

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia 114/2014, de 25 de junio de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 103/2014

SUMARIO:

IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería -ALEH IV-. Impugnación por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social al estimar contraria a derecho la aportación mensual obligatoria de los trabajadores del 0,1% de sus bases de cotización. Desestimación: en dicho Acuerdo se confiere a la Fundación Laboral Hostelería y Turismo, constituida previamente por las partes firmantes, el carácter de instrumento paritario del sector para materias de formación profesional, seguridad y salud laboral, así como diálogo social. Para su financiación se prevé una aportación mensual de las empresas del 0,1% de las bases de cotización de sus trabajadores por contingencias comunes y otra aportación mensual de cada trabajador de un 0,1% de su base de cotización por contingencias comunes. En la negociación colectiva pueden surgir estructuras institucionales vinculadas a la competencia de los negociadores, como es materia social, que impliquen obligaciones pecuniarias para empresas y trabajadores. La aportación es lícita en el caso analizado porque no existe norma prohibitiva y las actividades de la Fundación que se crean no sustituyen lo que son obligaciones que hayan de correr por cuenta del empresario, sino planes de formación que no han de ser financiados íntegramente por la empresa, conforme a la previsión expresa de la ley. Por otro lado, la aportación no se hace en favor de un tercero, ni siquiera en favor de los sujetos negociadores del convenio, sino de una Fundación que ha de operar como sujeto representativo de los trabajadores y empresas del sector, colectivizando, en aras a la eficacia, lo que de otra forma habría de desarrollarse de forma individual, lo que lo convertiría en inviable. [*Vid.*, STS, de 30 de junio de 2016, recurso n.º 17/2015 (NSJ054573), que casa y anula esta sentencia].

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 37.1.

RDLeg. 1/1995 (TRET) art. 23.3.

Resolución de 20 de septiembre de 2010 (IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería), Capítulo II y V.

PONENTE:

Don Rafael Antonio López Parada.

Magistrados:

Don JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

Don RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

Don RICARDO BODAS MARTIN

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil catorce.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 0000103/2014 seguido por demanda de DIRECCION GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (Abogado del Estado); contra CONFEDERACION ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURISTICOS (CEHAT) (Letrada Angela Salvador Rubio); FEDERACION ESTATAL DE TRABAJADORES DE COMERCIO, HOSTELERIA-TURISMO Y JUEGO DE UGT (CHTJ-UGT) (Letrado Manuel de la Rocha Rubi); FEDERACION ESPAÑOLA DE HOSTELERIA (FEHR) (D. Emilio Gallego

Zuazo); FED.ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERIA Y TURISMO DE CC.OO(FECOHT-CC.OO)(No comparece); MINISTERIO FISCAL; sobre impugnacion convenio colectivo .Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, el día 3 de abril de 2014 se presentó demanda por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social:contra Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT), Federación Española de Hostelería (FEHR), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores (CHTJ-UGT) y Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CC.OO.) sobre impugnación de convenio colectivo.

Segundo.

La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 12 de junio de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.

. Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.

- La parte demandada se ratificó en su demanda, exponiendo el representante procesal de la misma los motivos que fundan su pretensión. Se opusieron a la estimación de dichas pretensiones las partes demandadas, por los motivos que igualmente argumentaron. Ha sido parte el Ministerio Fiscal. Todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

Quinto.

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

no hay hechos controvertidos. HECHOS PACIFICOS: -No se trata de un canon de negociación. Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

Primero.

El IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería -ALEH IV- (Código de Convenio n.º 9910365) fue suscrito, con fecha 27 de julio de 2010, de una parte, por las asociaciones empresariales Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) y Federación Española de Hostelería (FEHR), en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de UGT (CHTJ-UGT) y Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT-CC.OO.), en representación del colectivo laboral afectado. Se trata de un convenio colectivo estatutario cuyo ámbito funcional son las empresas y los trabajadores y trabajadoras del sector de Hostelería, que incluye a las empresas, cualquiera que sea su titularidad y objeto social, que realicen en instalaciones fijas o móviles, ya sea de manera permanente, estacional o temporal, actividades de alojamiento de clientes en hoteles, hostales, residencias, apartamentos que presten algún servicio hostelero, balnearios, albergues, pensiones, moteles, alojamientos rurales, centros de camping y, en general, todos aquellos establecimientos que presten servicios de hospedaje a clientes; asimismo, se incluyen las empresas que presten actividades de servicio de comida y bebida para su consumo por el cliente, en restaurantes, catering, comedores colectivos, locales de comida rápida, pizzerías, hamburgueserías, bocadillerías, creperías; cafés, bares, cafeterías, cervecerías, tabernas, freidurías, chiringuitos de playa, pub, terrazas de veladores, quioscos, «croissanterías», heladerías, chocolaterías, locales de degustaciones, salones de té, «cybercafés», ambigús, salas de baile o discotecas, cafés-teatro, tablaos, así como los servicios de comidas o bebidas en casinos de juego, bingos,

billares y en toda clase de salones recreativos. La citada relación no es exhaustiva, por lo que es susceptible de ser ampliada o complementada con actividades no incluidas en ella que figuren en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas actual o futura. La inclusión requerirá pacto previo de la Comisión Negociadora de este Acuerdo.

El Acuerdo es de aplicación en todo el territorio español, aplicándose asimismo a los trabajadores y trabajadoras contratados en España por empresas españolas para prestar servicios en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo.

La vigencia del Acuerdo se extiende desde el día 1 de enero de 2010 y hasta el día 31 de diciembre del año 2014. Se prevé que durante la vigencia se incorporen al texto articulado del Acuerdo los pactos que se alcancen en el procedimiento de revisión y negociación continua consensuado entre las partes representativas de este ámbito estatal sectorial de Hostelería.

El acuerdo fue registrado y depositado ante el Ministerio de Trabajo e Inmigración como convenio colectivo estatutario y está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre de 2010.

Segundo

El 26 de noviembre de 2013 las mismas partes negociadoras del convenio colectivo suscribieron un acuerdo dando nueva redacción al capítulo II y modificando el capítulo V del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería - ALEH IV-, procediendo a remitir el texto acordado al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para su registro, depósito y publicación.

La modificación del capítulo V consiste en añadir un anexo denominado "Fundación Laboral Hostelería y Turismo" y cuyo texto literal es el siguiente:

"1. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo es el instrumento paritario del sector constituido por los firmantes del Acuerdo Laboral de ámbito Estatal del sector de Hostelería (ALEH) para la prestación de servicios de fomento de la formación profesional, de la investigación y de la mejora del empleo, de promoción y desarrollo de acciones de mejora de la salud laboral y la seguridad en el trabajo, de impulso y desarrollo de las relaciones sociolaborales en el sector de la hostelería y el turismo, contribuyendo a la mejora del diálogo social en todos los ámbitos de negociación colectiva en el sector, y de promoción general del sector de la hostelería y el turismo.

2. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo se encuentra inscrita en el Registro de Fundaciones Laborales dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, mediante Orden ESS/1970/2012, de 2 de agosto (BOE de 19 de septiembre de 2012).

3. El ámbito de actuación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo se corresponde con el ámbito de aplicación del ALEH, que se extiende al sector de la Hostelería de España, de conformidad y en los términos contenidos en sus Estatutos.

4. La financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo se nutre de las aportaciones iniciales desembolsadas por las partes firmantes del ALEH, de las aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH en cuantía del 0,10 por 100 de la base de cotización de contingencias comunes a cargo de la empresa y del 0,10 por 100 de la base de la misma base (sic) de cotización a cargo del trabajador o trabajadora, de conformidad con los vigentes Estatutos; así como de las ayudas públicas de las que pudiera resultar beneficiaria en su caso".

Tercero.

En fecha 26 de noviembre de 2013 la persona designada por la Comisión Negociadora del ALEH IV para realizar los trámites correspondientes de inscripción y depósito, presentó al Ministerio de Empleo y Seguridad Social la documentación relativa a la solicitud de registro y publicación en el BOE del acuerdo de modificación del Capítulo V "Formación Profesional" del citado ALEH IV -solicitud que dio lugar al expediente nº 89/2014 -EA-REGCON 99/01/0039/2014-.

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, tras analizar el texto del convenio colectivo, dictó resolución el 20 de diciembre de 2013 requiriendo la subsanación del texto del convenio para suprimir del mismo la obligación de aportación de un 0,1% de su base de cotización por contingencias comunes por los trabajadores bajo su ámbito de aplicación, por entender dicha obligación contraria a Derecho.

El 30 de diciembre de 2013 el representante de la comisión negociadora presentó alegaciones ante el Ministerio defendiendo la legalidad de dicha previsión convencional y solicitando que si el Ministerio de Empleo no la admitiese y fuese a impugnarla, registrase cuando menos el nuevo capítulo II del convenio colectivo, respecto al cual ningún reparo ponía.

El 16 de enero de 2014 el Ministerio de Empleo y S.S. dictó nuevo acto reiterando la ilegalidad del contenido convencional indicado y señalando que para registrar el capítulo II habría de presentarse como un acuerdo separado, razón por la cual la comisión negociadora se volvió a reunir el 29 de enero de 2014,

procediendo a separar los dos capítulos en acuerdos diferentes para su registro, depósito y publicación. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social registró y acordó el depósito del relativo al capítulo II del ALEH IV, que fue publicado en el BOE de 14 de marzo de 2014. En cambio el capítulo V del acuerdo relativo a la Formación Profesional fue objeto de demanda de oficio instando su nulidad, en concreto en lo que se refiere al establecimiento de aportaciones obligatorias a cargo de los trabajadores y trabajadoras del sector para la financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo, por conculcar la legalidad vigente.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.5 y 67 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Segundo.

- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se expresa que los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

El ordinal primero resulta del BOE de 30 de septiembre de 2010.

Los ordinales segundo y tercero resultan del expediente administrativo (descriptores 3 a 12 de los autos).

Tercero.

- Lo que es objeto de debate en el presente procedimiento es si es conforme a Derecho que un convenio colectivo estatutario imponga a los trabajadores incluidos bajo el ámbito de aplicación del mismo la obligación de hacer una aportación económica mensual para financiar una Fundación previamente constituida por los interlocutores sociales, gestionada con carácter paritario por los mismos. Hay que reseñar que en el mismo acuerdo se prevé la obligación de una aportación económica mensual de las empresas del sector de cuantía igual a la aportación de sus trabajadores, así como que la principal función de dicha Fundación es la organización de la formación profesional ocupacional en el sector. El Ministerio de Empleo no cuestiona la legalidad de la aportación que deben hacer las empresas, sino solamente los trabajadores del sector.

Cuarto.

- En reciente sentencia de esta Sala de 13 de junio de 2014 en el procedimiento 105/2014 hemos dicho lo siguiente:

El artículo 7 de la Constitución Española indica que los sindicatos de trabajadores contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos que les son propios y el art. 1.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical expresa que todos los trabajadores tiene derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

Ambas disposiciones trasladan al ordenamiento el significado propio de la institución "sindicato" entendido como el instrumento básico del que se sirven los trabajadores para poder hacer frente a la situación de desigualdad en que se encuentran frente al empresario en el marco de la relación contractual laboral.

Su justificación histórica y operativa se fundamenta en constituirse como cauce que, aglutinando voluntades individuales, débiles y dispersas en una relación desigual frente al empresario pero todas integradas en controversias comunes, adquiere por razón del hecho asociativo un mayor potencial de interlocución y negociación que el de cada uno de los trabajadores a título individual. Para el cumplimiento de sus fines deviene imprescindible una transferencia de las voluntades individuales integrándolas en una voluntad unitaria, la que el sindicato personifica.

Y así, el sindicato como entidad de naturaleza asociativa, adquiriendo personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar artículo 4 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, ostenta la capacidad de representar a los trabajadores en la defensa y promoción de los intereses de éstos, capacidad que en el modelo español no sólo lo es en relación a sus afiliados, sino que cumpliendo determinados requisitos de audiencia, detentan una singular posición jurídica a efectos de participación institucional y de acción sindical, conforme al artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical .

La capacidad representativa se diseña en sus líneas básicas en el artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, norma que en su apartado g) abre la vía para que dichas funciones puedan perfilarse con amplitud.

Dicha representatividad sindical es la que posibilita la acción colectiva de los trabajadores, tanto en el conflicto (artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución), como en el momento de la negociación colectiva y en el acuerdo que cobra fuerza vinculante (artículo 37.1 de la Constitución).

En la negociación colectiva los trabajadores están representados por sus sindicatos o por los órganos de representación unitaria (en el caso de la negociación colectiva de empresa) y los empresarios por sus asociaciones. Lo que contraten colectivamente vincula en primer lugar a sus afiliados, por mandato constitucional (artículo 37.1 de la Constitución) y además, si cumplen las condiciones legales de representatividad reguladas por el Estatuto de los Trabajadores, se extiende ope legis a todas las empresas y trabajadores del ámbito de la negociación en virtud de lo que ha venido a llamarse fuerza normativa del convenio colectivo estatutario.

Quinto.

- La representación colectiva, como ocurre con la representación política, se diferencia de la representación de derecho privado en que presupone un sujeto colectivo, que unifica la disparidad de sujetos individuales en una única voluntad, que es la que se expresa en el pacto colectivo. En la negociación colectiva, cuando el sujeto que negocia es colectivo (lo que en el caso de los trabajadores sucede siempre y en el de las empresas en los convenios de ámbito supraempresarial), se impone el criterio de la mayoría, lo que supone la sujeción del sujeto individual a la voluntad de la mayoría, formada con arreglo a los procedimientos legalmente establecidos y que han de ser democráticos.

Esto hace preciso que se determine claramente cuáles son las competencias del sujeto negociador colectivo y cuáles son los ámbitos privativos que son inherentes a la persona individual y quedan fuera del poder de disposición de los sujetos colectivos. Aún más, cuanto mayores sean esas competencias que permiten vincular a todos por las decisiones de los representantes, mayores habrán de ser las exigencias de representatividad para garantizar que las decisiones adoptadas responden realmente a la voluntad mayoritaria de los representados y no solamente a la voluntad particular de esos representantes.

En el caso de la negociación colectiva estatutaria, la atribución competencial a los negociadores se contiene en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, siendo el principio general el siguiente:

"Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley ...", siendo innecesario para este litigio reproducir el resto del contenido de dicho artículo.

Se trata de una atribución genérica, determinada por "el ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales". Dentro de dicho ámbito se encuentra, desde luego, la posibilidad de producir estructuras estables de gestión de la materia laboral, social y sindical. La Ley expresamente lo establece y lo considera incluso obligatorio cuando se trata de instituciones llamadas a la negociación y resolución de conflictos, pero ello también es lícito para otro tipo de funciones de las que son propias del ámbito competencial de la negociación colectiva, como puede ser la formación profesional ocupacional.

Todo ese entramado institucional nacido de la negociación colectiva forma parte de la autonomía colectiva garantizada por el artículo 7 y concordantes de la Constitución, expresión del pluralismo social e instrumento para promover la participación y el progreso social.

Por consiguiente ningún reparo puede ponerse a la constitución, a partir de la negociación colectiva, de instituciones de gestión de la formación profesional ocupacional dentro de un determinado sector o con carácter intersectorial. Se trata de materia propia de la negociación colectiva laboral, competencia de los sujetos colectivos que protagonizan la misma.

Aún más, en el caso específico de la formación profesional ocupacional, que constituye la primera y fundamental misión de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo, aparece otro derecho fundamental involucrado, como es el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, que incluye el reconocimiento a las personas físicas y jurídicas de la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales (artículo 27 de la Constitución). Dentro del ámbito de dicho derecho constitucional se encuentra no solamente la enseñanza reglada, sino también la formación profesional ocupacional. Por ello esa materia se desarrolla por Ley Orgánica, siendo la vigente la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. Es cierto que existe una formación profesional reglada y que, dentro de la ocupacional, son muchas las formas de acción del Estado y de las Administraciones Públicas, incluso con una flexibilidad que permite la financiación pública de acciones formativas cuya iniciativa ha surgido en seno de la empresa (Real

Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo). Pero el artículo 27 de la Constitución garantiza el derecho de las personas físicas o jurídicas a desarrollar iniciativas de formación profesional propias, fuera de las estructuras estatales, como aquí sucede, sin necesidad de que dependan de la financiación pública, en cuyo caso no han de subordinarse a los criterios y requisitos que impone el acceso a dicha financiación.

Sexto.

- Aún cuando asuman funciones semejantes a las estatales, los sindicatos y asociaciones patronales no constituyen en el marco constitucional sujetos de Derecho Público, como sí ocurría en el régimen político anterior a la Constitución. Los convenios colectivos estatutarios tienen naturaleza normativa, pero las obligaciones que imponen a los trabajadores y empresarios bajo su ámbito no son obligaciones de Derecho Público. Una obligación pecuniaria como la aquí analizada no es un tributo y no le resulta de aplicación el artículo 133 de la Constitución. Esa obligación, aunque tiene como fuente una norma (un convenio colectivo) y no un contrato, tiene naturaleza obligacional y se rige por los artículos 1089 y concordantes del Código Civil. El acreedor es una fundación de Derecho Privado, no un poder público. Por otro lado la materia sobre la que versa (formación profesional) es propia de la competencia de los negociadores colectivos.

No cabe duda de que los convenios colectivos pueden crear obligaciones para las partes, puesto que ese es su efecto natural y su finalidad en cuanto contratos. Esas obligaciones no solamente alcanzan a las partes negociadoras en sentido estricto, sino a los sujetos representados por las mismas en función de su afiliación y, si el convenio es estatutario, a quienes son representados también por votación (caso de los órganos de representación unitaria) o por representatividad (caso de los sindicatos). No existe ninguna norma que con carácter general prohíba crear obligaciones pecuniarias para los trabajadores y/o empresarios sometidos al ámbito de aplicación de un convenio colectivo.

Ello no implica que no existan normas legales que expresamente lo prohíben para determinados supuestos específicos. Así ocurre, por ejemplo, con la prohibición de las multas de haber (artículo 58.3 del Estatuto de los Trabajadores) o con la regulación de la aportación de los trabajadores a la mejora directa de prestaciones, que es posible, pero siempre que se faculte a los trabajadores para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición (artículo 192 de la Ley General de la Seguridad Social).

Fuera de esos supuestos no existe prohibición. Cabe recordar cómo el Tribunal Supremo ha admitido en determinados supuestos que del convenio colectivo nazcan obligaciones pecuniarias para el trabajador, como en el caso de las cláusulas penales, por ejemplo por incumplimiento de preaviso de la dimisión (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005, RCUUD 118/2003, con criterio reiterado en sentencia de 31 de marzo de 2011, RCUUD 3312/2010).

En materia específica de Fundaciones Laborales, el antiguo Decreto 466/1961, de 16 de marzo, permitía expresamente en su artículo 3 la existencia de aportaciones de los trabajadores cuando así se pactase entre trabajadores y empresa. La misma regulación se reproducía en su Orden de desarrollo de 25 de enero de 1962, artículos 14 y 24, con la única excepción de las Fundaciones constituidas por terceros ajenos a empresarios y trabajadores, para las cuales se prohibían las aportaciones obligatorias de los trabajadores (artículo 2). Estas normas no serían aplicables, aún de seguir vigentes, porque el ámbito de las mismas eran las fundaciones de naturaleza asistencial y además se exigía el expreso sometimiento de los fundadores a las mismas. En todo caso fueron derogadas por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que desarrolla para las fundaciones de ámbito estatal la Ley 50/2002. Bajo la nueva regulación ya no es necesario, para tener la naturaleza de Fundación Laboral, el expreso acogimiento a la norma por los fundadores, sino que tal naturaleza se atribuye, conforme a la disposición adicional primera del Real Decreto 1337/2005, a las fundaciones creadas por pacto o concierto entre las empresas y sus trabajadores, las constituidas en virtud de acto unilateral de una empresa o de terceras personas en beneficio de los trabajadores de una o varias empresas y de sus familiares y, además, lo que es relevante para este caso, a "las formadas entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de un sector o sectores determinados para el desarrollo de fines laborales". Se amplía, como vemos, el concepto a todas las que tengan atribuido el desarrollo de fines laborales y no solamente asistenciales, lo que claramente incluye a la que aquí nos ocupa.

Es importante reseñar cómo, ni en la regulación del Real Decreto 1337/2005 ni en la de la Ley 50/2002, se contiene previsión alguna respecto a la posibilidad de aportaciones de trabajadores y empresas, habiendo desaparecido la detallada regulación anterior de las Fundaciones Laborales, algo que, a la vista de todo lo dicho, no puede interpretarse como una prohibición.

En definitiva, al igual que no existe ningún precepto general que prohíba que de un convenio colectivo nazcan obligaciones pecuniarias para los trabajadores incluidos bajo su ámbito de aplicación, tampoco existe norma que prohíba que el convenio sea fuente de obligaciones pecuniarias para las empresas sujetas al ámbito del mismo y ajenas a las concretas personas de los negociadores, como es propio de un convenio estatutario

supraempresarial. Esta segunda posibilidad no es cuestionada por el Ministerio de Empleo que ejerce su acción impugnatoria del convenio, sin que se hayan justificado las diferencias jurídicas que expliquen por qué en un caso entiende que la posibilidad existe y en el otro no.

Más adelante volveremos específicamente sobre la legalidad de que la empresa pueda practicar descuentos en el salario que abona al trabajador.

Séptimo.

Cuestión distinta es que la concreta conformación de la obligación pecuniaria pueda resultar ilícita. Posiblemente por lo infrecuente del caso, la legislación laboral no contiene ningún precepto con carácter general sobre el particular, ni para prohibir ni para permitir, ni para establecer límites, aún cuando sería deseable que existiese.

Los supuestos resueltos por las sentencias que cita el Ministerio de Empleo en apoyo de su pretensión se basan en fundamentos distintos.

En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985 y su pronunciamiento sobre el canon de negociación, ha de decirse que en aquella sentencia se partía ya de un canon que era facultativo para el trabajador en la propia norma analizada, aún cuando se insinúa que podría haber sido contrario a la Constitución de no haberlo sido, dado que, en cuanto el acreedor sería el sindicato negociador del convenio colectivo, podría suponer "una forma de presión larvada sobre los trabajadores en relación a su afiliación, no justificada ni en el diseño legal de la negociación colectiva ni en poder específico alguno del sindicato". Y a continuación decía el Tribunal Constitucional lo siguiente:

"En opinión de los recurrentes, el convenio colectivo sólo puede regular derechos y obligaciones recíprocos de empresarios y trabajadores, y nunca obligaciones de los trabajadores representados frente al sindicato representante. Ello se deduciría de los términos empleados por el art. 37.1 de la C.E . («negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios») y del art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores ...; no parece que pueda obtenerse del texto del art. 37.1 de la C.E . una prohibición del canon, cuya inconstitucionalidad no derivaría de un mandato o prohibición expresa de la Constitución, sino de una deducción lógica sobre la naturaleza que doctrinalmente se otorga a la institución; pudiéndose razonablemente entender que la reciprocidad que implica el término «entre» se refiere a una reciprocidad procedimental y no de derechos y obligaciones. Siendo el canon de negociación, por su objeto, una cláusula de potenciación de los sindicatos, y estando vinculado al propio acto que lo establece, por estar su causa en la negociación misma entendida como un servicio a todos los trabajadores afectados, no es figura extraña a la negociación colectiva. Por lo demás, y como es claro, la negociación no podrá referirse a la determinación de la cuantía del canon, sino a la asunción por el empresario del deber de descontar su importe, en los términos y con el alcance expuestos anteriormente".

Lo que implica que el Tribunal Constitucional admitió la posibilidad de que en la negociación colectiva se regulasen obligaciones pecuniarias del trabajador fuera de la estricta relación sinalagmática con su empleador, por tanto con otros sujetos distintos a su empresario, siempre y cuando se hiciese dentro de la materia propia de la negociación colectiva, como en aquel caso era la materia sindical y aquí es la materia de formación profesional.

En cuanto a la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2006 (procedimiento 97/2005), la misma constituye un precedente del que, en su caso, podríamos separarnos razonadamente. En la misma se declara la ilegalidad de una aportación de los trabajadores para el sostenimiento del funcionamiento de la comisión paritaria de un convenio colectivo sobre los siguientes argumentos:

"Las actuaciones de las comisiones paritarias ... forman parte integrante del contenido de compromisos obligacionales que asumen las partes que firman un convenio colectivo; es decir, no forman parte del contenido normativo de un convenio colectivo; y si esto es así, cual lo es, el afrontar los costes de la creación, del funcionamiento y del mantenimiento de dicha Comisión constituye una obligación que se autoimponen los firmantes del convenio y durante la vigencia del convenio, sin que tengan título legal alguno para desplazar tales costes, en todo o en parte, a terceros ajenos por completo a dicha obligación, pues ello constituye una cláusula contractual en perjuicio de tercero de todo punto inadmisibile".

El problema, por ello, se centra en que se impone una detracción patrimonial a los trabajadores en beneficio exclusivo de las partes negociadoras, al tratarse de una institución nacida de la parte obligacional del convenio colectivo y a la cual son ajenos los propios trabajadores, aunque no sus sindicatos representativos pactantes del convenio. Después se dice en esa sentencia que "una cuota se abona por quien lo hace en función de su voluntaria inserción previa en una entidad; y, si bien es cierto que no cabe negar voluntariedad en los empleados de los Registros a la hora de prestar en ellos servicios, lo que sí que cabe es negar que esa voluntariedad comporte, además, su incardinación en una entidad, la Comisión de Vigilancia y Seguimiento", para

decir después que "una tasa, un tributo, una cotización, un impuesto o, en suma, un desplazamiento económico obligatorio, tenga la naturaleza jurídica que tenga y reciba el "nomen iuris" que reciba, ha de tener, o bien un apoyo en el consentimiento expreso del individuo, o bien un apoyo en una norma con rango de Ley, lo que en el presente caso no sucede, ya que ni existe lo primero -no se ha acreditado, al menos-, ni existe lo segundo".

El otro argumento central de dicha sentencia es que, en la medida en que la comisión de vigilancia e interpretación en cuestión ejercía poderes empresariales, no era lícito obligar a los trabajadores gastos que debían corresponder a la empresa.

De aquella sentencia hemos de reiterar que no es posible establecer a los trabajadores obligaciones pecuniarias para financiar las actividades de otros, siendo el elemento determinante la ajenidad. Ni se pueden establecer obligaciones pecuniarias para financiar actividades o gastos que son responsabilidad y obligación del empresario, ni tampoco para financiar órganos ajenos a los trabajadores, en cuya composición y funcionamiento no tengan participación. Lo que hemos de corregir de aquella sentencia es el criterio según el cual estaríamos en presencia de "una tasa, un tributo, una cotización, un impuesto"..., que requeriría de una Ley habilitante. Ya hemos razonado anteriormente que estamos en presencia de una obligación pecuniaria civil derivada de una norma, como es el convenio colectivo, no de una exacción de Derecho Público. En cuanto contrato colectivo, el convenio colectivo tiene capacidad por suficiente por sí mismo para ser fuente de obligaciones para las partes y sus representados sin necesitar de una previa Ley habilitante.

Octavo.

- Existen pues condicionamientos de la legalidad de la cláusula de la que nace esta obligación, tanto para los trabajadores, como para las empresas. En relación con éstas no hay que olvidar que en el caso de convenios supraempresariales existirán empresas a las que se aplica el convenio sin haber expresado su individual consentimiento en obligarse, ni estar afiliadas a la asociación que lo expresa, sino en función de la mera representatividad de las patronales firmantes, en situación análoga por tanto a la de los trabajadores no afiliados a los sindicatos pactantes. Y, dada la amplitud del ámbito de aplicación de este convenio, es un caso paradigmático de esa situación.

El primer condicionante es que la aportación de los trabajadores no puede tener por objeto financiar gastos que han de correr por cuenta de las empresas en el seno de la relación laboral. En materia de formación ello ocurre con:

a) La formación que constituye una deuda de la empresa en el contrato de formación del artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores ;

b) La formación necesaria para la adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, que debe correr a cargo de la empresa (artículo 23.1.d del Estatuto de los Trabajadores).

c) La formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, que debe recibir el trabajador a cargo del empresario tanto en el momento de su contratación como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo, cuyo coste no debe hacerse recaer sobre el trabajador (artículo 19.3 del Estatuto de los Trabajadores). Hay que recordar también que la formación obligatoria en materia de prevención de riesgos laborales ha de ser impartida, si no lo hace la empresa con sus medios propios, por servicios de prevención ajenos acreditados (artículo 31.3.d del Estatuto de los Trabajadores), lo que determinaría la ilicitud de que asumiera tal actividad la indicada Fundación.

Dejando estos supuestos aparte, otras actividades de formación que no son obligatorias para el empresario sí pueden ser cofinanciadas con aportaciones de los trabajadores sin que ello vulnere norma alguna.

Específicamente ha de hacerse notar que el artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho de los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años y que ese derecho al permiso desaparece y queda sustituido si el trabajador puede realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva.

En el caso de los permisos individuales de formación se produce una cofinanciación de la formación. La empresa costea el salario del trabajador que disfruta del permiso y al propio trabajador le corresponde, salvo pacto en contrario, financiar sus propias actividades formativas, a pesar de que se trate de "formación profesional para el empleo" y "vinculada a la actividad de la empresa".

En el caso de las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva no hay norma alguna que prohíba la cofinanciación, esto es, las aportaciones de los trabajadores. Antes al contrario, el artículo 23.3 nos dice que "no podrá comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes". Por

consiguiente, si la financiación ha de correr obligatoriamente por cuenta de la empresa (como en los casos arriba mencionados) no es aplicable el sistema del artículo 23.3. Lo que evidentemente implica que dentro de dicho sistema (que presumiblemente es el que va a desarrollar la Fundación objeto del presente litigio) la formación puede ser cofinanciada por el trabajador, lo que es lógico si se tiene en cuenta que dichos planes empresariales de formación sustituyen al régimen de permisos individuales de formación, los cuales conllevan en su concepción legal una cofinanciación en los términos indicados.

El texto del convenio colectivo que analizamos no determina que la Fundación se vaya a hacer cargo de la formación que debe impartir la empresa obligatoriamente, por lo que no vulnera la normativa anterior. Aún si así ocurriese, lo determinante para establecer que se ha producido una vulneración de la normativa legal es si dicha formación obligatoria se hubiera financiado con las aportaciones de los trabajadores, que es lo que sería finalmente ilícito, puesto que en relación con la formación que han de impartir las empresas obligatoriamente no hay norma que prohíba el establecimiento de servicios comunes o mancomunados de las mismas, siempre que asuman su financiación.

Por tanto el texto del convenio colectivo impugnado no es ilegal, aún cuando pudieran producirse después irregularidades si la Fundación asumiese acciones formativas cuya financiación correspondiese a las empresas y apoyase las mismas con cargo contablemente a aportaciones de los trabajadores, lo que podrá ser objeto de control e inspección por la Administración competente.

Un argumento de mayor peso que habría que considerar es que, al obligar a realizar una aportación obligatoria, se convierte en un deber la formación para el trabajador, a pesar de que en la norma está considerado como un derecho. Pero en ello no apreciamos tampoco ilegalidad, tomando en consideración que se trata de formación profesional para el empleo y vinculada a la actividad de la empresa. No hay por ello en el convenio colectivo un ejercicio anormal de las potestades normativas de los negociadores, dado que no han abandonado el marco laboral que pertenece a la competencia de los negociadores colectivos y existe una causa justificada para imponer dicha obligación, lo que se hace en términos comedidos y razonables. Debe destacarse que el hecho de que la formación que puedan recibir mejore sus oportunidades de empleo en el sector es lícito, en cuando "es un efecto que obedece a las diferencias reales de posición competitiva en el mercado que se producen en función de las diferentes cualificaciones de los trabajadores" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010, rec. 53/2009), sin que la posesión de dicha formación, en su caso con el correspondiente diploma o tarjeta, se constituya, a diferencia del supuesto resuelto por la Sala Cuarta en la sentencia citada, en un obstáculo jurídico para el acceso al trabajo, que habría de ser considerado contrario al derecho constitucional al trabajo del artículo 35.1 de la Constitución .

En cuanto a la ampliación del ámbito del artículo 23.3, que solamente contempla los permisos individuales de formación para los trabajadores con un antigüedad en la empresa superior al año, no encontramos en esto motivo de ilegalidad del convenio. De existir tal ilegalidad no alcanzaría a la totalidad de las aportaciones de los trabajadores, sino que solamente supondría la exclusión de cotización para los trabajadores que no alcanzasen esa antigüedad. Pero a nuestro juicio eso sería plantear el problema a la inversa. Lo ilícito no es incluir a los trabajadores sin dicha antigüedad dentro de la obligación de cotizar, sino excluirlos de las acciones de formación organizadas o financiadas por la Fundación una vez que tienen la obligación de hacer su aportación. La participación en la financiación hace acreedor al trabajador al derecho a recibir formación en los planes resultantes de la actividad de la Fundación, sin que pueda ser excluido por no tener en la empresa una antigüedad superior al año, dado que no se le ha excluido de cotizar por dicha causa. Es notorio por lo demás que en un sector caracterizado en muchos casos por la temporalidad y la estacionalidad, la limitación de la formación de los trabajadores a una antigüedad en la misma empresa (y no en el sector) supondría una restricción irrazonable para alcanzar la finalidad que se pretende y que, no lo olvidemos, si se desarrolla adecuadamente es de gran importancia para un sector productivo básico en la economía española.

Noveno.

El otro condicionante resultante de la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2006 (procedimiento 97/2005) y que hemos de reiterar ahora es la necesaria participación de los trabajadores y empresas a las que se obliga a realizar aportaciones pecuniarias en la gestión del órgano que va a gestionar las actividades de formación, de manera que ese órgano (la Fundación) no constituya un tercero ajeno a los trabajadores y a los empresarios. Lo que resultaría ilícito, a juicio de esta Sala, como ya se dijo en la sentencia citada, es que los negociadores del convenio colectivo aprovechasen su función normativa para imponer a los empresarios y trabajadores bajo el ámbito del mismo una obligación pecuniaria en el exclusivo beneficio de dichos negociadores, puesto que ello implicaría una desviación de poder, un ejercicio abusivo y anormal del derecho de los negociadores colectivos, usando su capacidad normativa en su propio beneficio. Como vimos, el motivo de la anulación de la aportación de los trabajadores en la sentencia anterior de esta Sala fue que la comisión paritaria es un órgano de los negociadores del convenio y no de los trabajadores y de las empresas que se encuentran

bajo el ámbito de aplicación del mismo. Si la situación de la Fundación fuese idéntica, ello implicaría la necesidad de reiterar idéntico pronunciamiento.

A ese respecto no es relevante la calificación del contenido del convenio como obligacional o normativo, distinción artificiosa cuya referencia ha desaparecido del Estatuto de los Trabajadores con la reforma laboral de 2012. Lo relevante es si el sujeto acreedor de la aportación económica es un órgano del que son propietarios los negociadores del convenio o es un órgano del que son propietarios los trabajadores y empresarios sometidos al mismo. En el primer caso será una aportación en beneficio de terceros, en el segundo será en beneficio de los propios aportantes, aún bajo una modalidad de gestión colectivizada cuya finalidad es maximizar la eficacia de recursos muy limitados. Para que la situación sea legal, la Fundación, al estar financiada por aportaciones de los trabajadores y empresas del sector en virtud solamente de la representatividad que sobre los mismos tienen los sujetos negociadores del convenio, ha de operar como sujeto representativo de esos mismos trabajadores y empresas del sector, colectivizando, en aras a la eficacia, lo que de otra forma habría de desarrollarse de forma individual y sería por ello inviable.

Esto habría de valorarse analizando diversos aspectos, como son, entre otros, la vinculación de los órganos directivos de la misma a los negociadores del convenio o la posibilidad de su renovación con los cambios de mayorías representativas dentro del ámbito del convenio, o incluso la existencia de mecanismos electivos, directos o indirectos, que refuercen la vinculación con los colectivos de empresarios y trabajadores sujetos al ámbito del convenio; la transparencia en la gestión de las actividades formativas; la apertura de las mismas a todos los trabajadores y empresarios bajo el ámbito del convenio, eludiendo criterios no igualitarios o excluyentes; o la capacidad de fiscalización y control externo de los fondos utilizados (dentro del marco de auditoría y controles del Real Decreto 1337/2005), con transparencia en la gestión de los mismos en favor de los trabajadores y empresarios bajo el convenio. Una condición esencial es que las cantidades procedentes de las aportaciones de los trabajadores se dediquen exclusivamente a la financiación de actividades de formación profesional, que son las únicas que se han alegado en el acto del juicio por las partes demandadas como justificativas de la regulación convencional debatida. Cuestión distinta es la obligación, a la que alude el artículo 23.2 del Real Decreto 1337/2005, de que si la Fundación Laboral desarrolla una actividad económica (y la formación profesional ocupacional lo es), haya de someterse a las normas reguladoras de defensa de la competencia, cuestión sin duda importante en el futuro de dicha institución, pero que no ha sido cuestionada en la demanda y queda fuera del presente litigio.

En definitiva, solamente en función del análisis de esos factores podríamos determinar si estamos ante un órgano ajeno a los trabajadores y empresarios y, por tanto, de una aportación obligatoria en interés de un tercero fuera del ámbito de las relaciones laborales reguladas por el convenio colectivo o, por el contrario, de un instrumento de gestión colectiva de intereses propios de trabajadores y empresarios, para cuya financiación es lícito imponer contribuciones a los mismos.

No dispone la Sala de esos hechos, no habiéndose alegado ni probado nada sobre la estructura y funcionamiento de la Fundación. En todo caso, dado que lo que se impugna es solamente la aportación obligatoria que se impone a los trabajadores, cabe decir que la legalidad de ésta no se ve estrictamente afectada, sino que lo que podría verse afectado es la legalidad de la cláusula que impone cuál es el órgano de gestión que se constituye en acreedor de las aportaciones, tanto de trabajadores como de empresarios, o cuál es su estructura directiva, o modos de gestión y funcionamiento, elementos que aquí no se han cuestionado y quedan fuera del ámbito del litigio. Obviamente si la estructura y gestión de la Fundación no se acomodase a los requisitos establecidos, lo que se deduciría no sería la ilegalidad de las aportaciones de empresas y trabajadores, sino la ilegalidad de atribuir su gestión a dicha Fundación y no a otro órgano que cumpla con tales requisitos. Esa sería una causa de ilegalidad del convenio impugnado diferente a la aducida por el Ministerio demandante y que ahora no puede sino dejarse imprejuzada.

Décimo.

Por último hemos de decir que la obligación aquí debatida no afecta al derecho al salario. Es cierto que el trabajador obligado al pago habrá de hacerlo con su propio patrimonio, pero esto ocurre con toda obligación pecuniaria, sin que pueda confundirse el caudal patrimonial del trabajador con el cual se ha de hacer el pago con la renta concreta salarial, que jurídicamente no está vinculada ni afectada directamente desde un punto de vista jurídico.

Subrayamos que nada se dice en el convenio colectivo impugnado de que la empresa haya de detraer el importe de la aportación del trabajador del salario mensual que ha de abonarle. No obstante, aunque así fuese, habríamos de analizar la cuestión desde la perspectiva de la regulación de los descuentos salariales en el convenio número 95 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección del salario, de 1949 y ratificado por España (salvo el artículo 11) el 12 de junio de 1958, publicado en el BOE de 22 de agosto de 1959. El artículo 8 de dicho convenio colectivo regula los descuentos en los salarios y dice que solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato

colectivo o un laudo arbitral. En este caso, a falta de norma legal que limite la libertad de los negociadores colectivos, el convenio colectivo es un instrumento válido para regular esos descuentos. Únicamente habrá de garantizarse el cumplimiento de lo prescrito en el número dos de dicho artículo, según el cual se debe indicar a los trabajadores las condiciones y los límites que hayan de observarse para poder efectuar dichos descuentos. A falta de otra disposición, bastará para ello con consignar en el recibo salarial el descuento y dejar expresa constancia de su origen y fundamento.

El único límite que el artículo 9 de dicho convenio 95 impone a los descuentos en los salarios es la prohibición de aquellos descuentos que se efectúen para garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante o a un intermediario cualquiera (tales como los agentes encargados de contratar la mano de obra) con objeto de obtener o conservar un empleo. Esta prohibición no se vulnera en el supuesto que aquí analizamos puesto que, como hemos dicho, la formación profesional de cuya financiación se trata, aunque mejore las oportunidades de empleo por puras razones de mercado, no se constituye en condición jurídica para el acceso al empleo.

En relación con la cuantía de la aportación, al derivar de la negociación colectiva tanto el derecho salarial (en la cuantía mínima fijada) como la propia obligación de aportación, ninguna ilegalidad se aprecia siempre que el resultado neto quede por encima del salario mínimo legal. El principio de suficiencia de los ingresos derivados del trabajo, a la vista de la cuantía de la aportación fijada en relación con los salarios del convenio, no está afectado en este supuesto.

También podría plantearse que con la forma de cálculo de la aportación se está afectando a los pactos salariales individuales entre trabajador y empresa, dado que el porcentaje de la aportación se calcula sobre la base de cotización, que obedece al salario real si éste es superior al garantizado por convenio. En este caso y bajo ese argumento la ilegalidad solamente afectaría al cálculo del importe de la aportación, esto es, al hecho de que el tipo del 0,1% se aplique sobre la base de cotización y no sobre las tablas salariales del convenio colectivo.

Pues bien, en la legislación vigente tras el Real Decreto-Ley 3/2012 y la reforma del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, ha quedado a disposición de la negociación colectiva incluso la rebaja de la cuantía salarial resultante de pactos individuales manifestados en los contratos de trabajo.

En la redacción anterior a dicha norma lo que determinaba la competencia de los negociadores colectivos, obligando a la celebración de un periodo de consultas, era que la condición de trabajo de que se tratase viniese establecida por pacto colectivo o por decisión empresarial de alcance colectivo. El artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores así lo establecía: "Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos". Esa naturaleza colectiva, determinada por el origen de la condición de que se tratase, era la que permitía atribuir a los sujetos negociadores colectivos la competencia para negociar un periodo de consultas, independientemente del número de trabajadores afectados, así como para alcanzar acuerdos en el seno de dicho periodo que vinculasen a los trabajadores afectados. El pacto individual entre trabajador y empresario (aunque modificable por vía de modificación sustancial de forma unilateral por el empresario) quedaba fuera del ámbito competencial de los negociadores colectivos en el periodo de consultas.

El Real Decreto-ley 3/2012 modificó esa regulación y ahora el artículo 41.2 considera de carácter colectivo una modificación de condiciones de trabajo que afecte a un determinado número de trabajadores y ello aunque el origen de esa condición sea el contrato de trabajo o pacto individual. Por consiguiente, tras el Real Decreto-Ley 3/2012 los pactos individuales sí están sujetos a la competencia negociadora de los negociadores colectivos. Cuando se afecte a contratos de trabajo y pactos individuales, para que se pueda hablar de una modificación colectiva, será exigible que ésta presente una homogeneidad, de manera que afecte de manera uniforme a los pactos individuales en un número superior a los umbrales de lo colectivo. Esa afectación plural y uniforme es la que determina la competencia de los negociadores colectivos y su capacidad para imponer su decisión sobre los sujetos individuales.

El legislador de la reforma laboral de 2012, por tanto, ha dado competencia y poder a los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores para negociar con la empresa sobre las condiciones pactadas individualmente por los trabajadores, aún cuando no estén afiliados a los sindicatos negociadores o incluso si están en desacuerdo con la acción de los mismos, reforzando así el poder de los sujetos colectivos en detrimento de la autonomía individual de los concretos trabajadores. Lo que antes era competencia exclusiva de la empresa (la modificación de las condiciones de trabajo resultantes de los contratos individuales de trabajo) ha pasado a ser materia propia de la negociación colectiva. Por ello los salarios, incluso si están pactados individualmente, pueden ser objeto de negociación colectiva, quedando bajo el poder de disposición de los representantes sindicales, bajo las condiciones de homogeneidad y afectación plural antes señaladas.

La parte demandante, que es el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, no ha cuestionado la constitucionalidad de dicha solución legislativa, aunque es cierto que podría presentar algunas aristas en ese orden. Por ello, partiendo de la configuración del poder de los negociadores colectivos sobre los pactos salariales individuales resultante de la reforma laboral de 2012, no encontramos motivos de ilegalidad en que la aportación

se calcule sobre el salario del trabajador, aunque éste se encuentre por encima de las tablas de salarios mínimos garantizados por el convenio colectivo.

UNDECIMO - Por todo lo anterior la demanda va a ser desestimada. Dado que el demandante en este caso es el Ministerio de Empleo y Seguridad Social esta Sala quiere subrayar que el presente conflicto revela la necesidad de una norma que regule este tipo de cláusulas convencionales de las que nacen obligaciones pecuniarias para el trabajador, que como hemos dicho no son por sí mismas ilícitas. Sería desde luego conveniente que se estableciesen criterios, condiciones y límites. También podría ser conveniente que se regulasen con mayor detalle las condiciones y la financiación admisible de los planes de formación que puedan aparecer como alternativa a los permisos retribuidos de formación del artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores . Pero todo ello es materia que ha de desarrollarse normativamente y no es posible sustituir la actividad normativa del Estado por los criterios que puedan extraerse de la legislación vigente y plasmarse en una sentencia judicial como ésta. La función constitucional de los órganos judiciales es interpretar y aplicar el Derecho vigente y no crear normas donde no existe ninguna. En ausencia de norma juega la libertad propia de la autonomía de la voluntad, individual o, como en este caso, colectiva.

DÉCIMO SEGUNDO - No se hace imposición de costas por no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar la demanda presentada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social contra Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT), Federación Española de Hostelería (FEHR), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores (CHTJ-UGT) y Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CC.OO.) sobre impugnación de convenio colectivo.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el n.º 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el n.º 2419 0000 00 0103 14; si es en efectivo en la cuenta n.º 2419 0000 00 0103 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.