



Roj: **STSJ ICAN 2805/2017 - ECLI:ES:Tsjican:2017:2805**

Id Cendoj: **38038340012017100769**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2017**

Nº de Recurso: **461/2017**

Nº de Resolución: **928/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FELIX BARRIUSO ALGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: [socialtsjtf@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsjtf@justiciaencanarias.org)

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000461/2017

NIG: 3803844420160006348

Materia: Impugnación convenio colectivo

Resolución: Sentencia 000928/2017

Proc. origen: Impugnación convenio colectivo Nº proc. origen: 0000878/2016-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Abogado:

Fiscal MINISTERIO FISCAL

Recurrente FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO CLODOALDO RADAMES CORBELLA RAMOS

Recurrido TENSUR S.A. HOTEL BEST TENERIFE JOSE CARLOS PINILLA DOMINGUEZ

Recurrido COMITE DE EMPRESA REPRESENTADO POR D. Rosendo CARLOS BERAESTEGUI AFONSO

**SENTENCIA**

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL

D./D<sup>a</sup>. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)



En Santa Cruz de Tenerife, a 2 de noviembre de 2017.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 461/2017, interpuesto por "Federación de Servicios de Comisiones Obreras", frente a la Sentencia 7/2017, de 16 de enero, del Juzgado de lo Social nº. 5 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de conflicto colectivo 878/2016, sobre discriminación salarial por razón de sexo. Habiendo sido ponente el Magistrado D. FÉLIX BARRIUSO ALGAR, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de la "Federación de Servicios de Comisiones Obreras" se presentó el día 25 de octubre de 2016 demanda frente a "Tensur, Sociedad Anónima" y el comité de empresa de la demandada, en la cual alegaba que en la empresa demandada se había alcanzado en enero de 2013 un acuerdo de pacto salarial para los años 2012-2015, que sustituía el reparto y distribución del sistema de porcentaje de servicios previsto en la derogada ordenanza laboral de hostelería. El sindicato actor consideraba, a la vista de la regulación del concepto "plus de productividad" en el citado pacto salarial de empresa, que el mismo no contenía condiciones objetivas para fijar las cantidades correspondientes a cada grupo y clasificación, y que las diferencias resultaban especialmente acusadas entre las distintas categorías comprendidas en los grupos IV y V, lo que estimaba que constituían una discriminación por razón de sexo, ya que afirmaba que la mayor parte del personal de las categorías con menor retribución eran mujeres, sin considerar justificadas las diferencias en retribución por un trabajo de igual valor. Terminaba solicitando que se dictara sentencia que declarara la existencia de discriminación salarial por razón de sexo en el pacto salarial de la empresa demandada para los años 2012-2015 en relación al concepto salarial "plus de productividad", y se reconociera que los trabajadores de las categorías profesionales ocupadas mayoritariamente por mujeres tienen derecho a cobrar de la empresa el importe "plus de productividad" en la misma cuantía que los perciben los trabajadores de su mismo grupo profesional en otros departamentos de la empresa conformados mayoritariamente por hombres.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 5 de Santa Cruz de Tenerife, autos 878/2016, tras ampliar el actor su demanda frente al Ministerio Fiscal en fecha 29 de noviembre de 2016 se celebró juicio en el cual la parte demandada "Tensur, Sociedad Anónima" se opuso a la demanda alegando la falta de acción del sindicato actor porque el pacto de empresa impugnado se negoció y acordó con la representación unitaria de los trabajadores, integrada mayoritariamente por Comisiones Obreras, así como por una delegada sindical de este sindicato, y todo ello al amparo del convenio colectivo sectorial de hostelería, suscrito por el sindicato actor, que había presentado anteriormente varias demandas semejantes, de las que luego desistió, entendiéndolo por ello que el demandante estaba yendo contra sus propios actos; que la demanda presentaba defectos que le causaban indefensión porque no identificaba de forma clara cuales eran los términos de comparación usados como indicio de discriminación, y en especial no aclaraba si realizaban o no las funciones equiparables, si los grupos de comparación estaban integrados mayoritariamente por hombres, y la petición era tan genérica que no podía determinarse el importe económico de lo reclamado y cómo podría ejecutarse una sentencia estimatoria; que no podía aplicarse la regla de inversión de la carga de la prueba porque la supuesta discriminación no derivaba de un acuerdo unilateral de la empresa, sino de un pacto salarial que a su vez sustituía la distribución del porcentaje de servicios de la ordenanza laboral de hostelería y un plus de producción que existía en anteriores convenios colectivos de la empresa; que la ordenanza de hostelería, que era aplicable a falta de pacto salarial, ya establecía diferencias entre los distintos departamentos, y el pacto salarial lo que hizo fue mejorar la distribución con respecto a lo que resultaría de la ordenanza; que las diferentes cuantías del plus derivaban de causas objetivas ya que los trabajos que se valoraban no eran de igual valor, y la mayor retribución obedecía a condiciones de trabajo más penosas (turnicidad, trabajos nocturnos), el mayor trato con clientes, exigencia de mayor formación en idiomas y otras materias; y subsidiariamente, que una estimación de la demanda solo podría representar la nulidad de la cláusula retributiva discriminatoria, debiendo las partes negociar un nuevo pacto o aplicar el porcentaje de servicios, pero no fijar el importe que debía reconocerse a las camareras de piso.

La representación legal de los trabajadores se opuso a la demanda asumiendo las alegaciones de la empresa, insistiendo en que lo impugnado no era un acuerdo unilateral de empresa sino un pacto colectivo, por lo que de apreciarse la discriminación se tendría que anular el pacto, pero sin poder fijar la sentencia las cuantías que habrían de corresponder a las camareras de piso; que con el porcentaje de servicios las camareras de piso no llegaban a percibir nada, y con los pactos salariales se consiguió una mejor distribución de ese porcentaje; que no ha habido cambio del ámbito normativo, sino un conflicto interno y posterior escisión en Comisiones Obreras, que el sindicato actor intentaba recuperar por medio de estas demandas; que las categorías que el actor pretendía comparar estaban en sectores funcionales diferentes, por lo que no se podían considerar

comparables; que incluso si se considerasen comparables, no podía hablarse de discriminación por razón de sexo, porque el valor de trabajo de cada categoría no era el mismo.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 16 de enero de 2017 sentencia con el siguiente Fallo:

"Que DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda formulada por FEDERACIÓN DE SERVICIOS COMISIONES OBRERAS (CCOO) frente a TENESUR S.A. Y el comité de empresa y, en consecuencia, se absuelve a la parte demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra".

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- El Convenio Colectivo de aplicación es el Convenio colectivo provincial de Hostelería para los años 2012 a 201, publicado en el BOP de 18 de enero de 2013. (Hecho conforme)

SEGUNDO.- En fecha 24 de enero de 2013, se suscribió entre la representación de la empresa TENESUR S.A. (Hotel Best tenerife) y la representación legal de los Trabajadores, el acuerdo de pacto salarial publicado en el BOP de 13 de marzo de 2013. En el momento de la suscripción del citado pacto, el comité de empresa de la entidad mercantil demandada estaba constituido por 8 miembros, de los cuales 5 pertenecían a CC.OO. (folios 1 a 34 y 132 a 137 de la prueba documental de Tenesur)

TERCERO.- El pacto salarial suscrito entre las partes en 2013, en su artículo 1, deja sin efecto el pacto salarial de 26 de agosto de 2012 y la distribución del porcentaje de servicio previsto en la derogada ordenanza laboral de Hostelería, mantenida a tal efecto por los artículos 10 y 32 del vigente convenio provincial de hostelería de Santa Cruz de Tenerife. El artículo tercero de dicho pacto incluye un plus de productividad por categoría profesional, en las cuantías establecidas en el anexo contenido en el referido pacto. Dicho plus de productividad, en el grupo salarial III oscila entre los 198,31 euros (encargada) y los 962,33 euros (jefe de sector); en el grupo salarial IV oscila entre los 113,88 euros (ayudante recepción) y los 640,67 euros (camarero); y en el grupo profesional V oscila entre los 113,88 euros (pinche cocina y 2 botones) y los 361,74 euros (ayudante de cocina). Las camareras de pisos perciben un plus de productividad de 146,83 euros. (folios 139 a 145 de la documentación de Tenesur)

CUARTO.- El 28 de octubre de 2015 se publica en el BOP de Santa Cruz de Tenerife el texto del V convenio colectivo provincial del sector de la Hostelería, cuyo artículo 32 no modifica el pacto salarial de 13 de marzo de 2013. En la negociación de dicho convenio colectivo, el sindicato mayoritario del comité de empresa era CC.OO (folios 562 a 582 de la prueba documental de Tenesur)

QUINTO.- La ordenanza de trabajo para la industria de Hostelería, de 11 de marzo de 1974, en su artículo 52 preveía un reparto de porcentajes de servicio, en el que no se incluía a determinadas categorías profesionales, como las camareras de piso. (documento 1 de la prueba aportada por el comité de empresa y declaración testifical de D. Íñigo , representante de Sindicalistas de Base y, anteriormente de CC.OO)

SEXTO.- No consta queja alguna por discriminación de las camareras de piso en relación al pacto salarial de 2013. (declaración testifical de D. Maximino , Gerente de Ashotel, de D. Rosendo , miembro del comité de empresa por CCOO desde 1995 y de Dña. Elena , camarera de piso y delegada sindical por CCOO desde 2006)

SÉPTIMO.- En la negociación colectiva del nuevo convenio provincial del sector de la Hostelería no se abordó la cuestión de la discriminación a las camareras de pisos por el pacto salarial de 2013. (declaración testifical de D. Maximino , Gerente de Ashotel)

OCTAVO.- Las camareras de pisos prestan servicios siempre en un turno fijo, de mañana, en horario de 07:30 a 15:30 horas, con excepción de la camarera de pisos de guardia que presta servicios en horario de tarde. No tienen trato con los clientes ni se les exige el conocimiento de idiomas. No se les exige la asistencia a cursos formativos. (declaración testifical de Dña. Elena , camarera de piso y delegada sindical por CCOO desde 2006 y documentos 24 a 28, 38 y 41 de Tenesur)

NOVENO.- Se celebró el día 14 de octubre de 2016 el preceptivo acto de conciliación ante el Tribunal Laboral Canario resultando SIN EFECTO".

QUINTO.- Por parte de "Federación de Servicios de Comisiones Obreras" se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado tanto por "Tensur, Sociedad Anónima" como por el comité de empresa.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 12 de mayo de 2017, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 16 de octubre de 2017.



SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al haberse desestimado los motivos de revisión fáctica planteados, por las razones que se expondrán en los siguientes fundamentos de derecho.

SEGUNDO.- El sindicato demandante Comisiones Obreras impugna, en demanda de conflicto colectivo, el pacto salarial de la empresa "Tensur, Sociedad Anónima", en relación al plus de productividad regulado en ese pacto salarial y que sustituye el antiguo porcentaje de servicios regulado en la ordenanza laboral de hostelería de 1974, alegando el sindicato actor que el citado plus es discriminatorio para las camareras de piso al no fijarse las cuantías del mismo con arreglo a condiciones objetivas, ni justificarse las diferencias de importes entre categorías del mismo grupo, dado que las cuantías previstas para las camareras de piso, grupo integrado según la demanda solo por mujeres en el hotel demandado, son muy inferiores a las de categorías de cocinero, camarero, ayudante de cocina o ayudante de camarero. Terminaba pidiendo que se reconociera a los trabajadores de las categorías profesionales ocupadas mayoritariamente por mujeres el derecho a cobrar el plus de productividad en la misma cuantía en que lo perciben los trabajadores de su mismo grupo profesional en departamentos conformados mayoritariamente por hombres. La sentencia de instancia desestima la demanda; considera acreditado (aunque no lo refleja adecuadamente en hechos probados) que las cuantías del plus de productividad se pactaron teniendo en cuenta criterios como la existencia de trabajo a turnos o en horario nocturno, así como exigencias formativas como idiomas o cursos; que las camareras de piso, salvo una de guardia, prestaban servicios en horario de mañana, de 7,30 a 15,30, no tienen trato con clientes, ni se les exige el conocimiento de idiomas o cursos formativos, y que además el plus previsto para las camareras de piso era superior al de grupos laborales compuestos mayoritariamente por hombres. También estima que Comisiones Obreras va en contra de sus propios actos porque el pacto salarial impugnado fue negociado por un comité de empresa compuesto mayoritariamente por representantes de ese mismo sindicato. Se alza en suplicación contra esta sentencia el sindicato actor, con el objetivo de revocar la sentencia de instancia y que se dicte otra estimatoria de la demanda, para lo cual plantea un total de ocho revisiones de hechos probados al amparo del artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en cuanto a motivos de examen de infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, del 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo que parecen ser tres motivos formalmente diferentes (identificados con las letras a, b y d; el supuesto motivo de la letra c es un error tipográfico al copiar una sentencia del Tribunal Constitucional). Tanto la empresa demandada, como el comité de empresa, han presentado escritos de impugnación del recurso, oponiéndose ambos a la estimación de las pretensiones del recurrente.

TERCERO.- Examinando en primer lugar los motivos de revisión de hechos, con carácter general debe recordarse que aunque el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permita a la Sala de Suplicación revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, este motivo de recurso está sujeto a una serie de límites sustantivos, como son:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba ( Sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero ), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable ( Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 10 de mayo, 16 de diciembre de 1993, o 10 de marzo de 1994 ). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverbados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a



conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, en principio con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico. No obstante, se puede admitir la revisión cuando la misma refuerza argumentalmente el pronunciamiento de instancia ( sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, recurso 19/2011 , o 15 de diciembre de 2015, recurso 34/2015 , entre otras).

CUARTO.- Desde un punto de vista formal, es doctrina judicial consolidada que en la articulación del motivo de revisión fáctica del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se han de cumplir los siguientes requisitos (en parte, ahora recogidos en el artículo 196.3 de la Ley):

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos. En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso ( sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995 ), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia ( sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995 ), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone ( Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 ).

QUINTO.- En primer lugar, el recurrente pretende modificar el hecho probado 1º para especificar en el mismo que el convenio colectivo provincial de hostelería de Santa Cruz de Tenerife para los años 2012 a 2015 era simplemente el aplicable cuando se suscribió el pacto salarial impugnado, por lo que solicita que ese hecho pase a decir: "El Convenio Colectivo de aplicación en el momento de la firma del Pacto salarial impugnado es el Convenio colectivo provincial de Hostelería para los años 2012 a 2015, publicado en el BOP de 18 de enero de 2013. (Hecho conforme)". No invoca ningún documento a efectos de la revisión.

SEXTO.- La modificación que se pretende no puede prosperar. No solo por elementales cuestiones formales -no se cita un solo documento en el que justificar el cambio en la redacción de hechos probados; se pretende modificar un hecho que, según la juzgadora, fue conforme-, sino sobre todo porque la cuestión del convenio colectivo aplicable no es una cuestión de hecho, sino jurídica.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, se solicita la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, porque el recurrente alega que el convenio colectivo provincial de hostelería publicado en 2015 sí que afecta al pacto salarial suscrito en 2013; solicita, sin cita de documento alguno, que ese hecho probado pase a decir: "El 28 de octubre de 2015 se publica en el BOP de Santa Cruz de Tenerife el texto del V convenio colectivo provincial del sector de la Hostelería, cuyo artículo 32 -Salario Bruto Garantizado- incluye un nuevo apartado 4º que recoge la obligación de las partes de -pagar por la prestación de un trabajo de valor igual, la misma retribución-. En la negociación de dicho convenio colectivo, el sindicato mayoritario del comité de empresa era CC .OO. (folios 562 a 582 de la prueba documental de Tensur)".

OCTAVO.- Nuevamente, lo que combate el recurrente es una afirmación que, pese a ubicarse en el relato de hechos probados, en realidad consiste en una valoración jurídica que se ha de tener por no puesta en tal relato fáctico. El contenido del actual convenio colectivo de hostelería es, por lo demás, al estar publicado en diario oficial, materia comprendida en el principio "iura novit curia", exento por tanto de necesidad prueba. Y sobre si el nuevo convenio colectivo sectorial provincial afecta al pacto salarial de empresa -pacto salarial que puede ser considerado un auténtico convenio colectivo estatutario, si se suscribió por las partes legitimadas para pactar un convenio de empresa y se publicó en diario oficial-, es una cuestión jurídica relativa no solo a la excepción de ir el demandante contra sus propios actos -que es lo que más parece preocupar al recurrente-, sino, sobre todo, a las reglas de concurrencia de convenios colectivos, del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores , y al contenido global del artículo 32 del convenio colectivo (y no solo su último apartado). Procede por ello rechazar el motivo.



NOVENO.- El tercer motivo de revisión de los hechos combate la afirmación contenida en el hecho probado 5º, sobre que el reparto de porcentajes de servicio, de la derogada ordenanza de hostelería, no incluía a las camareras de piso. También sin invocar ningún documento, se solicita que ese hecho pase a decir: "La ordenanza de trabajo para la industria de Hostelería, de 11 de marzo de 1974, en su artículo 52 preveía un reparto de porcentajes de servicio, en el que se incluía a las camareras de piso, (documento 1 de la prueba aportada por el comité de empresa)".

DÉCIMO.- Ciertamente, la redacción del hecho probado 5º resulta desafortunada, pues si se trata de una valoración o afirmación jurídica, la misma no se tenía que haber reflejado en los hechos probados, y si se hizo, se ha de tener por no puesta. Dado que lo que consigna ese hecho lo consideró la juzgadora acreditado no solo a partir del texto de la ordenanza, sino también a partir de prueba testifical, es probable, como señala la empresa en su escrito de impugnación, que la juez de instancia interpretara erróneamente, o no reflejara de manera correcta, lo dicho por el testigo, y que lo que en realidad quería decir es que, con el sistema de porcentaje de servicio de la derogada ordenanza de hostelería, las camareras de piso rara vez percibían importes superiores al salario mínimo garantizado por esa ordenanza o el convenio colectivo. Afirmación hecha por ambas demandadas en su contestación, y que es verosímil, desde el momento en que, estableciendo esa ordenanza un reparto inicial del porcentaje de servicios no de forma lineal entre todos los trabajadores de la empresa, sino por departamentos (el 15% total del tronco general se desglosa en un 5% para el departamento de comedor, un 3% para pisos, un 2% para conserjería, un 3% para cocina, y un 2% para el resto de departamentos), es de esperar que los departamentos con menor número de trabajadores -y especialmente el de comedor, al que se reservaba la tercera parte del tronco general del porcentaje de servicio, y la totalidad del tronco de "limonada" por servicios prestados a clientes no alojados en el hotel- se vean favorecidos por ese sistema, mientras que los departamentos con más personal quedarían perjudicados (así, correspondiendo tanto a cocina como a pisos un 3%, en el departamento que tenga más trabajadores éstos percibirán un importe inferior que en el otro, al tener que repartirse la misma cantidad entre más personas). Resulta por lo demás probable, como se alegó por las demandadas, que las cuantías del actual pacto salarial de la empresa demandada en parte reflejen lo que venía siendo el resultado práctico de la aplicación del reparto de porcentaje de servicio, y que las partes negociadoras del pacto impugnado intentaran equilibrar diversos intereses contrapuestos (los de la empresa, de no incrementar en exceso su masa salarial; los de los trabajadores que percibían poco o nada con el porcentaje de servicio, de cobrar algo más que el salario mínimo garantizado; y los trabajadores de los departamentos favorecidos por el porcentaje de servicios, de conservar en la medida de lo posible las cuantías a las que tenían derecho con el mismo).

UNDÉCIMO.- En cualquier caso, el motivo que se plantea para rectificar el hecho probado 5º no puede ser estimado, porque si el mismo se interpreta como una valoración jurídica, a la misma simplemente no se le puede dar valor de hecho probado -y, por tanto, no es vinculante para la Sala a la hora de resolver-, mientras que, si, como parece probable, se trata de una afirmación de hecho, aunque mal redactada, sobre lo que en la práctica se venía produciendo con el sistema de reparto de porcentaje de servicio, tal afirmación de hecho se basa en prueba testifical y por ello una documental o pericial -que ni siquiera se identifican por el recurrente; el texto de la ordenanza, como norma jurídica que es, no se puede considerar documento a efectos de revisión de hechos probados- mal pueden revelar error patente en la valoración global de la prueba, dejando aparte que, como se ha señalado, la afirmación de que, con el sistema de reparto de porcentaje de servicio, las camareras de piso rara vez llegaban al salario mínimo garantizado, resulta verosímil por la propia configuración del sistema articulado en la derogada ordenanza de 1974.

DUODÉCIMO.- En cuarto lugar, el sindicato recurrente impugna el hecho probado 7º al considerar incierto que durante la negociación del convenio provincial de hostelería no se suscitara la cuestión de la discriminación salarial de las camareras de pisos. Para la revisión no se invoca ningún documento, sino que -el recurso ni siquiera lo deja claro- se citan momentos de la declaración en juicio del testigo D. Maximino , y el texto alternativo que se propone es "En el contexto de la negociación colectiva del convenio provincial del sector de la Hostelería actualmente en vigor, si se abordó por parte de la actora la cuestión de la discriminación salarial indirecta por razón de sexo de las camareras de pisos (declaración testifical de D. Maximino , Gerente de Ashotel)".

DECIMOTERCERO.- La modificación interesada no puede aceptarse por no basarse en documental o pericial, sino en una nueva valoración de la testifical practicada en juicio, la cual por lo demás ni siquiera se puede considerar valorada de forma irrazonable por la juzgadora, que en el hecho probado 7º se limita a pronunciarse si el pacto salarial de la empresa demandada fue o no objeto de debate en la negociación del nuevo convenio colectivo sectorial. En cualquier caso, no alcanza a comprender la Sala la trascendencia, a efectos de cambiar el sentido del Fallo o de confirmar el mismo, tanto de la redacción del hecho probado 7º contenida en la sentencia, como del texto alternativo propuesto por la recurrente.



DECIMOCUARTO.- El quinto motivo de revisión de los hechos probados afecta al ordinal 8º de la sentencia, discutiendo el recurrente las afirmaciones de tal hecho probado sobre que el personal de cocina está sometido a turnos, o la no exigencia de idiomas o cursos de formación a las camareras de piso. El motivo procede a un análisis de los documentos del ramo de prueba de la empresa demandada numerados como 37 (cuadrantes de turno de cocina), 41 (exigencias de idiomas), y 24 a 29 (documentos sobre formación), y considera que, a partir de esos documentos, el hecho probado debería decir: "Las camareras de pisos prestan sus servicios siempre en un turno fijo, de mañana, en horario de 7:30 a 15:30 hora, con excepción de la camarera de pisos de guardia que presta sus servicios en horario de tarde. No tienen trato con los clientes ni se les exige el conocimiento de idiomas, (declaración testifical de Dña. Elena , camarera de piso y delegada sindical por CC.OO. desde 2006 y documentos 24 a 28, 38 y 41 de Ten sur). Los cocineros y ayudantes de cocina, objeto de comparación, también prestan sus servicios en un turno fijo, de mañana o de tarde y no se les exige conocimientos de idiomas (documentos 37 y 41 de Tensur). Los registros de formación aportados reflejan la existencia de únicamente la exigida por ley, que para el personal de cocina, bares y restaurantes supone como regla general 6 horas de manipulación de alimentos al año".

DECIMOQUINTO.- Lo que pretende el sindicato en este motivo es volver a examinar, y valorar de forma diferente, la misma prueba documental que la juez de instancia tuvo en cuenta -junto con una testifical- para formar su convicción con respecto a ese mismo hecho probado. Esto excede de las posibilidades de revisión que permite el artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , pues no se puede pretender que la Sala, en suplicación, lleve a cabo una nueva valoración global de la prueba. La valoración de la juez instancia, por lo demás, no puede calificarse de manifiestamente absurda o apartada de las más elementales reglas de la lógica; entre otras cosas porque, contra lo que alega la parte recurrente, del documento 37 del ramo de prueba de "Tensur, Sociedad Anónima" sí que se desprende que existen algunos turnos rotatorios o alternos en el departamento de cocina. El motivo debe por ello ser desestimado.

DECIMOSEXTO.- En sexto lugar, el sindicato actor interesa que se incluya como hecho probado la actuación de la Inspección de Trabajo reflejada en el "Acta de Infracción nº NUM000 de fecha 19 de septiembre de 2016 por discriminación salarial", documento 39 del ramo de prueba de "Tensur, Sociedad Anónima". El contenido literal del motivo dice "en cuyos hechos comprobados por la actuación inspectora recoge la existencia de "una clara discriminación entre puestos de trabajo compuestos mayoritariamente por hombres y por mujeres" referida a los trabajadores englobados en las categorías de camarero de comedor, cocinero y camarera de pisos "dado que no se establece ningún criterio objetivo que justifique una diferencia salarial en dicho plus"

Esto es relevante en cuanto que afecta al Fundamentos Jurídicos Cuarto, Quinto y Sexto, de manera que, dicho sea con los debidos respetos y en términos de defensa, debería dar por acreditada de forma clara la existencia de indicios racionales de discriminación salarial y la inexistencia de criterios objetivos y razonables que la justifiquen".

DECIMOSÉPTIMO.- Como señalan ambas recurridas, el sindicato demandante no formula ninguna propuesta concreta de texto alternativo, defecto formal que hace, por sí solo, inviable acoger el motivo. Además de ello, debe tenerse en cuenta que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017, recurso 278/2016 , las actas e informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no se pueden considerar documento hábil y bastante para la revisión de hechos probados "pues aunque proceden de un funcionario especialmente cualificado en la materia sobre la que informa (.) la material incorporación de sus apreciaciones fácticas carecen de la fehaciencia exigible para modificar la apreciación judicial de los hechos (.) y no dejan de ser - aunque objetivas y competentes- manifestaciones documentadas". Y, añadido a todo lo anterior, resulta que lo que más destaca la parte recurrente del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no son, contra lo que alega el sindicato, datos de hecho constatados de forma directa por la inspectora actuante (los cuales tendrían, legalmente, presunción de certeza, pero son susceptibles de prueba en contrario), sino evidentes conclusiones o valoraciones jurídicas, que habrán sido alcanzadas en su caso a partir de determinados datos de hecho, que no se mencionan en el motivo.

DECIMOCTAVO.- En cuarto lugar, el recurrente pide que se incluya como hecho probado "la constatación de que la representación unitaria de los trabajadores está conformada en su integridad por hombres", citando la "documental del Comité de Empresa, acta de fecha 19 de enero de 2016, preaviso y elecciones sindicales", y considerando que el dato es relevante por lo que el recurrente denomina "difícil neutralidad en cuestión de sexo de esa representación unitaria de los trabajadores que mantiene vivo el pacto impugnado".

DECIMONOVENO.- El motivo, en su finalidad declarada, roza lo ofensivo para el comité de empresa demandado al presuponer que dicho órgano no quiere modificar el pacto salarial debido a que está integrado en su totalidad por hombres, y semejante acusación hace sospechar que, como se alegó en la contestación del comité de empresa, con la demanda el sindicato actor persigue finalidades adicionales no tanto relacionadas con la igualdad salarial entre sexos como con sus intereses particulares como organización sindical. Pero, dejando



aparte su más que discutible trascendencia a efectos del Fallo, la revisión no puede aceptarse por defectos formales, al invocarse por el recurrente la documentación de forma imprecisa y genérica y no aportarse ninguna propuesta de texto alternativo, dejando aparte que, como señalan las recurridas, tanto de la documentación electoral, como de las actas de negociación del pacto salarial impugnado, se evidencia que sí que había y hay mujeres en el comité de empresa, así como delegadas sindicales.

VIGÉSIMO.- En último lugar, el sindicato recurrente interesa que se incluya como hecho probado la constatación de los datos estadísticos invocados en la demanda, partiendo del documento 32 del ramo de prueba de la empresa demandada, y proponiendo como texto a incluir el siguiente: "Más de la mitad, concretamente un 54%, de las mujeres de la plantilla del centro son camareras de piso y representan el 83,3% de los trabajadores incluidos en el grupo salarial IV del Convenio. El personal de servicio de pisos (Camareras Limpiadoras, Camareras de Pisos y Mozos de Habitaciones) lo conforman mujeres en un 93%". Todo ello lo justifica el recurrente en que esos datos integran un indicio racional de discriminación.

VIGESIMOPRIMERO.- El documento que cita la parte recurrente, para fundamentar la revisión, es un listado de trabajadores de la empresa agrupados por departamentos y desglosados por categorías y género; el mismo parece haber sido elaborado por la empresa, carece de firma alguna, y no está claro de donde se han sacado los datos que contiene, por lo que es un tanto dudosa su eficacia a efectos de revisión de los hechos probados. A ello se añade que el hecho que se pretende incluir no se deduce directamente y sin necesidad de especiales operaciones o conjeturas del citado documento, sino que es necesario hacer un recuento de los trabajadores por departamento, categoría y sexo, así los trabajadores totales de la empresa (con desglose entre hombres y mujeres), para luego hallar los porcentajes que representan en ese total los trabajadores de cada categoría y sexo. Habiéndose no obstante verificado ese recuento por la Sala, resulta que el listado del documento 32 da un total de 174 trabajadores, de los cuales 76 son mujeres (43,68% del total de la empresa) y 98 hombres, estando integrados en el grupo IV un total de 83 trabajadores (hombres y mujeres); el personal de pisos lo integran 44 personas (un 25,29% del total de la empresa), de los cuales 41 son mujeres, 39 de ellas con categoría de camareras de piso (representando las trabajadoras de esa categoría el 22,41% de los trabajadores totales de la empresa y el 46,99% de los trabajadores del grupo IV); por tanto, de los tres porcentajes que recoge la propuesta del actor, solo el último (el porcentaje de empleo femenino en el departamento de pisos) sería correcto a la vista del documento 32 del ramo de prueba de la empresa. Más problemático aún es que el invocado por el recurrente no es el único documento que recoge listados de plantilla del hotel con indicación de categoría y sexo, pues aparece, por ejemplo, también un listado de ese tipo en el documento 30 de la empresa, que arroja datos contradictorios con los del listado del documento 32 (así, en el documento 30 de la empresa aparecen 3 hombres con categoría de camarero- limpiador; en el documento 32 todo el personal de esa categoría son mujeres) lo que obliga, para determinar cuales son los porcentajes de personal femenino en la empresa y sus distintos departamentos, a una valoración conjunta de la prueba, que no es posible verificar en suplicación. Todo lo cual hace inviable estimar el motivo. En cualquier caso, como señalan las recurridas, el texto que propone el recurrente resulta sesgado, pues no recoge porcentajes de mujeres y mujeres en otros departamentos, lo cual complica apreciar si hay un colectivo o categoría primordialmente compuesto por mujeres que recibe peor trato salarial que otro colectivo integrado fundamentalmente por hombres. Y aunque ciertamente, la sentencia adolece de cierta insuficiencia de hechos probados en lo que a datos estadísticos se refiere -lo correcto hubiera sido que se desglosaran, dentro de cada grupo, cuantos trabajadores hombres y mujeres hay en cada categoría profesional-, al final la juzgadora fundamenta su sentencia como si partiera de que ha quedado acreditado el panorama discriminatorio, o que el mismo no es controvertido (y, ciertamente, en juicio las demandadas no discutieron ni que en la empresa demandada la totalidad de la categoría de camareras de piso la integran mujeres, ni que la mayor parte de los camareros, cocineros, y ayudantes de cocina son hombres). Lo antes expuesto ha de llevar a desestimar el motivo, quedando en consecuencia intacto el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

VIGESIMOSEGUNDO.- En el primero de los motivos de examen del derecho sustantivo aplicado, el sindicato actor denuncia como infringidos los artículos 4.2.c y 17 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 14 de la Constitución y 19 de la Directiva refundida

75/117/CEE sobre igualdad de retribuciones. Argumenta el motivo que el juzgador debe determinar si existe igualdad de valor del trabajo de las diferentes categorías comparadas o diferencias que justifiquen una desigual retribución, más allá de las diferencias en funciones y tareas y cualesquiera otras que se originen en las mismas, afirmando (invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-381/99) que se debe presumir la igualdad entre las categorías o grupos encuadrados dentro de los mismos niveles profesionales y salariales en las normas sectoriales de aplicación, en este caso el acuerdo estatal del sector de hostelería; respetando el principio de igualdad retributiva para trabajos de igual valor valorando el conjunto de habilidad, experiencia y formación necesarias, condiciones de trabajo, capacidad física y esfuerzo y capacidad mental, y proscribiendo la infravaloración del trabajo realizado por mujeres, por lo que un sistema





retributivo que discrimine a las mujeres es ilegal salvo que la diferencia se justifique por el empleador en razones económicas objetivas.

VIGESIMOTERCERO.- En el segundo motivo, se invoca infracción del artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con la carga de la prueba en materia de discriminación, y se cita también la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2010 al respecto, en concreto la parte de la misma que habla de la aportación de indicios racionales de discriminación y que aportados estos indicios el demandado tiene la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración así como que tenían entidad suficiente como para justificar la decisión adoptada, tras lo cual el recurrente afirma simplemente que "ninguna de las pruebas aportadas permiten justificar las diferencias salariales existentes".

VIGESIMOCUARTO.- Los dos motivos presentan una clara vinculación entre sí, lo cual aconseja un examen conjunto de los mismos. Pero por razones sistemáticas se examinará primero el tercer motivo, relativo a la legitimación activa del sindicato actor, pues si bien eso se resolvió en la sentencia de instancia a mayor abundamiento, la legitimación es una cuestión de fondo que se debe examinar justo después de las procesales y con carácter previo a todas las demás de fondo. En este tercer motivo el sindicato actor alega que se ha producido infracción de los artículos 17.2 y 165 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación a las excepciones de falta de acción y de legitimación activa por ir el sindicato en contra de sus propios actos, pues considera que tal doctrina no es aplicable a este caso, ni con carácter general con respecto a la impugnación por un sindicato de los acuerdos de empresa suscritos por la representación legal de los trabajadores, ni a la vista de los cambios legales y en la negociación colectiva producidos.

VIGESIMOQUINTO.- El motivo, pese a su más que mejorable argumentación, debe ser acogido. Aunque la mayor parte de los representantes unitarios de los trabajadores que suscribieron el pacto salarial objeto del pleito estuvieran afiliados (por lo menos en ese momento) a Comisiones Obreras, los mismos actuaron en representación de los trabajadores de la empresa, y no como representantes del sindicato con potestad para vincular al mismo. Ni siquiera la delegada sindical de Comisiones Obreras, que también suscribió ese pacto salarial, tenía una representación en nombre del sindicato que superara el de la concreta sección sindical para la que había sido nombrada (artículo 10.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo), por lo que no puede decirse que el sindicato demandante primero haya suscrito el pacto salarial y luego haya postulado su ilegalidad contraviniendo sus propios actos.

VIGESIMOSEXTO.- Pero incluso si el sindicato demandante hubiera suscrito el pacto salarial, seguiría teniendo legitimación activa para impugnarlo por ilegalidad. El artículo 165.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social atribuye legitimación activa para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad a "los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito. A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas", sin establecer como requisito adicional que esos sujetos legitimados no hayan suscrito el convenio que impugnan (de hecho, la legitimación activa de los representantes legales de los trabajadores, como órgano colegiado y no como minoría disidente, impide apreciar esa limitación, pues éstos solo podrían impugnar un convenio colectivo que esa representación hubiera pactado por mayoría). Es más, la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002, recurso 1283/2001, interpretando el artículo 163.1.a de la derogada Ley de Procedimiento Laboral (de un tenor semejante, aunque menos amplio en cuanto a legitimación activa, al del vigente 165.1.a), señala que "nada parece oponerse a que el mismo sujeto de derechos esté habilitado legalmente para firmar el convenio y para impugnar aquel o aquellos aspectos que puedan ser contrarios a la Constitución o a la Ley, teniendo en cuenta la amplitud de los términos es que está redactado el precepto, respecto del que no cabe hacer una interpretación restrictiva conducente a una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (.) en cualquier caso, esta Sala ha tenido ocasión de decir en sentencias como la de 22/05/2001, recurso número 1995/2000, resolviendo el problema de si la misma persona que firma un acuerdo puede impugnarlo, que "la respuesta en este punto tiene que ser afirmativa. En primer lugar, porque el ordenamiento reconoce la posibilidad de que la Administración revise sus propios actos, -se trataba en este caso de un convenio firmado por ella- lo que comprende tanto la revisión propiamente administrativa, como la potestad de instar la judicial (artículos 102 y 103 LRJAPC EDL 1992/17271) y en el caso del artículo 161 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 cuando el acuerdo ha sido firmado por la propia Administración estaríamos ante un régimen especial de impugnación judicial. Por otra parte, nuestro ordenamiento admite la impugnación del contrato por las partes, como se desprende, del artículo 1302 del Código Civil con las limitaciones que este artículo



establece, que no resultan aquí aplicables, y esa impugnación por la propia parte es lo normal cuando se trata de vicios del consentimiento y procede también cuando están en juego normas imperativas no disponibles, sin perjuicio de las exigencias que se derivan de la buena fe en orden a los derechos disponibles".

VIGESIMOSÉPTIMO.- En consecuencia, la juzgadora de instancia no debió acoger, ni siquiera a mayor abundamiento, ni las excepciones de falta de legitimación activa ni la de que el demandado estaba yendo contra sus propios actos, pues el mismo podría impugnar la legalidad del convenio colectivo de empresa, sin necesidad ni siquiera de esperar a que se produjeran "cambios legales y convencionales" en materia de igualdad retributiva entre trabajadores de distinto sexo, cambios que, en cualquier caso, entre 2013 y 2016 no han sido tan sustanciales como alega el sindicato demandante.

VIGESIMOCTAVO.- Más seria y fundada era, en cambio, la otra objeción procesal planteada por las demandadas (y que reiteran en la impugnación, sin ser resuelta en la sentencia de instancia) relativa a que el suplico de la demanda no podía pedir que se simplemente declarara que "los trabajadores de las categorías profesionales ocupadas mayoritariamente por mujeres tienen derecho a cobrar de la empresa el importe "plus de productividad" en la misma cuantía que los perciben los trabajadores de su mismo grupo profesional en otros departamentos de la empresa conformados mayoritariamente por hombres", pues, aparte de la inconcreción de lo que se pide (más teniendo en cuenta la variabilidad de las cuantías del plus de productividad entre distintas categorías del mismo grupo retributivo; no se sabe a qué concreta categoría pretende el actor que se equiparen), si lo impugnado es una norma convencional colectiva, en caso de apreciarse discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución, la consecuencia sería la nulidad de las cláusulas del convenio que resultan discriminatorias -lo que, en el presente caso, por el número de trabajadores afectados y ruptura del equilibrio económico del convenio colectivo, implicaría la nulidad de todo el sistema de plus de productividad-, sin que puedan los tribunales de justicia establecer, invadiendo las potestades de las partes negociadoras del convenio amparadas por el artículo 37.1 de la Constitución, cual ha de ser el régimen retributivo aplicable, sino que serían esas partes legitimadas para negociar el convenio colectivo las que tendrían que pactar una nueva regulación y, en su defecto, aplicar el sistema previsto en la norma sectorial -la distribución de porcentaje de servicio, conforme al convenio colectivo sectorial provincial de hostelería de Santa Cruz de Tenerife-.

VIGESIMONOVENO.- Resuelto el motivo referente a la legitimación activa del sindicato actor, y que la eventual estimación de la demanda solo puede suponer la nulidad de la normativa del pacto salarial relativa al plus de productividad pero no que la sentencia establezca un nuevo régimen retributivo, se examinará la denuncia de infracción de las normas sobre carga de la prueba, en la que se centra el segundo motivo del recurso. Lo primero que debe destacarse es que, en realidad, de los meros hechos probados de la sentencia de instancia resultaría imposible afirmar que el pacto salarial de la empresa demandada asigna a una determinada categoría (la de camareras de piso) integrada, en el caso de la empresa demandada, exclusiva o mayoritariamente por mujeres, un trato salarial -en el plus de productividad- peor que el que reciben categorías profesionales integradas mayoritariamente por hombres, pese a corresponderse con trabajos de igual valor, pues no consta en hechos probados cuales son los porcentajes de varones y mujeres en las categorías supuestamente discriminadas y supuestamente favorecidas. Ello seguramente, como denunciaban las demandadas en sus contestaciones, y reiteran en sus escritos de impugnación, porque la propia demanda asume como dato incuestionado que el hecho de estar dos categorías dentro del mismo nivel retributivo en un convenio colectivo presume que ambas realizan un trabajo de igual o comparable valor, pero también porque tampoco en juicio se discutieron seriamente los porcentajes de hombres y mujeres en las categorías de camareras de piso, camareros de bares y restaurantes, cocineros, y ayudantes de cocina, que se alegaban en la demanda, y desde luego no es controvertido que el colectivo de camareras de pisos en el hotel demandado está fuertemente feminizado.

TRIGÉSIMO.- En este tipo de procedimientos, una correcta redacción de los hechos probados hubiera exigido que la juzgadora, tras examinar y valorar los diferentes listados de personal aportados, recogiera, dentro de las distintas categorías profesionales integradas en los grupos IV y V del convenio colectivo, cuantas mujeres y hombres estaban integrados en cada categoría en la empresa demandada, y mejor aún (por claridad expositiva) si ese cuadro se completaba con las cuantías previstas en concepto de plus de productividad para cada categoría en el pacto salarial impugnado. Por ejemplo, con un cuadro del siguiente tipo:

Grupo Salarial IV

Categoría

Total trabajadores

Mujeres

Hombres

Cuantía plus productividad (2013)



AYTE RECEPCION

4

2

2

113,88

VIGILANTE DE NOCHE

0

0

0

139,00

CAMARERO COMEDOR/BAR

19

3

16

640,67

COCINERO

6

0

6

403,82

OFICIAL DE PRIMERA

4

0

4

300,65

OFICIAL S.T.

0

0

0

186,78

AUXILIAR OFICINA

3

3

0

300,24

JEFE PLATERIA

0

0

0

221,48

CAMARERA,LIMPIADORA



38

35

3

139,93

COSTURA,PLANCHAD.

0

0

0

139,93

LAVANDERA

0

0

0

139,93

MOZO HABITACIONES

3

0

3

139,93

PORTERO SERVICIO

0

0

0

139,93

JARDINERO

0

0

0

134,71

PISCINERO

3

0

3

113,89

TRIGESIMOPRIMERO.- Pese a este defecto en los hechos probados, la sentencia de instancia en realidad fundamenta su desestimación de la demanda como si se hubiera aportado o no fuera discutido el indicio racional del panorama discriminatorio (que hay un colectivo, integrado mayoritariamente por mujeres, que cobra un salario sensiblemente inferior que el de otros colectivos, integrados mayoritariamente por hombres), pues en su fundamento jurídico sexto pasa a examinar, directamente, si concurren o no razones objetivas que expliquen las cuantías asignadas en el pacto salarial impugnado a cada categoría profesional, concluyendo que en efecto concurren causas objetivas que justifican las diferencias y que excluyen la alegada discriminación por razón de sexo.



TRIGESIMOSEGUNDO.- En consecuencia, la desestimación de la demanda no obedeció a que la juzgadora entendiera que el demandante debía acreditar cumplidamente la alegada discriminación, y ni siquiera a que concluyese que el sindicato actor no había aportado indicios suficientes de un panorama discriminatorio. Antes al contrario, dando por supuesto la existencia de un panorama posiblemente discriminatorio en materia salarial, la juzgadora consideró que las demandadas habían alegado y acreditado razones objetivas que justificaban, a su juicio, que unas categorías, incluso dentro de un mismo grupo salarial del convenio, percibiera un plus de productividad superior al de otras, citando en el Fundamento de Derecho 6º como esas causas objetivas la prestación de servicios en régimen de turnicidad o en horas nocturnas, o exigencias formativas especiales en idiomas o en otras materias. La verdadera cuestión estriba en si esas causas justifican suficientemente, en el presente caso, los distintos importes que en el pacto salarial se atribuyen para cada categoría profesional por el concepto de "plus de productividad". Lo que enlaza más con las cuestiones de fondo planteadas en el primer motivo del recurso que con las cuestiones más bien procesales alegadas en el segundo, en el que el recurrente se limita a insistir, literalmente, en que "ninguna de las pruebas aportadas permiten justificar las diferencias salariales existentes", y desarrolla su argumentación girando alrededor de esa alegada insuficiencia probatoria, intentando efectuar una nueva valoración de la prueba.

TRIGESIMOTERCERO.- En cuanto al primer motivo del recurso, en el mismo se cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia del asunto C- 381/99 , para afirmar que en esa sentencia se estableció el criterio de que la inclusión de las categorías profesionales en un mismo grupo retributivo por el convenio colectivo obliga a presumir que esas categorías representan un trabajo de igual valor. Ciertamente, que la norma convencional establezca un salario base igual para distintas categorías profesionales denota que, para las partes negociadoras, el valor del trabajo de unas y otras categorías es, en condiciones ordinarias, el mismo. Pero el Tribunal de Justicia en realidad no afirmó que "el hecho de que la trabajadora que pretende ser víctima de una discriminación por razón de sexo y el trabajador de referencia estén clasificados en la misma categoría profesional prevista por el convenio colectivo aplicable a su empleo basta para concluir que los dos trabajadores afectados ejercen un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuye un mismo valor en el sentido de los artículos 119 del Tratado y 1 de la Directiva", como parece entender el recurrente. Esa era la cuestión prejudicial que se planteaba, y a la misma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio respuesta negativa en su sentencia, pues, tras recordar sentencias anteriores en la que se señala que "para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable", concluye que "De ello se deduce que la clasificación de los trabajadores de que se trata en la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo aplicable a su empleo no basta por sí sola para concluir que realizan el mismo trabajo o un trabajo de valor igual" porque "dicha clasificación no excluye que existan otros indicios para apoyar esta conclusión", y "Dicha interpretación no queda desvirtuada por el hecho (.) de que la categoría profesional en cuestión prevista por el convenio colectivo está basada en una descripción en términos muy generales de las funciones a que se refiere (.) Al tratarse de indicios, las indicaciones generales que figuran en el convenio colectivo deben, en todo caso, ser corroboradas por elementos precisos y concretos que se deduzcan de las actividades que los trabajadores implicados realizan efectivamente". Concluyendo que corresponde al órgano jurisdiccional nacional "comprobar si habida cuenta de un conjunto de elementos fácticos, como la naturaleza de las actividades efectivamente encomendadas a cada uno de los trabajadores de que se trata en el litigio principal, las condiciones de formación exigidas para su ejercicio y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad, los trabajadores desempeñan de hecho un mismo trabajo o un trabajo comparable" y por tanto puede atribuírseles el mismo valor. Si para el Tribunal de Justicia, el hecho de estar dos puestos de trabajo en la misma categoría profesional del convenio no equivale automáticamente a que sean trabajos del mismo valor, con menos motivo puede afirmarse esa equiparación automática cuando se trata de dos categorías distintas aunque sea dentro de un mismo grupo retributivo, pues se pueden atribuir lícitamente diferencias basadas en algo más que el valor del salario- tiempo asignado a cada categoría: por asunción de funciones adicionales, circunstancias personales que influyen en la valoración del trabajo como mayor experiencia o formación, mayor productividad, etc....

TRIGESIMOCUARTO.- Tampoco a nivel de derecho interno puede decirse que el hecho de estar distintas categorías profesionales encuadradas en un mismo grupo retributivo de un convenio colectivo permite presumir siempre y en todo caso que una y otra realizan un trabajo de igual valor, sin necesidad de tener en cuenta las concretas circunstancias de cada empleado y puesto de trabajo. Ni siquiera en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2014, recurso 2328/2013 , pues es verdad que en ella se prescinde de valorar si los trabajos de las categorías del mismo grupo profesional o retributivo tenían o no el mismo valor; pero no porque asuma el Alto Tribunal que el hecho de que dos categorías estén en el mismo grupo retributivo implica presunción de que sus trabajos son de igual valor, sino porque el objeto de ese procedimiento era "un plus voluntario, no vinculado expresamente a circunstancia laboral o prestacional



alguna, precisamente por ello, en principio, es claro que el beneficio nada tiene que ver con una hipotética mayor cualificación o dedicación que pudiera derivar de los conocimientos adquiridos (h. p. 13º y 14º) por sus receptores. Al revés, la ausencia de cualquiera de tales circunstancias evidencia que, de forma aparentemente neutra y objetiva, la empresa asigna el plus al margen de cualquier capacitación profesional de quienes lo perciben o con independencia de la calidad o cantidad de la prestación laboral".

TRIGESIMOQUINTO.- En el caso de autos lo discutido es un "plus de productividad", pactado en una norma convencional colectiva (y con una complejidad, en lo que se refiere a cuantías y categorías profesionales afectadas, mucho mayor que el caso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de mayo de 2014). Como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional que el comité de empresa invoca en su recurso, el hecho de estar pactado el régimen salarial en una norma convencional pactada obliga a matizar los derechos fundamentales, incluido el principio de igualdad, con otros valores que tienen su origen en la autonomía colectiva, aunque respetando siempre unos mínimos, incluido el principio de no discriminación. Debido a que el convenio colectivo debe, en todo caso, respetar el principio de no discriminación, un convenio colectivo no puede contener una normativa discriminatoria por razón de sexo, aunque esa discriminación sea indirecta. De hecho, para apreciar discriminación, sobre todo la indirecta, por razón de sexo, no es necesario acreditar que las partes negociadoras hayan perseguido minusvalorar el trabajo de las empleadas de sexo femenino, sino que basta con constatar que el resultado práctico de la aplicación de las normas convencionales lleva a un trato peyorativo para las trabajadoras, sin estar justificado el mismo por causas objetivas suficientes; al fin y al cabo, los derechos fundamentales también pueden verse conculcados de forma no intencional.

TRIGESIMOSEXTO.- Por su denominación el "plus de productividad" objeto de litigio debería estar en principio directamente vinculado a la cantidad o calidad del trabajo de los empleados, bien por una valoración directa e individualizada del trabajo realizado por cada empleado, bien por una valoración más o menos global, vinculada al volumen de trabajo, facturación, o resultados de la empresa. Y, en este sentido, el pacto salarial impugnado dispone en su artículo 3 que "El Plus de Productividad establecido en las Tablas Salariales del presente Pacto Salarial se abonará cuando la ocupación mensual supere el 65 % del total de estancias del hotel, es decir 760 plazas, abonándose de no alcanzarse dicho porcentaje de ocupación el 50% del citado Plus de Productividad establecido para cada categoría profesional en el presente Pacto Salarial", lo que denota que la causa de establecimiento del plus guarda relación con el nivel de ocupación del hotel, lo que, por un lado, suele implicar un incremento de facturación de la empresa, y por otro, una mayor carga de trabajo para su personal. Es decir, la regulación del plus, y no solo su denominación, indica que tiene naturaleza relacionada con la cantidad y calidad del trabajo y los resultados de la empresa. En este sentido, que el convenio colectivo provincial remita a la distribución del porcentaje de servicio, en caso de no haber pacto salarial en la empresa, permite suponer que en principio tal convenio sectorial no considera discriminatorio un sistema salarial que determine diferentes retribuciones entre categorías del mismo grupo, en función del área funcional en las que se ubiquen. Pero, desde luego, la valoración y traducción económico-salarial de tal productividad habría de responder a criterios objetivos que no supongan discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

TRIGESIMOSÉPTIMO.- El pacto salarial impugnado establece cuantías distintas del plus de productividad no solo entre los distintos grupos retributivos, sino, más destacadamente, entre distintas categorías profesionales del mismo grupo retributivo, hasta el punto de que algunas categorías profesionales del grupo V (el grupo salarial más bajo en la empresa) tienen reconocido un plus de productividad mayor que el de algunas categorías del grupo salarial III, y las mayores diferencias se dan dentro de las categorías del grupo IV (entre 113,88 euros reconocidos a los ayudantes de recepción y 640,67 euros a camareros, en el año 2013) y no entre distintos grupos.

TRIGESIMOCTAVO.- La regulación del plus es opaca y no se explicitan las concretas razones por las que se asignan unas u otras cuantías a determina categoría profesional, ni cuales han sido las fórmulas de cálculo del plus. Aunque seguramente los importes reflejan, al menos en parte, lo que era la aplicación práctica del antiguo porcentaje de servicios, puede, no obstante, descartarse que las concretas cuantías se hayan calculado con parámetros puramente productivos, como por ejemplo en función del número de clientes atendidos por cada departamento, de la concreta facturación atribuible a los departamentos, o del número de servicios prestados por el personal de los mismo (número de clientes alojados, número de limpieza de habitaciones, de comidas servidas, etc...), ya que ni el pacto salarial lo indica así, ni las demandadas intentaron probar que los importes del plus obedecieran a razones puramente productivas.

TRIGESIMONOVENO.- Las causas que se invocaron por las demandadas para justificar las cuantías del plus de productividad tienen en realidad poco que ver con la productividad, al referirse a cualidades personales de los trabajadores (conocimiento de idiomas, formación, etc.), o a circunstancias de la prestación del servicio (turnicidad, trabajo en tardes, etc.). Unas y otras podrían justificar complementos salariales específicos (por ejemplo, un plus de idiomas en función del número y nivel de idiomas conocidos por un trabajador que tiene que



atender al público; un plus de turnicidad para trabajadores que han de prestar servicios en turnos rotatorios; uno de nocturnidad para las horas trabajadas en ese horario; un plus de jornada partida, etc.), pero en tal caso lo esperable es que su reconocimiento e importes varíen no tanto en función de la categoría profesional como de las concretas circunstancias personales de cada trabajador (no todos los trabajadores de la misma categoría tienen por qué tener el mismo nivel de idiomas extranjeros, ni que trabajar en turnos rotatorios o por la noche). Debe señalarse, además, que para las exigencias formativas, el criterio de la Sala IV del Tribunal Supremo expuesto en la sentencia de 14 de mayo de 2014, recurso 2328/2013, es más bien contrario a que la formación específica que resulta inherente a determinadas categorías profesionales (por ejemplo, la formación en manipulación de alimentos para trabajadores de cocina) pueda justificar diferencias salariales por razón de sexo.

CUADRAGÉSIMO.- En el presente caso, la juzgadora ha considerado probado que "Las camareras de pisos prestan servicios siempre en un turno fijo, de mañana, en horario de 07:30 a 15:30 horas, con excepción de la camarera de pisos de guardia que presta servicios en horario de tarde. No tienen trato con los clientes ni se les exige el conocimiento de idiomas. No se les exige la asistencia a cursos formativos" (hecho probado 8º) y en fundamentación jurídica afirma que para la fijación de las cuantías del plus de productividad "se acudió a criterios objetivos tales como la prestación de servicios en régimen de turnicidad o en horas nocturnas, así como las exigencias formativas, tales como idiomas o cursos que se exigen en determinadas categorías profesionales" (fundamento de derecho 6º, segundo párrafo), estimando que las diferencias estaban justificadas dado que esos "criterios objetivos" no concurrían en la prestación de servicios de las camareras de piso.

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Pero, existiendo indicio de discriminación por razón de sexo desde el momento en que no se discute que un colectivo cuantitativamente importante en la empresa e integrado mayoritariamente por mujeres percibe, por el plus de productividad, cuantías sensiblemente inferiores a otros colectivos de la empresa integrados en su mayor parte por hombres, los criterios objetivos para establecer semejantes diferencias salariales no pueden limitarse a una mera enumeración formal de los mismos, sino que tales criterios han de revestir tal carácter que un observador imparcial pueda ser capaz, con la aplicación homogénea y coherente de los mismos, de determinar por qué se asigna una determinada retribución a una categoría profesional y eventualmente a otra categoría un importe distinto, descartando en toda esta aplicación que el colectivo femenino esté siendo discriminado de forma directa o indirecta. Esto implica, en primer lugar, que los "criterios objetivos", para ser considerados tales, han de permitir explicar todas y cada una de las diferencias en el plus de productividad, y no solo la concreta cuantía asignada a un colectivo aparentemente discriminado por razón de sexo, porque si solo sirven para explicar esa concreta diferencia pero no todo el sistema retributivo, más que criterios objetivos constituirían meras excusas para intentar justificar la discriminación.

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- En el presente caso, incluso soslayando que los "criterios objetivos" presuntamente tenidos en cuenta no guardan relación clara ni con la denominación ni con la finalidad de un plus de productividad, se hace evidente que en realidad ni la turnicidad, ni las horas nocturnas, ni los idiomas pueden explicar las diferencias entre todas las categorías, pues por ejemplo, en el Grupo IV el importe de plus de productividad más bajo se establece para los ayudantes de recepción, los cuales sin embargo sí que tienen que atender al público, normalmente han de conocer varios idiomas para realizar esa función, y pueden tener que trabajar por la noche o en turnos rotatorios (en un hotel de 760 plazas alojativas es de presumir que la recepción esté abierta las 24 horas); es decir, reuniéndose en ese colectivo la totalidad de los "criterios objetivos" supuestamente tenidos en cuenta para fijar el plus, resulta que se les asigna en cambio la cantidad más baja por productividad. Y, con respecto a las otras categorías, no consta ni es posible determinar en qué medida están todos o la mayor parte de sus trabajadores obligados a trabajar a turnos rotatorios, o en jornada partida o nocturna, o a dominar varios idiomas, pudiendo sin embargo descartarse la necesidad de específicos conocimientos de idiomas en categorías que no tienen funciones de atención al público, como los cocineros, o los oficiales de primera, a los cuales en cambio se les reconoce un "plus de productividad" superior al previsto para camareras- limpiadoras y ayudantes de recepción.

CUADRAGESIMOTERCERO.- Resulta por tanto evidente que los "criterios objetivos" que se supone se tuvieron en cuenta para establecer las cuantías del plus de productividad de las camareras-limpiadoras no se emplearon en absoluto para fijar los importes de ese plus para otras categorías. Con lo que se abren dos posibilidades: o la turnicidad, los idiomas y la formación solo se ha empleado para reconocer a las camareras- limpiadoras una "productividad" baja, pero para nada más; o en realidad esos criterios no tienen nada que ver con las cuantías del plus de productividad, y solo se ha invocado, tras fijarse las cuantías en virtud de otros criterios que no constan, para intentar justificar por qué a un colectivo concreto se le ha asignado un plus de productividad bajo. En ambos casos, no se puede considerar enervado el indicio de discriminación por razón de sexo, y no habiéndolo entendido así la juzgadora de instancia, procede estimar el motivo, lo que implica revocar la sentencia de instancia y, resolviendo la Sala la cuestión de fondo -dentro de los límites que hemos señalado en



el Fundamento de Derecho 28º, declarar que el apartado 3º del pacto salarial de "Tensur, Sociedad Anónima" suscrito en 2013, que regula el plus de productividad, y las cuantías de dicho plus que se contienen en las tablas salariales de dicho pacto, es nulo por discriminatorio por razón de sexo.

CUADRAGESIMOCUARTO.- La nulidad del precepto del acuerdo colectivo de empresa que fija el plus de productividad determinaría, de conformidad con el convenio colectivo provincial de hostelería de Santa Cruz de Tenerife, la aplicación del porcentaje de servicios regulado en la derogada ordenanza laboral de hostelería, hasta tanto las partes legitimadas no sustituyeran la regulación anulada por otra nueva. Ciertamente es consciente la Sala de que dicho porcentaje de servicio, en la medida en que favorece directamente, en el reparto de dicho porcentaje, al personal del departamento de "restaurantes", al cual se reserva la tercera parte del porcentaje global; y de forma indirecta (por la proporción entre cantidad a repartir y número de trabajadores), normalmente también favorecerá al personal de "cocina", puede originar problemas de discriminación indirecta por razón de sexo, pero la impugnación de ese porcentaje, ni cómo podría corregirse el mismo para evitar tratos discriminatorios, no es objeto de este procedimiento.

CUADRAGESIMOQUINTO.- De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la sentencia de suplicación impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto en los procedimientos de conflicto colectivo, por lo que no procede la imposición de costas.

## FALLAMOS

PRIMERO: Estimamos parcialmente el recurso de suplicación presentado por la "Federación de Servicios de Comisiones Obreras", frente a la Sentencia 7/2017, de 16 de enero, del Juzgado de lo Social nº. 5 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de conflicto colectivo 878/2016, sobre discriminación salarial por razón de sexo.

SEGUNDO: Revocamos en su totalidad la citada sentencia de instancia y, resolviendo el objeto de debate, estimamos parcialmente la demanda presentada por la "Federación de Servicios de Comisiones Obreras" y, en consecuencia:

1.- Declaramos nula por discriminatoria por razón de sexo la regulación del "plus de productividad" contenida en el pacto salarial de la empresa demandada "Tensur, Sociedad Anónima" para los años 2012-2015.

2.- Condenamos a las demandadas "Tensur, Sociedad Anónima" y el comité de empresa de dicho hotel a estar y pasar por la anterior declaración, a los efectos oportunos.

TERCERO: No se hace expresa imposición de costas de suplicación.

Una vez firme esta sentencia, publíquese la misma en el "Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife".

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0461 17, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.