



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección: RC

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

Proc. origen: Conflicto colectivo Nº proc. origen:  
0000746/2013-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz  
de Tenerife

Intervención:

Recurrente

Recurrente

Recurrido

Recurrido

Interviniente:

BE LIVE HOTELS S.L.U.

GENSER S.L.

CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL  
CANARIA

FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE  
COMISIONES OBRERAS

Abogado:

INMACULADA HERRANZ PERLADO

FERNANDO VIZCAINO DE SAS

LAURA PADILLA SUAREZ

CLODOALDO RADAMES CORBELLA  
RAMOS

060619

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000922/2017

NIG: 3803844420130005350

Materia: Cesión ilegal colectiva

Resolución: Sentencia 000552/2019

*-Notificada-*

## SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA

Magistrados

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

D./D<sup>a</sup>. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 27 de mayo de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

### EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

En el rollo de suplicación interpuesto por las empresas "BE LIVE HOTELS, SLU" y "GENSER, SL" contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2017, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 7 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 746/2013 sobre conflicto colectivo,





## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Según consta en autos se presentó demanda por D. Manuel Fitas Ramírez, en su condición de Secretario General de la Federación Canaria de Comercio, Hostelería y Turismo del Sindicato Comisiones Obreras (CC.OO) y por D. Ignacio Rodríguez Marrero, en su condición de representante del Sindicato "CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL CANARIA" (IC) contra las empresas "BE LIVE HOTELS, SLU" y "GENSER, SL" y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 15 de mayo de 2017 por el Juzgado de lo Social Nº 7 de los de Santa Cruz de Tenerife.

**SEGUNDO.-** En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

*PRIMERO.- En fechas 18/06/2012 y 19/06/2012 BE LIVE HOTELS, SLU comunica, mediante escrito, al Comité de Empresa de los dos centros de trabajo que cuenta en Santa Cruz de Tenerife (Hotel Be Live La Niña y Hotel Be Live Orotava Palace), que la actividad propia del servicio de pisos pasaría a ser desempeñada por la mercantil GENSER, SL, desde el 01/07/2012, acompañando a dicho escrito la relación de trabajadores afectados por la subrogación en un total de 20 en Hotel Be Live La Niña y de 18 en Hotel Be Live Orotava Palace, escrito y Anexo que constan aportados por los demandantes en sus respectivos ramos de prueba, y por la codemandada Be Live Hotels, SLU, que se dan aquí por enteramente reproducidos (folios 210, 211, 342, 343, 1064, 1316 y 1317 de las actuaciones).*

*SEGUNDO.- En fecha 19/06/2012, Be Live Hotels, SLU comunica, mediante escrito, a cada uno de los trabajadores del servicio de pisos de los dos centros de trabajo referidos anteriormente, que la actividad del servicio de pisos, "que constituye una unidad productiva autónoma", pasaría a ser transmitida y continuada en su desarrollo por GENSER, SL, desde el 01/07/2012, ello en atención a lo dispuesto en el capítulo X del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería y de forma subsidiaria, para lo que no esté previsto en aquel, por lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relacionando a continuación, las actividades transmitidas a Genser, SL, como unidad productiva autónoma dentro del servicio de pisos, recogiendo las siguientes: "- Realización de manera cualificada de la limpieza y arreglo de las habitaciones y pasillos, así como del orden de los objetos de los clientes. Limpiar y ordenar las habitaciones, baños y pasillos entre las habitaciones de clientes. Controlar el material, productos de los clientes y los objetos perdidos. Realizar la atención directa al cliente en las funciones propias de su área. Realización de las labores propias de lencería y lavandería. - Realización de manera no cualificada de las tareas auxiliares de limpieza y arreglo de pisos y áreas públicas. Preparación, transporte y recogida de los materiales y productos necesarios para la limpieza y mantenimiento de las habitaciones y áreas públicas e internas. Preparación de las salas para reuniones, convenciones, etc. Limpieza de las áreas y realización de labores auxiliares". Documentos que por su extensión y obrar en las actuaciones, se da aquí por enteramente reproducido (folios 212 a 271, 345 a 348,*





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



1.065 a 1.126, 1.318 a 1.389 de las actuaciones). **TERCERO.-** En fecha 25 de junio de 2012, el Comité de Empresa del Hotel Be Live Orotava acuerda, por unanimidad, instar demanda de conflicto colectivo sobre "la aplicación del Convenio de Hostelería al sector de Camareras de pisos y de la ilegalidad de la subrogación practicada por la empresa GENSER, SL desde que se externalizó el servicio". Documento obrante al folio 272 de las actuaciones, que se da por enteramente reproducido. **CUARTO.-** En las elecciones a representante de los trabajadores celebradas en marzo de 2010 en el centro de trabajo Hotel Orotava Palace, Intersindical Canaria fue la lista más votada con 35 votos frente a los 26 de CCOO, (folios 332 a 339 de las actuaciones). **QUINTO.-** Por escrito de fecha 30/06/2012, GENSER, SL comunica a cada uno de los trabajadores del servicio de pisos que es la nueva adjudicataria y la subrogación en todos los derechos y obligaciones laborales de cada uno a tenor de lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y con efectos de 01/07/2012, asumiendo el mantenimiento de todas y cada una de las retribuciones que venían percibiendo hasta el momento, sin que la subrogación operada suponga menoscabo en las cuantías salariales, documento que por obrar en las actuaciones se da aquí por enteramente reproducido (folios 708 a 744 de las actuaciones). **SEXTO.-** En la nómina correspondiente al periodo de liquidación 01/06/2012 a 30/06/2012, la empresa Be Live Hotels, SLU hace constar, al margen superior izquierdo, lo siguiente "Con el percibo de la indicada cantidad, queda saldada, finiquitada y definitivamente extinguida la relación laboral que me unía a la Empresa", (folios 1145 a 1162 y 1390 a 1407 de las actuaciones). **SÉPTIMO.-** En fecha 01/07/2012, las empresas BE LIVE HOTELS, SLU y GENSER, SL, suscriben contrato mercantil para la gestión y el servicio de limpieza de los Hoteles Be Live Orotava Palace y Be Live La Niña, que por obrar en las actuaciones, así como sus anexos y adenda, se da aquí por enteramente reproducido (folios 632 a 705 de las actuaciones), no obstante, consta que el objeto del mismo lo constituye "la gestión y el servicio de limpieza de las habitaciones y zonas comunes de Los Hoteles, por parte de Genser en los términos que resultan del documento que se une como Anexo I al presente contrato" (cláusula 1º), que se pacta por una duración de 2 años, del 01/07/2012 hasta el 30/06/2014, sin perjuicio de ser prorrogado por periodos de un año (cláusula 2º), obligándose Be Live a poner a disposición de Genser: "A) El espacio necesario de un local para que el personal de Genser lo emplee como vestuario y guardarropa; B) Un local adecuado para que Genser pueda depositar su propia maquinaria, productos, etc"; (cláusula 5º); obligándose Genser además "a proporcionar, a su exclusivo coste y sin que ello implique un incremento del precio pactado, los uniformes necesarios para cada uno de los trabajadores asignados al servicio..." "... a reponer los uniformes del personal asignados a la prestación de los servicios tantas veces como sea necesario...". Añade que "El personal asignado al servicio estará debidamente identificado mediante su uniforme y tarjeta identificativa de su nombre y apellidos que asimismo, deberá desarrollar su tarea con el máximo de discreción y observando los parámetros de calidad de imagen definidores de la política de Be Live". "Genser asume la obligación de llevar a cabo cuantos controles de calidad considere oportunos, y especialmente en caso de recibir alguna queja por parte de Be Live, caso éste en el que Be Live deberá informar en el plazo de 24 horas siguientes a su verificación, mediante entrega de copia del control realizado". "Genser asume la obligación de facilitar cuantos elementos y útiles sean necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones del presente contrato, y serán también de su cargo la maquinaria y herramientas que se precisen y el mantenimiento de las mismas...", (cláusula



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



6ª). La cláusula 7ª dice "El servicio se prestará en las dependencias del CLIENTE en los hoteles que figuran en el Exponen Primero, los cuales disponen de unas instalaciones adecuadas a la normativa vigente, y del mobiliario, maquinaria y utensilios de limpieza y lencería necesarios. Para llevar a cabo la prestación de los servicios el CLIENTE transmitirá a GENSER a cambio de un precio de 500 € todos aquellos materiales, herramientas y utensilios necesarios para llevar a cabo las tareas de supervisión, limpieza, preparación y conservación, tanto de las habitaciones como de las zonas comunes. El citado precio se abona a la firma del presente contrato, sirviendo el mismo como eficaz carta de pago. Estos serán los propios y adecuados para llevar a cabo las tareas de limpieza y preparación de habitaciones, y que consisten en: Carros de limpieza. Aspiradoras. Utillaje de limpieza. Con el pago del precio indicado, todos los materiales y utensilios relacionados pasarán a ser propiedad de GENSER, siendo ésta la única responsable de su cuidado y mantenimiento, obligándose a repararlos o reponerlos cuando sea necesario". La cláusula 13, referida al personal asignado a la prestación del servicio, dice: "Genser prestará los servicios objeto del presente contrato a través de sus propio personal del cual es la empleadora a todos los efectos...". Además, en sus anexos, consta como actividades de apoyo a los dos hoteles: "a. Planificar en caso necesario: lencería, droguería, productos limpieza, uniformes, etc, y comunicarlos al jefe de compra. b. control de Stock y pedido de amenities, planificación de necesidades y comunicación de las mismas al jefe de compras (previsión, control presupuestario por dirección). c. Control de lencería, dar parte de lo que se considera de baja por estar en mal estado, así como realización del informe y planificación de compra según las cantidades existentes de toallas, sábanas, colchas, mantas, almohadas etc. que posee el hotel. d. Elaboración partes de avería y seguimiento del proceso, el hotel deberá facilitar un modelo de parte de avería, en su caso la gobernanta designada por Genser lo anotará y pasará a mantenimiento dejándolo anotado en las libretas designadas para ello. e. Control de stock de lencería y de ropa de baja. f. Control de los objetos olvidados por los clientes. g. Control de envío y recepción de lencería y materiales a lavandería externa (recuento). h. Control empresa externa de Lavado, planchado y entrega de ropa de clientes. El "Acuerdan" segundo y tercero hace referencia a la compra por Genser del estudio ergonómico del puesto de trabajo de camarera de piso y determinación del metabolismo energético elaborado por Be Live el 11 de mayo de 2012, ha cambio de un precio de 500 euros. OCTAVO.- Según Genser, SL, la maquinaria y materiales adquiridos a Be Live en ambos Hoteles, son; 14 aspiradoras; 2 pulidoras/acristaladora; 1 inyección/extracción moquetas; 2 inyección/extracción tapicerías; 4 planchas; 3 tablas de planchar; 3 lavadoras; 3 secadoras; 32 cubos de fregar; 16 fregonas; 22 recogedores; 24 carros de piso; 3 carros de zonas comunes; 18 rasqueta; 14 haraganes; 12 carros de ropa; 1 máquina de coser; y, 4 jaulas de ropa, (folio 1.063 de las actuaciones). NOVENO.- En fecha 11/09/2012, GENSER, SL, comunica a los trabajadores que subrogó con fecha 01/07/2012 de la empresa BE LIVE HOTELS, SLU, que tras haber caducado el Convenio de Hostelería de Tenerife el 30/06/2012, les sería de aplicación el de Limpieza de edificios y locales, documento que por obrar en las actuaciones se da aquí por enteramente reproducido (folios 274 Y 372 de las actuaciones). DÉCIMO.- La empresa Be Live Hotels, SLU aplicaba a los trabajadores del servicio de pisos el Convenio provincial del sector de Hostelería, lo que hizo hasta el 30/06/2012 y GENSER, SL en los meses de julio y agosto de 2012, aplicando el Convenio Colectivo provincial de Limpieza



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



de Edificios y Locales desde el mes de septiembre de 2012, abonando a los trabajadores subrogados el salario previsto en dicho convenio, (nóminas aportadas obrantes a los folios 275 a 313, 315 y 320, y folios 851 a 873 de las actuaciones). UNDÉCIMO.- Los trabajadores de servicios de pisos subrogados percibieron hasta agosto de 2012 las retribuciones siguientes, según categoría profesional, en Be Live Hotels, SLU: Camareras de pisos y valet: Salario base: 996,72 euros. Complemento de actividad: 89,70 euros. Plus lavado: 12,04 euros. Plus calzado: 12,04 euros. Plus transporte: 56,96 euros. Total: 1.110,50 euros. Subgobernanta: Salario base: 1.054,32 euros. Complemento de actividad: 94,89 euros. Plus de lavado: 12,04 euros. Plus calzado: 12,04 euros. Plus transporte: 56,96 euros. Total: 1.230,25 euros (sin contar antigüedad, bolsa de vacaciones y pagas extraordinarias, según nóminas aportadas). DUODÉCIMO.- Desde el mes de septiembre de 2012, percibieron las retribuciones conforme al Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, que para el año 2012 estaba fijado en los conceptos y cantidades siguientes: Salario base: 661,10 euros. Plus convenio: 89,01 euros. Plus distancia: 144,44 euros. Total: 894,55 euros (sin contar antigüedad, bolsa de vacaciones y pagas extraordinarias, según tablas salariales del convenio). DÉCIMOTERCERO.- GENSER, SL, imparte a los trabajadores subrogados cursos de formación, gestiona las vacaciones, tramita las bajas por incapacidad temporal, abona los salarios, reorganiza los turnos de limpieza en relación con las necesidades de los centros de trabajo, mediante los partes diarios entregados por la recepción de cada hotel; supervisa las habitaciones y zonas de limpieza y en algún caso le acompaña la dirección de cada uno de los respectivos hoteles; sanciona a los trabajadores, decide sobre el despido. La encargada de GENSER, SL, tiene despacho en cada uno de los hoteles. El personal subrogado por GENSER, SL mantiene el mismo uniforme anterior portando una chapa identificativa de Genser, SL; los carros de limpieza y demás utensilios son los mismos que los utilizados por BE LIVE, así como la lencería; los productos de limpieza los adquiere Genser, SL, los de aseo para las habitaciones son puestos por Be Live Hotels, SLU; los trabajadores comen en el comedor de los hoteles al igual que el resto del personal; Genser, SL utiliza la lavandería del hotel para la limpieza de la lencería y otros, mandando fuera la limpieza de las sábanas. DECIMOCUARTO.- En fecha 17 de mayo de 2013 se dicta sentencia, que quedo firme, por el Juzgado de lo Social nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos 709/2012, en procedimiento seguido entre el Comité de Empresa de Be Live Hotels, SLU y la Federación de Hostelería, Comercio y Turismo del Sindicato CCOO frente a Be Live Hotels, SLU y Genser, SL, desestimatoria de las excepciones de falta de legitimación activa en relación con la demanda planteada por la Federación de Hostelería, Comercio y Turismo de CCOO; desestimación de la excepción de falta de legitimación activa opuesta por BE LIVE HOTELS, SLU en relación con la demanda planteada por el Comité de Empresa en el centro de trabajo de La Orotava; y, estimación de la excepción de falta de agotamiento de la vía previa preprocesal en relación con la demanda planteada por la Federación de Hostelería, Comercio y Turismo de CCOO y la de falta de legitimación activa en relación con la demanda planteada por el Comité de Empresa en el centro de trabajo de La Orotava, (aportada mediante fotocopia obrante a los folios 640 a 668 de las actuaciones). DECIMOQUINTO.- En reunión de la Confederación Nacional de Intersindical Canaria, celebrada el 27 de septiembre de 2013, se adopto el acuerdo de interponer demanda de conflicto colectivo frente a las empresas BE LIVE HOTELS, SLU y GENSER, SL "con motivo de la problemática que afecta a los trabajadores del área o departamento de Pisos en los centros de trabajo HOTEL BE LIVE OROTAVA y HOTEL LA NIÑA, derivada del acuerdo de cesión de trabajadores entre las citadas mercantiles,



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



autorizando para ello al miembro del Secretariado D. Ignacio Rodríguez Marrero, ...”, (folio 145 de las actuaciones). DECIMOSEXTO.- A junio de 2014, el Hotel La Niña pasa a tener 20 trabajadores, de los cuales 7 fueron contratados entre junio de 2013 y junio de 2014, y el Hotel Orotava a 14 trabajadores, de los cuales 4 han sido contratados entre enero de 2013 a junio de 2014, (folio 820 de las actuaciones). DECIMOSÉPTIMO.- El 18/01/2013, se publica en el BOP el Convenio Colectivo del sector de Hostelería de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife con una duración desde el 01/07/2012 hasta el 30/06/2015, (obstante a los folios 1.178 a 1.196). DECIMOCTAVO.- Por CCOO el 17 de junio de 2013 se presentó demanda de conflicto colectivo ante el Tribunal Laboral Canario, celebrándose la comparecencia el 27 de junio de 2013 que terminó sin avenencia; folios 12 a 17 de las actuaciones). El 14 de octubre de 2013, por demanda planteada por Intersindical Canaria, se celebró comparecencia ante el Tribunal Laboral Canario que terminó sin avenencia, (folio 144 de las actuaciones).

**TERCERO.-** La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

*Que estimando las demandas formuladas por la FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS, y la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL CANARIA, frente a las empresas BE LIVE HOTELS, SLU y GENSER, SL, debo declarar y declaro nulo la subrogación de los trabajadores del servicio de pisos llevada a cabo entre las empresas demandadas comunicada en fecha 30/06/2012, y existiendo cesión legal de trabajadores, declarar el derecho de los afectados a seguir perteneciendo a la mercantil BE LIVE HOTELS, SLU, con los mismos derechos que tenían con anterioridad a la subrogación, entre ellos la antigüedad y la aplicación del Convenio Colectivo del sector de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife, declarando, asimismo, la responsabilidad solidaria de ambas empresas demandadas.*

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por las empresas codemandadas, siendo impugnados de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima la pretensión ejercitada por los actores, D. Manuel Fitas Ramírez, en su condición de Secretario General de la Federación Canaria de Comercio, Hostelería y Turismo del Sindicato Comisiones Obreras (CC.OO) y D. Ignacio Rodríguez Marrero, en su condición de representante del Sindicato “CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL CANARIA” (IC) y declara la nulidad de la sucesión empresarial parcial operada el día 1 de julio de 2012 entre las empresas “BE LIVE HOTELS, SLU” y “GENSER, SL”, materializada mediante la externalización por la primera del servicio de Camareras de Pisos de los Hoteles “Be Live La Niña” y “Be Live Orotava Palace”, por prohibirla el artículo 17 del



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife 201-2012 y la existencia de cesión ilegal, con el derecho de los trabajadores afectados por la misma a seguir perteneciendo a la plantilla de trabajadores de la empresa sucedida (“BE LIVE HOTELS, SLU”).

Frente a la misma se alzan;

- la empresa demandada “BE LIVE HOTELS, SLU” mediante recurso de suplicación articulado a través de tres motivos de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en las demandas rectoras de autos;
- la empresa demandada “GENSER, SL” mediante recurso de igual clase articulado a través de un motivo de nulidad, dos de revisión fáctica y tres de censura jurídica a fin de que, anulada la sentencia de instancia, se repongan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en que se ha roducido la infracción de normas y garantías del procedimiento cuasantes de indefensión que denuncia o, en caso de no ser estimada dicha petición que, revocada la misma, se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en las demandas rectoras de autos.

**SEGUNDO.-** Por razones sistemáticas comenzaremos por resolver el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “GENSER, SL”, encontrándonos con que por el cauce del apartado a) del del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción del artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con los artículos 209, 216, 218, 416 párrafos 1º y 4º y 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con los artículos 24 y 120 párrafo 3º de la Constitución Española, alegando que la sentencia es incongruente, pues en ella se declara la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre las empresas codemandadas, cuando ello no fue alegado en la demanda que da origen a las actuaciones.

Primeramente hemos de manifestar que para que pueda estimarse el recurso de suplicación por quebrantamiento de forma y se declare la nulidad de actuaciones han de concurrir los siguientes requisitos:

- infracción de normas o garantías del procedimiento;
- existencia de indefensión; y
- protesta previa en el momento procesal oportuno.

Por tanto, no toda infracción de norma procesal dará lugar a la nulidad por quebrantamiento de forma, siendo preciso que la misma haya provocado a la parte consecuencias negativas, limitando sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, siendo la indefensión el alma de la nulidad (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de julio de 1991). La indefensión no ha de ser meramente formal, sino también material, incumbiendo al recurrente demostrar que el error judicial anuló o limitó sustancialmente los derechos inherentes a su calidad de parte en el proceso (sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1985, 5 de octubre de 1989 y 25 de abril de 1994 y del Tribunal Central de Trabajo de 3 de junio de 1974 y 23 de enero de 1987).



Además, para que el quebrantamiento de forma se pueda alegar en suplicación es necesario que el recurrente haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en el momento procesal oportuno, salvo cuando la infracción procesal que se denuncia se haya producido en un momento en que la parte carece de la oportunidad de protestar.

Establecido lo anterior, a primera vista podemos apreciar que el motivo de nulidad que la empresa recurrente dice articular no es en realidad tal pues, a pesar de alegar la infracción de preceptos procesales, lo que viene a hacer en él es criticar globalmente la valoración de la prueba realizada por la Magistrada de instancia mediante comentarios desfavorables a la misma.

Además, hemos de tener en cuenta que la sentencia, como respuesta que proporciona el Juez en la solución de un conflicto, debe ser, además de motivada, congruente con las peticiones de las partes (artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). Que la sentencia tenga que ser congruente supone la concordancia entre la decisión judicial y lo pedido en la demanda y demás peticiones oportunamente articuladas en el juicio. Puede por ello la sentencia incurrir en defecto de incongruencia, que a su vez puede ser:

- omisiva, si no resuelve acerca de todo lo pedido;
- excesiva cuando resuelve acerca de lo no pedido.

La incongruencia excesiva o *extra petita*, como hemos apuntado, se produce cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema que no está incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (sentencias del Tribunal Constitucional 154/191, 172/1994, 116/1995, 60/96 y 98/1996, entre otras).

De tal forma, la congruencia supone la concordancia entre la resolución judicial y lo pedido en la demanda y demás pretensiones articuladas oportunamente en el juicio. Pero la congruencia debe ser entendida en sus justos términos, pues no significa una adaptación literal a los pedidos, y mucho menos a las palabras, bastando para cumplir el referido principio de congruencia con que la parte dispositiva guarde acatamiento a lo sustancial de lo solicitado, que sus declaraciones tengan la eficacia jurídica necesaria para que queden resueltos todos los puntos objeto de debate. Por ello, siempre que lo recogido en el fallo de la sentencia esté dentro de los límites cuantitativos y cualitativos de la petición, la misma es congruente.

Sobre tales premisas, reiteramos que de una simple lectura de la fundamentación del tercer motivo de nulidad se desprende claramente que la empresa demandada no está denunciando que la sentencia de instancia haya resuelto cuestiones no planteadas por las partes (núcleo esencial de la incongruencia por exceso), sino que la Magistrada de instancia no ha valorado la prueba practicada en el acto del juicio oral conforme a sus pretensiones (en el extremo referente a las circunstancias que rodearon la subrogación del personal de los hoteles afectados), lo cual no constituye incongruencia sino un problema de valoración de la prueba,



según fue definida anteriormente. Prueba irrefutable de ello es que la empresa recurrente, tras denunciar la incongruencia en el enunciado del motivo, dedica todo el cuerpo del mismo a contrarrestar la valoración de la prueba realizada por la juzgadora, pretendiendo sustituir el criterio objetivo e imparcial del órgano jurisdiccional por el suyo propio.

Por otra parte, resulta evidente que en un procedimiento de conflicto colectivo en el que se han discutido las consecuencias de la externalización del servicio de Camareras de Pisos de los Hoteles "Be Live La Niña" y "Be Live Orotava Palace", llevada a cabo entre las empresas codemandadas, "BE LIVE HOTELS, SLU" y "GENSER, SL" el día 1 de julio de 2012 mediante la suscripción de una contrata de servicios, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife la prohíbe, si la Magistrada de instancia entiende que dicha externalización no es posible jurídicamente, necesariamente ha de calificar como cesión ilegal el suministro de mano de obra prohibido convencionalmente. Y ello tanto si es alegado por la parte actora (expresa o tácitamente -segunda modalidad que es la que se da en el presente caso-) como si no lo es, porque dicho pronunciamiento está dentro de los límites cuantitativos y cualitativos de la pretensión ejercitada y se ajusta escrupulosamente al objeto material del proceso entablado entre las partes.

En consecuencia, no habiéndose producido la infracción procedimental alegada, se desestima el motivo de nulidad.

**TERCERO.-** Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la empresa demandada la modificación del relato fáctico declarado probado por la Magistrada de instancia con la finalidad de:

- A) Sustituir la actual redacción del ordinal décimo, expresivo del convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la subrogación, por la siguiente:

*"La empresa Be Live Hotels, SLU aplicaba a los trabajadores del servicio de pisos el Convenio provincial del sector de Hostelería, lo que hizo hasta el 30/06/2012 y GENSER, SL en los meses de julio y agosto de 2012. Desde el mes de septiembre de 2012, GENSER, SL comunicó a los trabajadores subrogados el cambio de aplicación de convenio al Convenio Colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales sin que dicho cambio supusiera alteración alguna en el salario que percibe el personal subrogado (nóminas aportadas obrantes a los folios 275 a 313, 315 y 320, y folios 851 a 873 de las actuaciones y las nóminas acompañadas con el escrito de formalización de recurso de suplicación conforme al art. 233 LRJS).*

- B) Sustituir la actual redacción del ordinal duodécimo, expresivo de las percepciones de los trabajadores una vez fueron subrogados, por la siguiente:

*"Desde el mes de septiembre de 2012, GENSER, SL comunicó a los trabajadores subrogados el cambio de aplicación de convenio, aplicándoles desde el 11/09/2012 el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales. Pese a ello esto no supuso alteración en las cuantías salariales percibidas por éstos".*

Basa sus pretensiones revisorias, en ambos casos, en los documentos obrantes a los folios





275 a 313, 315, 320 y 851 a 873 de las actuaciones y en los acompañados con el escrito de formalización de recurso, consistentes en nóminas del personal afectado por la subrogación.

Con carácter previo a la vista de la fundamentación del recurso se han de realizar algunas precisiones. Como con reiteración viene señalando esta Sala, los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren los siguientes requisitos:

- A) De carácter sustantivo:

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 averados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

- B) De carácter formal:

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 (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). 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 (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), 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 (sentencia 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).

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 con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

Hechas las anteriores aclaraciones, la Sala considera que los dos motivos planteados merecen ser rechazados por idéntica razón pues, sin necesidad de entrar en el análisis de la veracidad de los datos que se pretenden incorporar al relato de hechos probados, los mismos resultan intrascendentes para resolver la cuestión que nos ocupa y en nada afectarían al sentido de la presente resolución, como veremos más detalladamente en el siguiente fundamento de derecho. Además, el texto alternativo propuesto para el hecho probado duodécimo contiene una valoración jurídica predeterminante del fallo (*“Pese a ello esto no supuso alteración en las cuantías salariales percibidas por éstos”*) que, como tal, no puede acceder a la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

Se desestiman, por tanto, los dos motivos de revisión fáctica, quedando los hechos probados firmes e inalterados.

**CUARTO.-** Por el cauce previsto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la empresa “GENSER, SL” la infracción:

- de los artículos 3 párrafo 1º letra a) y 85 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores, del artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife, de la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977 y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; argumentando que el artículo 17 del Convenio de Hostelería, al prohibir la externalización del servicio de limpieza en pisos de establecimientos hoteleros, recoge un pacto que es contrario a la ley y nulo;
- del artículo 86 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife; argumentando que al encontrarse el referido Convenio Colectivo en fase de ultraactividad en el momento en que se externalizó el servicio de Camareras de Pisos de los Hoteles “Be Live La Niña” y “Be Live Orotava Palace”, el 1 de julio de 2012, la cláusula que prohíbe la externalización no estaba vigente;
- del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores; argumentando que no ha existido cesión





ilegal de trabajadores en el presente caso, pues el servicio de limpieza y arreglo de habitaciones en establecimientos hoteleros tiene autonomía y sustantividad propia y, por ende, es susceptible de ser externalizado.

En el presente procedimiento el Sindicato CC.OO interesaba en su demanda que se declare que la externalización del servicio de Camareras de Pisos de los Hoteles “Be Live La Niña” y “Be Live Orotava Palace”, llevada a cabo entre las empresas codemandadas, “BE LIVE HOTELS, SLU” y “GENSER, SL” el día 1 de julio de 2012 mediante la suscripción de una contrata de servicios es contraria a lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife y constituye una cesión ilegal de trabajadores, por lo cual se ha de reconocer a los trabajadores afectados por la misma el derecho a optar por la condición de trabajadores fijos de la empresa cedente.

Todas las cuestiones planteadas por la empresa “GENSER, SL” en su motivo de censura jurídica, menos la segunda, ya han sido abordadas y resueltas por esta Sala en su sentencia de fecha 14 de mayo de 2018 (Rollo de Suplicación 537/2017), que afronta idéntica cuestión (el alcance de la prohibición de subcontratación de servicios contenida en el artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife) aplicada a colectivos de otros hoteles, en la que textualmente se dice:

*“PRIMERO.- La parte actora recurre recurre al amparo de lo establecido por el artículo 193.b) de la LRJS. Alega la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 6.4 del código civil indica que a externalización del servicio del Hotel Barceló Varadero operado por el contrato de arrendamiento de servicios constituye una cesión ilegal.*

*Señala que del propio clausulado del contrato de arrendamiento de servicios se acredita que es la empresa principal la que ostenta el verdadero poder de dirección. Así se reserva la facultad de decidir sobre la permanencia en la empresa de los trabajadores del departamento lo que comporta que efectivamente controle el resultado del trabajo; este control se ve acentuado por la existencia de un programa de gestión y mantenimiento corporativo denominado sistema galileus propiedad de la empresa principal y en la que se reflejan las incidencias producidas en el establecimiento tanto las que provienen de los clientes, como anotaciones de otros empleados como los recepcionistas, camareros etc. de modo que la empresa principal se reserva la capacidad de ser informada de manera inmediata y participar en la pronta resolución del problema en los supuesto de incidencias. Indica que en el presente supuesto ha existido una mera cesión de mano de obra.*

*El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores establece ‘1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.*

*2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente<sup>4</sup> o cesionaria. 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, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal’.

La STS de 19 de junio de 2012 recuerda la doctrina jurisprudencial en la materia en los términos siguientes: ‘La doctrina de esta Sala en aplicación del precepto es muy copiosa y ceñida siempre al caso concreto que se resuelve, pues son muy distintas las situaciones que en la práctica, incluso en situaciones próximas, pueden darse.

Esa doctrina se recoge, entre otras, en las sentencias de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de diciembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de junio de 2003, 3 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 4 de marzo de 2008 y 25 de junio de 2009. Establecen estas sentencias que ‘la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita’.

Por ello, se recuerda en aquéllas SSTS, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 señala que la cesión puede tener lugar ‘aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta’ y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, ‘aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria’. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997, y más recientemente en una serie de SSTS relacionadas con la cesión ilegal estimada en la prestación de servicios para un Ayuntamiento, de las que a título de ejemplo se citan las de 27 de enero de 2.011 rec. 1813/2010, y 2 de junio de 2.011, rec. 1812/2010.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



*En todas ellas se destaca la relevancia de la actuación empresarial en el marco de la contrata como factor esencial para la calificación de la situación resultante, de manera que, en definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.*

*La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores’.*

*En el presente supuesto según consta en el relato de hechos probados, Barcelo Aarrendamientos Hoteleros y SYC New Technology SL suscribieron un contrato para la prestación de los servicios de mantenimiento del establecimiento turístico Barcelo Varadero. Syc subrogó a cuatro trabajadores de la empresa Barcelo (Hecho probado décimo séptimo) y compró a Barceló diverso material, herramientas y bienes fungibles. La empresa Syc tiene dieciséis trabajadores, de los cuales quince trabajan en el hotel Barcelo Varadero (hechos probados décimo segundo y décimo tercero). Tienen uniforme de trabajo distinguido por color, y con logo de la empresa, SYC, que ejerce las funciones de sanción, entrega los equipos de protección individual, los uniformes, dirige los turnos, abona las nóminas, y si bien el sistema informático ‘Galileus’ es un programa propiedad del Hotel Barceló Varadero, que se utiliza para informar de las incidencias a la empresa SYC NEW TECNOLOGY, SL esta última es la encargada de encomendar el trabajo y la persona que lo realiza y también utiliza el ‘parte en mano’ para encomendar funciones a los trabajadores que son expedidos directamente por la empresa SYC NEW TECNOLOGY, SL (Hechos probados decimo tercero y decimo sexto).*

*Por lo tanto, no consta que la empresa Barcelo organice ni distribuya el trabajo, ni que imparta instrucciones a los trabajadores de Syc ni que suministre el material para la realización de su actividad, antes bien del relato fáctico resulta que es Syc quien interviene en la relación laboral que es quien adopta las decisiones empresariales sin que en ningún caso conste que se limitara a suministrar mano de obra para la empresa principal, antes bien consta que se trata de una empresa que tiene instrumentos y medios para la realización de la actividad que se le encarga poniendo en juego su propia organización. Por lo que el recurso de la actora debe ser desestimado...*

*TERCERO.- Barceló recurre al amparo de lo establecido por el artículo 193.c) de la LRJS recurre alegando la infracción de los artículos 3 y 1281 del código civil en relación con el artículo 18 del convenio colectivo del sector de Hostelería. Indica que la interpretación del artículo 18 del convenio de aplicación es ilógica. Señala que conforme al sentido propio de las palabras no puede entenderse prohibida la subcontratación de ninguna otra actividad que no*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

esté expresamente prohibida en la lista de servicios expuesta en el artículo analizado, por lo tanto solo cabe interpretar que se encuentra limitada o prohibida la subcontratación en los cinco servicios que se mencionan en dicho apartado del artículo, pudiendo ser objeto de subcontratación las actividades profesionales de carácter accesorio en el sector y al respecto establece un listado de actividades donde consta la actividad e mantenimiento técnico.

El artículo ratifica la limitación a la subcontratación establecida en el párrafo anterior al establecer la limitación para subcontratar aquellas actividades que no fueran propias de la actividad de hostelería u hospedaje. Así considera que si la doctrina judicial en otros supuestos no ha considerado la actividad de limpieza de habitaciones como actividad principal de una empresa dedicada a la gestión de un negocio de hostelería tampoco debe considerarse como tal actividad al mantenimiento. Por lo tanto considera que si el convenio colectivo tuviera la voluntad de limitar la subcontratación en materia de mantenimiento hubiera realizado una aclaración en los mismos términos que los realizados en materia de subcontratación del servicio de limpieza, por lo que no puede incluirse la actividad de mantenimiento.

SYC NEW TECHNOLOGY SL alega la vulneración del artículo 1,3 y del artículo 4.1 del Código Civil en relación con el artículo 18 del Convenio Colectivo del sector de Hostelería. Indica que conforme al sentido gramatical y al tenor literal del precepto únicamente se prohíbe de forma expresa la contratación o subcontratación con otras empresas de personal de una lista cerrada de servicios como restaurantes bares cocinas recepción y pisos y si podrán ser objeto de contratación o subcontratación actividades profesionales de carácter accesorio en el sector tales como seguridad, jardinería animación tareas de mantenimiento técnico. Siendo este el servicio contratado por las entidades. Indica que la sentencia incurre en contradicciones, pues el resto de servicios de mantenimiento son prestados por otras empresas. También indica igualmente que la limpieza de habitaciones no constituye la actividad principal de una empresa dedicada a la gestión de un negocio de hostelería. Señala que el artículo 18 no limita la contratación de las tareas de mantenimiento al no incluirse tales servicios como el objeto principal de la actividad de hostelería como es el de asistir y hospedar a clientes, por lo que los servicios de mantenimiento contratado entran dentro del ámbito que permite el convenio.

El artículo 3.1 del Código civil establece: 'Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas'.

El artículo 4 del Código Civil establece: '1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. 2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes'.

El artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores prevé: "Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables'.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



*El artículo 18 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife para los años 2012-2015 establece: 'Contratación y subcontratación. Las empresas incluidas en el presente convenio no contratarán o subcontratarán con otras empresas personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos. Por el contrario, podrán ser objeto de contratación o subcontratación actividades profesionales, de carácter accesorio en el sector, tales como seguridad, jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo y especializadas de limpieza. Igualmente podrán serlo aquellos servicios especiales tales como bodas, conmemoraciones, banquetes o atenciones a congresos y reuniones.*

*Las funciones de limpieza que se permiten subcontratar por el presente artículo se refieren a tareas especializadas a realizar por personal especializado y no incluye la limpieza normal y habitual de las zonas comunes de trabajo y de las zonas de clientes que puedan realizarse por el propio personal del departamento de pisos y/o limpieza del establecimiento.*

*En cuanto a la subcontratación del servicio de seguridad esta se debe realizar con personal de seguridad, ya con guardas ya con vigilantes de seguridad.*

*Las empresas, sin embargo, podrán temporalmente contratar con empresas de trabajo temporal la cesión de personal conforme a la legalidad aplicable.*

*Las empresas también podrán contratar o subcontratar las mercancías y bienes, elaborados o no, que estimen por conveniente para el desarrollo de su actividad".*

*El Tribunal Supremo ha señalado que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras la literalidad de sus cláusulas (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).- No obstante, 'la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes' (STS de 27 de enero de 2009). Igualmente recuerda la STS de 7 de diciembre de 2015 con cita de la sentencias 16 de septiembre de 2013, 15 de septiembre de 2009, 25 de septiembre de 2008 y 27 de noviembre de 2008 en relación a la interpretación de los convenios colectivos: '...es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual'. Así se han pronunciado las sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002. Debiéndose destacar así mismo que las sentencias de 20 de marzo de 1997 y 16 de diciembre del 2002 han precisado que 'en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes’.

La sentencia de instancia en interpretación del referido precepto convencional ha considerado que el convenio colectivo solamente autoriza la externalización de actividades específicas de mantenimiento técnico, es decir de aquellas actividades que requieren una especial destreza o conocimiento sobre la materia, pues si el convenio colectivo hubiera querido autorizar la externalización de los servicios de mantenimiento técnico de un establecimiento, lo habría recogido en ese sentido, y no hubiera introducido el adjetivo ‘específico’, que refiere una connotación propia dentro de un contexto, estando especialmente destinado a un fin determinado, lo cual es incompatible con el concepto genérico de mantenimiento técnico recogido en el contrato de 26 de diciembre de 2014 entre Barceló Arrendamientos Hoteleros, SL, y la empresa SYC NEW TECNOLOGÍA, SL, al incluir cualquier tipo de mantenimiento tal y como se describe en el hecho probado primero, con servicios del tipo ‘mantenimiento de habitaciones, restaurantes, salones y zonas comunes’, evidenciándose del objeto del contrato que consiste en actividades generales de mantenimiento de un hotel, pues así se describe en su anexo 6 funciones tan genéricas como pintura, fontanería y electricidad que no pueden considerarse como específicas dentro de la rama del servicio de mantenimiento pues los trabajadores desarrollan todo tipo de actividades al resolver cualquier incidencia, en tanto que considera actividades específicas de mantenimiento técnico las descritas en el hecho probado octavo de la resolución impugnada.

La interpretación realizada por la sentencia de instancia es conforme con la literalidad del precepto que autoriza la subcontratación de tareas ‘específicas’ de mantenimiento técnico, pero no autoriza la subcontratación de tareas de mantenimiento técnico. Igualmente responde al contexto y finalidad pretendida con la referida norma convencional: así y puesto que el Estatuto de los Trabajadores no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva se establecen convencionalmente este tipo de cláusulas, ante la innegable realidad de la expansión del uso de la externalización en la gestión hotelera que genera una gran problemática no sólo en relación a los trabajadores, que pueden ver amenazados sus puestos de trabajo o degradadas sus condiciones laborales, sino también entre las propias empresas hoteleras, que ven como otras se sirven de estas prácticas para eludir el convenio colectivo y ahorrar costes laborales deteriorándose igualmente la calidad del servicio y la imagen de la provincia como destino turístico. Así pues la norma convencional atemperando los distintos intereses restringe la externalización del mantenimiento técnico a tareas específicas de mantenimiento técnico, en cuanto que la externalización permite el acceso a empresas especializadas que pueden añadir calidad al producto o servicio, conocimientos cualificados e innovación. Igualmente la referida cláusula es un instrumento cautelar para prevenir que bajo las formulas de externalización de servicios, mediante contrata y subcontratas se desarrollen posteriormente supuestos de cesión ilegal, permitiendo solamente la subcontratación de actividades que impliquen una justificación técnica de la contrata. En consecuencia la resolución impugnada no incurre en ninguna de las vulneraciones denunciadas por lo que el recurso debe ser desestimado”.

Los criterios sentados en la sentencia que acabamos de transcribir parcialmente han de ser aplicados al caso cuya resolución ahora nos ocupa por razones de coherencia y seguridad



jurídica, dada la identidad esencial entre los supuestos de hecho contemplados en los dos procedimientos y la inexistencia de razones que determinen un cambio de los razonamientos allí expuestos, especialmente teniendo en cuenta que en el presente caso la externalización se produce en uno de los servicios cuya subcontratación está expresa e ilimitadamente prohibida por el Convenio Colectivo, el de las Camareras de Pisos, lo que se hace con la finalidad legítima de evitar que con externalización en la gestión hotelera se degraden las condiciones laborales de los trabajadores y se produzcan supuestos de competencia desleal entre empresas eludiendo la aplicación del convenio colectivo del sector para ahorrar costes laborales.

De tal forma, habiendo suscrito las empresas “BE LIVE HOTELS, SLU” y “GENSER, SL” el día 1 de julio de 2012 una contrata por la cual la primera externalizaba a la segunda el servicio de “limpieza de pisos” (camarera de pisos) de los Hoteles “BE LIVE LA NIÑA” y “BE LIVE OROTAVA PALACE”, subcontratación que estaba expresamente prohibida por el artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife 2011-2012 y encontrándose ése vigente, como luego veremos, la actuación de la primera de las referidas empresas, que se suministra indebidamente de las trabajadoras que necesita para prestar el servicio de habitaciones, solo puede ser calificada como de cesión ilegal de trabajadores, con todas las consecuencias a ello inherentes.

**QUINTO.-** En cuanto a la denuncia que hace la empresa “GENSER, SL” de la infracción del artículo 86 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que, habiendo finalizado la vigencia del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife a la fecha en que las empresas codemandadas suscribieron la contrata por la que se externalizaba el servicio de “limpieza de pisos” (camarera de pisos), el 1 de julio de 2012, al haber transcurrido el periodo de vigencia previsto en el propio convenio un día antes, el 30 de junio de 2012, el precepto que prohibía la subcontratación ya no estaba vigente.

La cuestión jurídica que se plantea en el presente procedimiento estriba en determinar la validez y eficacia de las cláusulas de ultraactividad indefinida o ilimitada contenidas en los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

El artículo 86 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores dispone que:

*“La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.*

*Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.*

*Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.*

*Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para*



*solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.*

*Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.*

Por tanto, hemos de destacar que la norma admite pacto en contrario respecto del plazo de duración máxima de ultraactividad en que puede estar un convenio colectivo tras su denuncia.

Fue la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2013 la que primero consideró válidas las cláusulas sobre la vigencia de la ultraactividad contenidas en los convenios colectivos anteriores a la Ley 3/2012, y que tales convenios siguen siendo vinculantes, aunque transcurra el año al que se refiere la Disposición Transitoria Cuarta de dicha Ley. Para la Audiencia Nacional, el periodo de un año introducido con la modificación de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no puede aplicarse sin más de forma inflexible, sino que habría que estudiar la voluntad de ambas partes a la hora de aplicar a ultraactividad, es decir, la vigencia de sus condiciones más allá del periodo para el que fueron pactadas. En idéntico sentido se pronunció la propia Audiencia Nacional en su sentencia posterior de 19 de noviembre de 2013 en el conflicto colectivo planteado respecto del decaimiento del Convenio Colectivo Nacional de Servicios de Prevención Ajenos, el cual recoge un pacto en contrario manteniendo su vigencia hasta un nuevo convenio, por lo que también la Audiencia Nacional establece que sigue vigente.

Dicha posición doctrinal ha sido plenamente confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de noviembre de 2015, resolviendo precisamente los recursos de casación ordinaria interpuestos frente a la sentencia de la Audiencia Nacional referida en segundo lugar, en la que textualmente se dice lo siguiente:

*“SEGUNDO.- Doctrina de la Sala sobre las cláusulas de ultra actividad anteriores a la Ley 3/2012.*

*1. Reiteración del criterio precedente.*

*Ya se ha advertido que, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación (arts. 9.3 y 14 CE) de las normas hemos de resolver el presente recurso aplicando la doctrina contenida en anteriores sentencias. Ello ha de ser así pese a concurrir a la deliberación y decisión del presente caso un Magistrado que no estuvo presente en ellas y tres Magistrados que formularon Voto Particular a las mencionadas resoluciones, precisamente postulando la interpretación acogida por los recursos que ahora resolvemos.*

*La doctrina sentada en SSTS 17 marzo 2015 (rec. 233/2013 ), 2 julio 2015 (rec. 1699/2014 ) y*



7 julio 2015 (rec. 193/2014 ) puede resumirse así: 1) El "pacto en contrario" que el ET pide para que no finalice la ultra actividad de un año puede estar en el propio convenio colectivo. 2) Son válidas las cláusulas de ultra actividad indefinida contenidas en convenio anterior a la Reforma Laboral. 3) El convenio previo a la Ley 3/2012 y que contiene cláusula de ultra actividad ilimitada mantiene su vigencia hasta que los sujetos legitimados suscriban uno nuevo.

## 2. Argumentos de nuestra doctrina.

En las sentencias que hemos invocado como precedente, pueden verse las razones que han conducido a sostener la expuesta posición, favorable a la validez de la pervivencia del Convenio Colectivo en casos como el presente. Para una más adecuada tutela judicial, en los párrafos que siguen se reproduce lo esencial de ellas.

*Primero: El tenor literal del precepto pues, en virtud de lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras.*

*El último inciso del apartado 3 del artículo 86 ET dispone: 'Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación'. La norma se limita a disponer que si hay un pacto en contrario, aunque haya transcurrido un año desde que se denunció el convenio, este no pierde vigencia.*

*Segundo: Donde la Ley no distingue no hay que distinguir. La norma no ha establecido especificación alguna respecto a que el 'pacto en contrario' tenía que haberse suscrito con posterioridad a que hubiera vencido el convenio, tal y como alega el recurrente, sino que se limita a permitir que el 'pacto en contrario' evite que el convenio, tras ser denunciado y no haberse suscrito uno nuevo en un año, pierda vigencia.*

*Tercero: Tal interpretación prima la aplicación de lo acordado en convenio colectivo, reconoce la primacía de la autonomía de las partes plasmada en la negociación colectiva sobre la regulación legal ajena a dicha voluntad y que únicamente debe ser aplicada en defecto de aquella. Si hay pacto expreso, contenido en el Convenio Colectivo, que prevé la prórroga de la ultraactividad hasta que se alcance un nuevo convenio, se aplica dicho pacto y no la pérdida de vigencia del convenio prevista en la norma, aplicable en defecto de pacto.*

*Cuarto: La aplicación preferente de los convenios colectivos resulta de los compromisos internacionales adquiridos por España, esencialmente Convenios de la OIT y regulación de la Unión Europea.*

*Entre los primeros podemos destacar el Convenio 98 de la OIT, ratificado, por España el 20 de abril de 1977, en cuyo artículo 4 se establece: 'Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo'.*

*Por su parte, la Carta Social Europea, en su artículo 6 establece: 'Derecho de negociación colectiva. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes*

se comprometen:

1. a favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores;
2. a promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores y organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos;
3. a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales'.

Quinto: el artículo 37 de la Constitución reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Dicho precepto ha sido examinado por el TC, entre otras en STC 58/1985, de 30 de abril, en la que señala lo siguiente: 'De otra parte la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. Por ello, resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado, con independencia de que la práctica, como sucede en ocasiones, haga aconsejable la participación de los propios afectados en la negociación colectiva a través de las fórmulas que los negociadores decidan y sin que, en ningún caso, puedan considerarse como jurídicamente condicionantes del Convenio o se las pueda asignar efectos integrativos en lo que concierne a la eficacia propia del pacto'.

Sexto: No empece tal conclusión el contenido de la DT Cuarta de la Ley 3/2012, ya que la misma se limita a establecer una regla para determinar el 'dies a quo' del cómputo del plazo de un año, para los convenios denunciados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, pero no altera las reglas de vigencia de los convenios, contenidas en el artículo 86 ET.

Séptimo: No cabe considerar que el hecho de que el legislador, tal y como consigna en la exposición de motivos de la Ley 3/2012, trate con la reforma de evitar la petrificación de los convenios colectivos, suponga que haya de interpretarse el precepto examinado en la forma propugnada por el recurrente. En primer lugar una exposición de motivos no es una norma, aunque pueda ayudar, en alguna ocasión -cuando la norma no es clara- a interpretar la misma, por lo que no cabe invocarla para propugnar una determinada interpretación del precepto. En segundo lugar, el legislador también quiere favorecer la negociación colectiva y no el vacío de regulación convencional. Por último, la 'petrificación' del convenio puede evitarse acudiendo a los mecanismos de 'descuelgue' regulados en el artículo 82 ET.

3. El caso del I Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos 2008-2011.

A las anteriores razones, aplicables a cualquier supuesto de convenio colectivo que se hubiera suscrito antes de entrar en vigor el importante cambio introducido por las reformas de 2012, hemos de añadir otra específica para la cuestión ahora debatida.

Nuestra STS 2 julio 2015 (rec. 193/2014) conoció un supuesto que guarda enorme conexión con el presente. No puede llegar a operar la institución de la cosa juzgada, por quebrar la



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

identidad subjetiva que ello requiere (art. 222 LEC), pero lo debatido y resuelto es exactamente lo mismo que ahora.

En su Fundamento de Derecho Noveno, apartado 2, puede verse que 'la cuestión litigiosa se ciñe a resolver si continúa en ultraactividad un convenio colectivo -en el asunto examinado el I Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos- que ha sido suscrito y publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, que ha sido denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, que fue denunciado el 29 de Septiembre de 2011, celebrándose diversas reuniones, hasta 23, para negociar un nuevo convenio colectivo con resultado infructuoso, a fecha 28 de julio de 2013 no se ha alcanzado un acuerdo'.

Se estaba decidiendo el recurso de casación frente a otra sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuyo fallo había sido el siguiente: "Desestimamos la excepción de falta de acción articulada por UMIVALE PREVENCIÓN y estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS; ASOCIACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES PREVENTIVAS ACREDITADAS Y ASOCIACIÓN DE PREVENCIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO. Estimamos la demanda de conflicto colectivo formulada por FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) y FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO) contra UMIVALE PREVENCIÓN y, en consecuencia, declaramos que el I Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos, mantiene su vigencia normativa en la entidad UMIVALE PREVENCIÓN hasta que se pacte un nuevo Convenio Colectivo aplicable a dicha entidad, todo ello con las consecuencias inherentes a tal declaración'.

Es decir, nuestra STS 2 julio 2015 (rec. 193/2014) ya hubo de pronunciarse exactamente sobre el mismo problema que ahora, aunque respecto de una sola de las entidades de prevención afectadas por el convenio colectivo. A los argumentos generales ya reproducidos, en esa ocasión añadíamos la específica reflexión sobre el convenio colectivo en cuestión, en los siguientes términos:

'Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la desestimación de los recursos formulados. En efecto, tal y como ha quedado anteriormente consignado, el I Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos entró en vigor el 1 de Julio de 2008, con duración hasta el 31 de Diciembre de 2011, fue denunciado el 29 de Septiembre de 2011, celebrándose diversas reuniones, hasta 23, para negociar un nuevo convenio colectivo con resultado infructuoso, a fecha 28 de julio de 2013 no se ha alcanzado un acuerdo. El Convenio contiene una cláusula en la que se dispone que: 'La denuncia del convenio se realizará por cualquiera de las partes, por escrito, y con una antelación mínima de tres meses a su fecha de expiración, entendiéndose prorrogado su contenido normativo por periodos anuales de no producirse ésta. Denunciado el Convenio y basta que no se logre acuerdo expreso, a los efectos previstos en el art, 86.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, se entenderá que se mantiene la vigencia de su contenido normativo en los términos que se desprenden de su propia regulación'. Por lo tanto el Convenio litigioso contiene una cláusula, artículo 4, que prevé la permanencia de las cláusulas normativas del Convenio hasta que se logre un acuerdo expreso, lo que ha sido interpretado por la Sala en el sentido que ha quedado anteriormente consignado'.





En conclusión, son válidas las cláusulas de ultraactividad indefinida o ilimitada contenidas en los convenios colectivos anteriores a la Reforma Laboral operada por la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, las cuales mantendrán su vigencia hasta que los sujetos legitimados suscriban uno nuevo.

En el presente caso, el artículo 4 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife 2011-2012, que regula su ámbito temporal, dispone que *“El Convenio Colectivo tendrá una duración desde el uno de Enero de 2011 hasta el treinta de Junio de 2012, con independencia de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia .*

El artículo 5 del mismo convenio, bajo la rúbrica *“Denuncia, Vigencia y Prórroga”*, dispone textualmente lo siguiente:

*“Al término de su vigencia, el convenio quedará prorrogado tácitamente, hasta que no haya sido sustituido por otro convenio”.*

Así las cosas, conteniendo de manera inequívoca la redacción del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife una cláusula de ultraactividad ilimitada, el mismo mantendrá su vigencia normativa hasta que se pacte un nuevo Convenio Colectivo aplicable al sector.

En el caso de autos nos encontramos además con que el Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife 2011-2012, extendía su vigencia temporal pactada hasta el día 30 de junio de 2012, por lo cual, a la fecha en la que se suscribe entre las empresas “BE LIVE HOTELS, SLU” y “GENSER, SL” la contrata por la que se externalizaba el servicio de *“limpieza de pisos”* (camarera de pisos) de los Hoteles “BE LIVE LA NIÑA” y “BE LIVE OROTAVA PALACE”, el día 30 de junio de 2012, el convenio colectivo se encontraba en el primer día del año de ultraactividad ordinaria prevista por el artículo 86 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores, no en el de aplicación de la cláusula de ultraactividad indefinida prevista en el artículo 5 del convenio, por lo tanto, el precepto que prohibía la subcontratación estaba plenamente vigente.

Lo expuesto conduce a la Sala a la desestimación de los motivos de censura jurídica y, por su efecto, a la del recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada “GENSER, SL”.

**SEXTO.-** Seguidamente pasaremos a resolver el recurso interpuesto por la empresa “BE LIVE HOTELS, SLU”, encontrándonos con que por el cauce previsto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción:

- del artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife, argumentando que el artículo 17 del Convenio de Hostelería, al prohibir la externalización del servicio de limpieza en pisos de establecimientos hoteleros, recoge un pacto que es contrario a la ley y nulo;
- del artículo 86 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 17 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife; argumentando que al encontrarse el referido Convenio Colectivo en fase de ultraactividad en el momento en que se externalizó el servicio de Camareras de Pisos de los Hoteles “Be Live La Niña” y

“Be Live Orotava Palace”, el 1 de julio de 2012, la cláusula que prohíbe la externalización no estaba vigente;

- de los artículos 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores; argumentando que no ha existido cesión ilegal de trabajadores en el presente caso, pues el servicio de limpieza y arreglo de habitaciones en establecimientos hoteleros tiene autonomía y sustantividad propia y, por ende, es susceptible de ser externalizado, por lo cual lo que ha existido es una válida sucesión de empresas entre las codemandadas.

Las tres cuestiones planteadas ya han sido abordadas y resueltas en sentido desestimatorio en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta sentencia a la hora de dar respuesta a los motivos de censura jurídica articulados por la empresa “GENSER, SL”, pasajes de la presente sentencia a los que nos remitimos en su integridad para evitar inútiles y tediosas reiteraciones.

Por ello los dos motivos de censura jurídica también han de ser rechazados y, por su efecto, el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “BE LIVE HOTELS, SLU”, debiendo ser confirmada la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos.

**SÉPTIMO.-** En aplicación de lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto de los depósitos efectuados para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

### FALLO

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por las empresas “BE LIVE HOTELS, SLU” y “GENSER, SL” contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2017, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL N° 7 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 746/2013, la cual confirmamos íntegramente.

Se decreta la pérdida de los depósitos efectuados para recurrir, a los que se dará el destino previsto legalmente.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de origen, con testimonio de la presente una vez notificada a las partes y firme.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



## ADVERTENCIAS LEGALES

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 causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente 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. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

**IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274**

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

