



Roj: **STS 486/2021 - ECLI:ES:TS:2021:486**

Id Cendoj: **28079140012021100147**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2021**

Nº de Recurso: **2839/2019**

Nº de Resolución: **197/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1417/2019,**
STS 486/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **2839/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 197/2021

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 12 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa SHERCO AL DETALLE, S.L., representada por el Procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá y asistida por la letrada D^a Alfina Celemín del Val, contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 475/2018, formulado frente a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2017, dictada en autos 807/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, seguidos a instancia de Doña Benita , contra dicho recurrente y FOGASA, sobre despido.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Doña Benita , representada y asistida por el letrado D. Diego Villegas Montañés y el FOGASA representado y asistido por el Abogado del Estado D. Emilio Jiménez Aparicio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda



interpuesta por doña Benita contra SHERCO AL DETALLE SL, por lo que debo declarar y declaro NULO EL DESPIDO, condenando a la empresa demandada, a estar y pasar por dicha declaración, debiendo readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de los salarios dejados de percibir.

Y debo condenar y condeno a la empresa demandada abonar a la trabajadora la cantidad de 2000 € en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

No procede declarar por ahora responsabilidad del FOGASA conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del ET".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"I.- La actora viene prestando servicios desde el día 21 de marzo de 2013 con la categoría profesional de camarera de piso, percibiendo un salario diario de 46,99 €. No ostenta la representación sindical al tiempo de la presentación de la demanda.

Es de aplicación el convenio colectivo de hostelería de Sevilla. La actora desempeña sus servicios en el centro de trabajo que la empresa tiene Sevilla concretamente en el hotel NH plaza de armas de Sevilla.

En fecha 13 febrero el 2017, la parte actora ha sido elegida representante legal de los trabajadores folios 53 y 54 de las actuaciones.

II.- La actora presentó en fecha de 27 de julio de 2016 ante el SERCLA papeleta de conciliación por conflicto individual contra la empresa demandada, declarando que realizaba trabajos de superior categoría, solicitando que se le reconociera la categoría de camarera de piso o en su defecto abono de la diferencias salariales derivada del ejercicio de tales actividades. Se decía en la papeleta de conciliación, que se presentó demanda de fecha 31 de octubre el 2013 de conflicto colectivo que concluyó con resolución dictada por la Sala de lo social de la Audiencia Nacional en sentencia número 20/14 de 5 de febrero y sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 18 de febrero de 2016, en las que se ponen de manifiesto que no se puede extender la aplicación del convenio colectivo de la empresa SHERCO AL DETALLE a la actora.

La empresa tuvo conocimiento de la presentación de la papeleta de conciliación por la actora con anterioridad al día 30 de julio de 2016 .

Un total de 11 trabajadoras de la empresa demandada interpusieron papeleta de conciliación y tres de ellas han sido despedidas por la empresa.

III.- En fecha de 30 de julio de 2016 la empresa mediante burofax entregó a la trabajadora carta en la que le notifica la voluntad de proceder a la extinción de la relación laboral con efectos inmediatos. Se da por reproducida la carta de despido que consta las actuaciones al documento número cuatro del ramo de prueba de la parte demandada. En dicha carta se le imputa una disminución voluntaria y continuada del rendimiento, de tal forma que se consideran que los hechos constituyen una infracción muy grave merecedora de despido disciplinario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.2 e del estatuto los trabajadores, en relación con el artículo 30.13 del convenio colectivo de la empresa demandada.

IV.- La actora interpuso papeleta de conciliación el día 2 de agosto de 2016, y el acto de conciliación se celebró en fecha 16 de septiembre el 2016 con el resultado de celebrado sin avenencia por lo que se presentó la presente demanda en fecha de 11 de agosto de 2016".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Sherco al Detalle, S.L. contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla en los autos nº 807/2016, seguidos a instancia de D*. Benita frente a la ahora recurrente, en los que también han sido parte el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, en impugnación de despido, y, en consecuencia, confirmamos la resolución de instancia.

Se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido por la entidad recurrente, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresara una vez sea firme esta resolución. Aplíquese, entonces, al cumplimiento del fallo de la sentencia, la cantidad de condena consignada".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la empresa SHERCO AL DETALLE, S.L., el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de fecha 15 de octubre de 2015, rec. 1059/2015.



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 19 de junio de 2020, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a las partes recurridas para que formalizaran su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 4 de diciembre de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 27 de enero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión planteada y la sentencia recurrida

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora, el convenio colectivo aplicable debe ser el de limpieza o el de hostelería, ambos provinciales.

2. La empresa recurrente en casación para la unificación de la doctrina tenía contratado con una cadena hotelera "la gestión, supervisión y control del servicio de limpieza de las habitaciones". La trabajadora de aquella empresa, parte recurrida en el presente recurso y que desempeñaba sus servicios en uno de los hoteles desde el 21 de marzo de 2013, fue despedida por la empresa el 30 de julio de 2016. Su despido fue declarado nulo por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, de 13 de marzo de 2017 (autos 807/2016), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de garantía de indemnidad.

La sentencia del juzgado de lo social entendió que el convenio colectivo aplicable era el del sector de la hostelería de la provincia de Sevilla, por lo que fijó como salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido el establecido para la categoría profesional de camarera de pisos en aquel convenio.

3. La empresa recurrió en suplicación la sentencia del juzgado de lo social, pero el recurso fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018).

4. La empresa recurrente en casación unificadora había suscrito un convenio colectivo de empresa, pero el convenio fue declarado nulo por vulneración del principio de correspondencia por sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN), que fue confirmada por sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo 121/2016, 18 de febrero de 2016 (rec. 282/2014).

La cadena hotelera promovió un procedimiento de despido colectivo en el que se acordó en el periodo de consultas la externalización de los servicios de limpieza y mantenimiento de habitaciones, lo que fue aceptado por la sentencia de la Sala de lo Social de la AN que conoció de la impugnación del despido colectivo. La sentencia de la AN fue recurrida en casación, pero el recurso fue desestimado por incumplir los requisitos formales del recurso de casación por nuestra STS 23 de septiembre de 2014 (rec. 6/2014), que confirmó la sentencia de instancia.

SEGUNDO. El recurso de casación para la unificación de doctrina, su impugnación, el informe del Ministerio Fiscal y la existencia de contradicción

1. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018), solicitando que se declare que el convenio colectivo aplicable es el de limpieza de Sevilla y que la categoría profesional de la trabajadora es la de limpiadora conforme a este convenio colectivo. A esta cuestión se ciñe el recurso de casación para la unificación de doctrina, que no recurre la calificación de nulidad del despido de la trabajadora.

El recurso denuncia la infracción del artículo 37.1 de la Constitución, así como del artículo 3 del Convenio Colectivo de hostelería de Sevilla (BOP Sevilla, 21 de agosto de 2015), del artículo 4 del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería (BOE, 21 de mayo de 2015) y de los artículos 3 y 4 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla (BOP Sevilla, 23 de diciembre de 2016).

El recurso invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 15 de octubre de 2015 (rec. 1059/2015).



- 2 a)** El recurso ha sido impugnado por la trabajadora. La impugnación solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.
- b)** El recurso ha sido impugnado por el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial. El Abogado del Estado se adhiere al recurso interpuesto por la empresa y solicita la estimación de dicho recurso y la casación y anulación de la sentencia recurrida.
- 3.** El Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso.
- 4.** Apreciamos, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste que invoca el recurso.

En efecto, de forma sustancialmente similar al supuesto de la sentencia recurrida, que se ha expuesto en el apartado 2 del fundamento de derecho primero de la presente sentencia, también en la sentencia de contraste la empresa demandada despidió a una trabajadora que realizaba las funciones de limpieza de las habitaciones de un hotel que había contratado con aquella empresa el servicio de limpieza, siendo igualmente declarado nulo el despido de la empleada por la sentencia referencial por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de garantía de indemnidad.

Y, con estas semejanzas, la sentencia referencial, confirmando la sentencia de instancia, declaró que, a los efectos económicos correspondientes a la declaración de nulidad del despido, el convenio colectivo aplicable era el de limpieza de edificios y locales de la provincia de Granada y no el convenio provincial de hostelería, mientras que, por el contrario y como ya se ha dicho, la sentencia recurrida en el presente recurso entendió que el convenio colectivo aplicable a tales efectos era el provincial de hostelería y no el provincial de limpieza.

TERCERO. Regulación legal vigente de las condiciones salariales de los trabajadores de la empresa subcontratista y convenio colectivo sectorial aplicable

1. Lo primero que procede recordar es que la "subcontratación de obras y servicios", como la denomina el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET), es una actividad lícita que cuenta con respaldo constitucional y legal.

En efecto, como afirma, por ejemplo, la STS 45/2020, 21 de enero de 2020 (rec. 159/2018), "la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida".

Lo segundo que interesa señalar es, como afirma la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), de un lado, que, en la regulación del artículo 42 ET, "el legislador no ha incluido, entre las obligaciones informativas de la empresa principal y de la contratista o subcontratista, la identificación del convenio aplicable".

Y, de otro lado y especialmente, la citada STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 afirma que "el legislador ha optado, hasta ahora, por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal, mientras que ha intervenido activamente en otros supuestos, como en las empresas de trabajo temporal, estableciendo en el art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuaria tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria, considerándose condiciones esenciales de trabajo y empleo, las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos".

Añade la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 que "consiguientemente, el silencio del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contratistas o subcontratistas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal."

Finalmente, la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020, rechaza que en el supuesto se hubiera incurrido en discriminación directa o indirecta por razón de género - alegación por cierto no formulada en momento alguno en el caso que ahora examinamos-, "aun cuando es notorio -afirma la STC 250/2020, 12 de marzo de 2020- que el personal de pisos y limpieza es mayoritariamente femenino."

A los efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, es relevante recordar, así, que el vigente artículo 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las



mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal.

Es solo en caso de "cesión de trabajadores" (artículo 43 ET) en el que, de conformidad con el artículo 43.4 ET, "los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo".

2. Se acaba de decir que la legislación vigente, y en concreto el artículo 42 ET, no obligan a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal. De ahí que haya sido la negociación colectiva la que haya establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad, obligando a las empresas "principales" incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a ellas aplicables la obligación de incorporar esa obligación de equiparación en los contratos mercantiles celebrados con las empresas contratistas o subcontratistas.

De lo anterior es buena muestra el supuesto examinado por nuestra ya citada STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), que aclara que la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a las empresas "principales" y no, naturalmente, a empresas "terceras" no incluidas en ese ámbito de aplicación.

En el presente supuesto, la obligación de equiparación de las condiciones salariales no existía en el momento de los hechos enjuiciados, pero la equiparación sí se ha establecido a partir del 1 de enero de 2019.

En efecto, el artículo 3 del convenio colectivo de hostelería de Sevilla de 2017 a 2019 (BOP 8 de febrero de 2018) ha dispuesto lo siguiente:

"Al personal que desarrolle su trabajo, total o parcialmente, en las categorías de camareros de pisos, ayudantes de camareros, que sean o estén contratados por cualquier empresa que preste servicios a las empresas recogidas en los ámbitos funcional y personal del presente convenio, a partir del 1 de enero de 2019 les será de aplicación las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el presente convenio que fuesen de aplicación en la empresa principal o las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicha empresa principal."

Pero, con independencia de otras consideraciones que no procede realizar aquí sobre la fuerza vinculante del convenio respecto de empresas no incluidas en su ámbito de aplicación, el hecho de que la negociación colectiva establezca esta equiparación de condiciones esenciales a partir de una determinada fecha (1 de enero de 2019), revela que antes de esa fecha (y los hechos del presente recurso fueron anteriores) no existía tal equiparación.

3. Son de interés para el presente supuesto las SSTS 136/2019, 22 de febrero de 2019 (rec. 237/2017) y 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019), la primera en un supuesto de empresa no multiservicio, como la sentencia recurrida entiende que era el caso que ahora resolvemos, y la segunda en un caso de empresa multiservicio. La STS 438/2020, 11 de junio de 2020, diferencia el supuesto que examina respecto del enjuiciado por la STS 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014).

Pero mayor relevancia tiene para el actual supuesto la afirmación ya mencionada de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), en el sentido de que la legislación vigente no obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar a sus trabajadores el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de esa empresa principal. En efecto, el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista será el que resulte de aplicación a esta última empresa.

CUARTO. El convenio colectivo aplicable es el de limpieza y no el de hostelería

1. De conformidad con lo razonado, apreciamos que el convenio colectivo aplicable en el presente supuesto es el de limpieza y no el de hostelería.

Según se hace constar en el apartado III del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, el contrato celebrado por la empresa recurrente en casación unificadora y la cadena hotelera era la gestión, supervisión y control del servicio de "limpieza de las habitaciones" del hotel que la primera realizaba en favor de la segunda.

Para rechazar que a la trabajadora parte recurrida en el presente recurso le sea aplicable el convenio de limpieza, la sentencia recurrida subraya la importancia (lo califica "núcleo central") que tiene en un hotel la



limpieza de las habitaciones, que va más allá -se argumenta- de su estricta limpieza, tratándose de lo que los establecimientos hoteleros que lo hacen con personal propio denominan -afirma la sentencia- "departamento de pisos", siendo significativo de todo lo anterior -razona el TSJ- que se llame a las trabajadoras "camareras de pisos".

Pero de la razonada argumentación sobre la centralidad de lo que supone la limpieza de las habitaciones en la actividad hotelera, sin duda de mayor complejidad y esfuerzo de lo que muchas veces se ha tendido a pensar, la sentencia recurrida extrae una conclusión que no podemos compartir.

Para la sentencia recurrida, esa condición de la limpieza de las habitaciones de "núcleo central" de la actividad hotelera, excluye que a esa limpieza se le pueda aplicar el convenio de limpieza al encajar en el ámbito funcional del convenio de hostelería, toda vez que las tareas de limpieza que se realizan en los habitaciones de los hoteles -razona la sentencia- son las "mismas", bien se hagan por personal propio, bien se hagan, en caso de externalización, por los trabajadores de la empresa con la que el hotel ha contratado el servicio de limpieza de aquellas habitaciones.

Sin duda ello es así. Es lógico que, en los supuestos de subcontratación, las funciones que realicen los trabajadores de las empresas contratistas también encajen en la clasificación profesional del convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal, toda vez que son tareas que esta empresa puede desarrollar con trabajadores directos suyos. Así puede comprobarse en los convenios colectivos aplicables a la empresa principal en el actual supuesto y en los supuestos resueltos por las SSTs 136/2019, 22 de febrero de 2019 (rec. 237/2017) y 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019).

Ocurre que, como hemos recordado en los anteriores fundamentos de derecho de esta sentencia, la legislación vigente permite a una empresa principal contratar a subcontratar con otras empresas parte de su actividad, incluso aunque esta se corresponda -subrayamos ahora- con su "propia actividad" (artículo 42.1 ET), esto es con actividades inherentes a su ciclo productivo que forman parte, en los términos de la sentencia recurrida, de su "núcleo central". Y ya se ha visto que el artículo 42.1 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, y menos la aplicación del mismo convenio colectivo, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollan trabajadores de otra empresa.

2. En el presente supuesto, la actividad contratada entre la cadena hotelera era el "servicio de limpieza de las habitaciones".

Esta actividad, aun correspondiéndose con el "núcleo central" de una empresa hotelera, se puede lícitamente subcontratar, siempre, naturalmente, que no se incurra en una ilícita cesión de trabajadores (artículo 43 ET). Y, si se subcontrata, la regulación legal vigente no garantiza que los trabajadores de la empresa contratista tengan que tener las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones.

La conclusión de lo anterior es que, conforme a nuestra jurisprudencia, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectiva aplicable a la empresa contratista o subcontratista. Convenio que, en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por -nuestro caso- una empresa hotelera. Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores, de aquella otra empresa que no explota directamente el hotel, sino a la que este último subcontrata parte de su actividad (en nuestro caso, la limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores. En este último caso, el convenio colectivo aplicable será, no el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista.

3. De acuerdo con lo razonado, el convenio colectivo aplicable en el presente supuesto es el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla 2016-2020 (BOP Sevilla, 23 de diciembre de 2016).

El artículo 1 de este convenio colectivo ("ámbito funcional") establece que "el presente convenio colectivo será de obligado cumplimiento a todas las entidades que se dediquen a las actividades del sector de la limpieza, independientemente de la forma jurídica que adopten las empresas y aunque la misma no sea su objeto social principal".

El artículo 3 de este mismo convenio colectivo ("ámbito personal"), que es el precepto convencional cuya infracción denuncia el recurso, dispone que "este convenio regulará las relaciones laborales y condiciones de trabajo de las empresas incluidas en los ámbitos funcional y territorial, así como a la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la actividad, cualquiera que sea la función que desarrollen en ella, y el grupo profesional al que pertenezca".



Por su parte, el artículo 2 ("ámbito funcional") del Convenio para el sector de la hostelería de Sevilla 2015-2016, en el que se apoya la sentencia recurrida interpretándolo de forma finalista, prevé que "el presente Convenio regula las condiciones mínimas de trabajo y su retribución en las empresas dedicadas a la actividad de Hostelería". Mientras que su artículo 3 ("ámbito personal"), cuya infracción denuncia el recurso, remite a la relación de empresas del "artículo 4º del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería", cuya infracción denuncia asimismo el recurso.

El artículo 4 del ("ámbito funcional") del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V) 2015-2019 tiene el siguiente tenor:

"Este Acuerdo es de aplicación a las empresas y a los trabajadores y trabajadoras del sector de hostelería.

Se incluyen en el sector de hostelería las empresas, cualquiera que sea su titularidad y objeto social, que realicen en instalaciones fijas o móviles, ya sea de manera permanente, estacional o temporal, actividades de alojamiento de clientes en hoteles, hostales, residencias, viviendas comercializadas con fines turísticos, apartamentos que presten algún servicio hostelero, balnearios, albergues, pensiones, moteles, alojamientos rurales, centros de camping y, en general, todos aquellos establecimientos que presten servicios de hospedaje a clientes; asimismo, se incluyen las empresas que presten actividades de servicio de comida y bebida para su consumo por el cliente, en restaurantes, catering, comedores colectivos, cadenas de restauración moderna; locales de comida rápida: pizzerías, hamburgueserías, bocadillerías, creperías; cafés, bares, cafeterías, cervecerías, tabernas, freidurías, chiringuitos de playa, pubs, terrazas de veladores, quioscos, cruasanterías, heladerías, chocolaterías, locales de degustaciones, salones de té, "cibercafés", gastrobares, kebabs, ambigús, salas de baile o discotecas, cafés-teatro, tablaos, billares y salones recreativos, así como los servicios de comidas o bebidas en casinos de juego y bingos.

La citada relación no es exhaustiva, por lo que es susceptible de ser ampliada o complementada con actividades no incluidas en ella que figuren en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas actual o futura. La inclusión, en su caso, requerirá pacto previo de la Comisión negociadora de este Acuerdo."

Como puede apreciarse, el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, en lo que aquí interesa, incluye en su ámbito de aplicación a las empresas que realizan actividades de "alojamiento de clientes" o de "hospedaje de clientes". Y no es esta actividad la que realiza la empresa recurrente en casación para la unificación de doctrina, sino que se dedica, según afirma la sentencia recurrida, a "la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina "departamento de pisos"".

QUINTO. La estimación del recurso

1. De acuerdo con lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, estimar parcialmente el recurso de tal clase interpuesto por la empresa, revocar parcialmente la sentencia del juzgado de lo social, declarando que el convenio colectivo aplicable, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido, es el de limpieza de edificios y locales de Sevilla, y confirmando la sentencia de dicho juzgado de lo social en todo lo demás.

2. Sin costas (artículo 235.1 LRJS) y con devolución de los depósitos constituidos para recurrir (artículo 228.2 LRJS). Dése a las consignaciones efectuadas el destino que legalmente proceda.

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa SHERCO AL DETALLE, S.L., representada por el procurador de los tribunales don Mauricio Gordillo Alcalá y asistida por la letrada doña Alfina Celemín del Val, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018), que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por aquella empresa contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, de 13 de marzo de 2017 (autos 807/2016) sobre despido.

2. Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, estimar parcialmente el recurso de tal clase interpuesto por la empresa, revocar parcialmente la sentencia del juzgado de lo social, declarando que el convenio colectivo aplicable, a efectos de la fijación de la categoría y del



salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido, es el de limpieza de edificios y locales de Sevilla, y confirmando la sentencia del juzgado de lo social en todo lo demás.

3. Sin costas y con devolución a la empresa recurrente de los depósitos constituidos para recurrir. Dése a las consignaciones efectuadas el destino que legalmente proceda.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. **2839/2019**.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. **2839/2019** para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por cuanto oportunamente se dirá, basando el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- 1.- A modo de antecedente y por su interés, cabe señalar que:

Con fecha 13 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por doña Benita contra SHERCO AL DETALLE SL, por lo que debo declarar y declaro **NULO EL DESPIDO**, condenando a la empresa demandada, a estar y pasar por dicha declaración, debiendo readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de los salarios dejados de percibir. Y debo condenar y condeno a la empresa demandada abonar a la trabajadora la cantidad de 2000 € en concepto de indemnización por daños y perjuicios.>>

En dicha sentencia se reflejan los siguientes hechos probados:

"I.- La actora viene prestando servicios desde el día 21 de marzo de 2013 con la categoría profesional de camarera de piso, percibiendo un salario diario de 46,99 €. No ostenta la representación sindical al tiempo de la presentación de la demanda.

Es de aplicación el convenio colectivo de hostelería de Sevilla. La actora desempeña sus servicios en el centro de trabajo que la empresa tiene Sevilla concretamente en el hotel NH plaza de armas de Sevilla.

En fecha 13 febrero el 2017, la parte actora ha sido elegida representante legal de los trabajadores folios 53 y 54 de las actuaciones.

II.- La actora presentó en fecha de 27 de julio de 2016 ante el SERCLA papeleta de conciliación por conflicto individual contra la empresa demandada, declarando que realizaba trabajos de superior categoría, solicitando que se le reconociera la categoría de camarera de piso o en su defecto abono de la diferencias salariales derivada del ejercicio de tales actividades. Se decía en la papeleta de conciliación, que se presentó demanda de fecha 31 de octubre el 2013 de conflicto colectivo que concluyó con resolución dictada por la Sala de lo social de la Audiencia Nacional en sentencia número 20/14 de 5 de febrero y sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 18 de febrero de 2016, en las que se ponen de manifiesto que no se puede extender la aplicación del convenio colectivo de la empresa SHERCO AL DETALLE a la actora.

La empresa tuvo conocimiento de la presentación de la papeleta de conciliación por la actora con anterioridad al día 30 de julio de 2016 .

Un total de 11 trabajadoras de la empresa demandada interpusieron papeleta de conciliación y tres de ellas han sido despedidas por la empresa.

III.- En fecha de 30 de julio de 2016 la empresa mediante burofax entregó a la trabajadora carta en la que le notifica la voluntad de proceder a la extinción de la relación laboral con efectos inmediatos. Se da por reproducida la carta de despido que consta las actuaciones al documento número cuatro del ramo de prueba de la parte demandada. En dicha carta se le imputa una disminución voluntaria y continuada del rendimiento, de tal forma que se consideran que los hechos constituyen una infracción muy grave merecedora de despido



disciplinario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.2 e del estatuto los trabajadores, en relación con el artículo 30.13 del convenio colectivo de la empresa demandada>>.

2.- Interpuesto recurso de suplicación, la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 2019, en la Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del que consta la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS: Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Sherco al Detalle, S.L. contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla en los autos nº 807/2016, seguidos a instancia de D*. Benita frente a la ahora recurrente, en los que también han sido parte el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, en impugnación de despido, y, en consecuencia, confirmamos la resolución de instancia.>>

SEGUNDA.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora, el convenio colectivo aplicable debe ser el de limpieza o el de hostelería, ambos provinciales.

Como señala la sentencia en su voto mayoritario:

La empresa recurrente en casación para la unificación de la doctrina tenía contratado con una cadena hotelera "la gestión, supervisión y control del servicio de limpieza de las habitaciones". La trabajadora de aquella empresa, parte recurrida en el presente recurso y que desempeñaba sus servicios en uno de los hoteles desde el 21 de marzo de 2013, fue despedida por la empresa el 30 de julio de 2016. Su despido fue declarado nulo por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, de 13 de marzo de 2017 (autos 807/2016), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de garantía de indemnidad.

Al respecto, la sentencia del Juzgado de lo Social entendió que **el convenio colectivo aplicable era el del sector de la hostelería** de la provincia de Sevilla, por lo que fijó como salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido el establecido para la categoría profesional de camarera de pisos en aquel convenio.

La empresa recurrió en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social, pero el recurso fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018).

La empresa recurrente en casación unificadora había suscrito un convenio colectivo de empresa, pero el convenio fue declarado nulo por vulneración del principio de correspondencia por sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN), que fue confirmada por sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo 121/2016, 18 de febrero de 2016 (rec. 282/2014).

La cadena hotelera promovió un procedimiento de despido colectivo en el que se acordó en el periodo de consultas la externalización de los servicios de limpieza y mantenimiento de habitaciones, lo que fue aceptado por la sentencia de la Sala de lo Social de la AN que conoció de la impugnación del despido colectivo. La sentencia de la AN fue recurrida en casación, pero el recurso fue desestimado por incumplir los requisitos formales del recurso de casación por nuestra STS 23 de septiembre de 2014 (rec. 6/2014), que confirmó la sentencia de instancia.

TERCERA.- 1.- El recurso se limita a denunciar la infracción del artículo 37.1 de la Constitución, así como del artículo 3 del Convenio Colectivo de hostelería de Sevilla (BOP Sevilla, 21 de agosto de 2015), del artículo 4 del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería (BOE, 21 de mayo de 2015) y de los artículos 3 y 4 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla (BOP Sevilla, 23 de diciembre de 2016). Entiende que el aplicable es el de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla, a pesar de que hasta su despido la trabajadora percibió el salario establecido para la categoría profesional de camarera de pisos en aquel convenio.

2.- Señala la sentencia en su voto mayoritario que:

<<... la legislación vigente permite a una empresa principal contratar a subcontratar con otras empresas parte de su actividad, incluso aunque esta se corresponda -subrayamos ahora- con su "propia actividad" (artículo 42.1 ET), esto es con actividades inherentes a su ciclo productivo que forman parte, en los términos de la sentencia recurrida, de su "núcleo central". Y ya se ha visto que el artículo 42.1 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, y menos la aplicación del mismo convenio colectivo, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollan trabajadores de otra empresa.



(...) En el presente supuesto, la actividad contratada entre la cadena hotelera era el "servicio de limpieza de las habitaciones".

Esta actividad, aun correspondiéndose con el "núcleo central" de una empresa hotelera, se puede lícitamente subcontratar, siempre, naturalmente, que no se incurra en una ilícita cesión de trabajadores (artículo 43 ET). Y, si se subcontrata, la regulación legal vigente no garantiza que los trabajadores de la empresa contratista tengan que tener las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones.>>

2.- Sentado cuanto antecede, nos encontramos ante la que la sentencia denomina una externalización de los "servicios de limpieza y mantenimiento de habitaciones", en el que se encuentran en definitiva las denominadas "**camareras de pisos**", categoría ostentada por la actora, cuyo servicio es conocido que es prestado mayoritariamente por mujeres. Esta externalización en cuanto afecta a este colectivo concreto, cuyo resultado no es otro que un beneficio económico empresarial a costa de una rebaja en los salarios de las personas trabajadoras, por la vía de la aplicación de convenio colectivo distinto al que rige las relaciones laborales de las personas trabajadoras del hotel entre las que este colectivo se encontraba incluido.

Así tiene señalado esta Sala IV/TS que: "*El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores*" (STS de 27 de octubre de 1994, Recurso 3724/1993 10 de mayo de 2006, Recurso y 31 de mayo de 2006, Recurso 725/2005). Aunque, también se ha dicho que "*..... la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la **necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador***" (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 3148/2004 que viene a recogerse en la de 2 de marzo de 2009, Recurso 1605/2008).

En este sentido, y con cita de la STS de 30 de septiembre de 1998, Recurso 4489/1997 se ha dicho que "*En todo caso se debe hacer referencia - siguiendo la doctrina de esta Sala en su sentencia de 21 de marzo de 1.997 - al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contrata tiene encaje en tal causa en todo caso o solo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, **siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial***"; doctrina ésa ratificada por las Sentencias de 3 y 4 de octubre de 2.000 (Rec. 621/2000 y 4098/1999), dictadas en Sala General" (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 148/2004 ya citada anteriormente).

Por ello, sin perjuicio de que la externalización pudiera considerarse abusiva, lo cual no es objeto del presente procedimiento, lo que sí es cierto y así lo estimo, dicho sea con los debidos respetos, es que el entender que el salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, por el que se había regido hasta la fecha, es claramente discriminatorio, y se hace necesario en el caso atendiendo a las circunstancias expresadas juzgar con perspectiva de género.

CUARTA.- 1.- Al respecto, hay que señalar como hemos venido recordando (STS/IV de 06/02/2020 -rcud. 3801/2017-) que "el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -LOIEMH- bajo la rúbrica "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas" establece: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". La interpretación ha de hacerse a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades La interpretación a favor de la igualdad es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal ha de ser el faro a cuya luz se interpreten las normas. Ha de aplicarse la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad.

En este precepto se reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades, al figurar en el epígrafe "Integración del principio..." y en el precepto "...se integrará..."Al ser un principio informador del ordenamiento jurídico se aplica lo dispuesto en el artículo 1.4 Cc "Los principios



generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

La función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado".

Por otra parte el artículo 15, de la LOIEMH bajo el epígrafe "Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.", incardinado en el Título II "Políticas públicas para la igualdad" dispone que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos..."

Ante el tenor literal de las normas precitadas hemos de concluir que el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

Aparece así la obligación de Jueces y Tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 de la Constitución.

La perspectiva de género proclamada por el art. 4 de la referida Ley Orgánica 3/2007 refuerza que al caso concreto, sea aplicable el convenio colectivo de hostelería y no el de limpieza como contrariamente ha entendido la Sala en su voto mayoritario, decisión que estimo contraria al principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra, y aboca al colectivo externalizado a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado **dumping social**, inadmisibles en un estado social y democrático de derecho.

Es en este sentido que formulo mi voto particular.

En Madrid, a 12 de febrero de 2021