

CASACION núm.: 56/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 1024/2020

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 24 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT, representada y defendida por el Letrado Sr. Cámara Cervigón, contra la sentencia nº 1/2019 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 2 de enero de 2019, en autos nº 289/2018, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CC.OO, la Federación de Actividades Diversas de CC.OO., la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), la Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores Sector Solidario (LARES), el Ministerio Fiscal.

Han comparecido en concepto de recurridas la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CC.OO, representada y defendida por el Letrado Sr. Martín Aguado, la Asociación de Empresas de Servicios para la

Dependencia (AESTE), representada y defendida por el Letrado Sr. Suárez Migoyo, la Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores Sector Solidario (LARES), representada y defendida por el Letrado Sr. Molina Schmid y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT, interpuso demanda de impugnación parcial de convenio colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare que dicho precepto no se ajusta a Derecho.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de impugnación parcial de convenio colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha de 2 de enero de 2019 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: «Desestimamos la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por el letrado de CCOO. Desestimamos la demanda formulada por D. AGUSTÍN CAMARA CERVIGON, Letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, contra las organizaciones sindicales: FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DE COMISIONES OBRERAS y FEDERACIÓN DE ACTIVIDADES DIVERSAS DE COMISIONES OBRERAS, las organizaciones empresariales: FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE ASISTENCIA A LA DEPENDENCIA (FED), ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE), FEDERACIÓN DE RESIDENCIAS Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A LOS MAYORES SECTOR SOLIDARIO (LARES), siendo parte

del MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACIÓN PARCIAL DE CONVENIO COLECTIVO, por ilegalidad y absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda».

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

«1º.- Por Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo se registra y publica el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio).(BOE 21 de septiembre de 2018) que fue suscrito con fecha 18 de julio de 2018, de una parte por las organizaciones empresariales FED, AESTE y LARES en representación de las empresas del sector, y, de otra por el sindicato CC.OO. en representación de Los trabajadores. (documento nº 5 de AESTE). El convenio colectivo entra en vigor con efectos retroactivos el 1 de enero de 2015 y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018, salvo en aquellas materias donde se establezca algo diferente. El convenio queda automáticamente denunciado el día de su firma, constituyéndose la Mesa Negociadora el mismo día. Dicha constitución se registrará ante la autoridad laboral tras haber convocado previamente a las partes legitimadas para formar parte de la misma. Denunciado el convenio, en tanto no se llega a un acuerdo sobre el nuevo, se entenderá que el contenido íntegro del convenio se prorroga provisionalmente hasta tanto no se llegue a acuerdo expreso.

2º.- UGT presentó escrito ante DGE solicitando que no publicara el convenio por las mismas razones que se plantean en el presente procedimiento la Dirección General <http://procedimiento.la/> de Trabajo dio traslado para alegaciones a la Comisión negociadora del convenio en fechas 17 y 21 de agosto de 2018. La Comisión negociadora formuló alegaciones sobre la impugnación de la parte demandante, solicitando proceda a la publicación del texto acordado por la Comisión negociadora en los términos de la misma, por no conculcar normativa alguna ni vulnerar derechos de terceros. Finalmente se publicó en el BOE 21.9.18. (documento nº 1 a 4 de AESTE, hecho conforme).

3º.- Los gerocultores necesitan certificado de profesionalidad. (Hecho conforme).

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT. Su Letrado, Sr. Cámara Cervigón, en escrito de fecha 7 de febrero de 2019, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción de los arts. 4.2.c) y 17 ET en relación con el art. 14 CE y art. 141 Tratado Unión Europea. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción de los arts. 22 y 39 ET. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 22 ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Debemos resolver ahora el recurso de casación formalizado frente a sentencia que desestima la demanda de impugnación parcial de convenio colectivo.

1. Pretensión formulada.

Mediante la demanda registrada el 26 de octubre de 2018 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la Federación de Empleados de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (UGT) activa la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo, por ilegalidad.

Se trata del el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio). El convenio fue publicado en BOE de 21 de septiembre de 2018, tras haber sido suscrito con fecha 18 de julio de 2018 por diversas organizaciones empresariales (FED, AESTE, LARES) y el sindicato Comisiones Obreras (CCOO).

La impugnación va referida al art. 17 del convenio, al que se reprocha la vulneración de diversos preceptos por incorporar como funciones del Gerocultor las de personal de limpieza, lavado y plancha.

La demanda pone de relieve que, al trazar la clasificación profesional, el convenio delinea tres áreas (administración, servicios residenciales y servicios socioasistenciales) con distintos grupos profesionales y que dentro del de “Personal Auxiliar” (Grupo 4) aparece el perfil de “Gerocultor”. A su vez, entre las funciones

asignadas hay algunas que corresponden al Grupo 5 del área de Servicios residenciales (limpieza, planchado, etc.).

Puesto que para desarrollar funciones como Gerocultor se exige “la titulación o habilitación requerida” se contraviene la regulación vigente al pretender que la Gerocultora realice también funciones de limpieza o similares. Eso colisiona, entiende, con la regulación sobre titulación precisa para trabajar en el sector de Atención a la Dependencia e infringe las normas sobre movilidad funcional pues se mezclan funciones de varios grupos y el convenio lo permite sin necesidad de que existan razones técnicas u organizativas y sin límite temporal. Considera asimismo que hay vulneración del artículo 14 CE.

2. Regulación convencional cuestionada.

A) El Convenio Colectivo parcialmente impugnado (Código de Convenio n.º 99010825011997) dedica su Capítulo III a la Clasificación Profesional. Dentro de él aparece el artículo 17, de considerable extensión y enumerador de las “funciones” propias de los diversos colectivos profesionales.

En el Área de actividad de Servicios Sociasistenciales, que es la pertinente a nuestros efectos aparecen cuatro Grupos: Titulados Superiores; Mandos Intermedios; Personal Cualificado y Personal Auxiliar (Grupo 4).

Por el contrario, en el Área Residencial solo aparecen contemplados dos Grupos: el de Mandos Intermedios (Grupo 2) y el de Personal Auxiliar (Grupo 5).

B) Los perfiles profesionales del Grupo 4 del Área de Servicios Sociasistenciales son Gerocultor, Auxiliar SAD, Oficial TAD, Teleoperador TAD e Instalador TAD.

Los perfiles profesionales del Grupo 5 del Área de Servicios Residenciales son Personal Limpieza, Personal Lavandería, Personal Planchado, Pinche Cocina, Ayudante Oficios varios.

C) La queja de la demanda se basa en que el perfil de Gerocultor/a se integra en el Grupo 4 (Personal Auxiliar) de Servicios Socioasistenciales y, pese a ello, se le asignan funciones propias del Grupo 5 (Personal Auxiliar) del Área de Servicios Residenciales.

D) Las funciones asignadas para el perfil de Gerocultor/a son las siguientes:

- Apoyar al equipo interdisciplinar en la recepción y acogida de las nuevas personas usuarias colaborando en la adecuación del plan de cuidados individualizado.
- Realizar intervenciones programadas por el equipo interdisciplinar dirigidas a cubrir las actividades de la vida diaria.

- Colaborar en la planificación, organización y ejecución de las actividades preventivas, ocupacionales y de ocio.
- Mantener la higiene personal de las personas usuarias.
- Realizar la limpieza del botiquín y su contenido, así como del resto de material de índole sanitario o asistencial.
- Proporcionar y administrar los alimentos al residente facilitando la ingesta en aquellos casos que así lo requieran.
- Ocuparse de la recepción, distribución y recogida de los alimentos en la habitación de la persona usuaria.
- Realizar los cambios de postura y aquellos servicios auxiliares que de acuerdo con su preparación técnica le sean encomendados.
- Colaborar con el servicio de enfermería en la realización de los cambios posturales de las personas encamadas y en las actuaciones que faciliten su exploración y observación.
- Colaborar con el residente en su preparación para un traslado, efectuando actuaciones de acompañamiento, vigilancia y apoyo.
- Colaborar con el personal sanitario en la administración de la medicación.
- Colaborar bajo la supervisión de la enfermera en el cuidado de residentes colostomizados y con sondas, así como en la administración de comida mediante jeringuilla.
- En ausencia del enfermero podrá hacer la prueba de glucosa, utilizar la vía subcutánea para administrar insulina y heparina a los usuarios, siempre que la dosis y el seguimiento del tratamiento se realice por personal médico o de enfermería.
- Acompañar al usuario o usuaria en la realización de actividades para facilitar el mantenimiento y mejora de las capacidades físicas y motoras, así como en la realización de actividades programadas, ya sean para citas médicas, excursiones, gestiones, etc., facilitando la participación activa de la persona usuaria en las mismas.
- Colaborar en la aplicación de técnicas de prevención de accidentes, de acuerdo a los protocolos establecidos y a las indicaciones del superior responsable.
- Colaborar con el TASOC en la animación y dinamización de la vida diaria de la Institución.
- Ayudar al usuario y usuaria en la realización de las actividades y ejercicios de mantenimiento y, siguiendo las orientaciones de los profesionales competentes.
- Sin que en ningún caso suponga la sustitución del personal contratado específicamente para la limpieza habitual, podrá realizar la limpieza e higiene de utensilios, ropa y estancias, cuando en el servicio existan circunstancias que así lo requieran.
- Apoyar y estimular la comunicación de las personas usuarias favoreciendo su desenvolvimiento diario y su relación social.
- Colaborar con el equipo interdisciplinar en la integración de los familiares de las personas usuarias en la vida del centro.
- Guardar absoluto silencio sobre la patología y el plan de cuidados individualizado del personal usuario, así como de cualquier asunto referente a su intimidad, y siempre actuará en coordinación y bajo la responsabilidad de profesionales de quienes dependan directamente.

- Efectuar la limpieza y mantenimiento de los enseres de los usuarios, colaborar en mantener ordenadas las habitaciones, recoger la ropa, llevarla a la lavandería, encargarse de la ropa personal de los usuarios y hacer las camas en función de las necesidades de cada usuario de acuerdo a los criterios de calidad establecidos, con la lencería limpia, ausencia de arrugas y humedad, en la posición adecuada, con especial atención a los pliegues corporales y otras zonas de especial riesgo, respetando la intimidad del usuario.

- Comunicar las incidencias que se produzcan sobre la salud de los/las usuarios/as. Observar y registrar en el libro de incidencias cualquier cambio de comportamiento y/o físico detectado.

D) Además de detallar esas tareas, el convenio identifica a este colectivo de gerocultores como el que “bajo la dependencia de la dirección del centro o persona que se determine, tiene como función principal la de asistir y cuidar a las personas usuarias en las actividades de la vida diaria que no puedan realizar por sí mismos y efectuar aquellas realizaciones profesionales encaminadas a su atención personal y de su entorno”.

Asimismo el convenio colectivo contiene una cláusula de funcionalidad residual (“Desarrollará las funciones que se detallan a continuación así como aquellas que le sean solicitadas y que tengan relación con las mismas y/o con su titulación, habilitación o competencia profesional de acuerdo con los protocolos establecidos”) y otra sobre su capacitación (“Dispondrán de la titulación o habilitación requerida y/o experiencia precisa para el desarrollo de sus funciones en función de lo regulado en la normativa vigente”).

E) Interesa recalcar asimismo el tenor del primero párrafo del artículo 24 (“Trabajos de superior e inferior categoría y movilidad funcional”) conforme al cual “Queda prohibido destinar al personal a ocupar un puesto de trabajo correspondiente a un grupo inferior, salvo por razones técnicas u organizativas y circunstancias excepcionales que lo justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención, según la clasificación profesional establecida en el artículo 14. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores, de conformidad con el artículo 39.2 del Estatuto de los Trabajadores”.

3. La sentencia de instancia.

Como queda expuesto en los Antecedentes, la Sentencia 1/2019, de 2 de enero (proc. 32/2018), de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resuelve el litigio rechazando la solicitud de UGT, en sintonía con el Ministerio Fiscal.

La SAN considera que el convenio no conculca los preceptos invocados en la demanda, admitiéndose, porque así se recoge en él, la polivalencia funcional de la categoría de gerocultor, que, en parte, puede desarrollar funciones coincidentes con las correspondientes a la categoría del personal de limpieza y lavandería. En definitiva, las tareas asignadas se encuadran en la función principal del gerocultor de asistir y cuidar a las personas usuarias en las actividades de la vida diaria que no

puedan realizar por sí mismos y efectuar aquellas realizaciones profesionales encaminadas a su atención personal y de su entorno.

Asimismo, pone de relieve las facultades que posee la negociación colectiva y que la ilegalidad del convenio colectivo solo debe declararse cuando sea por completo incompatible con el ordenamiento jurídico.

4. El recurso de casación interpuesto y su impugnación.

A) Con fecha 7 de febrero de 2019 el Abogado y representante del sindicato UGT formaliza recurso de casación frente a la sentencia referida. Desarrolla tras motivos, todos ellos canalizados a través del artículo 207.e LRJS (“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”).

Finaliza interesando que declaremos “la nulidad del artículo 17 del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio), sobre funciones de los Gerocultores, en las que se les asigna las funciones de limpieza e higiene de utensilios, ropas y estancias”.

B) Con fecha 20 de febrero de 2019 el Abogado y representante de CCOO formula su escrito de impugnación al recurso. Considera que la sentencia recurrida se basa en argumentación acertada y que el recurso del sindicato demandante introduce cuestiones nuevas (motivo 1º), no indica con claridad las infracciones cometidas por la sentencia (motivo 2º) o reitera alegaciones desvirtuadas por la Sala de instancia (motivo 3º).

C) Con fecha 25 de febrero de 2019 el Abogado y representante de AESTE (Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia) formula su escrito de impugnación al recurso. Advierte que el recurso introduce en el debate una cuestión nueva (motivo 1º), que la negociación colectiva ha desarrollado el sistema de clasificación profesional y que la existencia de ciertas funciones coincidentes en algunos perfiles profesionales ni vulnera el derecho a la elección de profesión, ni choca con las reglas impuestas por el ET en la materia.

D) Con fecha 26 de febrero de 2019 el Abogado y representante de LARES (Federación de Residencias y Servicios del Sector Solidario) formula su escrito de impugnación al recurso.

Advierte que no hay discriminación alguna en la clasificación profesional, además de ser cuestión novedosa y que la solución convencional es coherente tanto con el modelo asistencias “Atención Centrada en la Persona” cuanto en la

organización de los pequeños centros y respalda los argumentos de la sentencia recurrida.

5. Informes del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 28 de febrero de 2019 el representante del Ministerio Fiscal ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional emite su "Dictamen". Se pronuncia en contra del recurso. Pone de relieve que un reparto rígido de funciones dejaría vacía de contenido buena parte de la atención que el Gerocultor debe prestar y que la persona atendida demanda. La flexibilidad funcional de llos grupos de trabajo es competencia de la negociación colectiva sin que ello comporte discriminación alguna por razón de género. Respalda la argumentación de la SAN recurrida sobre el sentido de las competencias contempladas en las normas que disciplinan la acreditación para los Gerocultores.

B) Con fecha 11 de abril de 2019 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS y expone las razones por las que considera improcedentes los tres motivos de recurso y acertados los fundamentos de la sentencia recurrida. También advierte que la eventual discriminación por razón de género es cuestión nueva y, en cuanto tanto, no puede abordarse en este recurso extraordinario de casación.

6. La STS 12 julio 2010 (rc. 127/2009).

Puesto que aplicaremos alguno de los razonamientos de nuestra STS de 12 de julio de 2010 (rc. 127/2009) interesa recordar que en ella resolvimos la impugnación (también instada por la UGT) de una cuestión atinente a las competencias de los Gerocultores, entonces contenidas en el Anexo III del V Convenio Marco Estatal de Servicios a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal. En concreto, pedía la nulidad de la competencia conforme a la cual este personal

En ausencia de ATS/DUE podrá hacer la prueba de la glucosa, utilizar la vía subcutánea para administrar insulina y heparina a los usuarios, siempre que la dosis y el seguimiento del tratamiento se realice por personal médico o de enfermería".

SEGUNDO.- Alcance de la impugnación de convenios.

La modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos posee una especial relevancia puesto que combina la satisfacción de intereses particulares con la depuración del ordenamiento jurídico. De ahí que convenga repasar los perfiles básicos de su alcance y condicionantes, ya puestos de relieve en la propia SAN

recurrída. A tal fin vamos a seguir la exposición contenida en las SSTS 438/2016, de 18 de mayo de 2016 (rc. 140/2015), 618/2016 de 6 julio (rc. 229/2015), 369/2018 de 4 de abril (rc. 108/2017) y 69/2020 de 8 de enero (rc. 96/2019).

1. Alcance de la impugnación de convenios.

El artículo 163.3 LRJS prescribe que si el convenio colectivo ya hubiere sido registrado su impugnación “podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional”.

Conforme al artículo 165.3 LRJS “la demanda contendrá, además de los requisitos generales, los particulares que para la comunicación de oficio se prevén en el artículo anterior, debiendo, asimismo, acompañarse el convenio y sus copias”.

En concordancia, el precepto invocado (art. 164.1 LRJS) establece tres exigencias: “a) La concreción de la legislación y los extremos de ella que se consideren conculcados por el convenio; b) Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la ilegalidad; c) La relación de las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio impugnado”.

Regulando los efectos y contenido de la sentencia, el artículo 166.2 LRJS dispone que “una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso”.

Finalmente, el artículo 166.3 LRJS prescribe que “Cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado”.

2. Doctrina de la Sala.

Pese a la confusa redacción de algunos pasajes de la LRJS, el resultado del control judicial sobre la legalidad del convenio cuestionado debe ser el siguiente.

- A través de la modalidad procesal de impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación.
- El fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido.
- Para descartar la ilegalidad solicitada cabe evidenciar que una o varias interpretaciones así lo exigen, pero sin que ese razonamiento o condicionante acceda al fallo.

- La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a Derecho y descartando su ilegalidad, vincula con los efectos propios de la cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio pero no otros entendimientos.
- Conflictos (individuales o colectivos) posteriores pueden versar sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales.

3. Conclusión.

De cuanto antecede deriva que si el examen del convenio aboca a la conclusión de que el precepto cuestionado (interpretado con arreglo a cuanto se haya expuesto en la fundamentación) puede conciliarse con el resto del ordenamiento, la sentencia que se dicte no debe ni declararlo ilegal, ni restringir de futuro su interpretación sino, simplemente, desestimar la demanda.

En nuestro caso, la sentencia recurrida ha indicado las razones por las que el cuestionado precepto no colisiona con normas de Derecho necesario. Solo si accedemos a conclusión opuesta deberemos casarla y anularla, desestimando el recurso en caso contrario y permaneciendo la motivación como razones de decidir en la fundamentación de la sentencia.

TERCERO.- Discriminación por razón de género (Motivo 1º).

1. Formulación del motivo.

Al amparo del art. 207.e) LRJS denuncia la infracción de los arts. 4.2 c) y 17 ET en relación con el art. 14 CE y el art. 141 del Tratado de la Unión Europea.

Se alega que el art. 17 del VII CC Marco Estatal de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (en adelante CC impugnado) comporta una discriminación por razón de sexo, en cuanto a las funciones que describe deben realizar los gerocultores, categoría ocupada mayoritariamente por mujeres, pues deben desarrollar funciones de un grupo inferior, cuando a las otras categorías de su mismo grupo no se les imponen esas funciones.

2. Argumentos de la SAN recurrida.

La recurrente alegó en la instancia la infracción del art. 14 CE por ser tratados los gerocultores peyorativamente en cuanto a las otras categorías de su mismo grupo, teniendo tal pretensión –de declaración de nulidad de parte del art. 17 del CC impugnado- la debida respuesta en el F.J. SEXTO: “las categorías profesionales que el demandante trae a colación al objeto de fundamentar la violación del art. 14 de la

Constitución que alega, son manifiestamente distintas en múltiples aspectos, y por ello no pueden servir de base para acreditar la existencia de discriminación”.

Nada hay acerca de la eventual discriminación por razón de género, aspecto sobre el que la demanda guardaba silencio.

3. Las “cuestiones nuevas” en el recurso de casación.

Tanto los escritos del Ministerio Fiscal cuanto las impugnaciones al recurso ponen de relieve que el primero de los motivos suscita una cuestión nueva en el debate y que ello resulta inadmisibile.

Una consolidada doctrina constitucional rechaza la alteración sustancial de los elementos del juicio (causa petendi y petitum). El fallo jurisdiccional debe ajustarse a los términos en que las partes formulan sus pretensiones, adecuación que debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre (SSTC 88/1992 y 280/1993) siendo evidente que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable u otras las consecuencias de la aplicación de la misma, ello no le permite en modo alguno modificar la "causa petendi" y, a través de ella, alterar de oficio, el contenido de la acción ejercitada (SSTC 144/1991, 166/1993 y 122/1994). Esta congruencia de la resolución judicial es, por otro lado, plenamente compatible con el principio "iura novit curia" que implica que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso. En efecto, una cosa es que el órgano judicial aplique la norma que proceda o la interpretación correcta de la misma, con independencia de que ambas hayan sido alegadas por la parte y otra bien diferente que, si tras haberse ejercitado una acción con un contenido delimitado y producido una defensa frente a ella, el órgano judicial estimase otra acción u otro contenido diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el "thema decidendi" vulnerando el principio de contradicción en el proceso (STC 224/1994).

Ello implica que todas las manifestaciones novedosas hechas en el proceso después de la demanda y la contestación deben tenerse por no formuladas y tienen que quedar fuera del proceso, por cuanto lo contrario supondría dejar en indefensión a la otra parte, a la que se habría privado de la oportunidad de debatir y de defenderse sobre el elemento o variación introducida en el "thema decidendi", vulnerando con ello el principio de contradicción. Así lo ha entendido la propia Sala que ha sostenido que para que pueda apreciarse una variación sustancial de la demanda es preciso que la modificación que se propone, por afectar de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda, introduzca un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible, a su vez, de generar para la parte demandada una situación de indefensión (SSTS de 17 de marzo de 1988 y de 9 de noviembre de 1989). Igualmente, hemos afirmado que la alteración del objeto contenido en la demanda debe abordarse con cautela para evitar situaciones de indefensión; si se realiza en el acto del juicio y la parte afectada lo interesa habrá que acordar su posposición; pero si se lleva a cabo en la fase de conclusiones es

evidente que ya no cabe posibilidad alguna de reconducir el proceso (*STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 60/2015*).

4. Imposible examen del primer motivo.

Como hemos avanzado, este primer motivo del recurso se olvida de la causa por la que sostuvo en la demanda la vulneración del art. 14 CE (comparación entre grupos y perfiles profesionales) y sostiene, sin siquiera acreditar la base fáctica afirmada, que la igualdad se conculca porque en la categoría de gerocultores la mayoría son mujeres, mientras que en las otras categorías de su grupo la mayoría son hombres siendo esta razón por la que se les encarga a los gerocultores tales funciones inferiores.

No se está acusando al convenio de valorar a la baja el trabajo del colectivo de gerocultura y de asignarle una inferior remuneración a la debida, sino de que haya una función que resulta discriminatoria por razón de género. Ese enfoque no solo es ajeno a lo expuesto en la demanda, sino que requeriría una acreditación de hechos que ha estado ausente en el proceso.

Al margen de que las razones expuestas por la sentencia recurrida para justificar la ausencia de discriminación serían también válidas para descartar que se hubiera producido la ahora afirmada, lo cierto es que no podemos examinar esta novedosa argumentación y debemos rechazar de plano la casación de la SAN 1/2019 a través del mismo.

Como bien dicen los impugnantes, es imposible detectar en la sentencia recurrida una infracción de las normas apuntadas por el motivo de recurso, sencillamente porque este enfoque ha estado ausente del debate y de su respuesta judicial.

CUARTO.- Movilidad funcional ilegal (Motivo 2º).

1. Formulación.

Con igual amparo procesal en el art. 207.e) LRJS se denuncia la infracción de los arts. 22 y 39 ET.

Se alega que el art. 17 del convenio impugnado exige a los gerocultores la realización de labores de limpieza de ropa y estancias contenidas en el Grupo 5 y área de actividad distinta, por lo que es de facto un supuesto de movilidad funcional, pero evitando las garantías del artículo 39 ET de justificar las razones y por el tiempo imprescindible.

Además –continúa- carece de sentido que se les exija una cualificación profesional en la rama socio sanitaria pero que se les pida que realicen funciones de limpieza de estancia y lavado de ropa, funciones propias del “*personal auxiliar de servicios*” encuadrado en el grupo 5 inferior.

Por último, sostiene que esas funciones inferiores infringen los apartados 1 y 2 del artículo 22.2 ET, norma estatal que limita la autonomía colectiva de los negociadores de los convenios, que han de respetar los requisitos mínimos de titulación y daña la dignidad profesional de los trabajadores, obligados a realizar tareas que no se corresponden con el grupo profesional asignado.

2. Argumentos de la sentencia recurrida.

Entiende la sentencia recurrida, con carácter general, que a la hora de interpretar si un convenio se acomoda o no a la legalidad debe partirse del rango constitucional del derecho a la negociación colectiva, por lo que debe valorarse si el artículo impugnado es incompatible con la legalidad o es posible hacer una interpretación del mismo compatible con la legalidad, debiendo tenerse en cuenta (FJ QUINTO) que una cosa es el control de la legalidad en abstracto y otra cosa es la legalidad de los actos concretos de aplicación ya que una norma perfectamente legal puede ser aplicada de una forma inaceptable normativamente hablando.

Partiendo de esa base, la SAN no considera que las partes negociadoras hubieran operado fuera de sus atribuciones competenciales por el hecho de atribuir a los gerocultores unas funciones coincidentes con otras categorías profesionales de diferente grupo, ni tampoco considera que exista un supuesto de movilidad funcional por tal motivo.

3. Consideraciones específicas.

Conviene subrayar que de las veintitrés funciones de los gerocultores que recoge el art. 17 del convenio, reproducidas en el Fundamento Primero, aquí solo se cuestiona un concreto pasaje, conforme al cual “*sin que en ningún caso suponga la sustitución del personal contratado específicamente para la limpieza habitual, podrá realizar la limpieza e higiene de utensilios, ropa y estancias, cuando en el servicio existan circunstancias que así lo requieran*”.

Las tareas de los gerocultores que recoge el art. 17, y cuya “función principal es la de asistir y cuidar a las personas usuarias en las actividades de la vida diaria que no pueden realizar por sí mismas y efectuar aquellas realizaciones profesionales

encaminadas a su atención personal y de su entorno” están directamente relacionadas con esa función principal.

El hecho de que “cuando en el servicio existan circunstancias que así lo requieran”, puedan “realizar la limpieza e higiene de utensilios, ropa, estancias”, y siempre y cuando ello “en ningún caso suponga la sustitución del personal contratado específicamente para la limpieza habitual”, no puede considerarse una función que debe anularse de tal precepto convencional por “invadir” funciones propias de la categoría del “personal limpieza y lavandería/planchado” del Grupo 5. Sería una función accidental y mínima, pero en todo caso relacionada con la función principal de los gerocultores.

Cosa distinta, y como se encarga de remarcar la sentencia es que en determinados casos concretos pueda una empresa sustituir indebidamente con carácter general a ese personal de limpieza y lavandería por el de Gerocultura (aunque económicamente no le saliera rentable), pero tal actuación no implicaría la nulidad de la norma convencional.

Quizá por todo ello el recurso no concreta el modo en que la SAN recurrida vulnera las normas apuntadas por el motivo; desde luego, que una parte de las funciones propias puedan ser compartidas con otros perfiles profesionales constituye una realidad común a los sistemas de organización del trabajo. Y que se denuncie que hay asunción de funciones de otro grupo o perfil cuando el convenio las asigna es una contradicción en sus propios términos.

Además, el propio convenio advierte que la ocupación de un puesto de trabajo de nivel inferior solo es posible “por razones técnicas u organizativas y circunstancias excepcionales que lo justifiquen y por el tiempo imprescindible”, lo que constituye un canon interpretativo de máxima relevancia para confirmar que los negociadores no han querido minusvalorar el trabajo de Gerocultura desde ningún punto de vista.

QUINTO.- Competencia profesional (Motivo 3º).

1. Formulación del motivo.

Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 22 ET por parte del convenio impugnado.

Se alega que tal infracción se produce al atribuir funciones a los gerocultores de limpieza y lavado que no se corresponden con la titulación y aptitudes profesionales para el desempeño de su profesión contempladas en la Ley 39/2006 y el RD 1368/2007.

Según el art. 34 de la Ley citada –dice la recurrente- los gerocultores deberán acreditar la cualificación profesional de Atención Socio sanitaria a Personas Dependientes en Instituciones Sociales, y así lo corrobora el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema y el RD 1368/2007, por lo que no podrán realizar funciones de limpieza ni lavado al estar estas tareas contenidas en otro grupo profesional.

2. Criterio de la sentencia recurrida.

Estas normas no tienen por objeto regular las funciones a desarrollar por los profesionales sino el de establecer criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios, tanto en el número de profesionales, como su formación y actualización para el desempeño del puesto de trabajo.

3. Consideraciones específicas.

Vaya por delante que esta Sala no es capaz de entender el modo en que se vulnera el derecho a libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE) como consecuencia de que el convenio colectivo haya incluido la competencia litigiosa entre las muchas que el colectivo de Gerocultura puede y debe realizar. No es la única, sino una de las muchas listadas y, desde luego, en este ámbito de examen del convenio colectivo en modo alguno puede presumirse que sea la preponderante, sin perjuicio de que si en algún caso concreto así sucede queda accionar frente a tal anomalía, que no derivaría del tenor del convenio sino de una conducta irregular.

Dado que según el art. 17 del CC impugnado, para desarrollar las funciones de gerocultor es necesario tener la “*titulación, habilitación o competencia profesional de acuerdo con los protocolos establecidos*”, ninguna de las normas citadas ha sido infringidas, por lo que, en realidad, la recurrente lo único que hace es reiteran lo alegado en el motivo anterior.

Las múltiples normas invocadas por el recurso no regulan las funciones que debe desarrollar quien sea contratado como Gerocultor al amparo del convenio colectivo, sino que establecen criterios comunes de acreditación para garantizar la solvencia de su ejercicio profesional. Respecto de todas ellas, mutatis mutandis, asumimos cuanto ya dijimos en la STS de 12 de julio de 2010 (rc. 127/2009)

“El Real Decreto 1368/2007, de 19 de octubre , por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de seis cualificaciones profesionales de la familia profesional servicios socioculturales y a la comunidad, no han sido invocados por la parte recurrente como disposición infringida, sino como elementos de hecho que deberían haber sido incluidos por la sentencia recurrida en la relación de hechos probados.

Ese RD es un desarrollo llevado a cabo, como otras muchas disposiciones similares, al amparo de aquella Ley. Son normas que no pretenden la regulación de ejercicio profesional alguno, como expresa y literalmente se dice en el RD, pues se limita a concretar y detallar unos determinados conocimientos sin atribución de funciones, ni precisión alguna sobre las competencias de los Diplomados en enfermería. Es pues una norma formativa y meramente educativa y al no pretender la regulación de ejercicio profesional alguno, es claro, que no invade ni afecta a las competencias y funciones de los Diplomados en enfermería. Sin olvidar "... que no hay norma alguna que en nuestro ordenamiento prohíba adquirir determinados conocimientos aunque estos coincidan en parte con los estudios establecidos para el ejercicio de la profesión de Diplomados en enfermería, o con los de cualquier otra profesión" (STS,3ª de 16-10-2008, rec. 108/2005 , antes citada y dictada a propósito de la impugnación que se hizo del Real Decreto 1087/2005, de 16 de septiembre , por el que se establecen nuevas cualificaciones profesionales, que se incluyen en el Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, así como sus correspondientes módulos formativos, que se incorporan al Catálogo modular de formación profesional, y se actualizan determinadas cualificaciones profesionales de las establecidas por el Real Decreto 295/2004, de 20 de febrero)".

SEXTO.- Resolución.

Más arriba hemos expuesto las características de esta modalidad procesal; basta ahora con recordar que solo debemos declarar la ilegalidad del convenio cuando no sea posible interpretarlo de modo acorde con el ordenamiento así como que el fallo ha de ser coherente con lo solicitado.

En conclusión, por las razones expresadas y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación formulado por la Unión General de Trabajadores frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS, no procede adoptar decisión especial sobre las costas procesales, debiendo asumir cada parte las propias.

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT, representada y defendida por el Letrado Sr. Cámara Cervigón.

2) Conformar y declarar la firmeza de la sentencia nº 1/2019 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 2 de enero de 2019, en autos nº 289/2018, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CC.OO, la Federación de Actividades Diversas de CC.OO., la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), la Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores Sector Solidario (LARES), el Ministerio Fiscal.

3) Acordar que cada parte se haga cargo de las costas procesales causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.

