de toda clase de edificios, y también la de arrendamiento, adquisición y enajenación de inmuebles y de fincas rústicas y urbanas. No obstante ello, la mencionada empresa "no se ha dedicado a dichas actividades, sino que se ha limitado a la intermediación inmobiliaria, a



la medición y corretaje en operaciones de compraventa de fincas" (heho probado tercero). Se tiene, además, por probado que de ser aplicable el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Alava, de 1996 y 1998, la actora debía haber cobrado la diferencia que reclama, de 946.603 pesetas (más 94.660 pesetas de intereses moratorios).

3. La sentencia de contraste enjuicia reclamación de un empleado de la misma empresa y que deduce idéntica pretensión. Se trataba entonces de un administrativo-vendedor, con servicios desde octubre 1996 hasta junio 1997, mediante contrato para lanzamiento de nueva actividad. Reclamaba, como diferencia resultante de aplicar el Convenio de la Construcción, la cantidad de 686.505 pesetas, aunque el fallo de instancia fue estimatorio en parte, pues reconoció un débito de 320.525 pesetas. En suplicación entablada por la empresa, se mantuvo el fallo condenatorio.

4. El Ministerio Fiscal, como se dijo, manifestó que el requisito de la contradicción no se daba; además, al margen de este alegato, es indudable que aparecen otras diferencias. 1/ Lo subrayado por el Fiscal es el diferente planteamiento del asunto que lleva a cabo cada una de las resoluciones. La sentencia primera o de contraste reparó en que la empresa, pese a haber incorporado en el contrato de trabajo una cláusula según la cual el salario sería "según convenio", no explicó qué otro convenio, diferente al de Construcción, era el aplicable. Pero antes había desechado expresamente la virtualidad del argumento básico de la empleador, a saber, el ejercicio de una actividad ajena a la construcción, 2/ Podría repararse. además, en que mientras la sentencia de contraste parte de unos hechos probados donde meramente se indica que la empresa está dedicada a la "actividad inmobiliaria, según impuesto municipal sobre actividades económicas"; la sentencia recurrida cuenta con una precisión adicional: la empresa, aun con un amplio objeto social, según su escritura fundacional, en la realidad sólo asume tareas de mediación o corretaje en el tráfico inmobiliario, por cuenta de terceros. Pero este dato no autoriza a desconocer que estamos ante pretensiones iguales que se deducen por empleados de una misma empresa, la cual siempre ha opuesto idéntica defensa, basada en su verdadera tarea. 3/ Habría finalmente una tercera diferencia: la oposición por la empresa, en este litigio, de un finiquito firmado por la trabajadora. Pero a este sucedido no se ha conferido virtualidad alguna por la sentencia recurrida, ni el tema ha reaparecido en este recurso casacional, pues no es objeto de mención en el escrito de interposición, ni tampoco la empresa lo aduce en el de impugnación.

5. Cabe pues concluir que la contradicción legalmente pedida existe, porque se parte de unos mismos hechos, de una misma fundamentación jurídica, y de una misma petición. No existe otra divergencia que la distinta valoración de este material por cada una de las sentencias confrontadas. Y ello es cabalmente lo que en el caso constituye la contradicción exigida por la ley; sería en cualquier caso exagerado sostener lo contrario, respecto, se repite, de reclamaciones absolutamente idénticas, que se ha entendido con la misma empresa, a la que en un caso se le dice que está sometida al Convenio de la Construcción, y en el otro caso se le dice justamente lo opuesto. Habremos de entrar por tanto a enjuiciar el fondo del asunto.

TERCERO.- 1. Arguye el recurso, como motivación primera, que la sentencia recurrida vulnera el art. 82.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el Acuerdo Sectorial Nacional para el Sector de la Construcción y Obras Públicas de 4 junio 1996, el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción de 5 mayo 1992, y el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Publicas de Alava, de 11 mayo 1998.

2. El precepto legal que el recurso invoca: art. 82 ET, se limita a proporcionarnos el concepto y la eficacia de un convenio colectivo estatutario. Se trata de un pacto entre empresarios y trabajadores, que regula básicamente las condiciones de trabajo y que obliga a ambas partes en el desarrollo de la relación laboral. En definitiva, estamos ante la concreción, por la legalidad ordinaria, del principio de autonomía colectiva que consagra el art. 37 de la Constitución. La cita es, desde luego, pertinente, pero de escasa relevancia en el litigio, pues lo que se discute es precisamente si, admitida la existencia de un determinado Convenio Colectivo, en el caso, el de Construcción y Obras Públicas, el mismo es aplicable, por razón de la actividad desarrollada, a la empleadora demandada.

3. El mencionado Acuerdo Sectorial Nacional para el Sector de la Construcción en 1996 (BOE 24 junio) no es otra cosa que un pacto que, en el ramo, se concluye, para ese año, en aplicación de posibilidad prevista en el art. 3.2 del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, debidamente inscrito y registrado, que se publicó en el BOE de 20 mayo 1992. En este último, el ámbito de aplicación se describe en el art. 13, mediante una alusión sumaria a "las actividades propias del sector de la Construcción, que son las siguientes: a/ Las dedicadas a la Construcción y Obras Públicas.- b/ Embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos.- c/ Canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales.- d/ Las de cemento.- e/ Las de yesos y cales.- f/ Las de cerámica artística e industrias del azulejo [...].- g/ El Comercio de la Construcción mayoritario y exclusivistas". A seguido se avisa de que las "actividades que integran el campo de aplicación de este Convenio General se relacionan y detallan en el Anexo II del mismo".



En ese Anexo II, lo que en realidad se hace es detallar y especificar las actividades que se incluyen en cada uno de los epígrafes genéricos mencionados. Bajo la letra a/, vuelve a aludirse a las empresas "dedicadas a la Construcción y Obras Públicas". Sigue una amplia relación, donde se menciona la albañilería, el hormigón, cierta carpintería, y otras, entre las cuales aparece una mención explícita para "las empresas inmobiliarias, incluidas las cooperativas de viviendas".

4. El Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de Alava, para 1998, aparece publicado en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Alava de 11 mayo 1998, unido a los autos. Este Convenio, concreción en el Territorio Histórico del Convenio General, está concebido de maneja parecida, pues posee un Anexo II sobre campo de aplicación, cuyo apartado a/ alude a las actividades o empresas "dedicadas a la Construcción y Obras Públicas", entre las que se menciona a las "empresas inmobiliarias, incluidas las cooperativas de viviendas"

5. La interpretación de una norma jurídica -y la estipulación colectiva revista ese carácter- es una operación en la que resulta aconsejable estar a las indicaciones contenidas en el Código civil, art. 3º, donde se alude al sentido propio de las palabras, en relación con el contexto; los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que la norma se aplica son aspectos secundarios en un litigio como el presente.

6. La expresión: "empresas inmobiliarias" es extraordinariamente imprecisa, pues puede tratarse de organizaciones que actúan en el tráfico jurídico mediante finalidades y operaciones muy diferenciadas. Pero lo indudable es que, para que una de tales empresas se encuentre incluida en el campo de aplicación del Convenio en cuestión, habrá de cumplir, en mayor o en menor medida, la condición genérica del propio epígrafe general retenido por las partes convinientes: ser una empresa "dedicada a la construcción y obras públicas"; de ahí la precisión que, dentro de este apartado, se hace respecto de las canteras, graveras, areneras y explotación o manufactura de tierras industriales, pues se exige que ello sea para el uso propio de empresas dedicadas "principalmente" a la construcción y obras públicas, aunque no absorban toda la producción. Vuelve a repetirse lo mismo, cuando se menciona otra vez las canteras, graveras y areneras, pues se añade que estas materias se destinen a la construcción y obras públicas. En la carpintería se llega mas lejos: el Convenio no es aplicable a talleres que aun trabajando elementos para la construcción, no pertenecen a empresas del ramo.

7. Contamos con una realidad económico-empresarial indiscutible. Cuando se habla de empresa inmobiliaria, se puede aludir: 1/ a una empresa ligada, más o menos directamente, con la construcción de edificios y con el tráfico desarrollado en torno a lo construido; 2/ a una empresa que, partiendo de la existencia de inmuebles construidos, y con independencia incluso de su estado y antigüedad, únicamente se dedica a mediar entre quienes compran, arriendan o realizan cualquier otro negocio jurídico sobre inmuebles (casas, pisos, apartamentos, locales de oficinas, almacenes); de manera tal que solamente intervienen por cuenta de terceros en operaciones donde se contraponen la oferta de un inmueble, por cualquiera de esos títulos, a cambio de cierta cantidad de dinero que actúa como precio, renta o contraprestación análoga. Esto advertido, hay que admitir, a poco que quiera concordarse la previsión contenida en el pacto colectivo con la realidad socio- económica a que se aplica, que este tipo de inmobiliarias escapan a la regulación de tal Convenio, sobre condiciones de trabajo en el ramo de la construcción.

8. La diferenciación a que se acaba de aludir aparece en normas tributarias, a las que la empresa demandada ha hecho reiterada alusión. Cabe retener, a este fin, las reglas a que se somete el Impuesto de Actividades Económicas. Fue creado por la L. 39/1988, de 28 diciembre, sobre Haciendas Locales, arts. 79 a 92. Más tarde, el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 septiembre, aprobó las Tarifas y la Instrucción del Impuesto. Dichas Tarifas se encuentran en el Anexo I; cuya Sección 1ª contempla las actividades empresariales industriales, comerciales, de servicios y mineros. La Sección se fracciona en Divisiones. La División 8ª se ocupa de actividades financieras, seguros, servicios prestados a las empresas y alquileres. En esta División, el epígrafe 83 se dedica a las "actividades inmobiliarias"; y aun se distingue: el grupo 833, que retiene la "promoción inmobiliaria"; se caracteriza porque la actividad se realiza básicamente por cuenta y riesgo ajenos; la cuota se determina, consecuentemente, por metros cuadrados; y el grupo 834, que versa sobre "servicios prestados a la propiedad inmobiliaria"; es aquí donde se incluye a los intermediarios en operaciones de compra o venta, o arrendamiento, lo que hacen por cuenta de terceros, y a riesgo de los mismos; por eso, la cuota es ahora una cantidad fija. Es clara, por tanto, la distinción que la norma tributaria lleva a cabo; dato que aquí se retiene únicamente en cuanto su estructura y contenido reflejan una diferencia que conoce la vida económica real.

9. Se cuenta con otro dato, cuyo valor orientativo es imposible desconocer. El Estatuto de los Trabajadores de 1980, disposición final 8ª, (que en el ET, texto refundido de 1995 ha pasado a disposición final 2ª), creó una comisión consultiva nacional de convenios colectivos cuya función será el "asesoramiento y consulta a las partes de las negociaciones colectivas de trabajo en orden al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios". Esta Comisión ha sido regulada por el RD 2976/1893, de 9



noviembre. La denominación asignada es la de "Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos"; están legitimados para formular consultas, entre otros, "cualquier autoridad laboral o jurisdiccional", bien que el dictamen emitido se entienda siempre sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a los tribunales (arts. 2º y 3º). Pues bien: es hecho conocido, por su notoriedad, y por constar en las publicaciones de dicha Comisión, que ha recibido consultas precisamente sobre si el Convenio nacional, o los Convenios provinciales, sobre Construcción y Obras Públicas, se aplican a las inmobiliarias; la respuesta es matizada, y se inspira fundamentalmente en el hecho de que actúen por cuenta y riesgo propios (se aplica el Convenio) o lo hagan por cuenta y riesgo de terceros (no se aplica el Convenio). Como la propia norma reglamentaria advierte, y principios básicos de nuestro ordenamiento lo exigen, esos dictámenes no pueden vincular a un Tribunal de justicia. Pero constituyen un dato cuyo valor orientativo no cabe desconocer sin más, en la medida que, como antes vimos con las normas fiscales, reflejan un dato socio-económico innegable.

10. La distinción entre inmobiliarias, según la actividad ejercitada, no puede desconocerse, como sostiene la recurrente a propósito del caso enjuiciado, porque en la escritura de constitución figure un objeto social más amplio. Este es un elemento que podría influir en algún aspecto de la contratación mercantil, por la confianza que los terceros hubieran depositado en el contenido del correspondiente asiento estampado en el Registro Mercantil (Código de Comercio, arts. 17 y siguientes, con los preceptos concordantes y reglamentarios). Pero, en el interior de la empresa, y en relación con sus trabajadores, lo relevante y decisivo es la actividad real que aquélla desempeña, y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios. Seguir otro criterio, aparte no contar con argumento alguno atendible, podría conducir a resultados de lo más absurdo, máxime en aquellos supuestos en que el objeto social escriturado e inscrito cayera en el ámbito de aplicación de Convenios muy diferenciados, y ajenos además a la parcela económica en que la empleadora se desenvuelve.

11. La conclusión final a que se llega es la de que, en este concreto caso, la empresa demandada, atendidas las actividades económicas que desarrolla, no se encuentra incluida en el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos sobre Construcción y Obras Públicas, tanto el general o estatal, como el provincial aquí invocado. Cuestión distinta, y hasta independiente, será la atinente a cuál sea el Convenio que se pudiera aplicar, y hasta de que no se cuente con texto paccionado adecuado. Pues una tal problemática escapa al temario del presente recurso.

CUARTO.- Se impone, en consecuencia, la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, y la confirmación de la sentencia atacada. Ello conforme a lo que dictamina el Ministerio Fiscal, que también se pronunció en cuanto al fondo, para caso de que ese recurso fuere admitido. Sin costas, por no darse los supuestos de que su imposición depende (LPL, art. 233).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D^a Penélope contra sentencia de 23 de septiembre de 1999 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 4 de febrero de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social de Vitoria nº 1. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Bartolomé Ríos Salmerón hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.