



Roj: **ATS 11314/2018 - ECLI:ES:TS:2018:11314A**

Id Cendoj: **28079140012018202883**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2018**

Nº de Recurso: **594/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 11/10/2018

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 594/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria **Milagros Calvo Ibarlucea**

Procedencia: T.S.J. CANARIAS SALA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

Transcrito por: MTC/R

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 594/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria **Milagros Calvo Ibarlucea**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D.^a Maria **Milagros Calvo Ibarlucea**

D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 11 de octubre de 2018.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria **Milagros Calvo Ibarlucea**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social N.º 5 de los de Santa Cruz de Tenerife se dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2017, en el procedimiento n.º 878/2016 seguido a instancia de la Federación de Servicios Comisiones



Obreras (CC.OO.) contra Tensur SA Hotel Best Tenerife y su Comité de empresa, sobre conflicto colectivo, que desestimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 2 de noviembre de 2017, que estimaba en parte el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escritos de 22 de diciembre de 2017 y 22 de enero de 2018, se formalizaron por el letrado D. Carlos Barástegui Afonso en nombre y representación de D. Lorenzo (Comité de empresa de Tensur SA Hotel Best Tenerife) y el letrado D. José Carlos Pinilla Domínguez en nombre y representación de Tensur SA Hotel Best Tenerife, respectivamente, recursos de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta sala, por providencia de 5 de julio de 2018, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó la representación de D. Lorenzo. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren el presidente del comité de empresa y la empresa la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de 2 de noviembre de 2017, R. 461/17, que estimó el recurso del sindicato accionante contra la previsión del pacto de empresa sobre plus de productividad, que fue declarada nula por discriminatoria. El artículo tercero del pacto salarial de empresa 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. Dicho pacto establece, por tanto, 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.

La sala estima que 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. Descarta igualmente 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. Añade que 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.). Y aunque dichas circunstancias podrían justificar complementos salariales específicos, 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. Entiende que cuando, como sucede en el caso, existen indicios de discriminación, 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. Y considera que 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. Por ello seguidamente refleja, por ejemplo, que una de las categorías del grupo IV que tiene el plus de productividad más bajo, el de ayudantes de recepción, se caracteriza por cumplir los criterios objetivos



de diferenciación que alegó la empresa, en particular los trabajadores de dicha categoría trabajan a turnos y emplean idiomas Y, con respecto a las otras categorías, argumenta que 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. Todo ello lleva a la sala a concluir 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. Y en ninguno de los dos casos se puede considerar enervado el indicio de discriminación por razón de sexo, lo que lleva a anular la previsión del pacto salarial impugnada.

Invoca para sustentar la contradicción la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, 16 de octubre de 2012, R 1060/12, que confirmaba la de instancia que desestimó la demanda de oficio promovida en solicitud de que judicialmente se determinase si la conducta de la empresa Promotora Fergy SA, consistente en abonar un plus voluntario y absorbible al personal esencialmente de sexo masculino de las categorías de cocinero y camarero, que no se percibía por el que ostentaba la categoría de camarera de pisos, que estaba conformada exclusivamente por mujeres, no obstante estar encuadradas las tres categorías en el mismo nivel salarial de convenio, constituía una discriminación salarial indirecta por razón de sexo.

Partiendo de la certeza de estos hechos, la sentencia, analiza el art 18 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para Sector de Hostelería Convenio concluyendo que el mismo al definir las funciones propias de cada una de ellas introduce un claro elemento diferenciador entre las de cocinero y camarero y la de camarero/a de pisos, cual es el de la autonomía y responsabilidad en el desempeño de las labores que les son propias, y que expresamente se establece para las dos primeras, pero no para la otra. Además, se valoran las circunstancias inherentes a la prestación de servicios " como camarero (realización de turnos partidos, manejo de dinero, atención al cliente, generación de ventas, conocimiento de idiomas) y cocinero (realización de turnos partidos, vacaciones limitadas, especial formación) que no se dan en la actividad realizada por las camareras de pisos, cuya ejecución no requiere formación ni cualificación específica, ni está sujeta a las condiciones en materia de turnos y vacaciones que rigen para las otras dos categorías".

SEGUNDO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)]. La contradicción no surge, en consecuencia, de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, [sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015)].

Además, como regla general, la contradicción del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no podrá apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no cabe apreciar la identidad de las controversias, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; y es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En



definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado [sentencias de 22 de julio de 2015 (rcud 2393/2014), 16 y 22 de septiembre de 2015 (rcud 1989/2014 y 200/2014), 22 de diciembre de 2016 (rcud 658/2015) y 2 de febrero y 14 de marzo de 2017 (rcud 2012/2015 y 1218/2015)].

No es posible entender, a la luz de las anteriores exigencias, que las sentencias comparadas sean contradictorias porque, amén de que se compara una previsión de un pacto de empresa en la sentencia recurrida con una conducta empresarial en la de contraste, por una parte, las partidas salariales cuestionadas son distintas, pues se trata de un plus de productividad en la recurrida y de un plus voluntario y absorbible en la de contraste; pluses que obedecen a criterios diferentes y que, por tanto, no admiten comparación, pues que en un caso concurren los criterios que justifican la retribución en nada afecta a la concurrencia o no de los otros criterios en el caso comparado. Por ello que en la sentencia de contraste se consideren justificados los criterios alegados para fundar la diferencia de trato en lo que respecta al abono del plus voluntario y absorbible, no resulta contradictorio con que en la recurrida se constate que los criterios alegados para justificar las diferencias retributivas respecto del plus de productividad, que también se cuestionan como tales, no son aplicables a todos los casos, lo que lleva a confirmar los indicios discriminatorios. Por otra parte, la sentencia de contraste aplica el artículo 18 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para Sector de Hostelería para valorar la justificación de las diferencias y en la recurrida se aplica el pacto salarial suscrito entre empresa y comité de empresa.

TERCERO.- No contradicen lo anterior las alegaciones realizadas por la recurrente en el trámite de inadmisión dirigidas a relativizar las diferencias expuestas y que justifican a juicio de esta sala la falta de contradicción. De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el letrado D. Carlos Barástegui Afonso, en nombre y representación de D. Lorenzo (Comité de empresa de Tensur SA Hotel Best Tenerife); y el letrado D. José Carlos Pinilla Domínguez en nombre y representación de Tensur SA Hotel Best Tenerife contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de fecha 2 de noviembre de 2017, en el recurso de suplicación número 461/2017, interpuesto por la Federación de Servicios Comisiones Obreras, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de los de Santa Cruz de Tenerife de fecha 16 de enero de 2017, en el procedimiento n.º 878/2016 seguido a instancia de la Federación de Servicios Comisiones Obreras contra Tensur SA Hotel Best Tenerife y su Comité de empresa, sobre conflicto colectivo.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.