



Roj: STSJ PV 565/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:565
Id Cendoj: 48020340012016100310
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 161/2016
Nº de Resolución: 365/2016
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **161/2016**

N.I.G. P.V. 20.05.4-15/001951

N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2015/0001951

SENTENCIA Nº: 365/2016

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 23 de febrero de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, Presidente en funciones, D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Pelayo contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 16 de noviembre de 2015 , dictada en proceso sobre RPC, y entablado por Camila frente a Pelayo .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- La demandante viene trabajando por cuenta y ordenes de la empresa demandada con la categoría profesional de auxiliar restauración nivel IV antigüedad desde el día 1/7/2014 y percibiendo un salario de 1.488,85€ con la inclusión de la prorrata de pagas extras.

Resulta de aplicación las condiciones retributivas establecidas en el Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa 2008-2010.

SEGUNDO.- La demandante ha trabajado para la empresa demandada los siguientes días festivos: 31/7/2014, 15/8/2014 y 1/11/2014. El Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa establece en su art. 10 al regular el trabajo en días festivos una formula para la compensación cuyas cantidades se especifican en el anexo IV del convenio y para la categoría de nivel IV es de 74,45€ por cada día festivo.

El demandante desde el día 18 al 23 de febrero de 2015 ha permanecido en situación de incapacidad temporal, y el Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa prevé que en su art. 20 a) que en los casos

de incapacidad temporal derivada de enfermedad común las empresas complementarán las prestaciones de seguridad social hasta el 75% de el salario real del trabajador desde el primer día de la baja.

TERCERO.- Desde el inicio de la relación laboral, la empresa demandada no ha abonado a la demandante el salario de forma correcta ya que le ha venido aplicando un convenio de ámbito estatal en el que no se establecen tablas salariales, en lugar de aplicarle el Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa.

Por este motivo el demandante reclama en su demanda las siguientes cantidades en concepto de diferencias salariales habidas en el periodo que va desde julio de 2014 a febrero de 2015:

Cobró debió cobrar diferencia

Julio 2014 1.050 1.563,30 513,30

Agosto 2014 1.050 1.563,30 513,30

Septiembre 2014 1.050 1.488,85 438,85

Octubre 2014 1.050 1.563,30 513,30

Noviembre 2014 1.050 1.563,30 513,30

Diciembre 2014 1.050 1.712,22 662,22

Enero 2015 1.050 1.637,75 587,75

Febrero 2015 997,50 1.414,17 416,67

Suma total reclamada **4.158,69€**

En el acto del juicio el demandante subsanando su demanda, modifica las cantidades reclamadas en las mensualidades de octubre de 2014, diciembre de 2014 y enero de 2015, señalando que la demandante solo trabajó para la empresa demandada los días 31 de julio de 2014, 15 de agosto de 2014 y 1 de noviembre de 2014, con lo cual reclama para cada mensualidad señalada la suma de 438,85€ mes. Señala la demandante en la fase de conclusiones que la cantidad total reclamada es de 3.711,97€.

CUARTO.- La empresa adeuda a el demandante las siguientes diferencias salariales en el periodo reclamado por la no aplicación del el Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa:

Cobró debió cobrar diferencia

Julio 2014 1.050 1.563,30 513,30

Agosto 2014 1.050 1.563,30 513,30

Septiembre 2014 1.050 1.488,85 438,85

Octubre 2014 1.050 1.488,85 438,85

Noviembre 2014 1.050 1.563,30 513,30

Diciembre 2014 1.050 1.488,85 438,85

Enero 2015 1.050 1.488,85 438,85

Febrero de 2015 997,50 1.414,17 416,67

Suma total adeudada **3.711,97€**

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo **estimar** la demanda promovida por Camila frente a Pelayo , condenando al demandado a que abone al demanda

te la suma de **3.711,97€**Más el 10% de dicha suma desde la fecha del devengo de la misma."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Estimada por la sentencia de instancia la demanda en la que D^a Camila reclama frente a la empresa David Vega Germán -tras la corrección a la baja efectuada en el acto del juicio- la cantidad de

3.711,97 euros, más el interés por mora, por diferencias salariales devengadas entre los meses de julio 2014 y febrero de 2015, por la representación letrada del demandado se interpone recurso de suplicación dirigido a la revisión de los hechos declarados probados y al examen del derecho aplicado. El recurso es impugnado por la demandante.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se postula triple revisión en el relato de hechos declarados probados.

Ante de pasar a su examen hemos de recordar que la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de todo lo actuado.

A) En primer lugar, sin remisión concreta a prueba alguna, se pide la modificación del hecho probado primero, de forma que disponga que la demandante venía percibiendo un salario de 1.050 euros con la inclusión de la prorrata de pagas extras, resultándole de aplicación la legislación vigente según la cláusula quinta del contrato de trabajo de fecha 1 de julio de 2014.

Faltando los requisitos formales necesarios (invocación de prueba documental o pericial concreta) para la comprobación de si puede accederse al cambio solicitado, y sin que tampoco pueda acudir al contrato de trabajo invocado genéricamente porque no consta en autos el suscrito el 1.7.2014 (solo el de fecha 1.1.2015 por el que el inicial temporal se convirtió en indefinido), debe rechazarse la pretensión revisoria formulada, si bien, visto el contenido dado al hecho probado cuarto, en el que se recoge que la actora cobró durante el período reclamado la cantidad mensual de 1.050 euros, hemos de entender que la cantidad salarial percibida por ella por los servicios prestados ha sido esa, siendo la indicada por el Juzgador a quo en el hecho probado primero la que considera que debiera haber percibido conforme a las condiciones retributivas establecidas en el Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa 2008-2010.

Conviene precisar en este momento que, formulada la reclamación por la demandante por estimar que le resulta de aplicación el Convenio de Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa 2008-2010 (hecho 2º de la demanda), la concreción de ese extremo constituye una cuestión jurídica cuya determinación corresponde realizar en la fundamentación jurídica de la sentencia, razón por la que el segundo párrafo del hecho probado primero y el hecho probado cuarto deben entenderse predeterminantes del fallo, por lo que la validez de su alcance solo podrá fijarse en función del razonamiento seguido por el Juzgador y al examinarse las denuncias jurídicas formuladas.

B) En segundo lugar, con remisión a prueba testifical, se insta la modificación del hecho probado segundo para que recoja que los días festivos trabajados fueron compensados con días de vacaciones disfrutados los días 29, 30 y 31 de diciembre, petición que no puede prosperar al basarse en prueba que resulta inhábil a los efectos revisorios pretendidos.

C) En tercer lugar, aludiendo al contrato de trabajo, a la recomendación efectuada por la Federación de Hostelería de Gipuzkoa y a los recibos de salario, se postula la sustitución del primer párrafo del hecho probado tercero por otro que diga que la empresa, a tenor del contrato de trabajo, ha aplicado la legislación vigente, y siendo que ésta en el momento de contratación no recogía ni convenio provincial vigente ni el convenio de ámbito superior recogía tablas salariales ni otras cuestiones referidas a la relación laboral, ha aplicado las normas que sobre salarios, festivos y retribución en períodos de ILT recoge el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa vigente; en concreto, sobre el salario de la trabajadora ha fijado la cuantía de 1.050 euros, el salario recomendado por la Federación de Hostelería de Gipuzkoa a tenor de lo marcado en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería que respeta el mínimo legal del salario mínimo interprofesional.

Tampoco puede prosperar esta petición. Sin que se haya aportado el contrato de trabajo suscrito al comienzo de la relación laboral ni tampoco la recomendación de referencia, que en su caso tampoco tendrían

fuerza suficiente para considerar que el abono efectuado por la empresa fuera el correcto, solo los recibos de salario dejan constancia de que los abonos satisfechos a la trabajadora se corresponden con la cantidad que 1.050 euros que se indica, extremo que resulta insuficiente para reflejar que la demandada aplicaba la legislación vigente, y que además resulta innecesario puesto que en otro párrafo del mismo ordinal fáctico y en el hecho probado cuarto ya se indica que fue ese el montante mensual percibido de la empresa.

En cualquier caso, al contenido del primer párrafo del hecho probado tercero se le debe dar el mismo tratamiento antes indicado para los hechos probados primero y cuarto.

TERCERO.- En el motivo segundo, por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS , se denuncia la aplicación indebida de la jurisprudencia, señalando al efecto que la STS de 22.12.2014 (rec. 264/2014), tenida en cuenta por la sentencia recurrida para considerar que a la demandante le resultaban de aplicación las condiciones laborales previstas en el caducado Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa debido a la contractualización de sus condiciones de trabajo, no le resulta aplicable con ese alcance porque su contratación se efectuó con posterioridad al decaimiento del convenio provincial.

Efectivamente, la sentencia del TS en la que se ha apoyado el Juzgado para estimar la pretensión de la demandante viene a resolver, en materia de fin de ultraactividad de convenio colectivo sobre el que no existe convenio de ámbito superior, que los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que acaba la ultraactividad no desaparecen cuando pierde su vigencia por tratarse de condiciones ya contractualizadas, solución que para la Sala IV no supone desconocer el mandato del legislador porque, al haber perdido vigencia el convenio, dichas condiciones podrán modificarse por la vía del art. 41 ET y no serán de aplicación a los nuevos trabajadores.

En lo que aquí interesa, señala que " *¿ Cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente. (¿) Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET , sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento ."*

En este caso, al que resulta de aplicación la doctrina anterior porque, una vez finalizada la ultraactividad del convenio provincial, no existe un convenio de ámbito superior que resulte aplicable en la materia retributiva aquí discutida (recordemos que el convenio de ámbito estatal carece de tablas salariales), la contractualización referida no opera porque la contratación de la demandante tuvo lugar una vez finalizada la vigencia del convenio provincial, careciendo por ello de la protección de las condiciones salariales previstas en el mismo.

Así las cosas, sin que proceda entrar a valorar si las condiciones salariales e importes retributivos aplicados a la demandante fueron o no ajustados a derecho, lo cierto es que su reclamación formulada al amparo de las tablas salariales y de los arts. 10 y 20 a) del Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa 2008 -2010 cuya ultraactividad finalizó antes de su contratación no puede ser acogida, por lo que, previa estimación del recurso interpuesto, debemos revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda origen de las presentes actuaciones con la consiguiente absolución de la parte demandada.

CUARTO.- Estimado el recurso de suplicación interpuesto por quien, no gozando del beneficio de justicia gratuita, se ha visto obligado a consignar el importe de la condena y a constituir el depósito necesario para recurrir, sin pronunciamiento alguno en materia de costas (art.235-1 LRJS), procede la devolución del depósito y la consignación una vez firme la sentencia (art.203-1 LRJS).

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Pelayo frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia, dictada el 16 de noviembre de 2015 en los autos nº 375/2015 sobre cantidad, seguidos a instancia de D^a Camila contra el ahora recurrente, **revocamos** la

sentencia recurrida y desestimamos la demanda origen de las presentes actuaciones con la consiguiente absolución de la parte demandada.

Sin condena en costas, procede la devolución al recurrente del depósito y la consignación efectuadas para recurrir una vez firme la sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/ a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0161/2016.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0161/2016.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.